# De Jure

## Revista Jurídica

www.mpmg.mp.br/dejure

Alexandre Pereira Bonna
Ana Beatriz da Silva Maciel e Medeiros Andrade
André Azevedo Sousa
Bianca Mendes Pereira Richter
Brenda dos Santos Nascimento
Enrico Gomes Pereira
Fernanda Farias Garcia
Gabriel de Freitas Gouveia
José Castanheira Clemente
José Noronha Rodrigues
Ludmila Costa Reis
Luiz Antônio Sasdelli Prudente
Marcio Ayala Pereira Filho
Márcio Eduardo Senra Nogueira Pedrosa Morais
Marcus Vinicius Cavicchioli
Sanges Morais Santos
Teresa Cinzia Comberiati
Thais Felix
Tomaz Maneschy Segatto
Verônica Navarro Almenara
Victor Luis Portela Rocha
Vinicius Cesar Vicente Leite
Wagner Botelho Prates

31

MPMG
Ministério Público
do Estado de Minas Gerais

ISSN n.°: 1809-8487
v. 17, n. 31
jul./dez. 2018

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: 30170-008, 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. 17, n. 31, jul./dez. 2018. Belo Horizonte: Ministério Público do Estado de Minas Gerais / Centro de Estudos e Aperfeiçoamento Funcional / Diretoria de Produção Editorial, 2018.

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, Multidisciplinariedade, Transdisciplinariedade / Law, Public Prosecution Service, Collective Rights, Fundamental Rights, Neoconstitutionalism, Multidisciplinarity, Transdisciplinarity.

Errata Revista De Jure n. 30:
Keila Pacheco Ferreira é coautora do texto de doutrina internacional *Diálogo de fontes e governança global: hermenêutica e cidadania mundial na concretude dos direitos humanos.*
Doutora em Direito pela USP, Mestre em Direito pela PUC-SP, Coordenadora do Programa de Mestrado em Direito da Universidade Federal de Uberlândia, Professora de Pós-graduação em Direito da Universidade Federal de Uberlândia, Professora de Direito Civil da Universidade Federal de Uberlândia. E-mail: keilapacheco@ufu.br

## 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 multidisciplinar, 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 em 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* 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 scientifical 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 ot 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 Antônio de Padova Marchi Júnior

**COORDENADOR PEDAGÓGICO DO CENTRO DE ESTUDOS E APERFEIÇOAMENTO FUNCIONAL**
Promotor de Justiça Henrique Nogueira Macedo

**SUPERINTENDENTE DE FORMAÇÃO E APERFEIÇOAMENTO**
Ana Rachel Brandão Ladeira Roland

**DIRETOR DE PRODUÇÃO EDITORIAL**
João Paulo de Carvalho Gavidia

**EDITOR RESPONSÁVEL**
Procurador de Justiça Antônio de Padova Marchi Júnior

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

Promotor de Justiça Carlos Alberto Valera, Doutor
(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)

Procurador de Justiça Rodrigo Cançado Anaya Rojas, Mestre
(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. Antonio Gidi (Syracuse University, Estados Unidos)
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)
Profa. Dra. Belinda Pereira da Cunha (Universidade Federal da Paraíba, Brasil)
Prof. Dr. Carlos Francisco Molina del Pozo (Universidad de Alcalá, Espanha)
Profa. Me. Cristina Godoy de Araújo Freitas (Promotora de Justiça do Ministério Público do Estado de São Paulo, Brasil)
Me. Dermeval Farias Gomes Filho (Promotor de Justiça do Ministério Público do Distrito Federal e Territórios, Brasil)
Prof. Dr. Eduardo Ferrer Mac-Gregor (Universidad Nacional Autônoma de México, México)
Prof. Dr. Eduardo Martinez Alvarez (Universidad Del Museo Social Argentino, Argentina)
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 (Consultor legislativo do Senado Federal, Brasil)
Prof. Dr. Giovanni Aldo Luigi Allegretti (Investigador sênior no Centro de Estudos Sociais, Coimbra, Portugal)
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. Juan Carlos Ferré Olivé (Universidad de Huelva, Espanha)
Prof. Dr. Juarez Estevam Xavier Tavares (Universidade Estadual do Rio de Janeiro, Brasil)
Profa. 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. Luis María Desimoni (Universidad de Ciencias Empresariales y Sociales, Argentina)
Prof. Dr. Luiz Flávio Gomes (Coordenador Rede LFG – São Paulo, Brasil)
Prof. Dr. Luiz Manoel Gomes Júnior (Fundação Universidade de Itaúna, Brasil)
Profa. Dra. Maria Creusa de Araújo Borges (Universidade Federal da Paraíba, Brasil)
Profa. Dra. Maria Garcia (Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, Brasil)
Profa. Dra. Maria Tereza Aina Sadek (Universidade de São Paulo, Brasil)
Prof. Dr. Mário Frota (Associação Portuguesa de Direito do Consumo, Portugal)
Prof. Dr. Mário Lúcio Quintão Soares (Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, Brasil)
Profa. 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)
Profa. Dra. Rosânia Rodrigues de Sousa (Fundação João Pinheiro, Brasil)
Prof. Dr. Rosemiro Pereira Leal (Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, Brasil)
Prof. Dr. Vittorio Manes (Universidade de Salento, Itália)

**EDITORAÇÃO**
João Paulo de Carvalho Gavidia
Raquel Diniz Guerra

**REVISÃO**
Larissa Vasconcelos Avelar
Luiz Carlos Freitas Pereira
Renato Felipe de Oliveira Romano
Isabella Albuquerque Gonçalves (estagiária)
Vinícius Amaral Fernandes (estagiário)

**CAPA**
Rafael de Almeida Borges

**PROJETO GRÁFICO**
João Paulo de Carvalho Gavidia
Rafael de Almeida Borges

**DIAGRAMAÇÃO**
Rafael de Almeida Borges

**COLABORARAM NESTA EDIÇÃO COMO REVISORES AD HOC**
Prof. Dr. Adirson Antônio Ramos (Universidade Presidente Antônio Carlos, Brasil)
Profa. Dra. Andressa de Oliveira Lanchotti (Ministério Público do Estado de Minas Gerais, Brasil)
Prof. Dr. Berto Igor Caballero (Universidade Federal do Piauí, Brasil)
Prof. Dr. Charley Teixeira Chaves (Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, Brasil)
Prof. Dr. Joseli Magalhães (Universidade Federal do Piauí, Brasil)
Prof. Me. Lucas Sella Fatala (Ministério Público do Estado de Minas Gerais, Brasil)
Prof. Me. Ricardo Ferreira Sacco (Universidade Fumec, Brasil)
Prof. Dr. Vítor Burgo (Fundação Getúlio Vargas, 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 Antônio de Padova Marchi Júnior

**PEDAGOGICAL COORDINATOR OF THE CENTER OF PROFESSIONAL DEVELOPMENT**
Minas Gerais State Prosecutor Henrique Nogueira Macedo

**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 Antônio de Padova Marchi Júnior

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

Minas Gerais State Prosecutor Carlos Alberto Valera, PhD
(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)

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 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. Antonio Gidi, PhD (Syracuse University, USA)
Prof. Antônio Hermen de Vasconcellos e Benjamin, PhD (Minister of Brazilian Superior Court, Brazil)
Prof. Aziz Tuffi Saliba, PhD (Fundação Universidade de Itaúna, Brazil)
Prof. Belinda Pereira da Cunha, PhD (Universidade Federal da Paraíba, Brazil)
Prof. Carlos Francisco Molina del Pozo, PhD (Universidad de Alcalá, Spain)
São Paulo State Prosecutor Cristina Godoy de Araújo Freitas, MA (Ministério Público do Estado de São Paulo, Brazil)
Distrito Federal e Territórios Prosecutor Dermeval Farias Gomes Filho, MA (Ministério Público do Distrito Federal e Territórios, Brazil)
Prof. Eduardo Ferrer Mac-Gregor, PhD (Universidad Nacional Autônoma de Mexico, Mexico)
Prof. Eduardo Martinez Alvarez, PhD (Universidad Del Museo Social Argentino, Argentina)
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. Giovanni Aldo Luigi Allegretti, PhD (Senior researcher – Center of Social Studies, Coimbra, Portugal)
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. Juan Carlos Ferré Olivé, PhD (Universidad de Huelva, Spain)
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. Luis María Desimoni, PhD (Universidad de Ciencias Empresariales y Sociales, Argentina)
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 Frota, PhD (Portuguese Association of Consummer Law, Portugal)
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)
Prof. Vittorio Manes, PhD (University of Salento, Italy)

**EDITING**
João Paulo de Carvalho Gavidia
Raquel Diniz Guerra

**PROOF READING**
Larissa Vasconcelos Avelar
Luiz Carlos Freitas Pereira
Renato Felipe de Oliveira Romano
Isabella Albuquerque Gonçalves (intern)
Vinícius Amaral Fernandes (intern)

**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. Adirson Antônio Ramos, PhD (Universidade Presidente Antônio Carlos, Brazil)
Prof. Andressa de Oliveira Lanchotti, PhD (Ministério Público do Estado de Minas Gerais, Brazil)
Prof. Berto Igor Caballero, PhD (Universidade Federal do Piauí, Brazil)
Prof. Charley Teixeira Chaves, PhD (Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, Brazil)
Prof. Joseli Magalhães, PhD (Universidade Federal do Piauí, Brazil)
Prof. Lucas Sella Fatala, MA (Ministério Público do Estado de Minas Gerais, Brazil)
Prof. Ricardo Ferreira Sacco, MA (Universidade Fumec, Brazil)
Prof. Vítor Burgo, PhD (Fundação Getúlio Vargas, Brazil)

# PREFÁCIO

A Revista De Jure – Revista Jurídica do Estado de Minas Gerais chega à 31ª edição firme no objetivo de disseminar o conhecimento por meio de artigos doutrinários que abrangem diversas áreas do Direito. Esta publicação semestral traz à baila questões da atualidade, que são analisadas sob um enfoque multidisciplinar.

Na seção "Doutrina Internacional", Teresa Cinzia Comberiati, José Noronha Rodrigues e Ana Beatriz da Silva Maciel e Medeiros Andrade engrandecem a Revista ao evidenciarem a importância das novas possibilidades hermenêuticas do discurso jurídico.

No espaço destinado ao "Diálogo Multidisciplinar", apresentamos o artigo intitulado "A validade da prova acidental como prova emprestada no âmbito processual penal e administrativo", um instigante trabalho produzido pelo Procurador de Justiça Luiz Antonio Sasdelli Prudente.

O êxito da Revista há de ser creditado, seguramente, à inestimável colaboração de membros e servidores do Ministério Público do Estado de Minas Gerais e de outros Estados, além da colaboração de juristas, professores e estudantes, que a abrilhantam com seus conhecimentos.

Reafirmamos o convite a autores interessados, para que enviem à De Jure artigos doutrinários dos diversos ramos jurídicos, e esclarecemos que o cadastro e a submissão dos trabalhos à avaliação faz-se pelo endereço eletrônico <www.mpmg.mp.br/dejure>.

**Antônio de Padova Marchi Júnior**

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

# APRESENTAÇÃO

Chegamos à edição n. 31 da Revista De Jure e, com alegria, apresentamos esta publicação que, das anteriores, carreia os nossos permanentes compromissos de difundir conhecimento e de empenhar esforços para, cada vez mais, fazer crescer nossa classificação no Qualis da Capes (Coordenação de Aperfeiçoamento de Pessoal de Nível Superior).

O Qualis é o conjunto de procedimentos adotados pela Capes que estratifica/classifica toda a produção intelectual do país. Por meio de critérios previamente fixados, o Qualis, anualmente, afere a qualidade dos artigos publicados nos periódicos científicos nacionais e, como resultado, disponibiliza uma lista com a classificação desses periódicos.

Entre os requisitos exigidos, a avaliação cega dos artigos garante a lisura da avaliação destes, uma vez que os pareceristas os avaliam e aprovam sem conhecer sua autoria. Do mesmo modo, também os autores desconhecem quem fez o trabalho de avaliação e aprovação dos artigos.

Interessante mencionar que a exogenia – um outro requisito – diz respeito à participação de autores e de conselheiros editoriais provenientes de fora do Estado de Minas Gerais. Quanto maior o número de colaboradores não mineiros, melhor será a qualificação da revista.

Assim é que, para além da grande honra de contar com escritores mineiros, estendemos a todos nosso convite para compartilhar da nossa felicidade de prosseguir na missão de, cada vez mais, consolidar a De Jure como espaço de discussão pluralista e multidisciplinar.

**Antônio Sérgio Tonet**

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

# COLABORADORES DESTA EDIÇÃO

**ALEXANDRE PEREIRA BONNA**

Professor da Faci-Wyden e CESUPA. Doutor em Direito pela UFPA, com sanduíche pela University of Edinburgh.

**ANA BEATRIZ DA SILVA MACIEL E MEDEIROS ANDRADE**

Mestre em Relações Internacionais. Advogada.

**ANDRÉ AZEVEDO SOUSA**

Analista do Ministério Público do Estado de Minas Gerais. Administrador Público. Especialista em Gestão Pública pela Universidade do Estado de Minas Gerais. Especialista em Gerenciamento de Projetos pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais. Bacharel em Administração Pública pela Escola de Governo Professor Paulo Neves de Carvalho - Fundação João Pinheiro.

**BIANCA MENDES PEREIRA RICHTER**

Doutoranda e Mestre em Direito Processual Civil pela Universidade de São Paulo. Pesquisadora visitante na Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra - Portugal (2012 e 2019). Bacharel em Direito pela Universidade Estadual Paulista. Participou de intercâmbio durante a graduação para a Facultad de Derecho da Universidad de Santiago de Compostela, Espanha (2007-2008). Professora de Prática Jurídica na Universidade Presbiteriana Mackenzie na graduação e de Processo Civil na pós-graduação. Professora de Direito Processual Civil no IBMEC - São Paulo e na Faculdade de Direito de São Bernardo do Campo. Consultora Jurídica e Advogada na Fundação Santo André. Professora convidada dos cursos de pós-graduação da Faculdade de Direito de São Bernardo do Campo, Escola Superior da Advocacia, da PUC-Campinas e da Escola Paulista de Direito.

**BRENDA DOS SANTOS NASCIMENTO**

Bacharel em Direito pela Faculdade de Pará de Minas. Pós-graduanda em Direito Processual Civil pela Universidade Presbiteriana Mackenzie.

**ENRICO GOMES PEREIRA**

Graduando pela Faculdade de Direito de São Bernardo do Campo/SP.

**FERNANDA FARIAS GARCIA**

Graduanda pela Faculdade de Direito de São Bernardo do Campo/SP.

**GABRIEL DE FREITAS GOUVEIA**

Graduando pela Faculdade de Direito de São Bernardo do Campo/SP.

**JOSÉ CASTANHEIRA CLEMENTE**

Advogado.

**JOSÉ NORONHA RODRIGUES**

Doutor em Direito. Advogado. Professor na Universidade dos Açores. Cátedra do Centro de Política para a Convenção dos Direitos das Crianças das Nações Unidas. Investigador do CEEAplA, CEIS20, IUS GENTIUM COIMBRIGAE e membro colaborador do CEDIS, IDILP, CINETS, CEDUE, IDCLB.

**LUDMILA COSTA REIS**

Promotora de Justiça do Ministério Público do Estado de Minas Gerais. Doutoranda em Direito pela Universidade Federal de Minas Gerais. Mestre e bacharel em Direito pela Universidade Federal de Minas Gerais. Especialista em Políticas Públicas pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais.

**LUIZ ANTÔNIO SASDELLI PRUDENTE**

Procurador de Justiça do Ministério Público do Estado de Minas Gerais. Corregedor-Geral do MPMG nos períodos de 2012-2013 e 2014-2015. Presidente do Conselho Nacional dos Corregedores-Gerais dos Ministérios Públicos dos Estados e da União durante o ano de 2015. Membro eleito da Câmara de Procuradores do Ministério Público do Estado de Minas Gerais no biênio de 2017-2018.

**MARCIO AYALA PEREIRA FILHO**

Promotor de Justiça do Ministério Público do Estado de Minas Gerais. Mestre em Direito pela Universidade Federal do Rio de Janeiro. Professor da Escola da Magistratura do Rio de Janeiro.

**MÁRCIO EDUARDO SENRA NOGUEIRA PEDROSA MORAIS**

Doutor em Teoria do Direito pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais. Mestre em Teoria do Direito pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais. Especialista em Ciências Criminais pela Universidade Gama Filho/RJ. Professor da Graduação e do Programa de Mestrado em Direitos Fundamentais da Universidade de Itaúna/MG. Professor da Faculdade de Pará de Minas. Coordenador-adjunto do Programa de Pós-graduação Stricto Sensu em Direito da Universidade de Itaúna/MG. Coordenador da Comissão Própria de Avaliação da Faculdade de Pará de Minas.

**MARCUS VINICIUS CAVICCHIOLI**

Advogado. Bacharel em Direito pela Faculdade de Direito de São Bernardo do Campo. Membro da Iniciação Científica em Precedentes Judiciais no Brasil da Faculdade de Direito de São Bernardo do Campo/SP.

**SANGES MORAIS SANTOS**

Estagiário do Ministério Público do Estado de Minas Gerais. Especialista em Direito Penal pela Faculdade Internacional Signorelli. Bacharel em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais. Cursando especialização em Direito Processual na Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais e Direito Ambiental na Faculdade Internacional Signorelli.

**TERESA CINZIA COMBERIATI**

Advogada.

**THAIS FELIX**

Pós-graduanda em Direito Processual Civil pela Faculdade de Direito de São Bernardo do Campo/SP. Procuradora do Instituto de Previdência do Servidor Municipal de Diadema/SP. Advogada.

**TOMAZ MANESCHY SEGATTO**

Advogado. Bacharel em Direito pela Faculdade Ideal-Wyden.

**VERÔNICA NAVARRO ALMENARA**

Advogada. Mestranda em Políticas Públicas pela Universidade Federal do ABC/SP. Monitora de Direito Constitucional e membro da Iniciação Científica em Precedentes Judiciais no Brasil da Faculdade de Direito de São Bernardo do Campo/SP.

**VICTOR LUIS PORTELA ROCHA**

Graduando pela Faculdade de Direito de São Bernardo do Campo/SP.

**VINICIUS CESAR VICENTE LEITE**

Graduando pela Faculdade de Direito de São Bernardo do Campo/SP.

**WAGNER BOTELHO PRATES**

Bacharel em Direito. Advogado. Pós-graduando em Direito Público pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais.

# SUMÁRIO

21 - 61
Doutrina internacional

**LA CLASS ACTION IN ITALIA**

THE CLASS ACTION IN ITALY

TERESA CINZIA COMBERIATI

62 - 139
Doutrina internacional

**A PROTECÇÃO INTERNACIONAL E O INSTITUTO DE ASILO NA UNIÃO EUROPEIA**

INTERNATIONAL PROTECTION AND THE INSTITUTE OF ASYLUM IN THE EUROPEAN UNION

JOSÉ NORONHA RODRIGUES
ANA BEATRIZ DA SILVA MACIEL E MEDEIROS ANDRADE

140 - 174
Artigo

**TRANSPARÊNCIA ORÇAMENTÁRIA, CONTROLE DE POLÍTICAS PÚBLICAS E EDUCAÇÃO FISCAL: UMA ANÁLISE COMPARATIVA SOBRE A DISPONIBILIDADE DE INFORMAÇÕES ORÇAMENTÁRIAS NO BRASIL E NO MUNDO E SUA CORRELAÇÃO COM O APERFEIÇOAMENTO DA QUALIDADE DO GASTO PÚBLICO**

BUDGETARY TRANSPARENCY, PUBLIC POLICY CONTROL AND FISCAL EDUCATION: A COMPARATIVE ANALYSIS ON THE AVAILABILITY OF BUDGETARY INFORMATION IN BRAZIL AND THE WORLD AND ITS CORRELATION WITH THE IMPROVEMENT OF THE QUALITY OF PUBLIC EXPENDITURE

ANDRÉ AZEVEDO SOUSA
LUDMILA COSTA REIS

175 - 216
Artigo

**A EFETIVAÇÃO DO DIREITO À MORADIA PELA ÓTICA DA IGUALDADE MATERIAL: A APLICABILIDADE DO PROGRAMA MINHA CASA MINHA VIDA À POPULAÇÃO EM SITUAÇÃO DE RUA**

THE REALIZATION OF THE RIGHT TO HOUSING FROM THE POINT OF VIEW OF MATERIAL EQUALITY: THE APPLICABILITY OF THE PROGRAM MINHA CASA, MINHA VIDA TO THE POPULATION LIVING ON THE STREET

WAGNER BOTELHO PRATES

217 - 266
Artigo

**O CONTROLE JURISDICIONAL DA DISCRICIONARIEDADE NO PROCESSO LEGISLATIVO DAS MEDIDAS PROVISÓRIAS**

THE JURISDICTIONAL CONTROL OF DISCRIMINATION IN THE LEGISLATIVE PROCESS OF PROVISIONAL MEASURES

MÁRCIO EDUARDO SENRA NOGUEIRA PEDROSA MORAIS
BRENDA DOS SANTOS NASCIMENTO

267 - 285
Artigo

**A MODERNA VISÃO DE SEGURANÇA JURÍDICA**

THE MODERN VIEW OF LEGAL SAFETY

SANGES MORAIS SANTOS

286 - 335
Artigo

**APLICABILIDADE DO CONCEITO DE REPRESENTAÇÃO ADEQUADA COMO MEIO DE EFETIVAÇAO DOS DIREITOS INDIVIDUAIS HOMOGÊNEOS: ANÁLISE COMPARADA DO PROCESSO COLETIVO BRASILEIRO**

APLICABILITY OF THE CONCEPT OF ADEQUACY OF REPRESENTATION AS A MEANS TO HOMOGENEOUS INDIVIDUAL RIGHTS' EFFECTIVENESS: A COMPARATIVE ANALYSIS OF BRAZILIAN COLLECTIVE PROCEDURE

JOSÉ CASTANHEIRA CLEMENTE

336 - 368
Artigo

**A ESTABILIZAÇÃO DA TUTELA PROVISÓRIA E A PROBLEMÁTICA EM TORNO DA HIPOLEGISLAÇÃO DO NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL**

THE STABILIZATION OF THE JUDICIAL DECISION AND THE PROBLEM AROUND THE HYPOLEGISLATION OF THE NEW CIVIL PROCESS CODE

ALEXANDRE PEREIRA BONNA
TOMAZ MANESCHY SEGATTO

369 - 387
Artigo

**A TESE DA DUPLA NATUREZA DO DIREITO DE ROBERT ALEXY**

THE DUAL NATURE THESIS OF THE LAW BY ROBERT ALEXY

MARCIO AYALA PEREIRA FILHO

388 - 427
Artigo

**DO INCIDENTE DE RESOLUÇÃO DE DEMANDAS REPETITIVAS: UMA ANÁLISE EMPÍRICA A PARTIR DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SÃO PAULO, DO TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 3ª REGIÃO E DAS PARTICULARIDADES DO INSTITUTO NO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA**

GROUP LITIGATION IN REPETITIVE LAWSUITS: AN EMPIRICAL STUDY FROM THE SÃO PAULO STATE COURT, THE FEDERAL DISTRICT COURT AND THE BRAZILIAN SUPERIOR COURT OF JUSTICE

BIANCA MENDES PEREIRA RICHTER
ENRICO GOMES PEREIRA
FERNANDA FARIAS GARCIA
GABRIEL DE FREITAS GOUVEIA
MARCUS VINICIUS CAVICCHIOLI
THAIS FELIX
VERÔNICA NAVARRO ALMENARA
VICTOR LUIS PORTELA ROCHA
VINICIUS CESAR VICENTE LEITE

428 - 450
Artigo

**A VALIDADE DA PROVA ACIDENTAL COMO PROVA EMPRESTADA NO ÂMBITO PROCESSUAL PENAL E ADMINISTRATIVO**

THE VALIDITY OF THE ACCIDENTAL PROOF AS PROOF BORROWED OF THE CRIMINAL AND ADMINISTRATIVE PROCEDURE

LUIZ ANTÔNIO SASDELLI PRUDENTE

21 - 61

Doutrina Internacional

# LA CLASS ACTION IN ITALIA

TERESA CINZIA COMBERIATI

# LA CLASS ACTION IN ITALIA

THE CLASS ACTION IN ITALY

TERESA CINZIA COMBERIATI
Avvocato
Universitá di Bologna
teresa.comberiati@yahoo.it

Sommario. – 1. Premessa. – Segue. *Class action* e le prospettive di riforma. – 2. L'art. 140-*bis* cod. cons.: l'attuale ambito di applicazione. – 3. La legittimazione ad agire. – 4. La natura giuridica e la disciplina degli atti di adesione. – 5. Gli atti introduttivi del giudizio. – 6. La fase di ammissibilità dell'azione di classe. – 7. L'ordinanza che ammette l'azione di classe. – 8. L'adesione all'azione di classe ed il meccanismo dell'*opt-in*. – 9 La sentenza.

## 1. Premessa

La disciplina dell'azione di classe è stata introdotta per la prima volta nell'ordinamento italiano con l. 24 dicembre 2007, n. 244.

L'originaria versione dell'art. 140-*bis* cod. cons[1], rubricato «azione collettiva risarcitoria»[2], non entrò mai in vigore ed in pochi anni

1 L'art. 140-bis del D.Lgs. 6 Settembre, n. 206, introdotto dalla l. 24 Dicembre 2007 n. 244, art. 2, così recitava al comma 1°: «le associazioni di cui al comma 1 dell`articolo 139 e gli altri soggetti di cui al comma 2 del presente articolo sono legittimati ad agire a tutela degli interessi collettivi dei consumatori e degli utenti richiedendo al tribunale del luogo in cui ha sede l`impresa l`accertamento del diritto al risarcimento del danno e alla restituzione delle somme spettanti ai singoli consumatori o utenti nell`ambito di rapporti giuridici relativi a contratti stipulati ai sensi dell`articolo 1342 del codice civile, ovvero in conseguenza di atti illeciti extracontrattuali, di pratiche commerciali scorrette o di comportamenti anticoncorrenziali, quando sono lesi i diritti di una pluralità di consumatori o di utenti»

2 L'art. 2, comma 447, della legge n. 204 del 2007 stabiliva una *vacatio* di centottanta giorni; in seguito, il legislatore ha prorogato l'entrata in vigore dell'art. 140-*bis* cod. cons. sino all'intervento della riforma; a riguardo v. Costantino, *La tutela collettiva risarcitoria 2009: la tela di Penelope*, in *Foro It*., 2009, p. 388 ss.; Punzi, *L'«azione di classe» a tutela dei consumatori e utenti,* in *Riv. dir. proc*., 2010, p. 253. Sulla precedente disciplina si segnalano: *Le azioni seriali*, a cura di Menchini, in *Quaderni de «Il giusto processo civile»*, Napoli 2008, p. 11 ss.; *La conciliazione collettiva*, a cura di Gitti e Giussani, Milano 2009, 3 ss; *Class action! (?),* in *Analisi giuridica dell'impresa*, a cura di Lener e Rescigno, Bologna 2008; Briguglio, *L'azione collettiva risarcitoria*, Torino 2008; Giuggioli, *La nuova azione collettiva risarcitoria. La c.d. class action italiana*, Padova 2008; Giussani, *Azioni collettive risarcitorie nel processo civile*, Bologna 2008; *Azione collettiva risarcitoria (Class action),* a cura di Cesaro, Bocchini, Milano 2008.

la norma è stata radicalmente modificata[3].

La riforma intervenuta con l. 23 luglio 2009, n. 99[4], ha, pertanto, novellato l'articolo di riferimento, introducendo uno strumento di tutela a carattere risarcitorio e non più prettamente accertativo del diritto al risarcimento[5].

Si è passati da un modello di tutela inibitoria ad una tutela di natura risarcitoria, prevedendo quale oggetto gli interessi individuali omogenei (e non più i soli interessi collettivi) che possono essere azionati direttamente dai singoli e non più esclusivamente da parte degli enti esponenziali.

Viene, dunque, riconosciuta la possibilità da parte del singolo consumatore, in quanto adeguatamente rappresentativo della classe, di promuovere esso stesso le azioni di natura risarcitoria, divenendo rappresentante dell'intera categoria, esattamente come avviene nel modello di *class action* di ispirazione nordamericana.

La *class action*, introdotta con la riforma del 2009, rappresenta infatti uno strumento di tutela collettiva, posto a presidio di veri e propri diritti soggettivi seriali ovvero, con terminologia più precisa, isomorfi, intendendosi per essi quei diritti soggettivi che presentano la medesima configurazione e conformazione[6].

---

3 Aa.Vv., *I diritti del consumatore e la nuova class action*, a cura di Demarchi, Bologna, 2010; Cerrato, *Un debutto stonato per la nuova class action italiana*, in *Banca borsa e tit. cred.*, 2010, p. 619 ss.; Costantino-Consolo, *Prime pronunce e qualche punto fermo sull'azione di classe*, in *Corr. giur.*, 2010, p. 985 ss.; Costantino, *La tutela collettiva risarcitoria*, cit., 388 ss.; D'Alfonso, sub *art. 140* bis*, commento*, in Aa.Vv., *Commentario breve al diritto dei consumatori*, diretto da De Cristofaro-Zaccaria, Milano, 2010, p. 957 ss.; De Cristofaro, *L'azione collettiva risarcitoria "di classe": profili sistematici e processuali*, in *Resp. civ. e prev.*, 2010, p. 1992.

4 G.U. n. 176 del 31/07/2009.

5 Questo nuovo tipo di azioni, non incontrando più il limite della sola pronuncia generica al risarcimento, consentono di giungere ad una sentenza di condanna al risarcimento del danno che viene liquidato nel suo concreto ammontare.

6 De Cristofaro, *L'azione collettiva risarcitoria*, cit. p. 1932 ss.; Amadei, *L'azione di classe italiana per la tutela dei diritti individuali omogenei*, in *Giur. merito*, 2008, p. 940 ss.

Le varie novelle apportate alla disciplina della *class action* hanno fatto sì che l'istituto subisse una radicale trasformazione nel corso di pochissimi anni.

Infatti, se dapprima l'azione risarcitoria collettiva poteva essere proposta esclusivamente da parte degli enti esponenziali di categoria e per la tutela di interessi di natura eminentemente collettiva, con la riforma del 2009 è stato previsto un vero e proprio accertamento completo sia nell'*an* che nel *quantum* della pretesa risarcitoria, attivabile in via autonoma da parte del singolo per la tutela dei soli diritti individuali omogenei.

Il legislatore ha esteso la possibilità da parte del singolo componente la classe di agire anche per la tutela di interessi a natura eminentemente collettiva[7].

L'ultimo passo compiuto dal legislatore con il d.l. 24 gennaio 2012, n. 1, convertito in l. 24 marzo 2012, n. 27[8], è stato infine quello di estendere la tutela risarcitoria approntata dall'azione di classe, non solo ai diritti individuali omogenei, ma anche agli interessi collettivi dei consumatori, così come era previsto prima della riforma operata nel 2009.

La nuova formulazione dell'art. 140 *bis*, 1° comma, cod. cons., all'esito dell'ultima novella del 2012, recita infatti: «i diritti individuali omogenei dei consumatori e degli utenti di cui al comma 2° nonché gli interessi collettivi sono tutelabili anche attraverso l'azione di classe, secondo le previsioni del presente articolo».

7 Si è inteso, in questo modo, avvicinare il nostro modello di azione di classe al famoso istituto del *class action* statunitense, che conosce una massiccia applicazione soprattutto avuto riguardo alla tutela di interessi di natura collettiva da parte dei singoli. Come si vedrà in seguito tale equiparazione non ha sortito l'effetto sperato, anzi è avvenuta con scarsissimi risultati.

8 Riforma apportata con decreto legge 24 gennaio 2012, n. 1, recante "Disposizioni urgenti per la concorrenza, lo sviluppo delle infrastrutture e la competitività". Detto decreto è stato pubblicato nella Gazzetta Ufficiale n. 19 del 24 gennaio 2012 (suppl. ord. n. 18); lo stesso decreto è stato convertito con la legge 24 marzo 2012, n. 27, pubblicata nella Gazzetta Ufficiale n. 71 del 24 marzo 2012 (suppl. ord. n. 53).

## Segue. La *class action* e le prospettive di riforma

Fin da subito la *class action*, così come introdotta all'art. 140- *bis* cod. cons., è apparsa agli addetti ai lavori uno strumento poco incisivo.

Come vedremo nelle pagine che seguono, troppe le criticità che emergono dalla legge per rendere questo strumento accessibile e veramente efficace.

Basti guardare ai numeri per rendersi conto che, in tutti questi anni, la giurisprudenza sul punto ha attenuto scarsi risultati, dal momento che delle decine di azioni di classe incardinate, solo in una si è giunti ad una sentenza (parzialmente) positiva. Il riferimento è alla *class action* promossa dall'Unione Nazionale Consumatori contro il tour operator Wecantour[9].

In una siffatta situazione, è evidente come sia auspicabile un incisivo intervento legislativo. Invero, è in attesa di essere approvato al Senato il disegno di legge 1950/XVII, «Disposizioni in materia di azione di classe», recante «Modifiche al codice di procedura civile e abrogazione dell'articolo 140», approvato alla Camera nel giugno del 2015.[10]

Dalla lettura della legge approvata all'unanimità alla Camera, emerge il tentativo di discostarsi dall'attuale strumento di tutela collettiva risarcitoria dei consumatori, attraverso un rafforzamento dell'istituto, anche se, in linea di massima, la struttura sembra ripercorre la falsariga dell'art 140-*bis* cod. cons.

Tuttavia, la riforma risulta interessante in quanto l'azione di classe (nonché quella inibitoria) dovrebbe perdere la connotazione di strumento speciale per la tutela dei consumatori e, trasmigrando

9 Il Trib. Napoli, 18 febbraio 2013, n. 2195, in www.guidaaldiritto.ilsole24ore.com; con la predetta sentenza è stato riconosciuto il risarcimento del danno da vacanza rovinata a 130 turisti in viaggio a Zanzibar. Come si vedrà in seguito, la pronuncia risulta interessante per le modalità di partecipazione in giudizio degli aderenti all'azione di classe, con particolare riguardo all'ammissione della costituzione in giudizio di terzi interventori.

10 Per ragioni legate alle tempistiche di pubblicazione, la presente trattazione non tiene conto del disegno de legge n. 791 approvato dalla Camara dei deputati in data 03 ottobre 2018 e trasmesso dal Presidente della Camara dei deputati alla Presidenza del Senato della Repubblica il 4 ottobre 2018: a tal fine, v. Senato della Repubblica n. 844, in www.senato.it.

nel *corpus* del codice di procedura civile, dovrebbe essere applicabile a qualunque tipo di illecito plurioffensivo[11].

La nuova collocazione nel codice di procedura civile dovrebbe, infatti, avere il merito di eliminare ogni riferimento ai consumatori ed agli utenti; pertanto, sarà sempre esperibile in relazione a "diritti individuali omogenei" (ma non a "interessi collettivi"), da ciascun componente della classe, nonché dalle associazioni o comitati il cui scopo sia quello di tutelare i suddetti diritti.

Da ciò, se la riforma dovesse entrare in vigore mantenendo il testo così come approvato alla Camera, sarà espunto dalla disciplina riguardante l'azione di classe l'indicazione tassativa delle situazioni soggettive attualmente tutelate dall'art. 140-*bis* cod. cons [12] e maturate a fronte di condotte lesive. I destinatari dell'azione saranno le imprese e gli enti gestori di servizi pubblici o di pubblica utilità, non sarà ammesso l'intervento di terzo e saranno sempre possibili transazioni tra le parti e gli aderenti all'azione.

La rinuncia al diritto fatto valere in giudizio o la transazione conclusa tra le parti non pregiudicherà i diritti di quanti abbiano

11 Art. 840-bis. (Ambito di applicazione) «i diritti individuali omogenei sono tutelabili anche attraverso l'azione di classe, secondo le disposizioni del presente titolo. A tale fine, un'associazione o un comitato che hanno come scopo la tutela dei predetti diritti o ciascun componente della classe può agire nei confronti dell'autore delle condotte lesive per l'accertamento della responsabilità e per la condanna al risarcimento del danno e alle restituzioni. L'azione di classe può essere esperita nei confronti di imprese ovvero nei confronti di enti gestori di servizi pubblici o di pubblica utilità, relativamente a fatti cagionati nello svolgimento delle loro rispettive attività. Sono fatte salve le disposizioni in materia di ricorso per l'efficienza delle amministrazioni e dei concessionari di servizi pubblici. In ogni caso, resta fermo il diritto all'azione individuale, salvo quanto previsto all'articolo 840-undecies, ottavo comma. Non è ammesso l'intervento dei terzi ai sensi dell'articolo 105. Nel caso in cui, a seguito di accordi transattivi o conciliativi intercorsi tra le parti, vengano a mancare in tutto le parti attrici, il tribunale assegna agli aderenti un termine, non inferiore a quarantacinque giorni e non superiore a novanta giorni, per la prosecuzione della causa, che deve avvenire con la costituzione in giudizio di almeno uno degli aderenti mediante il ministero di un difensore. Nel caso in cui, decorso inutilmente il termine di cui al primo periodo, non avvenga la prosecuzione del procedimento, il tribunale ne dichiara l'estinzione. A seguito dell'estinzione, resta comunque salvo il diritto all'azione individuale dei soggetti aderenti oppure l'avvio di una nuova azione di classe».

12 L'art. 140-*bis* cod. cons. consente oggi l'azione in caso di danni derivanti dalla violazione di diritti contrattuali o di diritti comunque spettanti al consumatore finale del prodotto o all'utente del servizio, da comportamenti anticoncorrenziali o da pratiche commerciali scorrette.

aderito all'azione nella fase iniziale. Questi ultimi, anche se le parti venissero meno, avranno, infatti, la possibilità di riassumere la causa entro un termine assegnato dal tribunale. Se non lo faranno, il tribunale dichiarerà l'estinzione del procedimento e i soggetti aderenti potranno eventualmente agire individualmente.

Inoltre, per mero scrupolo di esaustività, si fa presente che la riforma prevede l'inserimento di una disposizione *ad hoc* che introduce un'azione inibitoria collettiva esperibile da chiunque per ottenere un ordine, assistito da misure coercitive, di cessazione o di non reiterazione di condotte illecite commissive o omissive, a prescindere dalla loro dannosità[13].

La novella, pertanto, dovrebbe inserire tra i procedimenti speciali previsti dal codice di procedura civile una *class action* caratterizzata da una procedura che presenta tre fasi (decisione sull'ammissibilità dell'azione, sul merito e liquidazione delle somme dovute agli aderenti) ed un modello di adesione che ritengo di poter definire "ibrido", in quanto consente, a differenza dell'attuale disciplina, l'adesione del *class member* in un momento successivo alla sentenza.

Pertanto, appare evidente l'intento del legislatore di agevolare quanto più possibile la formazione e l'aggregazione della

13 Art. 840-sexiesdecies. (Azione inibitoria collettiva) «chiunque abbia interesse alla pronuncia di una inibitoria di atti e comportamenti, posti in essere in pregiudizio di una pluralità di individui o enti, può agire per ottenere l'ordine di cessazione o il divieto di reiterazione della condotta omissiva o commissiva. L'azione può essere esperita nei confronti di imprese o di enti gestori di servizi pubblici o di pubblica utilità relativamente a fatti commessi nello svolgimento delle loro rispettive attività. La domanda si propone con le forme del processo ordinario alla sezione specializzata in materia di impresa. Si applica l'articolo 840-quinquies. Il tribunale può avvalersi di dati statistici e di presunzioni semplici. Con la condanna alla cessazione della condotta omissiva o commissiva, il tribunale può, su istanza di parte, adottare i provvedimenti di cui all'articolo 614-bis, anche fuori dei casi ivi previsti. Con la condanna alla cessazione della condotta omissiva o commissiva, il tribunale può, anche d'ufficio, ordinare che la parte soccombente adotti le misure più opportune ad eliminare o ridurre gli effetti delle violazioni accertate. Il giudice, su istanza di parte, condanna la parte soccombente a dare diffusione del provvedimento, nei modi e nei tempi definiti nello stesso, mediante utilizzo dei mezzi di comunicazione ritenuti più appropriati. Quando l'azione inibitoria collettiva è proposta congiuntamente all'azione di classe, il giudice dispone la separazione delle cause. Sono fatte salve le disposizioni previste in materia dalle leggi speciali».

classe, introducendo un meccanismo di adesione a doppia fase, che racchiude elementi più tradizionali con altri tipici degli ordinamenti giuridici di *common law.*

La prima fase procederà e, di conseguenza, si concluderà, così come avviene attualmente, con il giudizio di ammissibilità di cui all'art. 140-*bis* cod. cons.: la *class action* sarà sempre proposta con citazione, ma non più davanti tribunale ordinario avente sede nel capoluogo della regione in cui ha sede l'impresa, ma davanti al tribunale delle imprese; l'atto di citazione, inoltre, sarà sempre notificato all'ufficio del pubblico ministero presso il tribunale adito, il quale può intervenire limitatamente al giudizio di ammissibilità.

L'atto sarà pubblicato nell'area pubblica del portale dei servizi telematici gestito dal ministero della Giustizia[14] ed entro 30 giorni dalla prima udienza il tribunale deciderà sull'ammissibilità; l'azione sarà dichiarata inammissibile se:

- manifestamente infondata. Non sarà possibile una nuova proposizione in presenza di circostanze diverse o nuove ragioni di fatto o di diritto;
- carente del requisito dell'omogeneità dei diritti;
- l'attore è in conflitto di interessi nei confronti del convenuto;
- proposta da associazioni o comitati non adeguatamente rappresentativi degli interessi fatti valere.

Altra novità interessante è che, a differenza di quanto (non) previsto dall'attuale disciplina, la riforma chiarisce che l'ordinanza di ammissibilità (oltre che impugnabile in Corte d'appello) sarà ricorribile in Cassazione[15], diversamente da quanto previsto

14 Pare efficace la scelta di rendere conoscibile l'atto di citazione mediante la pubblicazione sul portale dei servizi telematici del Ministero della Giustizia, favorendo così l'*opt-in* da parte dei titolari di diritti omogenei rispetto a quelli azionati dall'attore.

15 Art. 840-ter. (Forma e ammissibilità della domanda) «la domanda per l'azione di classe si propone con atto di citazione davanti alla sezione specializzata in materia di impresa. L'atto di citazione è notificato anche all'ufficio del pubblico ministero presso il tribunale adito, il quale

recentemente dalle sezioni unite della Suprema Corte[16].

Conclusasi la fase del giudizio di ammissibilità che, come detto, è strutturato sulla falsariga di quello dell'attuale art. 140-*bis* cod. cons. e sul quale non mancano criticità che verranno puntualmente esaminate nel corso della presente trattazione, si aprirà il primo dei due momenti per effettuare l'adesione, che potrà avvenire: 1) nella fase immediatamente successiva all'ordinanza che ammette l'azione; pertanto, coloro che aderiscono in questa fase, pur non assumendo la qualità di parte, possono ricevere tutte le informazioni dalla cancelleria e possono, qualora le parti decidano di transigere, riassumere il procedimento[17]; 2) nella fase successiva

può intervenire limitatamente al giudizio di ammissibilità. L'atto di citazione è pubblicato, a cura della cancelleria ed entro quindici giorni dall'iscrizione a ruolo della causa, nell'area pubblica del portale dei servizi telematici gestito dal Ministero della giustizia, in modo da assicurare l'agevole reperibilità delle informazioni in esso contenute. Entro il termine di trenta giorni dalla prima udienza il tribunale decide con ordinanza sull'ammissibilità della domanda. La domanda è dichiarata inammissibile: a) quando è manifestamente infondata; b) quando il tribunale non ravvisa omogeneità dei diritti individuali tutelabili ai sensi dell'articolo 840- bis; c) quando l'attore versa in stato di conflitto di interessi nei confronti del convenuto; d) quando l'associazione o il comitato non sono adeguatamente rappresentativi degli interessi fatti valere in giudizio. L'ordinanza che decide sull'ammissibilità è pubblicata, a cura della cancelleria, nell'area pubblica del portale telematico di cui al secondo comma, entro quindici giorni dalla pronuncia. Quando l'inammissibilità è dichiarata a norma del quarto comma, lettera a), l'attore può riproporre l'azione di classe quando si verificano mutamenti delle circostanze o vengono dedotte nuove ragioni di fatto o di diritto. L'ordinanza che decide sull'ammissibilità dell'azione di classe è reclamabile dalle parti davanti alla corte di appello nel termine di trenta giorni dalla sua comunicazione o dalla sua notificazione, se anteriore. Il ricorso deve essere notificato al pubblico ministero. Sul reclamo la corte di appello decide con ordinanza in camera di consiglio entro quaranta giorni dal deposito del ricorso. In caso di accertamento dell'ammissibilità della domanda, la corte di appello trasmette gli atti al tribunale originariamente adito per la prosecuzione della causa. Avverso l'ordinanza emessa dalla corte di appello è ammesso il ricorso per cassazione. Il reclamo e il ricorso per cassazione avverso le ordinanze ammissive non sospendono il procedimento davanti al tribunale».

16 Cass., sez. un., 1° febbraio 2017, n. 2610, in www.dejuregiuffre.it

17 Art. 840-quinquies. (Procedimento) «con l'ordinanza con cui ammette l'azione di classe, il tribunale fissa un termine per l'adesione all'azione medesima da parte dei soggetti portatori di diritti individuali omogenei e provvede secondo quanto previsto dall'articolo 840-sexies, primo comma, lettera c). Si applica in quanto compatibile l'articolo 840-septies. L'aderente non assume la qualità di parte e ha diritto ad accedere al fascicolo informatico e a ricevere tutte le comunicazioni a cura della cancelleria. I diritti di coloro che aderiscono a norma del presente comma sono accertati secondo le disposizioni di cui all'articolo 840- octies, successivamente alla pronuncia della sentenza che accoglie l'azione di classe. Il tribunale, omessa ogni formalità non essenziale al contraddittorio, procede nel modo che ritiene più opportuno agli atti di istruzione

alla sentenza[18] che definisce il giudizio.

rilevanti in relazione all'oggetto del giudizio. Quando è nominato un consulente tecnico, l'obbligo di pagare le spese, l'acconto e il compenso a quest'ultimo spettanti sono posti a carico del convenuto; l'inottemperanza all'obbligo di cui al presente comma non costituisce motivo di mancata accettazione o di rinuncia all'incarico. Ai fini dell'accertamento della responsabilità del convenuto il tribunale può avvalersi di dati statistici e di presunzioni semplici».

18 Art. 840-sexies. (Sentenza) «con la sentenza che accoglie l'azione di classe, il tribunale: a) provvede in ordine alle domande risarcitorie o restitutorie proposte dall'attore, quando l'azione è stata proposta da un soggetto diverso da un'associazione o da un comitato; b) accerta che il convenuto, con la condotta addebitatagli dall'attore, ha leso diritti individuali omogenei; c) definisce i caratteri dei diritti individuali omogenei di cui alla lettera b), specificando gli elementi necessari per l'inclusione nella classe dei soggetti di cui alla lettera e); d) stabilisce la documentazione che deve essere eventualmente prodotta per fornire prova della titolarità dei diritti individuali di cui alla lettera b); e) dichiara aperta la procedura di adesione e fissa il termine perentorio, non superiore a centottanta giorni, per l'adesione all'azione di classe da parte dei soggetti portatori di diritti individuali omogenei di cui alla lettera b) nonché per l'eventuale integrazione degli atti e per il compimento delle attività da parte di coloro che hanno aderito a norma dell'articolo 840-quinquies, primo comma; il termine decorre dalla data di pubblicazione della sentenza nell'area pubblica del portale telematico di cui all'articolo 840-ter, secondo comma; f) nomina il giudice delegato per la procedura di adesione; g) nomina il rappresentante comune degli aderenti tra i soggetti aventi i requisiti per la nomina a curatore fallimentare; quando ne fa richiesta, può essere nominato l'avvocato della parte la cui azione è stata accolta; h) determina l'importo da versare a cura di ciascun aderente a titolo di fondo spese e stabilisce le relative modalità. La sentenza è pubblicata nell'area pubblica del portale telematico di cui all'articolo 840-ter, secondo comma, entro quindici giorni dal deposito. Il rappresentante comune è pubblico ufficiale. Il giudice delegato può, dopo averlo sentito, revocare il rappresentante comune in ogni tempo con decreto. Il giudice delegato può in ogni tempo disporre l'integrazione delle somme da versare a cura di ciascun aderente a titolo di fondo spese. Il mancato versamento delle somme rende inefficace l'adesione; l'inefficacia opera di diritto ed è rilevabile d'ufficio. Art. 840-septies. (Modalità di adesione all'azione di classe) L'adesione all'azione di classe si propone mediante inserimento della relativa domanda nel fascicolo informatico, avvalendosi di un'area del portale dei servizi telematici di cui all'articolo 840-ter, secondo comma. La domanda di cui al primo comma, a pena di inammissibilità, deve contenere: a) l'indicazione del tribunale e i dati relativi all'azione di classe a cui il soggetto chiede di aderire; b) i dati identificativi dell'aderente; c) l'indirizzo di posta elettronica certificata dell'aderente; d) la determinazione della cosa oggetto della domanda; e) l'esposizione dei fatti costituenti le ragioni della domanda di adesione; f) l'indice dei documenti probatori eventualmente prodotti; g) la seguente attestazione: "Consapevole della responsabilità penale prevista dalle disposizioni in materia di dichiarazioni sostitutive, attesto che i dati e i fatti esposti nella domanda e nei documenti prodotti sono veritieri"; h) il conferimento al rappresentante comune, già nominato o che sarà nominato dal giudice, del potere di rappresentare l'aderente e di compiere nel suo interesse tutti gli atti, di natura sia sostanziale sia processuale, relativi al diritto individuale omogeneo esposto nella domanda di adesione; i) i dati necessari per l'accredito delle somme che verranno eventualmente riconosciute a suo favore; l) la dichiarazione di aver provveduto al versamento del fondo spese di cui all'articolo 840-sexies, primo comma, lettera h). L'aderente può produrre, con le modalità di cui al secondo comma, dichiarazioni di terzi, capaci di testimoniare, rilasciate ad un avvocato che attesta l'identità del dichiarante secondo le disposizioni dell'articolo 252; l'avvocato che procede a norma del presente comma è considerato pubblico ufficiale ad ogni effetto. La domanda è valida: a) quando è presentata a norma dell'articolo 65 del codice

Tale ultimo caso rappresenterebbe, qualora ovviamente la legge dovesse passare indenne al Senato, una delle rilevanti novità della riforma.

Il tribunale, infatti, con la sentenza che accoglie l'azione potrebbe, non solo accertare la responsabilità del convenuto e conseguentemente provvedere in ordine alle domande risarcitorie e restitutorie proposte dall'attore, ma potrebbe definire anche i caratteri dei diritti individuali omogenei che consentono l'inserimento nella classe di altri aderenti, individuando la documentazione che dovrà essere prodotta ed assegnando un termine non superiore a 180 giorni per l'adesione.

Il giudice con la sentenza dovrebbe, dunque, indicare le condizioni che devono sussistere affinché il titolare del diritto omogeneo possa aderire all'azione di classe che, pertanto, avverrà allorquando ciascun soggetto sarà in grado di ipotizzare se e in che misura gli sarà riconosciuto il diritto.

Le adesioni che interverranno dopo la sentenza di accoglimento dovrebbero essere gestite da un giudice delegato e da un rappresentante degli aderenti.

Tale ultimo soggetto dovrebbe predisporre il c.d. progetto «dei diritti individuali omogenei degli aderenti»,[19] a seguito del quale sia gli

dell'amministrazione digitale, di cui al decreto legislativo 7 marzo 2005, n. 82, e successive modificazioni; oppure b) quando è sottoscritta e inserita nel fascicolo informatico unitamente a copia fotostatica non autenticata di un documento di identità dell'aderente. I documenti probatori sono prodotti mediante inserimento nel fascicolo informatico. La domanda di adesione produce gli effetti della domanda giudiziale e può essere presentata anche senza il ministero di un difensore. L'adesione diventa inefficace in caso di revoca del potere di rappresentanza conferito al rappresentante comune a norma del secondo comma, lettera h). L'inefficacia opera di diritto ed è rilevabile d'ufficio. La revoca è opponibile all'impresa o all'ente gestore di servizi pubblici o di pubblica utilità da quando è inserita nel fascicolo informatico. La domanda di adesione interrompe la prescrizione; il nuovo periodo di prescrizione decorre dalla data in cui è stata proposta la domanda di adesione. Quando l'azione di classe è stata proposta a norma dell'articolo 840-quater, l'aderente deve dimostrare di non aver potuto far valere i propri diritti entro i termini previsti».

19 Art. 840-octies. (Progetto dei diritti individuali omogenei degli aderenti) «entro il termine

aderenti che il convenuto potranno presentare osservazioni e difese.

In caso di accoglimento delle pretese azionate con le adesioni, il giudice delegato condannerà, con decreto che costituisce titolo esecutivo, il convenuto alla corresponsione delle somme in favore degli aderenti.

Sul piano degli scopi che teoricamente persegue l'azione di classe e tenuto conto delle discipline che negli anni si sono susseguite con riguardo alla tutela collettiva, una tale ipotesi non appare negativa, se si ammette che la *ratio* della tutela dell'azione in questione è il rafforzamento delle posizioni soggettive degli individui deboli appartenenti alla categoria sottostante e l'aumento del loro grado di accesso alla giustizia.

Per ciò che qui maggiormente interessa, ritengo si possa quindi parlare di un'estensione *ultra partes* degli effetti della sentenza civile, secondo la tecnica del c.d. giudicato *secundum eventum litis*. Tale tecnica, che intende superare la concezione dell'efficacia

perentorio di novanta giorni dalla scadenza del termine di cui all'articolo 840-sexies, primo comma, lettera e), il convenuto deve depositare una memoria contenente le sue difese, prendendo posizione sui fatti posti da ciascun aderente a fondamento della domanda ed eccependo i fatti estintivi, modificativi o impeditivi dei diritti fatti valere dagli aderenti. I fatti dedotti dall'aderente e non specificatamente contestati dal convenuto nel termine di cui al presente comma si considerano ammessi. Il rappresentante comune degli aderenti, entro novanta giorni dalla scadenza del termine di cui al primo comma, predispone il progetto dei diritti individuali omogenei degli aderenti, rassegnando per ciascuno le sue motivate conclusioni, e lo deposita; il progetto è comunicato agli aderenti e al convenuto. Il rappresentante comune può chiedere al tribunale di nominare uno o più esperti di particolare competenza tecnica che lo assistano per la valutazione dei fatti posti dagli aderenti a fondamento delle domande. Il convenuto e gli aderenti, entro trenta giorni dalla comunicazione di cui al secondo comma, possono depositare osservazioni scritte e documenti integrativi. Nella procedura di adesione non sono ammessi mezzi di prova diversi dalla prova documentale. Il rappresentante comune, entro sessanta giorni dalla scadenza del termine di cui al terzo comma, apporta le eventuali variazioni al progetto dei diritti individuali omogenei e lo deposita nel fascicolo informatico. Il giudice delegato, con decreto succintamente motivato, quando accoglie in tutto o in parte la domanda di adesione, condanna il convenuto al pagamento delle somme o delle cose dovute a ciascun aderente a titolo di risarcimento o di restituzione. Il provvedimento costituisce titolo esecutivo ed è comunicato al convenuto, agli aderenti, al rappresentante comune e ai difensori di cui all'articolo 840- novies. A favore dell'aderente non possono essere liquidate le spese legali sostenute per la presentazione della domanda di adesione o per la partecipazione al procedimento di cui al presente articolo».

unicamente *intra partes* espressa dall'art. 2909 c.c., trova la sua base normativa nell'art. 1306 c.c., il quale limita appunto ai soli effetti favorevoli l'estensione di un giudicato ottenuto da un terzo nei confronti di un medesimo convenuto per un medesimo fatto. Il singolo danneggiato dovrebbe così potersi avvalere del provvedimento generico di condanna, rimanendo onerato, nella successiva fase del giudizio, solo della dimostrazione dell'esistenza del danno individualmente subito, del suo nesso eziologico con il fatto dedotto e della quantificazione del *quantum debeatur* individuale, potendosi difatti avvalere di una sentenza di condanna sull'illiceità della condotta della controparte e sulla risarcibilità dei danni da questa provocati.

Inoltre, nel solco di una tendenza che vorrebbe equiparare il modello di azione di classe italiana al più famoso *class action* statunitense, la legge di riforma prevede una sorta di compenso premiale per il rappresentante degli aderenti e per l'avvocato dell'attore posto a carico della parte soccombente[20].

20 Art. 840-novies. (Spese del procedimento) «con il decreto di cui all'articolo 840-octies, il tribunale condanna altresì il convenuto a corrispondere direttamente al rappresentante comune, a titolo di compenso, un importo ulteriore rispetto alle somme dovute a ciascun aderente a titolo di risarcimento e di restituzione. Il compenso è stabilito in considerazione del numero dei componenti la classe in misura progressiva: a) da 1 a 500, nella misura del 9 per cento; b) da 501 a 1.000, nella misura del 6 per cento; c) da 1.001 a 10.000, nella misura del 3 per cento; d) da 10.001 a 100.000, nella misura del 2,5 per cento; e) da 100.001 a 500.000, nella misura dell'1,5 per cento; f) da 500.001 a 1.000.000, nella misura dell'1 per cento; g) oltre 1.000.000, nella misura dello 0,5 per cento. Le percentuali di cui al primo comma sono calcolate sull'importo complessivo dovuto a tutti gli aderenti. Sono altresì dovute le spese sostenute e documentate. L'autorità giudiziaria può aumentare o ridurre l'ammontare del compenso liquidato a norma del primo comma in misura non superiore al 50 per cento, sulla base dei seguenti criteri: a) complessità dell'incarico; b) ricorso all'opera di coadiutori; c) qualità dell'opera prestata; d) sollecitudine con cui sono state condotte le attività; e) numero degli aderenti. Per quanto non previsto dal primo e dal secondo comma, si applicano le disposizioni in materia di spese di giustizia. Con il medesimo decreto, il tribunale condanna altresì il convenuto a corrispondere direttamente all'avvocato che ha difeso l'attore fino alla pronuncia della sentenza di cui all'articolo 840-sexies un importo ulteriore rispetto alle somme dovute a ciascun aderente a titolo di risarcimento e di restituzione. Il predetto importo, riconosciuto a titolo di compenso premiale, è liquidato a norma del primo comma. Quando l'attore è stato difeso da più avvocati, il compenso è ripartito in proporzione all'attività effettivamente prestata. Le disposizioni di cui al sesto comma si applicano anche ai difensori che hanno difeso gli attori delle cause riunite risultati vittoriosi».

Sono previste regole speciali per l'impugnazione della sentenza[21] e del decreto[22], nonché per l'esecuzione forzata c.d. collettiva[23]

21 Art. 840-decies. (Impugnazione della sentenza) «gli atti di impugnazione della sentenza di cui all'articolo 840-sexies e i provvedimenti che definiscono i giudizi di impugnazione sono pubblicati nell'area pubblica del portale telematico di cui all'articolo 840-ter, secondo comma. Ai fini dell'impugnazione della sentenza non si applica l'articolo 325 e il termine di cui all'articolo 327 è ridotto della metà. Entro due mesi dalla scadenza del termine di cui al periodo precedente senza che sia intervenuta impugnazione, coloro che hanno aderito a norma dell'articolo 840-quinquies, primo comma, possono proporre atto di impugnazione».

22 Art. 840-undecies. (Impugnazione del decreto) «contro il decreto di cui all'articolo 840-octies può essere proposta opposizione con ricorso depositato presso la cancelleria del tribunale. Il ricorso può essere proposto dal convenuto, dal rappresentante comune e dagli avvocati di cui all'articolo 840-novies, nel termine perentorio di trenta giorni dalla comunicazione del provvedimento. Il ricorso non sospende l'esecuzione del decreto. Esso deve contenere: a) l'indicazione del tribunale competente; b) le generalità del ricorrente e l'elezione del domicilio nel comune in cui ha sede il giudice adito; c) l'esposizione dei fatti e degli elementi di diritto su cui si basa l'opposizione, con le relative conclusioni; d) a pena di decadenza, le eccezioni processuali e di merito non rilevabili d'ufficio. Il presidente del tribunale, nei cinque giorni successivi al deposito del ricorso, designa il relatore e fissa con decreto l'udienza di comparizione entro quaranta giorni dal deposito. Il giudice delegato non può far parte del collegio. Il ricorso, unitamente al decreto di fissazione dell'udienza, deve essere comunicato ai controinteressati entro cinque giorni dal deposito del decreto. Il resistente deve costituirsi almeno cinque giorni prima dell'udienza, depositando una memoria contenente l'esposizione delle difese in fatto e in diritto. L'intervento di qualunque interessato non può avere luogo oltre il termine stabilito per la costituzione della parte resistente, con le modalità per questa previste. Non sono ammessi nuovi mezzi di prova e non possono essere prodotti nuovi documenti, salvo che la parte dimostri di non aver potuto indicarli o produrli prima, per causa ad essa non imputabile. Entro trenta giorni dall'udienza di comparizione delle parti, il tribunale provvede con decreto motivato, con il quale conferma, modifica o revoca il provvedimento impugnato. L'aderente può proporre azione individuale a condizione che la domanda di adesione sia stata revocata prima che il decreto sia divenuto definitivo».

23 Art. 840-terdecies. (Esecuzione forzata collettiva) «l'esecuzione forzata del decreto di cui all'articolo 840-octies, limitatamente alle somme liquidate in favore dei soggetti portatori di diritti individuali omogenei e che non hanno revocato al rappresentante comune il potere di rappresentanza conferito a norma dell'articolo 840-septies, secondo comma, lettera h), è promossa esclusivamente dal rappresentante comune, che compie tutti gli atti nell'interesse degli aderenti, ivi compresi quelli relativi agli eventuali giudizi di opposizione. La revoca è opponibile all'impresa o all'ente gestore di servizi pubblici o di pubblica utilità da quando è inserita nel fascicolo informatico e non può essere parziale. Devono essere trattenute e depositate nei modi stabiliti dal giudice dell'esecuzione le somme ricavate per effetto di provvedimenti provvisoriamente esecutivi e non ancora divenuti definitivi. Le disposizioni dei commi precedenti non si applicano relativamente ai crediti riconosciuti, con il decreto di cui all'articolo 840-octies, in favore del rappresentante comune e degli avvocati di cui all'articolo 840-novies. Il compenso dovuto al rappresentante comune è liquidato dal giudice in misura non superiore a un decimo della somma ricavata, tenuto conto dei criteri di cui all'articolo 840-novies, secondo comma. Il credito del rappresentante comune liquidato a norma del presente articolo nonché quello liquidato a norma dell'articolo 840-novies, commi primo e secondo, hanno privilegio sui beni oggetto dell'esecuzione. Il rappresentante comune non può stare in giudizio senza l'autorizzazione del giudice delegato, salvo che per i procedimenti promossi per impugnare atti del giudice delegato o del tribunale».

e per la gestione della fase di adempimento spontaneo[24] e di quella conciliativa[25].

Certamente, non si tratta di una riforma dirompente che, come detto ricalca il modello procedurale previsto dall'art. 140-*bis* c.p.c.

A tal proposto e nell'attesa che si compia l'*iter* legislativo, ritengo di dover proseguire l'indagine, esaminando i punti salienti

24 Art. 840-duodecies. (Adempimento spontaneo) «quando il debitore provvede spontaneamente al pagamento delle somme stabilite con il decreto di cui all'articolo 840-octies, le somme sono versate su un conto corrente bancario o postale intestato alla procedura aperta con la sentenza di cui all'articolo 840-sexies e vincolato all'ordine del giudice. Il rappresentante comune deposita con la massima sollecitudine il piano di riparto e il giudice delegato ordina il pagamento delle somme spettanti a ciascun aderente. Il rappresentante comune, il debitore e gli avvocati di cui all'articolo 840-novies possono proporre opposizione a norma dell'articolo 840-undecies. Il rappresentante comune deposita la documentazione comprovante i pagamenti effettuati. Per il compimento dell'attività di cui al presente articolo, al rappresentante comune non spetta alcun ulteriore compenso».

25 Art. 840-quaterdecies. (Accordi di natura transattiva) «il tribunale, fino alla precisazione delle conclusioni, formula ove possibile, avuto riguardo al valore della controversia e all'esistenza di questioni di facile e pronta soluzione di diritto, una proposta transattiva o conciliativa. La proposta del giudice è inserita nell'area pubblica del portale telematico di cui all'articolo 840-ter, secondo comma, ed è comunicata all'indirizzo di posta elettronica certificata indicato da ciascun aderente. L'accordo transattivo o conciliativo concluso tra le parti è inserito nell'area pubblica ed è comunicato all'indirizzo di posta elettronica certificata indicato da ciascun aderente, il quale può dichiarare di voler accedere all'accordo medesimo mediante dichiarazione inserita nel fascicolo informatico. Dopo la pronuncia della sentenza di cui all'articolo 840-sexies, il rappresentante comune, nell'interesse degli aderenti, può stipulare con l'impresa o con l'ente gestore di servizi pubblici o di pubblica utilità uno schema di accordo di natura transattiva. Lo schema è inserito nell'area pubblica di cui all'articolo 840-ter ed è comunicato all'indirizzo di posta elettronica certificata indicato da ciascun aderente. Entro quindici giorni dalla comunicazione di cui al terzo comma, ciascun aderente può inserire nel fascicolo informatico le proprie motivate contestazioni allo schema di accordo. Nei confronti degli aderenti che non formulano contestazioni a norma del presente comma, lo schema di accordo si considera non contestato. Entro trenta giorni dalla scadenza del termine di cui al quarto comma, il giudice delegato, avuto riguardo agli interessi degli aderenti, può autorizzare il rappresentante comune a stipulare l'accordo transattivo. Il provvedimento del giudice delegato è inserito nell'area pubblica di cui all'articolo 840-ter ed è comunicato all'indirizzo di posta elettronica certificata indicato da ciascun aderente nonché all'attore. Entro quindici giorni dalla comunicazione di cui al sesto comma, l'aderente che ha formulato le contestazioni di cui al quarto comma può privare il rappresentante comune della facoltà di stipulare l'accordo transattivo a cui le medesime contestazioni si riferiscono. L'accordo transattivo autorizzato dal giudice delegato e stipulato dal rappresentante comune costituisce titolo esecutivo e per l'iscrizione di ipoteca giudiziale e deve essere integralmente trascritto nel precetto ai sensi dell'articolo 480, secondo comma. Il rappresentante comune certifica l'autografia delle sottoscrizioni apposte all'accordo transattivo. L'attore può aderire all'accordo transattivo entro il termine di cui al settimo comma; in tal caso, l'accordo transattivo costituisce titolo esecutivo e per l'iscrizione di ipoteca giudiziale anche in suo favore».

dell'attuale disciplina dell'azione di classe così come prevista dall'odierna normativa.

## 2. L'art. 140-*bis* cod. cons.: l'attuale ambito di applicazione

Il legislatore italiano ha previsto l'istituto dell'azione di classe, inserendo la relativa disciplina nel codice del consumo e limitando in tal modo il meccanismo processuale delle tutela collettiva risarcitoria alla sola categoria del consumatori[26].

La disposizione di cui all'art. 140-*bis* cod. cons. contempla la tutela di diritti soggettivi seriali e quella degli interessi collettivi.

Nello specifico sono tutelati:

"a) i diritti contrattuali di una pluralità di consumatori e utenti che versano nei confronti di una stessa impresa in situazione omogenea, inclusi i diritti relativi a contratti stipulati ai sensi degli articoli 1341 e 1342 del codice civile;

b) i diritti omogenei spettanti ai consumatori finali di un determinato prodotto o servizio nei confronti del relativo produttore, anche a prescindere da un diretto rapporto contrattuale;

c) i diritti omogenei al ristoro del pregiudizio derivante agli stessi consumatori e utenti da pratiche commerciali scorrette o da comportamenti anticoncorrenziali".

26 Diversamente, i sistemi di *common law* non limitano il campo di applicazione del *class action* sulla base dei soggetti danneggiati; le norme dettate a riguardo hanno efficacia *erga omnes*, introdotte nei codici di rito: la *class action* americana è disciplinata dall'art. 23 della Federal Rules of Civil procedure, le *class proceedings* canadesi dallo Uniform Class Proceeding Act 1996, le *class actions* australiane dalla Federal Court of Australia Amendment act 1991, no. 181, § 3, e dal Supreme Court Rules 1999, ch. 1, am. 11.

Come precedentemente anticipato, la riforma del 2009 ha introdotto nel nostro ordinamento la categoria dei diritti individuali omogenei, riconoscendo tutela ai diritti di natura soggettiva seriale, solo in quanto il singolo individuo (*class representative*), al quale viene riconosciuta legittimazione attiva all'azione, risulti adeguatamente rappresentativo degli interessi dell'intera classe[27].

Tali situazioni giuridiche sono, secondo la dottrina italiana, «attribuite ai membri della classe, in cui i diritti sono diversi e distinti tra loro, ma dipendono tutti da una comune questione di fatto o di diritto capace di rendere possibile un provvedimento giudiziale di contenuto uniforme e i cui elementi caratterizzanti, ai fini della tutela collettiva, sono i requisiti dell'origine comune e dell'omogeneità, come preminenza delle questioni comuni o collettive su quelle individuali»[28].

L'art. 140-bis cod. cons., prima della modifica del 2012, faceva riferimento all'"identità dei diritti"[29].

---

27 L'omogeneità dei diritti individuali è uno dei requisiti di ammissibilità dell'azione di classe maggiormente controverso, oggetto di molteplici ricerche ed approfondimenti dottrinali, soprattutto a causa dell'indeterminatezza e della genericità dell'espressione adoperata dal legislatore, così: Ambrosiani, *Class action italiana per la tutela dei consumatori*, in *Rivista dei dottori commercialisti*, 2010, p. 275.

28 Santangeli-Parisi, *Il nuovo strumento di tutela collettiva risarcitoria: l'azione di classe dopo le recenti modifiche all'art. 140-bis cod. cons.,* in *www.judicium.it;* nello stesso senso, Comoglio, *Aspetto processuali della tutela del consumatore,* in *Riv. dir. proc.,* 2007, p. 320; Amadei, *L'azione di classe italiana per la tutela dei diritti individuali omogenei*, in *www.juditium.it;* Caponi, *Azioni collettive: interessi protetti e modelli processuali di tutela,* in *Riv. dir. proc.,* 2005, p. 1218.

29 Il comma 2° dell'art. 140-*bis* cod. cons. disponeva espressamente che «i diritti contrattuali di cui una pluralità di consumatori e utenti che versano nei confronti di una stessa impresa in situazione identica, inclusi i diritti relativi a contratti stipulati ai sensi degli articoli 1341 e 1342 del codice civile; b) i diritti identici spettanti ai consumatori finali di un determinato prodotto nei confronti del relativo produttore, anche a prescindere da un diretto rapporto contrattuale; c) i diritti identici al ristoro del pregiudizio derivante agli stessi consumatori e utenti da pratiche commerciali scorrette o da comportamenti anticoncorrenziali»; ed ancora il comma 6°, che disciplina il c.d. "filtro" di ammissibilità, e cioè le verifiche preliminari che il giudice deve compiere per ammettere l'esperibilità di un'azione di classe, disponeva che la domanda fosse dichiarata inammissibile, tra le altre cause, «quando il giudice non ravvisa l'identità dei diritti individuali tutelabili ai sensi del comma 2».

Ciò rappresentava uno dei principali ostacoli alla piena affermazione dell'istituto in parola, dal momento che la tensione tra "omogeneità" ed "identità" dei diritti condizionava fortemente l'ambito di applicazione dell'azione di classe[30].

Pertanto, in dottrina si cercò di dare alla norma una interpretazione "elastica" che potesse consentire l'azione di classe ad un numero maggiore di situazioni; nello specifico, la dottrina maggioritaria ritenne, attraverso un interpretazione teleologica, strettamente connessa alla natura dei diritti omogenei[31], che i due concetti potessero essere letti in maniera coincidente[32].

30 Per una lettura restrittiva della norma, in caso di interpretazione letterale riguardo ai "diritti identici" Costantino, *La tutela collettiva risarcitoria 2009,* cit., p. 390; secondo Santangeli-Parisi, *Il nuovo strumento di tutela collettiva risarcitoria*, cit., nota n. 3, sulla base di un'interpretazione ermeneutica, il riferimento ai diritti identici poteva essere interpretato «come una concreta possibilità attribuita al giudice di ripartire la classe attrice in più sottoclassi, sul modello della *class action* americana. In tale ordinamento, infatti, nel caso in cui il giudice accerti che tra gruppi di componenti della classe, pur in presenza di domande simili, vi siano interessi discordanti – naturalmente ove in ogni caso singolarmente e complessivamente si rispettino i requisiti della *commonality* e della *numerosity* – potrà ordinare la divisione in *subclasses*, ognuna con un proprio *class representative*, in modo da evitare possibili conflitti di interesse».

31 Secondo Santangeli-Parisi, *Il nuovo strumento di tutela collettiva risarcitoria,* cit.; Menchini-Motto, *Art. 140 bis,* in *www.judicum.it*, secondo cui "identità" ed "omogeneità" erano due termini da leggere non in contrapposizione tra loro «ma congiuntamente, come se si trattasse di un'endiadi». In giurisprudenza: Corte d'Appello di Torino, sez. I, 23.01.2011, in *Foro it.*, 2011, 12, I, c. 3422, secondo cui «l'identità dei diritti individuali tutelabili non deve essere, infatti, intesa secondo un improponibile senso letterale, ma piuttosto armonizzata (a superamento di un solo apparente contrasto) con la previsione di omogeneità di tali diritti, contenuta nel primo comma dell'art. 140- bis D.Lgs. 206/2005 e quindi verificata in relazione al *petitum* (da intendere come oggetto di tutela e quindi di pronuncia richiesta: non già di entità del danno eventualmente subito da ogni correntista, siccome mera circostanza ininfluente sull'identità, nel senso detto, dei diritti azionati) ed alla *causa petendi* (quale ragione giuridica a fondamento degli stessi): qui indubbiamente ricorrente, per la tutela risarcitoria richiesta in dipendenza della lamentata violazione, individuata nell'applicazione della commissione di scoperto di conto dopo il 15 agosto 2009». Tra le decisioni che si allontanano dalla rigorosa interpretazione offerta dalla tendenza giurisprudenziale principale, si distingue altresì: Corte d'Appello di Roma, 27.01.2012, in *Corr. giur.*, 2013, p. 103, ove si spiega che «il risultato di economia processuale al quale il successo dell'azione è condizionato può essere raggiunto solo a condizione che gli elementi di identità siano del tutto prevalenti rispetto ai profili individuali concernenti la singola posizione». Non si esclude, dunque, in tale arresto, che elementi di diversità fra le posizioni dei vari aderenti possano risultare compatibili con l'azione di classe, purché gli stessi non siano talmente diffusi da impedire l'unitaria trattazione della controversia.

32 Prima delle modifiche apportate con il d.l. n. 1/2012, l'esatta determinazione del requisito di omogeneità era particolarmente controversa. Secondo una prima lettura i diritti tutelati dall'azione dovevano essere *completamente* identici (App. Torino, 27.10.2010, in *Foro it*.,

Alla luce della suddetta interpretazione, infatti, i diritti omogenei ed identici, fatti valere con l'azione di classe, avrebbero necessitato solo di essere la diretta conseguenza dello stesso fatto produttivo[33].

Tale legame, naturalmente inteso come interesse alla rimozione degli effetti dannosi di una stessa condotta illecita, permetteva di qualificare il concetto di "omogeneità" come analogia che lega le diverse pretese individuali ed il concetto di "identità" come rapporto intercorrente tra un'unica condotta illecita e le diverse tipologie di danno da questa prodotte[34].

La dimostrazione che questa lettura fosse quella da privilegiare è data proprio dal fatto che il legislatore – consapevole di ciò – ha

2010, I, c. 3530; Trib. Roma, 11.4.2011, *ivi*, 2011, I, c. 3424; App. Roma, 27.1.2012, in *Corr. giur*., 2013, p. 103).

Secondo un'altra lettura, invece, i diritti tutelati dall'azione dovevano essere solo *parzialmente* identici, cioè *omogenei* (App. Torino, 23.9.2011, in *Foro it*., 2011, I, c. 3422; Trib. Roma, 25.3.2011, *ivi*, 2011, I, 1889; Trib. Napoli, 9.12.2011, in *www.ilcaso.it* ; App. Milano, 3.5.2011, *ibidem*; Trib. Roma, 27.4.2012, in *Nuova giur. civ. comm*., 2012, I, 903). Con la recente novellazione la questione interpretativa è senz'altro risolta nel secondo senso, poiché il d.l. n. 1/2012 ha eliminato dal testo della legge i riferimenti all'identità, sostituendoli con il requisito di omogeneità. Come conferma la lettura del comma 12° della norma, dunque, i diritti da tutelare potranno dirsi omogenei al ricorrere delle tre seguenti condizioni: *a*) la loro fattispecie causale ha una parte (necessaria) comune, ed una parte (eventuale) differenziata; *b*) la parte comune deve coprire almeno le questioni giuridiche in fatto e in diritto sulla base delle quali è dato accertare la responsabilità della parte imprenditoriale; *c*) la parte differenziata, come detto eventuale, può coprire l'arco delle questioni da cui dipende l'estensione della responsabilità, ovvero la determinazione del *quantum*.

È dubbio se per la determinazione esatta della parte comune occorra rifarsi ai principi giurisprudenziali elaborati con riguardo all'azione ordinaria di condanna generica, ovvero che sia sufficiente per procedere *ex* art. 140-*bis* cod. cons. che i diritti dei consumatori abbiano in comune solo il fatto potenzialmente produttivo di danno (cfr. Trib. Roma, 27.4.2012, cit.; cfr. App. Milano, 9.11.2013, in *Giur. it.*, 2014, p. 603 con nota di Giussani). Diversamente, qualora si ritenga che le finalità dell'azione di classe postulino un grado di comunanza maggiormente esteso, il requisito di omogeneità dovrebbe rilevarsi in quei diritti che si differenziano esclusivamente sotto il profilo prettamente liquidatorio, non potendosi escludere, ad esempio, un comune nesso di causalità.

33 Santangeli-Parisi, *Il nuovo strumento di tutela collettiva risarcitoria,* cit.

34 Santangeli-Parisi, *Il nuovo strumento di tutela collettiva risarcitoria,* cit.; per Costantino, *La tutela collettiva risarcitoria,* cit., p. 390, la ricostruzione sembrerebbe confermata dalla disciplina dettata dal comma 12° dell'art. 140-*bis* cod. cons., circa il potere del giudice di stabilire un criterio omogeneo di calcolo per la liquidazione del danno.

inteso modificare il testo dell'art. 140-*bis* cod. cons. proprio nel suo aspetto nevralgico, sostituendo il riferimento alla identità con quello alla omogeneità dei diritti.

Con l'espressione "diritti omogenei", si intende, infatti, quella serie di situazioni giuridiche soggettive caratterizzate dalla comunanza della maggior parte degli elementi costituitivi e non di tutti; è proprio la comunanza di detti elementi, e non più la loro integrale identità, a fondare l'interesse della classe ad una trattazione congiunta della causa.

## 3. La legittimazione ad agire

Per quel che riguarda la legittimazione ad agire, il legislatore italiano, a seguito della novella dell'art. 140-*bis* cod. cons.[35], sembra superare il modello definito "europeista", per il quale la tutela collettiva è garantita attraverso le associazioni di categoria, introducendo una soluzione tipicamente anglosassone.

Ed, infatti, attribuendo legittimazione ad agire a tutela dei diritti individuali omogenei dei consumatori a «ciascun componente della classe, anche mediante associazioni cui da mandato o comitati cui partecipa»[36], così come previsto dal comma 1° dell'articolo in commento, ricalca il modello di legittimazione previsto dalla *rule 23* della *Federal Rules of civile procedure*

35 Il legislatore, nella precedente versione dell'azione collettiva risarcitoria, in coerenza con la scelta del modello "europeista" di tutela collettiva risarcitoria, aveva attribuito la legittimazione ad agire ad enti esponenziali di tutela degli interessi dei consumatori, e dunque alle «associazioni di cui al comma 1 dell'articolo e gli altri soggetti di cui al comma 2», e cioè come recitava il comma 2° alle «associazioni e comitati che sono adeguatamente rappresentativi degli interessi collettivi fatti valere».

36 Si veda in tal senso Bova, in Consolo, Bova, Buzzelli, *Obiettivo Class action: l'azione collettiva risarcitoria*, Milano, 2008, p. 7; Consolo, *Class action fuori dagli USA? (Un'indagine preliminare sul versante della tutela dei crediti di massa funzione sostanziale e struttura processuale minima)*, in *Riv. dir. civ*., 1993, p. 644; Giussani, *Azioni collettive, danni punitivi e deterrenza dell'illecito*, in *Riv. dir. proc*., 2008, p. 244.

degli Stati Uniti d'America[37].

La riforma è stata salutata con favore, in quanto l'attribuzione alle sole associazioni dei consumatori aveva costituito uno degli aspetti maggiormente discussi della formulazione precedente della disposizione[38].

37 Stabilisce la *rule 23 della Federal Rules of civil procedure* degli Stati Uniti d'America: «*One or more members of a lass may sue or be sued as representative parties on behalf of all members only if:*

*(1) the class is so numerous that joinder of all members is impracticable, (2) there are questions of law or fact common to the class, (3) the claims or defenses of the representative parties are typical of the claims or defenses of the class; and (4) the representative parties will fairly and adequately protect the interests of the class*».

Si attribuisce la legittimazione ad agire per l'esercizio della *class action* ad uno o più membri della classe, riconoscendo al soggetto cui attribuire la gestione della proposta azione o c.d. *class representative*, individuato a seguito della fase di *certification;* «una sorta di rappresentanza paraorganica della stessa, fenomeno che l'osservatore straniero fatica a collocare nelle categorie giuridiche tradizionali, che potrebbero non solo non agevolare la comprensione, ma risultare in certo modo fuorvianti», così Santangeli-Parisi, *Il nuovo strumento di tutela collettiva risarcitoria,* cit.

38 Una legittimazione ad agire attribuita unicamente ad enti esponenziali di tutela dei consumatori correva il rischio di costituire una restrizione alle possibilità di accesso alla giustizia per tutte quelle lesioni seriali rispetto a cui le associazioni dei consumatori avessero ritenuto non conveniente l'esercizio dell'azione collettiva (anche e soprattutto in considerazione dei costi finanziari che una tale azione comporta); dall'altro il pericolo consisteva in un accrescimento della centralità, nel sistema processuale italiano di tutela del consumatore e nella vita pubblica italiana, del fenomeno delle associazioni consumieristiche, con conseguente rischio di costruire un monopolio di azionabilità delle situazioni giuridiche soggettive la cui tutela ad esse venisse legislativamente affidata. Tra i diversi studiosi che espressero perplessità ad una legittimazione ristretta alle sole associazioni dei consumatori Caponi., *La class action in materia di tutela del consumatore in Italia*, in *Foro it,* 2008, V, c. 282 rilevava come fosse difficile giustificare una legittimazione limitata ad un numero ristretto di associazioni, selezionate attraverso un procedimento di controllo governativo. Tale ristretta limitazione poteva giustificarsi secondo l'a. solo «nelle ipotesi in cui si tratti di anticipare la soglia della tutela giurisdizionale civile, per proteggere un bene che ha unicamente una dimensione collettiva, una dimensione effettivamente superindividuale», non, invece, nel campo dell'azione collettiva risarcitoria, dove l'illecito, aggredendo immediatamente i diritti dei singoli, legittima anche i soggetti che personalmente sono danneggiati ad agire in giudizio in forme diverse da quelle selettive disposte in via amministrativa. Ed in tal senso si rilevava la scelta positiva del legislatore italiano di affiancare ad una legittimazione estesa alle associazioni riconosciute la possibilità di avviare un'azione collettiva anche a comitati costituiti dagli stessi soggetti danneggiati come «stimolo concorrenziale nei confronti delle associazioni dei consumatori iscritte nell'elenco governativo», op. cit. , p. 283. In senso contrario Consolo, in Consolo, Bova, Buzzelli, *Obiettivo class action: l'azione collettiva risarcitoria*, cit., p. 174, il quale rileva come «netta è la percezione che il singolo danneggiato, per la natura stessa delle cose economiche e psicologiche, non può essere - in Italia certo non più che altrove- un appena credibile attore collettivo».

Si assiste, quindi, ad un'estensione della legittimazione ad agire[39], che pertanto, appartenendo a ciascun membro del gruppo, diviene di tipo rappresentativo allorquando il diritto individuale omogeneo riconducibile ad una determinata classe unitaria viene azionato da colui che si afferma esserne titolare; quest'ultimo può anche avvalersi di associazioni cui conferisce specifico mandato (necessariamente, in forma scritta) o di comitati cui partecipa, appositamente costituiti.

La legge non prevede che la domanda sia proposta da un numero minimo di consumatori; il giudizio, che può essere azionato da un solo soggetto, in qualità di proponente, si realizzerà in una fase successiva, mediante il sistema delle adesioni, ma a condizione che il class representative, da un lato, non versi in una situazione di conflitto di interessi e, dall'altro lato, sia in grado di curare adeguatamente l'interesse della classe. Se così non fosse, il tribunale dichiarerà inammissibile l'azione[40].

## 4. La natura giuridica e la disciplina degli atti di adesione

L'atto di adesione dei consumatori rappresenta un momento cruciale dell'azione di classe[41].

39 Secondo Guissani, *La nuova azione collettiva risarcitoria,* in *www.aippi.it*: «conferire la legittimazione ai singoli individui sembra presentare una forte controindicazione pratica: l'azione collettiva si introduce perché si suppone che le vittime della condotta illecita non dispongano delle risorse per agire in via individuale; dato però che per agire in via collettiva occorrono risorse ancora maggiori, non si capisce facilmente perché le vittime dovrebbero assumersi oneri ancora più gravosi. Nell'esperienza americana la risposta si rinviene nella disciplina delle spese: il difensore tecnico del gruppo può contare su di un consistente incremento degli onorari in caso di accoglimento della domanda, ed è in realtà di fatto lui ad assumere l'iniziativa giurisdizionale ed il relativo rischio economico, avvalendosi del mandato di uno o più membri del gruppo interessato; questa finzione assicura un'efficiente allocazione delle risorse giurisdizionali, perché la scelta di promuovere il contenzioso viene – anche se indirettamente – affidata al soggetto posto nella posizione migliore per valutarne la probabilità di successo, e tale soggetto viene premiato strettamente in ragione dell'accuratezza della sua previsione».

40 Art. 140-bis, comma 6°, cod. cons.

41 Secondo, Camilletti, *L'azione collettiva risarcitoria: profili processuali*, in *I contratti*, 2007,

Tale atto, tipizzato dal 3° comma dell'art. 140-*bis* cod. cons., rappresenta il peculiare strumento offerto all'aderente per la tutela giurisdizionale dei propri diritti[42].

È da escludersi, pertanto, l'equiparazione dell'aderente alla parte processuale, anche a livello di mero interveniente volontario[43], con conseguente inapplicabilità delle norme attinenti al litisconsorzio, necessario o eventuale[44].

---

pp. 638-644 «l'adesione può essere qualificata come un atto (formale) unilaterale recettizio in quanto produttivo di effetti solo allorché giunto a conoscenza del proponente e di cui sembra essere sempre possibile la revoca».

42 Non si dimentichi, infatti, come l'art. 140-*bis* cod. cons. non ampli il ventaglio dei diritti sostanziali riconosciuti al consumatore, ma si limiti a concedere un particolare strumento di garanzia ed esprime la mera volontà di rivendicare un diritto che il titolare ben potrebbe azionare attraverso le forme ordinarie del processo civile. Si è espressa in questo senso, peraltro, anche la giurisprudenza intervenuta sulla prima azione di classe: «l'azione di classe è, e rimane, una azione individuale aperta all'adesione di una pluralità di altri soggetti che si trovino in possesso di prestabiliti requisiti soggettivi e obiettivi di uniformità: essa non crea diritti, ma si limita ad estendere la tutela giudiziale, in presenza di determinati presupposti sostanziali e processuali, a tutti i componenti di una classe di consumatori che si trovino, nei confronti della stessa impresa, in una situazione identica, così da apprestare una più agevole tutela (sul piano non soltanto della condivisione degli effetti di condanna dell'impresa, ma anche dell'accesso stesso alla giustizia) a tutti i consumatori che possano vantare (con l'attore e tra loro) diritti individuali omogenei. È, e rimane, un'azione meramente facoltativa: i diritti in questione sono tutelabili anche attraverso l'azione di classe, ma resta ferma la proponibilità dell'azione individuale da parte dei non aderenti» (Corte d'Appello di Torino, 27.10.2010, in Nuovo notiziario giuridico, 2011, p. 109).

43 Si tratta della posizione assunta dalla dottrina largamente maggioritaria. Tra i più autorevoli: Consolo-Zuffi, *L'azione di classe ex art. 140-bis cod. cons.*, Padova, 2012, p. 135; Donzelli, *L'azione di classe a tutela dei consumatori*, Napoli, 2011, p. 285; Porcari, *Le continue oscillazioni dell'azione di classe (ancora alla ricerca della sua vera fisionomia),* in *Responsabilità civile e previdenza*, 2013, p. 1612.

44 In un certo senso, potrebbe affermarsi, in termini impropri, che gli aderenti siano litisconsorti necessari, nel senso che la loro mancanza impedisce di inquadrare la domanda dell'attore nell'azione di classe ex art. 140-*bis* cod. cons. Al fine di aggirare, in qualche modo, il dato letterale, che esclude la figura dell'intervento (10° comma dell'art. 140-*bis*), si è proposta una distinzione fra parti in senso formale e parti in senso sostanziale, ventilando, in questo modo, un litisconsorzio necessario integrato dall'adesione, anziché dai meri interventi: secondo Guernelli, *La nuova azione di classe: profili processuali*, in *Riv. trim. dir. e proc.*, 2010, p. 919-920 «il versante della proposizione e delle adesioni è stato ritenuto come quello davvero caratterizzante della struttura della nuova azione di classe, in quanto incentrata sulla potenziale scissione fra parti in senso formale e parti in senso sostanziale. Vanno quindi nettamente distinti i due profili: della iniziale proposizione "consueta" (dei singoli) per far valere un diritto proprio, nell'ambito del quale il meccanismo della instaurazione attraverso associazioni o comitati sembra rientrare a pieno titolo nell'art. 77 c.p.c. con tutti i corollari del caso (possibilità di subentro del

A ciò si aggiunga che, la figura dell'aderente non può essere ricondotta a quella dell'interveniente adesivo dipendente, dal momento che a quest'ultimo, a differenza del primo, è inibita la possibilità di proporre un'autonoma domanda giudiziale nei confronti della controparte, per carenza di interesse ad agire, cui conseguirebbe il rigetto della domanda attraverso una pronuncia di mero rito[45].

Evidente è, inoltre, come non trattandosi di una pluralità di azioni astrattamente scindibili e riunite per questioni di convenienza processuale, non si possa nemmeno parlare di cumulo di azioni soggettive, connesse sotto i profili oggettivi del *petitum* e/o della *causa petendi*, bensì di un'unica azione, quella di classe[46].

Inoltre, non sembrerebbe neppure ipotizzabile un paragone con la figura dell'intervento volontario, giacché sulla base di quanto previsto dall'art. 105 c.p.c., le posizioni dei soggetti che aderiscono non sono connesse né all'oggetto, né al titolo dedotto dal proponente[47].

---

rappresentato; impossibilità di conferimento di poteri solo processuali e non anche sostanziali, ecc.) e quello dell'innesto delle successive adesioni, che provocano, come è stato efficacemente notato un litisconsorzio facoltativo "aggregato", solo eventuale e potenzialmente indeterminato, riguardante diritti individuali omogenei. Si tratta di un fenomeno – quello adesivo – che, come si è rilevato, presenta tratti assai prossimi alla sostituzione processuale *ex* art. 81 c.p.c. e di cui costituirebbe anzi uno dei casi legislativamente previsti».

45 L'interventore adesivo dipendente non può che limitarsi a perorare le petizioni avanzate della parte che sostiene, mentre l'aderente all'azione di classe è abilitato, anzi tenuto, a specificare il pregiudizio asseritamente sofferto, differenziando inevitabilmente le proprie domande rispetto a quelle del proponente.

46 Sostiene Donati, *Azione collettiva e diritto soggettivo collettivo*, in *Contratto e impresa*, 2010, p. 927: «l'atto di adesione, che concorre a fondare l'autonomia della domanda ex art. 140-bis rispetto all'atto di citazione, non è riconducibile all'art. 104 c.p.c. (pluralità di domande contro la stessa parte) perché manca la pluralità delle azioni, essendo l'azione unica, quella di classe; perché le condizioni di accesso all'adesione sono predeterminate dal giudice adito; perché, infine, non si applica il secondo comma dell'art. 103 c.p.c. (litisconsorzio facoltativo), richiamato dall'art. 104, comma II, c.p.c.».

47 Secondo Cass. civ., 14 luglio 2004, n. 13063, *in www.dejuregiuffre.it* «il diritto che, a norma dell'art. 105 c.p.c., primo comma, il terzo può fare valere in un processo pendente tra altre parti, in conflitto con esse (intervento principale) o con alcune soltanto di esse (intervento litisconsortile o adesivo autonomo) deve essere relativo all'oggetto, ovvero dipendente dal titolo e, quindi, individuabile rispettivamente con riferimento al 'petitum' o alla 'causa petendi', non essendo al di fuori di tali limiti ammesso l'inserimento nel processo di nuove parti»

In realtà, lo sforzo di ricondurre la figura dell'aderente all'interno di uno schema tradizionale si presenta ostico; si tratta, infatti, di una figura nuova, da un lato caratterizzata dalla notevole compressione dei poteri esercitabili all'interno del giudizio di classe[48] e dall'altro dal c.d. *opt-in*, meccanismo espressamente previsto dalle legge che non avrebbe ragione di esistere se gli aderenti fossero parti processuali[49].

Al riguardo, basti pensare come i consumatori, che non hanno partecipato al giudizio, non possano beneficiare, come invece avviene negli Stati Uniti grazie al meccanismo dell'*opt-out*, degli effetti del giudicato favorevole[50].

Tali considerazioni si riflettono inevitabilmente e sin da subito sui poteri processuali dell'aderente: basti pensare al potere di chiedere l'ammissione dei mezzi istruttori a dimostrazione del proprio diritto di partecipare all'azione di classe, che si traduce nell'ammettere soltanto i soggetti capaci di provare per *tabulas* la propria legittimazione e la sussistenza dei diritti rivendicati.

48 Secondo Schlesinger, *La nuova azione di classe*, in *Corr. giur.*, 2011, p. 550, tale compressione dei poteri sarebbe giustificata dall'esigenza di evitare, anche nell'interesse degli aderenti, frammentazioni, rallentamenti, duplicazioni o antinomie nelle decisioni giudiziali; nello stesso senso Galletto, *L'azione di (seconda) classe (considerazioni sul novellato art. 140-bis cod. consumo)*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2009, p. 539.

49 Secondo Pagni, *L'azione di classe nel nuovo art. 140-bis: le situazioni soggettive tutelate, l'introduzione del giudizio e l'ammissibilità della domanda*, in *Resp. civ. prev.*, 2010, p. 349 gli aderenti potrebbero acquisire la qualità di parte nel giudizio d'appello, allorché, in primo grado, la loro domanda sia respinta, nonostante l'accoglimento dell'azione di classe; secondo Florio, *L'oggetto dell'azione collettiva risarcitoria e la tutela degli interessi collettivi dei consumatori*, in *Giur. mer.*, 2009, p. 1445 «l'aderente non è legittimato al compimento di alcuna attività processuale; non può richiedere l'assunzione di mezzi istruttori e non ha alcun rapporto con il difensore nominato dall'attore che rimane l'unico soggetto responsabile per il pagamento dei compensi per l'attività professionale svolta»; Canale, *Il convitato di pietra ovvero l'aderente nell'azione di classe*, in *Riv. dir. proc.*, 2010, p. 1304, definisce l'aderente «uno spettatore muto del processo sul proprio diritto»; sulla posizione dell'aderente Giussani, *L'azione collettiva risarcitoria nell'art. 140-bis cod. cons.*, in *Riv. dir. proc.* 2008, p. 1227; Olivieri, *La class action in Italia. Il giudizio di ammissibilità, la camera di conciliazione e gli effetti del giudicato*, in *Giust. proc. civ.*, 2008, p. 1155.

50 De cristofaro, *L'azione collettiva risarcitoria,* cit., p. 1923 per il quale «la posizione dei consumatori danneggiati da una medesima condotta lesiva su larga scala non è equiparabile a quella dei debitori solidali e dunque non si può applicare l'art. 1306 c.c.: la conseguenza è che il soggetto che non aderisce non si può giovare degli effetti del giudicato favorevole ovvero opporre all'impresa la sentenza che accoglie la domanda»

A ciò si aggiunga che, decorso il termine utile per l'adesione, coloro i quali non hanno avuto la possibilità di prendervi parte, ai sensi dell'art. 140-*bis*, 14° comma, cod. cons., non potranno più promuovere un'azione di classe, con una grave limitazione del diritto di difesa[51].

Ne consegue che i componenti della classe possono esercitare pienamente il proprio diritto di difesa, avvalendosi di tutti i poteri sanciti dalla disciplina generale, soltanto qualora agiscano per primi[52].

Tale previsione, però, trova la sua logica della scelta di adottare in meccanismo dell'*opt-in*, il quale impone necessariamente l'adesione degli utenti e dei consumatori ad una preesistente iniziativa processuale già delineata nei suoi termini essenziali. Se ne dovrà dedurre che, i poteri riconducibili agli aderenti saranno quelli della parte in senso sostanziale e non della parte in senso formale[53].

51 Donati, *Azione collettiva e diritto soggettivo collettivo*, cit., p. 927.

52 Critico nei confronti della previsione Punzi, *L'azione di classe*, cit., p. 257; a favore della scelta del legislatore Pace, *Interrogativi sulla legittimità costituzionale della nuova class action*, in *Riv. dir. proc. civ*., 2011, p. 257, il quale afferma «in primo luogo, non diversamente da tutti i fenomeni *lato sensu* associativi, la posizione giuridica degli aderenti è, e non può non essere, nettamente diversa da quella dei promotori (si pensi alle riunioni in luogo pubblico, alle associazioni sindacali, ai partiti politici ecc.). Diversità di ruoli che costituisce una logica conseguenza della scelta legislativa in favore del sistema dell'opt-in, il quale implica necessariamente l'adesione degli utenti e dei consumatori ad una preesistente iniziativa processuale già sufficientemente delineata nei suoi termini essenziali dal promotore. Ed in ciò trova conferma l'esatto rilievo secondo il quale, nonostante l'imprecisa formulazione del comma 3 ("L'atto di adesione è depositato in cancelleria, anche tramite l'attore"), il singolo consumatore/utente non può "aderire all'azione di classe senza il coinvolgimento" del promotore. In secondo luogo, è pacifico che le parti in causa sono solo due: il promotore da un lato e l'impresa dall'altro. Di qui la conseguenza, altrettanto pacifica in dottrina, secondo la quale i poteri riconosciuti agli aderenti sono solo quelli della parte in senso sostanziale e non dalla parte in senso formale»; cfr. Corte Cost., 10 maggio 2002, n. 179, in *Giur. cost.*, 2002, p. 1442), secondo cui «il legislatore nella sua discrezionalità e con il solo limite della non manifesta irragionevolezza o non palese arbitrarietà, può adottare norme processuali differenziate tra i diversi tipi di giurisdizioni e di riti procedimentali, non essendo tenuto, sul piano costituzionale, ad osservare regole uniformi rispetto al processo civile, proprio per le ragioni che possono giustificare la pluralità di giurisdizioni, le diversità processuali e le differenze delle tipologie dei riti speciali».

53 Secondo Pace, *Interrogativi,* cit., p. 257 «l'adesione all'azione di classe costituisce quindi una libera scelta dell'utente/consumatore, il quale, potendo optare tra l'azione individuale e l'azione collettiva, preferisce avvalersi, grazie all'art. 140-bis, di questo nuovo strumento processuale, sicuramente meno costoso per i singoli aderenti, ma che il legislatore ha disciplinato in maniera del tutto originale e diversa rispetto alle comuni regole processuali».

## 5. Gli atti introduttivi del giudizio

L'atto introduttivo del processo di classe è disciplinato dal comma 5° dell'art. 140-*bis* cod. cons., in quale prevede che «la domanda si propone con atto di citazione notificato anche all'ufficio del pubblico ministero presso il tribunale adito[54], che può intervenire limitatamente al giudizio di ammissibilità».

Attraverso il riferimento all'atto di citazione[55], il legislatore ha introdotto una formulazione che chiarisce la disciplina applicabile al rito dell'azione di classe[56].

Si comprende, pertanto, che il processo si svolgerà secondo le norme del rito ordinario di cognizione, in accordo con il codice di procedura.

Il medesimo atto deve essere notificato al pubblico ministero, che è parte nella fase di ammissibilità.

Conseguentemente, si applicherà la disciplina dei termini a comparire e, in particolare, il convenuto avrà l'obbligo di

54 L'art. 140-bis, comma 4° cod. cons. «la domanda è proposta al tribunale ordinario avente sede nel capoluogo della regione in cui ha sede l'impresa, ma per la Valle d'Aosta è competente il tribunale di Torino, per il Trentino-Alto Adige e il Friuli-Venezia Giulia è competente il tribunale di Venezia, per le Marche, l'Umbria, l'Abruzzo e il Molise è competente il tribunale di Roma e per la Basilicata e la Calabria è competente il tribunale di Napoli. Il tribunale tratta la causa in composizione collegiale»; la norma deroga pertanto al principio contenuto nell'art. 33, comma 2° cod. cons. che prevede il c.d. foro del consumatore. Inoltre, la scelta di attribuire competenza a determinati tribunali trova la sua *ratio* nella volontà del legislatore di prevenire soluzioni diverse, trattandosi di una disciplina nuova, soggetta a differenti interpretazioni.

55 La domanda si propone mediante citazione a comparire a udienza fissa.
Il presidente del tribunale stabilisce al principio dell'anno giudiziario, con decreto approvato dal primo presidente della corte di appello, i giorni della settimana e le ore delle udienze destinate esclusivamente alla prima comparizione delle parti.
L'atto di citazione deve contenere:
1) l'indicazione del tribunale davanti al quale la domanda è proposta;
2) il nome, il cognome, la residenza e il codice fiscale dell'attore, il nome, il cognome, il codice fiscale, la residenza o il domicilio o la dimora del convenuto e delle persone che rispettivamente li rappresentano o li assistono. Se attore o convenuto è una persona giuridica, un'associazione non riconosciuta o un comitato, la citazione deve contenere la denominazione o la ditta, con l'indicazione dell'organo o ufficio che ne ha la rappresentanza in giudizio.

56 Nella formulazione precedente alla riforma del 2009, alcun riferimento era previsto con riguardo all'atto introduttivo.

prendere posizione sui fatti e le eccezioni di controparte, presentando eventuali richieste di interventi di terzi.

Tuttavia, le considerazioni che precedono risultano necessarie in quanto, viste le peculiarità del processo di classe, che prevede una prima fase di ammissibilità della domanda, sembra evidente come, l'applicazione delle norme riguardanti il giudizio ordinario di cognizione susciti qualche riflessione con particolare riguardo all'individuazione dell'oggetto del giudizio ed alla posizione della parte convenuta.

Per quel che concerne il primo degli aspetti individuati, già dopo la prima formulazione dell'art. 140-*bis* cod. cons., in dottrina si era parlato di "un *petitum* in progressione"[57], dal momento che questo veniva, come del resto tuttora viene, definitivamente stabilito in una fase successiva alla proposizione della domanda.

Tutto ciò assume importanza dal punto di vista sistematico, in quanto l'ordinamento italiano non conosce, o meglio, non conosceva, prima dell'introduzione dell'art. 140-*bis* cod. cons., un fenomeno processuale che è altra cosa rispetto al potere di azione individuale e per il quale la *res iudicata deducta*[58] viene fissata successivamente all'introduzione della domanda a seguito delle adesioni.

Quanto, invece, alla posizione della parte convenuta, in accordo con la disposizione di cui all'art. 167 c.p.c.[59], è evidente come questa

57 Così Consolo, *L'art. 140-bis, nuovo congegno dai chiari contorni funzionali seppur, processualcivilisticamente, un poco «Opera Aperta»* in *Foto it.,* 2008, pp. 205-206;

58 Menchini-Motto, *Art. 140 bis,* in *www.judicium.it*, cit. i quali così definiscono il diritto soggettivo oggetto dell'accertamento. Secondo gli autori, inoltre, la domanda giudiziale definirebbe solo il diritto "soggettivo-archetipo"; pertanto, «l'azione proposta dall'attore di classe è espressione, non già di un ordinario potere di azione individuale a tutela di un diritto soggettivo, ma di un innovativo e finora sconosciuto al nostro ordinamento, peculiare potere di azione di classe, previsto e qualificato dall'art. 140-*bis*, che è definito come potere di azione di classe».

59 Nella comparsa di risposta il convenuto deve proporre tutte le sue difese prendendo posizione sui fatti posti dall'attore a fondamento della domanda, indicare le proprie generalità e il codice fiscale, i mezzi di prova di cui intende valersi e i documenti che offre in comunicazione, formulare le conclusioni.

A pena di decadenza deve proporre le eventuali domande riconvenzionali e le eccezioni processuali e di merito che non siano rilevabili d'ufficio. Se è omesso o risulta assolutamente incerto l'oggetto o il titolo della domanda riconvenzionale, il giudice, rilevata la nullità, fissa al convenuto un termine

dovrà svolgere le sue difese, già in un momento precede al vaglio da parte del giudice sull'ammissibilità dell'azione, prendendo posizione sui fatti posti dall'attore a fondamento della domanda e non solo al fine di ottenere una declaratoria di inammissibilità[60].

## 6. La fase di ammissibilità dell'azione di classe

Nel procedere ad analizzare la fase di ammissibilità dell'azione di classe, ritengo opportuno svolgere alcune considerazioni in merito alle valutazioni che in giudice si trova ad affrontare.

È evidente che le sorti della futura azione di classe dipendano da questa fase filtro di cui ancora, a mio sommesso avviso, la giurisprudenza non è riuscita a tracciare la giusta linea interpretativa.

Tale filtro posto infatti, nella logica del legislatore, a tutela di esigenze di ordine pubblico - come peraltro dimostrato dal coinvolgimento obbligatorio del P.M., cui va notificato l'atto introduttivo, con possibilità d'intervenire sino alla pronuncia dell'ordinanza sull'ammissibilità[61] - è strettamente connesso alle finalità dell'azione di classe.

---

perentorio per integrarla. Restano ferme le decadenze maturate e salvi i diritti acquisiti anteriormente alla integrazione.

Se intende chiamare un terzo in causa, deve farne dichiarazione nella stessa comparsa e provvede ai sensi dell'articolo 269.

60 In questo senso Santangeli-Parisi, in *www.judicium.it*, cit.; Menghini-Motto, *Art. 140 bis,* cit., secondo cui con la comparsa di risposta, devono essere svolte le difese che concernono non tanto l'esistenza dei singoli diritti soggettivi degli appartenenti alla classe, quanto soprattutto gli elementi oggetto di valutazione ai fini della decisione di ammissibilità»

61 Secondo Santangeli-Parisi, *Il nuovo strumento di tutela collettiva risarcitoria,* in *www.judicium.it,* cit. «il primo requisito costituisce un filtro sommario sul merito volto ad eliminare il rischio che lo strumento possa essere utilizzato per finalità diverse dalla preminente tutela dei diritti individuali omogenei. Compito del giudice nel riscontro del requisito della non manifesta infondatezza dell'azione sarà quello di accertare attraverso un esame sommario l'esistenza di un ragionevole dubbio sull'accoglimento dell'azione proposta e dunque del danno lamentato, in modo da escludere che esso sia del tutto inverosimile o inventato, non ammettendo l'azione di classe solo nel caso in cui tale requisito risultasse carente» Come è stato rilevato in dottrina Consolo, *Obiettivo Class action: l'azione collettiva risarcitoria*, in Consolo-Bona-Buzzelli, cit., p. 156 «codesta manifesta infondatezza crediamo debba riguardare più che altro una prognosi in iure, ossia sulle tesi giuridiche poste a base della antigiuridicità rimproverata all'impresa, piuttosto che una minuta delibazione fattuale sui contegni tenuti, che mal si addice a questo tipo di fattispecie azionabili».

Gli obiettivi di prevenire il compimento di illeciti seriali, di concentrare in un unico processo le domande risarcitorie e/o restitutorie derivanti dal medesimo evento lesivo e di garantire un'adeguata tutela giurisdizionale ai diritti ed agli interessi caratterizzati da modeste dimensioni economiche[62], rendono comprensive all'interprete le condizioni di ammissibilità previste al comma 4° dell'art. 140-*bis* cod. cons.[63]:

1) la non manifesta infondatezza della domanda; 2) l'insussistenza di conflitti di interesse fra l'attore e la classe di consumatori e di utenti[64]; 3) la capacità dell'attore di curare gli interessi della classe; 4) l'omogeneità dei diritti tutelabili alla stregua di tale azione[65].

Inoltre, credo che, nell'impianto dell'azione di classe, anche l'esigenza di evitare processi temerari ed estremamente pregiudizievoli per l'immagine commerciale delle imprese abbia determinato la previsione del filtro d'ammissibilità[66].

---

62 Donzelli, *L'azione di classe tra pronunce giurisprudenziali e recenti riforme legislative*, in *Corr. giur.*, 2013, p. 103.

63 Ai sensi del quale: «all'esito della prima udienza il tribunale decide con ordinanza sull'ammissibilità della domanda, ma può sospendere il giudizio quando sui fatti rilevanti ai fini del decidere è in corso un'istruttoria davanti a un'autorità indipendente ovvero un giudizio davanti al giudice amministrativo. La domanda è dichiarata inammissibile quando è manifestamente infondata, quando sussiste un conflitto di interessi ovvero quando il giudice non ravvisa l'omogeneità dei diritti individuali tutelabili ai sensi del comma 2, nonché quando il proponente non appare in grado di curare adeguatamente l'interesse della classe».

64 Secondo Santangeli-Parisi, *Il nuovo strumento di tutela collettiva risarcitoria,* in *www.judicium.it,* cit. «l'accertamento dell'assenza di conflitti di interessi, suscita invece qualche perplessità. Posto, infatti, che non debba presentarsi una convergenza di interessi tra l'attore e controparte, tale esame necessiterà probabilmente un'estensione della valutazione anche alla persona del legale che assiste l'attore nella gestione dell'azione di classe, con il rischio in tal caso di una duplicazione di criteri di accertamento quando il giudice dovrà riscontrare il requisito dell'adeguata rappresentanza».

65 Art. 140-*bis* cod. cons., 6° comma: «all'esito della prima udienza il tribunale decide con ordinanza sull'ammissibilità della domanda, ma può sospendere il giudizio quando sui fatti rilevanti ai fini del decidere è in corso un'istruttoria davanti a un'autorità indipendente ovvero un giudizio davanti al giudice amministrativo. La domanda è dichiarata inammissibile quando è manifestamente infondata, quando sussiste un conflitto di interessi ovvero quando il giudice non ravvisa l'omogeneità dei diritti individuali tutelabili ai sensi del comma 2, nonché quando il proponente non appare in grado di curare adeguatamente l'interesse della classe».

66 Santangeli-Parisi, *Il nuovo strumento di tutela collettiva risarcitoria*, in www. judicium.it, cit.

La dottrina più attenta, infatti, si è posta il problema «di capire se l'oggetto di tale giudizio di ammissibilità debba intendersi "vincolato" alle questioni espressamente menzionate dal comma sesto dell'art. 140-bis, ovvero se, in questa fase, possano essere considerate altre questioni "preliminari"»[67].

E così, se si parte dalla considerazione che l'azione rappresenta il diritto ad ottenere una pronuncia sul merito, attraverso la proposizione della domanda che, se idonea, costituisce il primo atto di esercizio dell'azione intesa come situazione giuridica composita[68], si comprende come nel giudizio di ammissibilità dell'azione di classe, il giudice non possa non valutare tale idoneità attraverso la verifica della sussistenza delle condizioni dell'azione che si concretizzano nella possibilità giuridica, nell'interesse ad agire *ex* art. 100 c.p.c. e nella legittimazione ad agire.

Proseguendo in questa direzione sembrerebbe, infatti, che nel giudizio di classe, come in tutti i giudizi, si dovrebbe verificare la sussistenza delle condizioni dell'azione, in particolare per quanto attiene la legittimazione e l'interesse ad agire del proponente.

Più precisamente, se con il vaglio di non manifesta infondatezza della domanda il giudice procede ad una verifica circa un'evidente carenza dei presupposti minimi di accoglibilità di tale domanda[69],

67 Lupoi, *Fumata nera per la prima class action all'italiana,* in *Giur. comm.,* 2012, p. 336, nota a Trib. Torino, 27 maggio 2010, ord. e App. Torino, 27 ottobre 2010.

68 Mandrioli, *Diritto processuale civile*, Torino, 2013, p. 68; Carnelutti, *Diritto e processo*, Napoli, 1958, p. 112.

69 Lupoi, *Fumata nera*, cit. p. 336 secondo cui «rispetto alla decisione sul *fumus boni iuris* nei procedimenti cautelari (in cui, in sostanza, si verifica la probabile esistenza del diritto controverso, sul presupposto che siano veri i fatti dedotti a fondamento dello stesso), in questo ambito, l'analisi del giudice sembra doversi fermare ad un apprezzamento ancora più sommario, relativo cioè alla evidente inidoneità dei fatti come dedotti ad integrare una fattispecie meritevole di tutela», lo stesso autore alla nota n. 10 richiama: Santangeli Parisi, *Il nuovo strumento di tutela collettiva risarcitoria*, in *www. judicium.it*, cit., n. 116, secondo cui il requisito della manifesta infondatezza «costituisce un filtro sommario sul merito volto ad evitare che lo strumento possa essere utilizzato per finalità diverse dalla preminente tutela dei diritti individuali omogenei»; Giussani, *La prima «uscita» della class action all'italiana soffocata da meccanismi preclusivi*

ciò che conseguentemente si chiede all'organo giudicante è di verificare: la sussistenza della qualifica di «consumatore o di utente» in capo al proponente dell'azione, come presupposto fondamentale di ammissibilità dell'azione stessa e successivamente l'analisi dell'interesse ad agire dello stesso proponente.

In giurisprudenza, infatti, è stato rilevato come l'interesse ad agire e la legittimazione di classe non siano condizioni che differiscono dal punto di vista ontologico dalle medesime condizioni riconducibili alle azioni ordinarie individuali[70].

L'azione del proponente, prima di essere collettiva, deve, infatti, avere i requisiti previsti per tutte le azioni individuali: l'attore, per potersi legittimare in questo contesto, deve essere prima di tutto titolare, in proprio e personalmente, del diritto individuale omogeneo che caratterizza la classe che intende rappresentare, nel rispetto delle regole ordinarie sulla legittimazione.

In altre parole, non sussiste legittimazione solo perché il proponente intenda rappresentare gli interessi della classe, ma perché il suo interesse coincide con quello della classe, essendo egli portatore del medesimo diritto individuale omogeneo di cui sono titolari gli appartenenti alla classe stessa.

Tali considerazioni sono state fatte proprie dalla dottrina più acuta, secondo cui «l'azione di classe di cui all'attuale art. 140-bis, a differenza dal rimedio processuale in precedenza approvato dal legislatore (e mai entrato in vigore), non mira a tutelare

*penalizzanti*, in *Guida dir*., 2010, pp. 27 e 16, secondo cui il vaglio della non manifesta infondatezza si presta «solo a impedire l'esame nel merito di domande platealmente infondate»; App. Torino, 27 ottobre 2010, ord., cit., nella quale si legge che l'esame del giudice circa la non manifesta infondatezza deve «ragionevolmente escludere non soltanto lo scontato, ma anche il pressoché certo, rigetto della domanda»; Motto, *Art. 140 bis,* in *www.judicium,* cit., per il quale: «la valutazione di ammissibilità dovrà concludersi positivamente sol che la domanda non appaia infondata in modo manifesto; il che segna altresì il grado di approfondimento della valutazione giudiziale dei fatti da cui dipende la fondatezza della domanda».

70 Trib. Torino, 27 maggio 2010, ord., cit.

diritti collettivi o diffusi ovvero interessi superindividuali, quanto piuttosto diritti omogenei che, riferiti a titolari diversi ed essendo l'uno autonomo rispetto all'altro, abbiano un elemento in comune (normalmente la *causa petendi* o una medesima questione di fatto e di diritto), tanto da poter essere ritenuti «identici» sul piano della loro tutela in sede non individuale ma di gruppo»[71].

Ritengo di dover aderire a questa impostazione per la quale «sia il proponente che gli aderenti all'azione di classe fanno valere diritti individuali perfetti, tutelabili anche in via autonoma, i quali non perdono tale «individualità» solo per il fatto di essere fatti valere in una sede collettiva»[72].

## 7. L'ordinanza che ammette l'azione di classe

L'ordinanza che ammette l'azione di classe, oltre alla determinazione dell'ulteriore corso della procedura[73], contiene i termini e le modalità attraverso cui il tribunale, al fine di consentire l'adesione degli appartenenti alla classe, regola la più opportuna pubblicità[74].

Tale provvedimento: 1) fissa un termine perentorio (non superiore a centoventi giorni decorrente dalla scadenza del termine fissato per l'esecuzione della pubblicità) entro il quale

71 Lupoi, *Fumata nera*, cit. p. 337.

72 Lupoi, *Fumata nera*, cit. p. 337.

73 Stabilisce il comma 11° dell'art. 140-*bis* cod. cons.: «con l'ordinanza con cui ammette l'azione il tribunale determina altresì il corso della procedura assicurando, nel rispetto del contraddittorio, l'equa, efficace e sollecita gestione del processo. Con la stessa o con successiva ordinanza, modificabile o revocabile in ogni tempo, il tribunale prescrive le misure atte a evitare indebite ripetizioni o complicazioni nella presentazione di prove o argomenti; onera le parti della pubblicità ritenuta necessaria a tutela degli aderenti; regola nel modo che ritiene più opportuno l'istruzione probatoria e disciplina ogni altra questione di rito, omessa ogni formalità non essenziale al contraddittorio».

74 Come recita il comma 9° dell'art. 140-bis: «l'esecuzione della pubblicità è condizione di procedibilità della domanda».

gli atti di adesione, anche a mezzo dell'attore, sono depositati in cancelleria; 2) detta una definizione dei caratteri che devono avere i diritti individuali oggetto dell'azione ammessa; 3) specifica i criteri in base ai quali i soggetti che chiedono di aderire sono inclusi nella classe o devono ritenersi esclusi dall'azione.

In dottrina è stato evidenziato come non si possa parlare di un atto che «tipicamente assolve alla funzione ordinatoria del processo, ossia quella di regolarne l'*iter* procedimentale»[75], poiché l'ordinanza in questione assume una particolare connotazione in virtù della quale assurge a momento centrale ai fini dell'esito del giudizio risarcitorio[76].

A tal fine, basti pensare a come il vaglio di ammissibilità, attribuito dal legislatore al medesimo organo che entrerà nel merito del giudizio di classe, rischi di costituire una vera e propria anticipazione del giudizio finale; ciò nonostante l'ordinamento attribuisca all'ordinanza una valenza ordinatoria avverso la quale è prevista la possibilità di reclamo.

Al riguardo, si consideri anche il ruolo che il giudice assolve in tema di adesione dei singoli all'azione di classe ammessa.

I suoi poteri non sono unicamente finalizzati a fissare un termine per le adesioni ovvero quelli legati alla scelta del mezzo di pubblicità necessario per la tutela degli aderenti, ma sono volti a stabilire quale debba essere il contenuto dell'atto di adesione, affinché l'aderente si possa considerare incluso ovvero escluso dalla classe attrice.

In altre parole, sarà il giudice a supplire alla stessa carenza di assistenza legale dei singoli consumatori danneggiati, assumendo un forte ruolo di garanzia.

75 Mandrioli, *Diritto processuale civile*, cit. p. 454.

76 Come recita il comma 6°, art. 140-bis del cod. cons.: «all'esito della prima udienza il tribunale decide con ordinanza sull'ammissibilità della domanda».

In tal modo, l'organo giudiziale anticipa i criteri che utilizzerà nella fase istruttoria per valutare l'accoglimento delle adesioni proposte. E, dunque, il giudice, con molta probabilità[77], proprio in considerazione della peculiare caratteristica e posizione dei soggetti aderenti, e quantomeno dal punto di vista degli elementi probatori necessari a fondare una pronuncia d'accoglimento ovvero di rigetto nel merito, dovrebbe indicare nell'ordinanza di ammissione dell'azione quale documentazione risulti necessaria per poter veder accolta la pretesa avanzata con atto di adesione dai presunti danneggiati, assolvendo un importante ruolo di garanzia[78].

Ciò, infatti, permetterebbe, non solo di snellire i tempi necessari all'accertamento del diritto vantato dai diversi componenti della classe, agevolando la redazione della sentenza collettiva, ma anche di meglio garantire il diritto di difesa degli aderenti, già ridotto dall'impossibilità di partecipare attivamente al processo con un proprio difensore.

A conferma di tale interpretazione si consideri, altresì, come lo stesso comma 11° del testo dell'art. 140-*bis* cod. cons., attribuisca all'ordinanza di ammissione dell'azione di classe il potere di prescrivere le misure atte a evitare indebite ripetizioni o complicazioni nella presentazione di prove o argomenti, nonché regolare nel modo che ritiene più opportuno l'istruzione probatoria anche onerando le parti della pubblicità ritenuta necessaria a tutela degli aderenti[79].

77 In tal senso sembra potersi interpretare l'espressione di cui al comma 9°, lett.a), art. 140-bis cod. cons.

78 In tale ottica spetterebbe all'organo giudiziale, indicare analiticamente quali siano i documenti per poter, dapprima essere considerato componente della classe dei danneggiati (e dunque la produzione ad esempio del contratto stipulato ex art. 1342 c.c. o 1341 c.c., ovvero lo scontrino d'acquisto di un prodotto ritenuto difettoso etc.) ed in secondo luogo gli elementi documentali che sarebbero utili per accertare il danno ed il nesso di causalità con la condotta di controparte (si pensi nel caso di presunti danni derivanti da prodotto difettoso ad un certificato medico da cui emerge l'eventuale lesione prodotta etc.).

79 Si veda art. 140-bis, comma 11° cod. cons.

Si comprende, quindi, il rilievo che l'ordinanza di ammissione dell'azione di classe assume, non solo sull'ulteriore svolgimento del procedimento, ma altresì quale strumento che, decidendo dell'ampiezza della tutela e dei criteri per dare la prova del danno, sembra sostanzialmente anticipare la sentenza conclusiva del giudizio collettivo.

## 8. L'adesione all'azione di classe ed il meccanismo dell'*opt-in*: alcune riflessioni critiche

Il meccanismo delle adesioni è argomento strettamente connesso all'estensione degli effetti del giudicato, al fine di consentire ai componenti del gruppo dei danneggiati di partecipare al procedimento collettivo risarcitorio[80].

E ciò in quanto, attraverso l'atto di adesione «si realizza una sorta di deroga volontaria al proprio diritto a realizzare un contraddittorio effettivo e personale»[81], salvo naturalmente l'ipotesi di cui al successivo comma 15° dell'art. 140 bis cod. cons. [82]

80 Il comma 3° dell'art. 140-*bis* cod. cons. dispone: «i consumatori e utenti che intendono avvalersi della tutela di cui al presente articolo aderiscono all'azione di classe, senza ministero di difensore ed inoltre l'atto di adesione, contenente, oltre all'elezione di domicilio, l'indicazione degli elementi costitutivi del diritto fatto valere con la relativa documentazione probatoria, è depositato in cancelleria, anche tramite l'attore, nel termine di cui al comma 9°, lettera b), con la conseguente efficacia in tema di prescrizione dei diritti». Come rilevato da Caponi, *La riforma della «class action». Il nuovo testo dell'art. 140-bis cod. cons. nell'emendamento governativo*, in *www.judicium.it,* non trattandosi di ipotesi di obbligazioni solidali – e non operando quindi il giudicato *secundum eventum litis, ex* art. 1306 c.c.- l'atto di adesione comporta la possibilità di giovarsi immediatamente degli effetti del giudicato, conseguendo da esso l'acquisto della qualità di parte processuale in senso sostanziale, non compiendo atti processuali, né subendo gli effetti delle spese del processo.

81 Santangeli-Parisi, *Il nuovo strumento di tutela,* in *www.judicium.it,* cit.; è stato rilevato in dottrina Miller Geoffrey, *Punti cardine in tema di «class action» negli Stati Uniti e in Italia,* in *Analisi Giuridica dell'Economia*, 2008, p. 224, come l'esercizio del diritto d'ingresso alla classe offra importanti benefici ai membri della categoria, costituendo una sicurezza a che questi «desiderano sinceramente prendere parte alla lite. Non sono trascinati in causa senza che abbiano manifestato la loro volontà in tal senso» ed inoltre «è coerente con gli orientamenti giurisprudenziali che vedono nella partecipazione volontaria un elemento essenziale del processo civile».

82 Secondo cui «le rinunce e le transazioni intervenute tra le parti non pregiudicano i diritti degli aderenti che non vi hanno espressamente consentito. Gli stessi diritti sono fatti salvi anche nei casi di estinzione del giudizio o di chiusura anticipata del processo».

Ricostruendo, però, lo strumento dell'atto di adesione come l'atto con cui si conferisce mandato all'attore collettivo e contestualmente si esercita la propria azione nei confronti dell'impresa convenuta - producendo tutti gli effetti processuali e sostanziali che ad essa si riconnettono[83] - il meccanismo adottato dal nostro legislatore, rileva tutte le sue criticità, una delle quali riguarda la possibilità di revoca dell'atto di adesione[84].

Orbene, partendo da questa considerazione, è naturale che sorgano dei dubbi circa le tutele messe a punto dal legislatore con riferimento alla posizione degli aderenti.

Al fine di supplire alle carenze di un'assistenza legale individuale, il legislatore ha costruito il contenuto dell'ordinanza che ammette l'azione di classe come uno strumento attraverso cui il giudice possa agevolare l'onere probatorio dei componenti della classe che intendano aderire.

Nella stessa, infatti, l'organo giurisdizionale deve indicare tutti gli elementi necessari affinché chi intenda aderire all'azione di classe possa provare l'omogeneità del suo diritto individuale.

Tale impostazione, pertanto, impone di chiedersi quale sia il momento in cui tale riscontro avviene.

In assenza di una fase successiva alla singola adesione che preveda il vaglio di ammissibilità di quelle proposte e, ancor di

83 Consolo, *Obiettivo,* cit., p. 185 ss., l'a. qualifica l'adesione concepita dal vecchio testo dell'art. 140-*bis* cod. cons. come atto stragiudiziale, ovvero come «contratto, anche con effetti processuali, che pur presentando diversi aspetti del mandato rimane di non facile qualificazione». Nel senso della qualificazione dell'adesione, nel nuovo art. 140-*bis* cod. cons., come mandato senza rappresentanza che faccia sorgere un rapporto obbligatorio tra aderente e promotore, Caponi, *Il nuovo volto della class action*, in *Foro it.,* 2009, V, c. 385. Come recita il comma 3°, art. 140-*bis* cod. cons. «gli effetti sulla prescrizione ai sensi degli articoli 2943 e 2945 del codice civile decorrono dalla notificazione della domanda e, per coloro che hanno aderito successivamente, dal deposito dell'atto di adesione».

84 Considera la possibilità di revoca dell'atto di adesione un interrogativo ancora aperto Caponi, *Una lettura di interrogativi in attesa della giurisprudenza*, in *Foro it.,* 2008, V, c. 185.

più, in assenza di una fase postuma all'eventuale sentenza di condanna che, come accade negli Stati Uniti (o come si auspica possa essere introdotta qualora la legge di riforma passi indenne al Senato), attualmente, è evidente come, tale momento debba coincidere con quello in cui il giudice emette la sentenza.

Pertanto, solo in questa fase sarà valutata l'ammissibilità delle adesioni proposte, con notevole aggravio del compito del giudice e con il consistente rischio di svilire la funzione economico processuale dell'azione di classe.

Naturalmente, le perplessità in merito a tale *modus operandi* diventano ancora più pregnanti se si considera che l'indicazione giudiziale, contenuta nell'ordinanza di ammissibilità degli elementi la cui allegazione è necessaria per l'accoglimento dell'adesione, non fa venir meno il pericolo di un'eventuale erronea, ovvero incompleta, redazione dell'adesione, con il rilevante problema del rischio di veder rigettata la domanda proposta in sede di pronuncia conclusiva del procedimento.

Ed infatti, l'art. 140-*bis* comma 3° cod. cons. dispone come l'adesione comporti la rinuncia a ogni azione restitutoria o risarcitoria individuale fondata sullo stesso titolo, salva l'ipotesi di transazioni o rinunce a cui non abbiano consentito le parti e salvo le ipotesi di estinzione del giudizio, ovvero di chiusura anticipata del processo.

Evidente è che, a fronte dell'indubbio vantaggio di poter far valere un diritto senza affrontare l'onere delle spese processuali dovute al proprio difensore[85] e senza il rischio di affrontare tali spese in caso di soccombenza della classe, si presenta un forte rischio di perdere un diritto senza averne neanche piena consapevolezza.

85 Sempre che questa sia la scelta dell'aderente non essendo escluso che conferisca mandato al legale che assiste i soggetti proponenti. Come ha infatti rilevato GIUSSANI, *L'azione collettiva risarcitoria nell'art. 140 bis c. cons*., cit., p. 1233, già rispetto alla precedente azione collettiva risarcitoria, il proponente potrebbe «raccogliere veri e propri mandati, ai quali si applicherebbero le relative regole, così come suggerire agli interessati di aderire, oltre che all'azione collettiva, anche alla formazione sociale [...] che la propone».

## 9. La sentenza

L'art. 140-*bis*, cod. cons., al comma 12°, prevede che, in caso di accoglimento della domanda, il tribunale pronunci sentenza di condanna con la quale liquida, ai sensi dell'articolo 1226 del codice civile, le somme definitive dovute a coloro che hanno aderito all'azione o stabilisce il criterio omogeneo di calcolo per la liquidazione di dette somme.

In tale ultimo caso, il giudice fissa un termine non superiore a novanta giorni entro il quale le parti possono addivenire ad un accordo che, assumendo le caratteristiche del verbale di conciliazione, diviene titolo esecutivo; qualora le parti non raggiungano tale accordo, su istanza di anche un solo aderente, il giudice liquida con sentenza le somme dovute.

Dalla lettura della disposizione, e con particolare riferimento all'ultima parte della norma, pertanto, appare chiaro l'intento del legislatore di favorire l'economia processuale che dovrebbe appunto ispirare l'azione di classe, a scapito del principio dell'integralità del risarcimento del danno.

La formulazione attuale della norma elimina la connotazione bifasica attribuita al processo collettivo dal contenuto del precedente art. 140 bis cod. cons., il quale prevedeva nella seconda fase una determinazione individuale del danno[86].

86 Il comma 4° del precedente art. 140-*bis* cod., cons., stabiliva: «se accoglie la domanda, il giudice determina i criteri in base ai quali liquidare la somma da corrispondere o da restituire ai singoli consumatori o utenti che hanno aderito all'azione collettiva o che sono intervenuti nel giudizio». L'interpretazione della natura della sentenza e della tutela ha suscitato dibattiti dottrinali. Un primo indirizzo dottrinale, molto corposo (tra gli altri si veda anche Bove, *Azione collettiva: una soluzione all'italiana lontana dalle esperienze straniere più mature,* in *Guida al Diritto*, 2008, p. 11; Comandè, *Un uso distorto dell'azione collettiva diventa un boomerang per il cittadino,* in *Resp. e ris.*, 2008, p. 9; Chiarloni, *Per la chiarezza di idee in tema di tutele collettive dei consumatori,* in *Riv. dir. proc. civ*., 2007, p. 583), ha ritenuto che la fissazione dei criteri di liquidazione non facesse venir meno la natura di sentenza di accertamento anche se più o meno specifica, della responsabilità del convenuto, del diritto al risarcimento, della somma minima da liquidare. Nettamente contrario è stato, invece, un altro indirizzo interpretativo che qualificava la sentenza collettiva quale sentenza di condanna generica (Si veda tra gli altri anche Caponi, *Litisconsorzio «aggregato».* cit., p. 86; Consolo, *È legge una disposizione sull'azione collettiva risarcitoria: si è scelta la via svedese dello "opt-in" anziché quella danese dello "opt-out" e il filtro ("L'inutil precauzione"),* in *Cor. giur*., 2008, p. 6).

Il giudizio oggi si svolge in un'unica fase interamente collettiva, a seguito della quale il giudice emetterà un'unica sentenza di condanna[87], senza svolgere una valutazione individuale dei danni di tutti i soggetti aderenti al processo collettivo [88].

Una soluzione innovativa, dunque, che privilegia il risarcimento unitario e che sacrifica la precisa attuazione del diritto sostanziale individuale all'esatta quantificazione del danno[89].

Il legislatore ha, inoltre, previsto un termine di centottanta giorni affinché la sentenza di condanna divenga esecutiva, ciò probabilmente allo scopo, in primo luogo, di non mettere l'impresa soccombente nella condizione di dover reperire in breve tempo ingenti somme di denaro per provvedere al risarcimento del danno unitariamente liquidato[90] ed, in secondo luogo, per favorire soluzioni conciliative e ridurre i costi dell'impresa[91].

La sentenza di accoglimento, in ogni caso, è a tutti gli effetti una sentenza di condanna, che costituisce titolo esecutivo inteso come «documento che attesta l'esistenza del diritto in modo sufficientemente certo per essere eseguito»[92].

87 Nel senso della trasformazione nel nuovo testo dell'azione di classe della struttura del processi bifasico a monobasico si veda Santagada,, *La conciliazione dell'azione collettiva risarcitoria: note a margine di una proposta di riforma dell'art. 140-bis cod. consumo,* in *www.judicium.it.*

88 Il vecchio testo dell'art. 140-*bis* cod. cons. prevedeva al comma 4°: «nei sessanta giorni successivi alla notificazione della sentenza, l'impresa propone il pagamento di una somma, con atto sottoscritto, comunicato a ciascun avente diritto e depositato in cancelleria. La proposta in qualsiasi forma accettata dal consumatore o utente costituisce titolo esecutivo. In caso di mancata proposta da parte dell'impresa soccombente non rimaneva al singolo altra via se non quella di agire con un'azione individuale per ottenere quanto dovuto, e dunque con un'azione individuale di completamento».

89 Ciò naturalmente se la parte che partecipa all'azione di classe ovvero vi aderisce accetta tale modalità di liquidazione

90 Giussani, *Azione di classe e tutela antitrust: profili processuali*, in *Banca borsa titoli di credito*, 2011, p. 371.

91 Si pensi agli accessori di legge maturati dopo la pubblicazione della sentenza. In tal senso Caponi, *Il nuovo volto della class action,* cit., p. 383.

92 In tal senso si veda, Mandrioli, *Diritto processuale civile*, cit., p. 32.

Con la sentenza che fissa i criteri per la liquidazione del danno, il giudice ha, infatti, già accertato l'esistenza del danno casualmente legato alla condotta del convenuto (certezza del credito), non subordinando ad alcuna condizione o termine il credito (esigibilità) e non determinando individualmente il danno subito[93] solo per ragioni di funzionalità della tutela collettiva.

La quantificazione del danno non verrà, dunque, necessariamente affidata ad una fase successiva, ma potrà calcolarsi attraverso, ad esempio, l'applicazione di criteri matematici (credito non liquido, ma facilmente liquidabile)[94].

Autora convidada.

DOI: 10.5935/1809-8487.20180009

93 È, dunque, unicamente per favorire una sentenza di condanna unitaria che il giudice, accertata l'esistenza di un danno diversificato in ciascun aderente in ragione di un unico – ovvero più – criteri di quantificazione, emana una sentenza di condanna con indicazione dei criteri di liquidazione.

94 Si pensi, ad esempio, all'ipotesi in cui il giudice accertato l'illecito seriale del convenuto e, dunque, il danno prodotto in capo ai consumatori aderenti, determini quale criterio di liquidazione del danno la durata del rapporto intercorrente tra danneggiato e consumatore. In tal caso determinata l'unità minima di risarcimento che occorrerebbe per ciascun danneggiato calcolare con una semplice operazione di moltiplicazione il parametro dettato con la durata del rapporto oggetto della controversia.

62 - 139
Doutrina Internacional

# A PROTECÇÃO INTERNACIONAL E O INSTITUTO DE ASILO NA UNIÃO EUROPEIA

JOSÉ NORONHA RODRIGUES
ANA BEATRIZ DA SILVA MACIEL E MEDEIROS ANDRADE

# A PROTECÇÃO INTERNACIONAL E O INSTITUTO DE ASILO NA UNIÃO EUROPEIA

INTERNATIONAL PROTECTION AND THE INSTITUTE OF ASYLUM IN THE EUROPEAN UNION

JOSÉ NORONHA RODRIGUES
Professor
Universidade dos Açores
jose.n.rodrigues@uac.pt

ANA BEATRIZ DA SILVA MACIEL E MEDEIROS ANDRADE
Advogada
beatriz.medeiros.andrade@gmail.com

**RESUMO:** Neste artigo debruçar-nos-emos sobre as três gerações do processo de harmonização do asilo[1], desde a abertura de fronteiras externas entre os Estados-membros até à inclusão de uma política comum de asilo nos tratados europeus, tentando perceber em que medida a União Europeia foi alterando e melhorando os seus instrumentos jurídicos para conceber um instituto de asilo mais eficiente, a fim de alcançar o seu primordial objetivo: a conceção de uma Política Comum de Asilo. Finalmente, iremos descrever os diversos problemas que a atual política de asilo europeia comporta, apresentando como solução para os mesmos a uniformização deste instituto pela UE e por todos os Estados-membros, a favor de um melhor e mais eficiente direito de asilo.

SUMÁRIO: 1. Introdução – 2. A Primeira Geração do Processo de Harmonização do Asilo – 2.1. Do *Tratado de Paris ao Ato Único Europeu* – 2.2. O *Acordo Schengen* - 2.3. A *Convenção de Dublin* – 2.4. A *Convenção de Aplicação do Acordo Schengen (CAS)* – 3. A Segunda Geração do Processo de Harmonização do Asilo – 3.1. O *Tratado de Maastricht* – 3.2. As *Resoluções de Londres* – 3.3. Os instrumentos jurídicos da CJAI – 4. A Terceira Geração do Processo de Harmonização do Asilo – 4.1. O *Tratado de Amesterdão* – 4.2. O *Protocolo Aznar* – 4.3. O *Plano de Ação de Viena* e as *Conclusões do Conselho Europeu de Tampere* – 4.4. O *Tratado de Nice* – 4.5. A *Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia* – 4.6. O *Tratado de Lisboa* – 4.7. Adoção de uma Política Comum de Asilo na União Europeia – 5. Em busca de uma nova (e melhor) política europeia de asilo - 6. Conclusão.

1 Embora defendamos no presente artigo a existência de apenas três gerações do processo de harmonização do asilo é, de sublinhar que José Noronha Rodrigues já defendeu em outros trabalhos uma quarta geração do processo de harmonização de asilo, nomeadamente, na Tese de Doutoramento em Direito, intitulada "Política Única de Asilo para a União Europeia". Todavia, porque esta política ainda não se encontra consolidada na União Europeia absteremos de incidir sobre ela.

## 1. Introdução

A proteção internacional dos refugiados na Europa é um fenómeno recente, sendo que esta problemática apresenta um duplo aspeto: em primeiro lugar, trata-se de uma questão humanitária e social, isto é, de socorrer individualmente pessoas privadas de proteção; em segundo lugar, trata-se de uma questão diplomática ou política, uma vez que, para os Estados, importa saber controlar tensões e limitar os seus efeitos.

Nos últimos anos, as preocupações com a segurança levaram os Estados a adotar um conjunto de práticas que ignoram os princípios de direitos humanos. Neste processo, o regime de proteção internacional tem sido fragilizado e o reconhecimento do estatuto de refugiado tem sido reduzido, assistindo-se a uma maior utilização de conceitos, como o de proteção subsidiária, dando origem a situações preocupantes do ponto de vista dos direitos humanos. A ausência de uma política comum de asilo cria um padrão comunitário cuja tónica é a contenção, afastamento e redução dos direitos de quem procura e precisa de proteção internacional.

Mas, o problema dos refugiados não se limita à ausência de leis sobre esta matéria. A falta de vontade dos Estados em respeitar estes instrumentos é o principal obstáculo.

Por exemplo, em dezembro de 2015, o ministro dos Negócios Estrangeiros alemão, Frank-Walter Steinmeier, advertia os seus parceiros europeus que se recusam a cumprir os compromissos assumidos no âmbito do acordo para distribuir quotas de refugiados entre os Estados-membros de que haverá consequências judiciais. O ministro alemão fazia assim referência à possibilidade de abrir um processo por violação dos tratados e de recorrer ao Tribunal de Justiça Europeu.[2]

2 *Cfr.* ECONÓMICO COM LUSA: "*Alemanha adverte para consequências do incumprimento com refugiados*", *Económico*, 19 de dezembro de 2015 *in* http://economico.sapo.pt/noticias/alemanha-adverte-para-consequencias-do-incumprimento-com-refugiados_237986.html, consultado a 23/06/2016.

De facto, a Europa tem interesse político e dever humanitário de assegurar que todos os Estados, com os quais tem relações políticas, diplomáticas e económicas, cumpram as suas responsabilidades internacionais quando confrontados com fluxos de refugiados. Esta solidariedade aliada a uma política positiva e preventiva, condenando a ação dos países que produzem fluxos de refugiados, permitirá à UE ajudar quem realmente precisa de proteção.

Foi neste sentido que, no dia 4 de maio de 2016, a Comissão Europeia apresentou um novo sistema de asilo que prevê uma "contribuição solidária" de 250 mil euros por cada candidatura a proteção internacional não aceite pelos Estados-membros que estejam fora do sistema de recolocação. Quer isto dizer que, neste cenário, os novos candidatos ao estatuto de refugiado num país que enfrenta um número desproporcionado de candidaturas de asilo (mais de 150% do número de referência), independentemente da sua nacionalidade, serão recolocados e se um Estado-membro quiser ficar de fora deverá fazer uma contribuição solidária de 250 mil euros por cada candidato que deveria acolher. Esta contribuição será dada ao país que receber os candidatos.[3]

Por outro lado, este novo sistema irá prevenir abusos, nomeadamente ao detetar múltiplas candidaturas e prevenir migrações secundárias irregulares, introduzindo pela primeira vez obrigações legais claras para os candidatos, que não podem escolher qual o país que preferem, e reforçando ainda o direito de reunificação familiar.

Assim, este novo sistema apresentado pela Comissão é já um passo em direção ao equilíbrio desejado em matéria de refugiados: conciliar o direito soberano dos Estados em controlar as suas fronteiras com o direito individual de procurar e obter asilo em caso de perseguição por parte dos refugiados.

3 *Cfr.* DIÁRIO DE NOTÍCIAS: *"Países que rejeitem pedidos de asilo terão que pagar 250 mil euros"*, *Diário de Notícias*, 4 de maio de 2016, *in* http://www.dn.pt/mundo/interior/paises-que-rejeitem-pedidos-de-asilo-terao-que-pagar-250-mil-euros-5157680.html, consultado a 23/06/2016.

Para que o sistema de asilo na UE possa ser efetivo, torna-se necessário que os Estados abdiquem de parte da sua soberania. Neste sentido, no presente artigo, iremos ver em que medida se processou a evolução da situação nos últimos anos, desde o *Tratado de Maastricht* até ao *Tratado de Lisboa*, assim como os compromissos impostos pelas metas de Tampere, e os Programas de Haia e de Estocolmo, onde verificaremos que houve de facto um significante aumento da cooperação, harmonização e consciencialização de que os assuntos de asilo requerem uma resposta conjunta e global da União Europeia.

Finalmente, analisaremos ainda se a resposta que está a ser dada por parte da União Europeia é suficiente para fazer face à atual crise mundial de refugiados.

## 2. A primeira geração do processo de harmonização do asilo

### 2.1. Do *Tratado de Paris* ao *Ato Único Europeu*

O fim da Segunda Guerra Mundial constituiu o verdadeiro despoletar da integração europeia, tal como a vivemos até aos dias de hoje. De facto, foi logo após o seu término que em 17 de dezembro de 1946 se fundou, em Paris, a União Europeia dos Federalistas que em 25 de outubro de 1948 se transformou no Movimento Europeu.[4]

Posteriormente, a 16 de abril de 1948, dezasseis Estados, entre os quais Portugal, instituem a Organização Europeia de Coope-

4 A este propósito, FAUSTO DE QUADROS refere que "entre 8 e 10 de maio do (…) ano de 1948, reúne-se, sob a presidência de CHURCHILL, o Congresso de Haia, onde participam oitocentos delegados, vindos de dezanove Estados. No seguimento deste Congresso, no mesmo ano, em 25 de outubro, é criado, em Bruxelas, o Movimento Europeu (…) que teria como presidentes honorários CHURCHILL, LEON BLUM, PAUL-HENRY SPAAK e ALCIDE DE GASPERI. O Congresso de Haia faz a sua proposta de criação dos "Estados Unidos da Europa", de CHURCHILL, mas claramente no sentido do Memorando Briand, isto é, sob forte influência do sistema federal norte-americano." (*Cfr.* QUADROS, Fausto de: *Direito da União Europeia*, Edições Almedina, S. A., 2009, pp. 35-36).

ração Económica (OECE) e em 17 de março do mesmo ano era assinado o Tratado de Bruxelas que instituía a União da Europa Ocidental (UEO) entre a Bélgica, a França, o Luxemburgo, os Países Baixos e o Reino Unido.

Mais tarde, a 28 de janeiro de 1949, por iniciativa do Reino Unido, este, a França e os três Estados do Benelux (a Bélgica, os Países Baixos e o Luxemburgo) deliberam instituir o Conselho da Europa que serviria de suporte à cooperação política entre os Estados da Europa Ocidental.

Por outro lado, a 9 de maio de 1950, o Ministro dos Negócios Estrangeiros francês, Robert Schuman, elabora um *Plano* com o seu nome que proponha "subordinar o conjunto de produção franco-alemã de carvão e de aço a uma Alta Autoridade, numa organização aberta à participação dos outros países da Europa."[5]/[6]

De facto, o *Plano Schuman* acabou por ficar para a História como a verdadeira Carta fundadora da Europa Comunitária. Nele se dizia que "a contribuição que uma Europa organizada e viva pode dar à civilização é indispensável para a manutenção de relações pacíficas" e que "a Europa não se fará de um golpe, nem numa construção de conjunto: far-se-á por meio de realizações concretas que criem em primeiro lugar uma solidariedade de facto", propondo, assim, uma integração gradual e evolutiva com o objetivo de se consolidar a Paz na Europa, começando-se por pôr termo à oposição secular entre a França e a Alemanha.[7]

5 *Cfr. "Plano Schuman", in* http://europa.eu/about-eu/basic-information/symbols/europe-day/schuman-declaration/index_pt.htm, consultado a 16/03/2016.

6 "Porque é que se começava pelo carvão e pelo aço? Por duas razões: primeiro, porque era uma forma de aproximar a França e a Alemanha, o que (…) o *Plano Schuman* concebia como um meio fundamental de criar uma Paz duradoira na Europa; segundo, por uma elevada razão simbólica, que residia no facto de que eram esses os dois setores económicos que mais tinham alimentado o esforço da Guerra." (*Cfr.* QUADROS: *Direito da União Europeia*, *ob. cit*., p. 37).

7 *Cfr. "Plano Schuman", in* http://europa.eu/about-eu/basic-information/symbols/europe-day/schuman-declaration/index_pt.htm, consultado a 16/03/2016.

Apesar do Reino Unido ter rejeitado a ideia de uma entidade dotada de poderes supranacionais (a Alta Autoridade)[8], a Alemanha, a Itália e os três Estados do Benelux resolveram aderir àquele *Plano*, o que resultou na assinatura por estes seis países, a 18 de abril de 1951, do *Tratado que instituía a Comunidade Europeia do Carvão e do Aço (CECA)*, comummente conhecido como o *Tratado de Paris*.

Mais tarde, os Seis, resolvidos a relançar a integração económica da Comunidade, aprovam a criação de um "Mercado Comum Europeu" e de uma Comunidade para a Energia Nuclear que, por intermédio do Relatório Spaak, propôs a criação da Comunidade Económica Europeia (CEE) e da Comunidade Europeia da Energia Atómica, levando à assinatura em Roma, a 25 de março de 1957, de dois tratados que criam aquelas Comunidades, embora só o que criou a CEE tenha ficado conhecido por *Tratado de Roma*.

Ora, é precisamente em 1957 que é criado, pela CEE, o *Tratado de Roma*, que, embora não tenha feito qualquer referência direta ao direito de asilo, acabou por contribuir indiretamente para a sua consagração no seio da União a longo prazo, na medida em que instituiu o direito de livre circulação.

De facto, é com o *Tratado de Roma* que nasce o direito da livre circulação de mercadorias, pessoas (trabalhadores) e bens[9] e a

8 Sobre esta temática refere FAUSTO DE QUADROS que "a clivagem entre o Reino Unido e os outros Estados da Europa Ocidental iria-se agravar. Em 10 de dezembro de 1951, SPAAK abandona a presidência da Assembleia Consultiva do Conselho da Europa em sinal de protesto contra a atitude muito reservada do Reino Unido em relação à integração europeia. Ele proferiu na altura esta declaração, que ficou célebre: "Para a Europa, a alternativa é simples: ou alinhar-se pelo Reino Unido e renunciar à construção da Europa, ou tentar-se construir a Europa sem o Reino Unido. Eu, pelo meu lado, escolhi a segunda hipótese"." (*Cfr.* QUADROS: *Direito da União Europeia*, *ob. cit*., p. 38).

9 Sobre esta temática TERESA CIERCO refere que "apesar de, em 1957, o *Tratado de Roma* colocar entre os seus objetivos, a livre circulação de pessoas no território da Comunidade, não estava prevista qualquer medida em matéria de transposição de fronteiras, de imigração ou de política de vistos. A livre circulação era, nessa altura, encarada numa perspetiva económica e referia-se exclusivamente aos trabalhadores." (*Cfr.* CIERCO, Teresa: *A Instituição de Asilo na União Europeia*, *Edições Almedina, S..A, 2010,* p. 93).

ideia de criação de um mercado comum[10] que acabaram por alterar a soberania dos Estados-membros, o que veio a criar, por vezes, uma certa instabilidade política. A fronteira passou a ser entendida como o espaço físico que separa um Estado do outro e que distingue o limite espacial sobre o qual o Estado tem o poder soberano. Assim, o Estado continua a deter o poder sobre o seu território e soberania, mas, perde algumas das prerrogativas para a Comunidade Europeia, visto que é ela que determina as questões de liberdade de circulação no espaço comunitário.[11]

A partir de 1975 vai sendo progressivamente criada uma cooperação intergovernamental nos domínios da imigração, do asilo e da cooperação policial e judiciária. No entanto, esta cooperação era realizada à margem do quadro jurídico da Comunidade, na medida em que as decisões adotadas só entravam em vigor quando os Estados as ratificavam e nenhum mecanismo obrigava ao seu respeito pelo conjunto dos Estados signatários.[12]

Só em 1985, no Livro Banco sobre o Mercado Único, a Comissão apresentou sugestões para a configuração de uma política comum de imigração e obrigava-se a propor medidas sobre o direito de asilo.[13]

10 "A Comunidade tem como missão promover, pelo estabelecimento de um mercado comum e pela aproximação progressiva das políticas económicas dos Estados-membros, um desenvolvimento harmonioso das atividades económicas no seio da Comunidade, uma expansão económica contínua e equilibrada, um maior grau de estabilidade, um aumento acelerado do nível de vida e relações mais estreitas entre os Estados que a integram." (*Cfr.* Artigo 2º do *Tratado de Roma*).

11 *Cfr.* GONÇALVES, Márcia Patrícia Pereira: *Políticas de Asilo na União Europeia*, Departamento de Ciências Sociais Políticas e do Território, Universidade de Aveiro, 2012, p. 33.

12 *Cfr.* CIERCO: *A Instituição de Asilo na União Europeia*, *ob. cit.,* p. 94.

13 "Neste sentido, apresentou um projeto de diretiva sobre direito de asilo que estabelecia disposições sobre a cooperação no domínio do intercâmbio de informação, da resolução de litígios em caso de sobreposição de competências, da coordenação dos critérios para a obtenção do estatuto de refugiado, bem como, da concessão da liberdade de circulação aos refugiados reconhecidos. A diretiva correspondente não foi, todavia, adotada." (*Cfr. Ibidem*, p. 96).

Entretanto, com os sucessivos alargamentos da Comunidade, tornou-se necessária e urgente a prossecução de uma reforma do seu processo de decisão e de um aprofundamento da integração. É neste quadro que surge o *Ato Único Europeu (AUE)*, aprovado na reunião do Conselho Europeu no Luxemburgo, em 2 e 3 de dezembro de 1985, ainda com apenas dez Estados-Membros, e assinado, já pelos doze, em 28 de fevereiro de 1986. [14]

Ainda que consistisse na primeira revisão substancial dos *Tratados de Paris* e de *Roma*, o *AUE* foi inovador na medida em que previa a criação do Mercado Interno Comunitário, a ser efetivamente concretizado em 1993, e disponha sobre os meios de este ser alcançado, sendo que, através dele, os Estados-membros assumiram o compromisso de cooperarem no que diz respeito à entrada, circulação e permanência de nacionais de países terceiros.[15]

Para além disso, foi sob o impulso do *AUE* que se deram os primeiros passos para uma cooperação europeia em matéria de asilo. De facto, o seu artigo 8º-A define muito claramente o objetivo do *AUE* que consistiu em "estabelecer progressivamente o mercado interno durante um período que termina em 31 de dezembro de 1992", consagrando, assim, a abolição do controlo de pessoas nas fronteiras internas da Comunidade.[16] Este controlo que se pretendia suprir era apenas o das fronteiras intracomuni-

14 O *Ato Único Europeu (AUE)* assinado no Luxemburgo em 17 de fevereiro de 1986 por nove Estados-Membros e, em 28 de fevereiro de 1986, pela Dinamarca, Itália e Grécia, constitui a primeira alteração de grande envergadura do *Tratado que institui a Comunidade Económica Europeia (CEE)*. O *AUE* entrou em vigor em 1 de junho de 1987. O *AUE* revê o *Tratado de Roma* com o objetivo de relançar a integração europeia e concluir a realização do mercado interno. Altera as regras de funcionamento das instituições europeias e alarga as competências comunitárias, nomeadamente no âmbito da investigação e desenvolvimento, do ambiente e da política externa comum. (*Cfr.* "*Ato Único Europeu", in* http://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/?uri=URISERV%3Axy0027, consultado a 17/03/2016).

15 *Cfr.* QUADROS: *Direito da União Europeia*, *ob. cit*., p. 44.

16 No artigo 8º-A do *Ato Único Europeu* o mercado interno é definido como um "espaço sem fronteiras em que a livre circulação de mercadorias, pessoas, serviços e capitais é assegurada segundo as disposições do presente tratado."

tárias e não os que existiam nas fronteiras externas de cada um dos Estados-membros.[17] | [18]

No entanto, apesar de o *AUE* aspirar à construção e concretização de um mercado interno enquanto espaço sem fronteiras no que refere à circulação de pessoas e mercadorias, a verdade é que em nenhum momento do seu texto se faz referência expressa ao direito de asilo. Assim, apesar do *AUE* ter contribuído, de certa forma, para uma cooperação interestadual em matéria de asilo através da abolição do controlo de fronteiras, estava-se ainda muito longe de haver uma representação concreta e direta do asilo nos instrumentos jurídicos europeus.

## 2.2. O *Acordo Schengen*

Em 1985, com o *Acordo Schengen*[19], dar-se-ia mais um passo no que toca à circulação de cidadãos entre os vários países europeus:

17 Sobre esta temática, TERESA CIERCO refere que "cedo se tornou evidente que os Estados-membros tinham ideias diferentes do significado do artigo 8º-A. Por um lado, a Comissão e a maioria dos Estados-membros (signatários de Schengen) afirmava que o mesmo aplicava-se a todas as pessoas – cidadãos da UE e nacionais de terceiros países. O objetivo era a completa abolição do controlo nas fronteiras internas. Por outro lado, para alguns Estados, como o Reino Unido, a liberdade de movimento de pessoas de "acordo com o tratado" aplicava-se apenas a cidadãos da UE; logo, o controlo de nacionais de Estados terceiros tinha que se manter, não existindo nenhuma obrigação de abolir controlos fronteiriços. Desde então, esta divergência impediu os trabalhos da Comunidade nesta área." (*Cfr.* CIERCO: *A Instituição de Asilo na União Europeia*, *ob. cit.,* p. 98).

18 "Em junho de 1989, [o "Grupo de Coordenadores", composto por altos funcionários dos Estados-membros] apresenta ao Conselho Europeu de Palma um relatório – conhecido por "Documento Palma" – que continha propostas de medidas necessárias à realização da livre circulação de pessoas num espaço sem fronteiras internas, das quais se destacam o reforço do controlo das fronteiras externas e a harmonização das legislações nacionais relativas às condições de entrada dos estrangeiros, ao direito de asilo e aos refugiados." (*Cfr.* CONTZEN, Matthias: *O regime jurídico de entrada, permanência, saída e afastamento de estrangeiros do território português*, FDUNL, 2004, pp. 4-5).

19 "Na origem do *Acordo Schengen de 1985* estão dois instrumentos: a Declaração do Conselho Europeu (1984), que referia a supressão nas fronteiras internas do bloco europeu, das formalidades policiais e aduaneiras para a circulação de pessoas e mercadorias; e, o acordo intergovernamental entre a França e a Alemanha Federal (1984 – Acordo de Saarbrucken) – cujo objetivo era uma gradual abolição de controlo nas fronteiras comuns. Neste acordo, os dois países expressaram o desejo de uma maior liberalização nas fronteiras, que permitisse uma movimentação acrescida de pessoas e mercadorias relativamente ao que até à altura se verificava entre os países da Comunidade Europeia." (*Cfr*. CIERCO: *A Instituição de Asilo na União Europeia*, *ob. cit.,* p. 95).

cinco Estados-membros[20] da União Europeia decidiram suprimir os controlos das suas fronteiras internas, dando origem ao Espaço Schengen, que entrou em vigor em 1995.[21] Com a assinatura deste *Acordo*, as fronteiras passaram a ter uma existência meramente metafórica, permitindo aos cidadãos dos países membros do *Acordo* circular livremente entre eles, sem controlo nas fronteiras internas.[22] Este *Acordo* foi complementado pela *Convenção Schengen*, assinada em 1990, e juntos constituem o *Acervo Schengen*.

O *Acordo Schengen*, no seu artigo 17º, previa o seguinte: "Em matéria de circulação das pessoas, as Partes procurarão suprimir o controlo nas fronteiras comuns e transferi-los para as respetivas fronteiras externas. Para o efeito, esforçar-se-ão previamente por harmonizar, se for caso disso, as disposições legislativas e regulamentares, relativas às proibições e restrições, que estão na base do controlo, e por tomar as medidas complementares, tendo em vista a salvaguarda da segurança e a luta contra a imigração ilegal de nacionais de Estados não membros das Comunidades Europeias."

Portanto, o Espaço Schengen foi concebido como uma área de livre circulação de pessoas que se estabeleceu com a eliminação

20 Foram eles a Alemanha, a França, a Bélgica, os Países Baixos e o Luxemburgo. "Inicialmente, não foram muitos os Estados que escolheram fazer parte deste acordo uma vez que com o *Tratado de Roma* já tinham perdido parte das suas prerrogativas." (*Cfr.* GONÇALVES: *Políticas de Asilo na União Europeia*, *ob. cit.*, p. 34).

21 Atualmente, o Espaço Schengen abrange 26 países europeus (22 dos quais são Estados-Membros da União Europeia): Bélgica, República Checa, Dinamarca, Alemanha, Estónia, Grécia, Espanha, França, Itália, Letónia, Lituânia, Luxemburgo, Hungria, Malta, Países Baixos, Áustria, Polónia, Portugal, Eslovénia, Eslováquia, Finlândia e Suécia, assim como a Islândia, o Liechtenstein, a Noruega e a Suíça.

22 Sobre esta temática, TERESA CIERCO refere que "a ideia de supressão de todas as fronteiras internas dos países constituintes exigiu, no entanto, um conjunto de medidas rigorosas e complexas, dentro do princípio de que seria necessário conjugar a livre circulação com a segurança. Era fundamental atingir a harmonização entre todo os aderentes no que toca às formalidades relativas à circulação de mercadorias, pessoas e bens e às políticas nacionais de concessão de vistos. Foram levadas a cabo medidas compensatórias elaboradas na perspetiva da total abolição de controlo fronteiriço, que permitissem o surgir de harmonização, regulamentação, cooperação internacional a nível judicial e policial, de concordância relativamente a vistos, políticas imigratórias, e de um controlo do tráfico de drogas e armas de fogo. (*Cfr*. CIERCO: *A Instituição de Asilo na União Europeia*, *ob. cit.,* p. 95).

do controlo nas fronteiras internas do bloco, ao mesmo tempo que foi reforçado o controlo nas suas fronteiras externas, de modo a combater o crime organizado transnacional e a fiscalizar a entrada de indivíduos no seu interior.[23] Neste sentido, a gestão das fronteiras externas passou a ser uma questão marcada por responsabilidades partilhadas.[24]

De facto, "a implementação deste *Acordo* e a consequente supressão das fronteiras internas permitem a adoção de uma política única, harmonizada e coesa entre os Estados-membros. Por um lado, pode permitir um controlo mais acentuado com as fronteiras externas da Comunidade Europeia. […] Por outro lado, podemos entender que pode haver um descontrolo da fiscalização de cada Estado ao permitir a entrada "fácil" dos cidadãos."[25]

No entanto, apesar do *Acordo Schengen* se debruçar sobre a livre circulação de pessoas dentro da Comunidade, acaba por não fazer qualquer referência direta ao direito de asilo, tal como aconteceu posteriormente com o *AUE*.

## 2.3. A *Convenção de Dublin*

A procura de uma solução coerente para o aumento do número de pedidos de asilo e as discussões intergovernamentais dos Es-

23 "A fim de garantir a segurança dentro do espaço sem fronteiras, os Estados Schengen trocam informações a fim de combater a criminalidade organizada transnacional e o terrorismo. Os Estados Schengen reforçaram a sua cooperação policial, nomeadamente através de perseguição transfronteiriças, da vigilância transnacional, da criação de centros e de equipas policiais conjuntos, bem como da utilização do SIS (Sistema de Informação Schengen)." (*Cfr.* "*Europa sem Fronteiras: o Espaço Schengen", in* http://ec.europa.eu/dgs/home-affairs/e-library/docs/schengen_brochure/schengen_brochure_dr3111126_pt.pdf, consultado a 18/03/2016).

24 *Cfr*. PONTES, Natália Coutinho: "Mecanismos da Política Migratória da União Europeia: como o Bloco está respondendo ao aumento do número de refugiados", *Revista do Programa de Direito da União Europeia,* Módulo Europeu do Programa Jean Monnet, Edição FGV Direito Rio, nº 4, 2015*,* pp. 122-123.

25 *Cfr*. GONÇALVES: *Políticas de Asilo na União Europeia*, *ob. cit*., p. 35.

tados-membros sobre esta matéria[26] levaram, em 1990, à adoção da *Convenção de Dublin* que constituiu um passo importante para o compromisso dos Estados em desenvolver políticas de asilo e para a harmonização do direito de asilo nos Estados-membros, na medida em que estabeleceu, de forma geral, que o país responsável pelo processo de asilo é aquele no qual o requerente entrou em primeiro lugar. Este princípio, que até então nenhuma norma internacional tinha imposto, exprime uma confiança recíproca dos Estados-membros nos procedimentos de asilo dos seus parceiros, já que cada um aceita que um pedido de asilo possa ser analisado por outro Estado. [27] | [28]

Ora, "este documento foi elaborado com o principal intuito de evitar a "compra" de asilo, assim como evitar que o asilo seja visto como uma falsa imigração forçada dos imigrantes ilegais que entram no espaço comunitário para circular livremente. Procu-

26 Quanto a este assunto, TERESA CIERCO refere que "nesta altura, havia duas opções possíveis: restringir a entrada dos que procuravam asilo (o que contrariava os objetivos, quer do Mercado Único, quer da Convenção de Schengen); ou adotar políticas e práticas internas harmonizadas no que se refere ao asilo, imigração e entrada dos nacionais de terceiros países. No início, os Estados-membros optaram por restringir unilateralmente a entrada de requerentes de asilo no seu território o que, consequentemente, levou a um desvio destes para os Estados com menos restrições. Depois, tentou-se a segunda opção, com a *Convenção de Dublin*." (*Cfr.* CIERCO: *A Instituição de Asilo na União Europeia*, *ob. cit.,* pp. 100-101).

27 Sobre esta temática, NATÁLIA COUTINHO PONTES refere que "para determinar qual o Estado-membro responsável por cada pedido de asilo, existem critérios "objetivos e hierarquizados" a serem seguidos. São eles: 1) o princípio da unidade familiar, segundo o qual ficará responsável pela análise do seu pedido de asilo e país no qual se encontre um membro da família do requerente em situação legal. […] 2) Emissão de autorizações de residência ou vistos: Será responsável pela análise do pedido de asilo o Estado-membro que tenha emitido uma autorização de residência ou visto válido ao requerente […] 3) Entrada ou estada ilegal num Estado-membro: se o requerente do pedido de asilo tiver atravessado irregularmente as fronteiras de um Estado-membro, este será responsável pena análise do pedido de asilo […] 4) Entrada legal num Estado-membro: se um cidadão de um país terceiro apresentar um pedido de asilo num Estado-membro em que está dispensado de visto, esse Estado-membro será responsável pela análise do pedido de asilo; 5) Pedido apresentado numa área de trânsito de um aeroporto: se um nacional de um país terceiro apresentar um pedido de asilo numa zona de trânsito de um aeroporto de um Estado-membro, este será responsável pela análise do pedido." (*Cfr.* PONTES: "Mecanismos da Política Migratória da União Europeia…", *ob. cit*., p. 126).

28 "O Estado considerado responsável pelo exame de um pedido de asilo tinha, como consequência, cinco obrigações (artigo 10.º):

rou ainda evitar que os requerentes de asilo tenham de escolher, já que a condição de refugiado é o reconhecimento de uma situação de perigo, não necessariamente de um Estado economicamente mais favorecido."[29]

Por outro lado, a *Convenção de Dublin* procurava terminar com as situações em que os requerentes de asilo eram sucessivamente enviados de um Estado-membro para o outro, sem que nenhum deles se reconhecesse como competente para analisar o seu pedido, buscando prevenir, por um lado, o movimento incontrolado dos que procuram asilo durante a análise do seu processo e, por outro, a multiplicação do mesmo pedido de asilo pelo mesmo requerente em diversos Estados-membros.

Apesar de se debruçar sobre a determinação do Estado responsável pela análise de um pedido de asilo apresentado num Estado-membro, a *Convenção* não trouxe qualquer inovação no que refere às condições de análise de um pedido de asilo, que continuava a depender do direito nacional de cada Estado-membro, desde que consonante com a *CRER*.[30] Por outro lado, permitia que um determinado país pudesse, em certas condições, reenviar um re-

- permitir a entrada do indivíduo no seu território; analisar o pedido de acordo com as leis nacionais e suas obrigações internacionais (artigo 3.º, nº 3);
- "readmitir ou retomar a seu cargo qualquer requerente de asilo, cujo pedido esteja a ser analisado, e que se encontre noutro Estado-membro em situação irregular" (artigo 10.º n.º1 c);
- "retomar a seu cargo qualquer requerente de asilo que tenha retirado o seu pedido durante a análise e que tenha formulado um pedido de asilo noutro Estado-membro" (artigo 10.º n.º1 d); ou
- "retomar a seu cargo, qualquer estrangeiro cujo pedido tenha sido indeferido e que se encontre noutro Estado-membro em situação irregular" (artigo 10.º n.º1 e)".

(*Cfr.* CIERCO: *A Instituição de Asilo na União Europeia*, *ob. cit.,* p. 102).

29 *Cfr.* GONÇALVES: *Políticas de Asilo na União Europeia*, *ob. cit*., p. 69.

30 De facto, a *Convenção* "comporta até uma disposição que reserva o direito de todo o Estado analisar, se desejar, um pedido de asilo que lhe seja apresentado mesmo que não seja o Estado responsável. Ficou desta forma expressa a vontade em preservar a soberania nacional e elaborar um dispositivo que autorizasse os Estados, sem obrigatoriedade, a reenviar um pedido de asilo para o Estado definido como responsável. Tudo isto levou a que se evitasse qualquer solução que pudesse dar um caráter "comunitário" às decisões. O Estado competente, nos termos da *Convenção*, continuou a aplicar as regras de fundo do seu sistema normativo." (*Cfr.* CIERCO: *A Instituição de Asilo na União Europeia*, *ob. cit.,* p. 102).

querente de asilo para o país de origem ou um país terceiro, desde que fosse respeitado o princípio de *non-refoulement* da *CRER*.[31]

Da mesma forma, a *Convenção de Dublin* também não trouxe qualquer proteção ou garantias processuais acrescidas aos requerentes de asilo, dando, ao invés, liberdade de ação aos Estados em função da sua soberania e da sua legislação nacional, o que impedia um tratamento equitativo dos requerentes e uma aplicação justa e equilibrada do seu conteúdo.

Esta *Convenção* foi substituída, em 2003, pelo *Regulamento de Dublin II*, momento em que passou para o plano comunitário, e em julho de 2013, é lançado o *Regulamento Dublin III* para atualizar e complementar o anterior, designadamente permitindo que o requerente de asilo permaneça no país em que se encontra enquanto espera por uma decisão definitiva quanto à concessão de asilo.

Finalmente, importa referir que a *Convenção de Dublin* criou algumas obrigações relacionadas com a transferência e troca de informação sobre requerentes de asilo e refugiados, tendo sido concebidos, nesta sequência, o Centro de Informação, Investigação e Intercâmbio em matéria de Asilo (CIREA)[32] e o Centro de Informação, Investigação e Intercâmbio em matéria de Passagem das Fronteiras e de Imigração (CIREFI), ambos com vista à recolha e troca de informação respeitante a imigração clandestina, tráfico de falsos documentos, legislação e práticas em matéria de responsabilização de transportadores.

Apesar da sua inegável contribuição para a harmonização da política de asilo entre os Estados-membros, a *Convenção de Dublin* e o *Acor-*

31 Isto significava que, apesar de a *Convenção* determinar qual o Estado responsável pela análise do pedido de asilo, os Estados mantinham o poder de *refouler*, designadamente quando considerassem que o pedido era manifestamente infundado.

32 "O CIREA visava recolher, intercambiar e divulgar informações e elaborar documentação sobre todas as questões relativas ao asilo. Funcionou como centro de documentação permitindo a troca e a difusão de informações escritas sobre a regulamentação, a política, a jurisprudência e os dados estatísticos dos Estados-membros." (*Cfr.* CIERCO: *A Instituição de Asilo na União Europeia*, *ob. cit.,* p. 104).

*do Schengen* foram fortemente criticados por organizações internacionais e pelo Parlamento Europeu, dado o secretismo que os envolveu. De facto, quer a *Convenção,* quer o *Acordo*, foram preparados em plataformas em que os Estados-membros cooperavam, trocavam informações e discutiam, sem, no entanto, terem que passar pela estrutura da Comunidade. Neste sentido, a existência de tais reuniões e o seu conteúdo estavam cobertos por um véu de secretismo que, embora considerado essencial para o bom funcionamento da troca de informações entre os Estados, levou a que as mesmas fossem consideradas pouco transparentes e pouco democráticas.

## 2.4. A *Convenção de Aplicação do Acordo Schengen (CAS)*

Ora, o *Acordo Schengen*, enquanto projeto europeu criador de um espaço sem fronteiras, abalou as mentalidades mais nacionalistas e tradicionalistas, ao mesmo tempo que interferiu com conceitos históricos de soberania dos Estados, criando, assim, algumas dificuldades no que respeita à prossecução do objetivo da livre circulação de pessoas. Foi neste contexto que surgiu a *Convenção de Aplicação do Acordo Schengen (CAS)* que prevê um conjunto de medidas compensatórias da abolição do controlo nas fronteiras internas que permitam um controlo alternativo de pessoas e a manutenção de um nível elevado de segurança interna e das consequências diretas e indiretas que esta mesma liberdade tem para a segurança interna dos Estados-membros, como as relativas à cooperação judiciária, ao controlo das armas de fogo, ao tráfico de drogas e ao reforço da cooperação policial. [33] | [34]

33 Nas palavras de TERESA CIERCO, a *CAS* foi "uma tentativa de combinar objetivos divergentes: a abolição do controlo interno nas fronteiras, em nome da livre circulação de pessoas, com a criação de medidas compensatórias no sentido de reforçar o controlo na fronteira externa, e combater o tráfico de droga, a imigração ilegal e o crime organizado." (*Ibidem,* pp. 99-100).

34 Sobre esta temática MATTHIAS CONTZEN refere que "de entre estas medidas, destacam-se as que visam o reforço do controlo nas fronteiras externas do espaço Schengen e regular acesso ao espaço comum, como por exemplo as regras relativas à passagem de fronteiras, aos vistos, à não admissão de estrangeiros, à imposição de sanções às transportadoras que transportam pessoas

Para além disso, a *CAS* reservou ainda algumas normas relativas aos refugiados relacionadas com os critérios sob os quais se determinaria o Estados responsável por analisar cada um dos pedidos de asilo, apesar desta experiência intergovernamental só ter sido integrada plenamente no âmbito comunitário com o *Tratado de Amesterdão*.

No entanto, a maior e mais importante inovação trazida pela *CAS* foi a criação do Sistema de Informação Schengen (SIS)[35], que funcionou como um complemento operacional de todas as medidas compensatórias previstas na *CAS*. De facto, segundo o artigo 92º, nº 1 da *CAS*, o SIS (Gabinete Nacional Sirene em Portugal) permitiria "às autoridades designadas pelas Partes Contratantes, graças a um processo de consulta automatizado, disporem da lista de pessoas indicadas e de objetos, aquando dos controlos nas fronteiras e das verificações e outros controlos de polícia e aduaneiros efetuados no interior do país em conformidade com o direito nacional, bem como, apenas em relação à lista de pessoas indicadas a que se refere o artigo 96º, para efeitos do processo de emissão de vistos, da emissão de títulos de residência e da administração dos estrangeiros, no âmbito da aplicação das disposições da presente *Convenção* sobre a circulação de pessoas."

Assim, e através da manutenção por parte de cada Estado-membro da sua parte nacional do SIS, pretendia-se "preservar a ordem e a segurança públicas, incluindo a segurança do Estado, bem como a aplicação das disposições da presente *Convenção* sobre

sem os documentos necessários para entrarem no espaço Schengen ou à repressão da imigração ilegal. (…) a *Convenção de Aplicação do Acordo Schengen*, além de tornar obrigatória a assistência mútua e a troca de informações entre os serviços policiais (artigo 39.º), conferiu aos agentes de polícia o direito de prosseguirem operações de vigilância no território de outro Estado Parte nas condições definidas no seu artigo 40.º, bem como o direito de perseguição transfronteiriça previsto no artigo 41.º, introduzindo importantes exceções ao princípio da territorialidade da ação policial." (*Cfr:* CONTZEN, Matthias: *O regime jurídico de entrada, permanência, saída e afastamento de estrangeiros do território português, FDUNL, 2004,* pp. 4-5).

35 O SIS foi mais tarde, em 09 de abril de 2013, substituído pela Segunda Geração do SIS (SIS II), uma nova e mais avançada versão do sistema.

a circulação das pessoas nos territórios das Partes Contratantes com base nas informações transmitidas por este sistema."[36]

O sistema operativo do SIS permite um acesso rápido a informações sobre vários objetos roubados, desviados ou extraviados, bem como sobre várias categorias de pessoas, designadamente pessoas procuradas para detenção para efeitos de extradição, pessoas desaparecidas, testemunhas e estrangeiros para efeitos de não admissão.[37] Desta forma, o SIS constitui um mecanismo precioso para os Estados-membros no que toca ao direito de asilo, na medida em que as informações que são fornecidas sobre os requerentes de asilo são determinantes para a sua admissão ou não no território dos mesmos.

## 3. A segunda geração do processo de harmonização do asilo

### 3.1. O *Tratado de Maastricht*

Com a aproximação de 1993 e o consequente esgotamento do objeto do *AUE*, o Conselho Europeu resolve convocar duas Conferências Intergovernamentais de onde resultou a aprovação, na Cimeira de Maastricht, de 9 e 10 de dezembro de 1991, de um único tratado, o *Tratado da União Europeia (TUE)*, também conhecido como *Tratado de Maastricht*, onde se incluíam as matérias destinadas à União Económica e Monetária e à União Política.[38] | [39]

36 *Cfr*. Artigos 92º, nº 2 e 93º da *CAS*.

37 *Cfr:* CONTZEN: *O regime jurídico de entrada, permanência., ob. cit.,* pp. 6-7.

38 *Cfr*. QUADROS: *Direito da União Europeia*, *ob. cit*., pp. 44-45.

39 Neste contexto, TERESA CIERCO refere que "(…) em 1991, a Comissão elaborou uma comunicação que compreendia três ações a desenvolver em matéria de asilo e imigração na Europa. A primeira ação reportava-se à "pressão migratória", entendida como "todos os movimentos migratórios reais e potenciais dirigidos para a Europa." (…) A segunda ação destinava-se a "controlar os fluxos migratórios" respeitando as tradições humanitárias e as obrigações internacionais dos Estado (…). A terceira ação consistia em aprofundar as políticas de integração a favor dos imigrantes legais (liberdade de circulação e de estabelecimento,

O *Tratado de Maastricht* levou a cabo a mais profunda e ampla revisão dos Tratados Comunitários desde os *Tratados de Paris* e de *Roma*, tendo entrado em vigor a 1 de novembro de 1993. [40]

Ora, a livre circulação de pessoas trouxe problemas no combate à internacionalização das atividades criminosas e na resposta às necessidades de segurança dos cidadãos europeus, o que levou a que os Estados-membros decidissem conceber a cooperação em matéria de Justiça e Assuntos Internos (JAI) como uma política da União Europeia, através do *Tratado de Maastricht*. Para garantir uma maior eficácia desta cooperação, a revisão do *Tratado da UE* consagrou os três pilares da União Europeia e deu lugar a modificações importantes no processo de decisão.[41]

Enquanto o primeiro pilar radica nos *Tratados de Paris* e de *Roma*, com as modificações neles introduzidas pelo *AUE,* e o segundo pilar consiste nas ações comuns da União no domínio da Política Externa e da Segurança, o terceiro pilar é totalmente constituindo

informação e diálogo, luta contra o racismo e a xenofobia). (…) A Comissão considerava assim indispensável desenvolver estes três vectores de forma simultânea e concertada a nível europeu, para se ter a garantia de eu a união continuaria a ser, simultaneamente, "um espaço de liberdade, um modelo de democracia e um exemplo de humanidade"." (*Cfr*. CIERCO: *A Instituição de Asilo na União Europeia*, *ob. cit.,* pp. 105-106).

40 Segundo FAUSTO DE QUADROS, "podemos resumir as grandes novidades do *TUE* às seguintes: ele previa a conclusão da União Económica e Monetária para 1999-2002; as atribuições da integração, elencadas, até então, sobretudo no artigo 2º do *Tratado CEE*, deixavam de ser essencialmente económicas, para se estenderem aos domínios social e cultural, como se pode ver pela redação dada pelo *Tratado de Maastricht* aos artigos 2º e 3º do *Tratado CE* [daí, inclusivamente, o facto de à antiga Comunidade Económica Europeia ter sido retirado o qualificativo de "Económica" e ela ter passado a designar-se apenas por Comunidade Europeia (CE)]; criava-se a "cidadania da União" (Parte II do *Tratado CE*); era instituída a Política Externa e de Segurança Comum (PESC), ainda que, fundamentalmente, numa base intergovernamental, mas incluindo já a previsão da criação, "a prazo", de uma política comum de defesa (Título V do *Tratado UE*); criava-se um mecanismo de cooperação, também de caráter intergovernamental, em matéria de justiça e de assuntos internos, com a sigla CJAI (Título VI do *TUE)*; aprofundava-se a integração em matéria de processo de decisão ao nível comunitário (a chamada "reforma institucional" das Comunidades), atribuindo-se ao Parlamento Europeu um poder de codecisão em relação ao Conselho e o poder de investir a Comissão, e alargando-se a regra da maioria qualificada nas votações do Conselho em detrimento da regra da unanimidade." (*Cfr*. QUADROS: *Direito da União Europeia*, *ob. cit*., pp. 45-46).

41 *Cfr.* CIERCO: *A Instituição de Asilo na União Europeia*, *ob. cit.,* p. 111.

pela JAI, cujo funcionamento se processa segundo uma cooperação intergovernamental, sem que as instituições comunitárias sejam ainda dotadas de um verdadeiro poder de decisão.

De facto, o terceiro pilar foi instituído na sequência da criação da liberdade de circulação e da eliminação de fronteiras internas dentro da União: pretendia-se um espaço em que a liberdade de circulação fosse efetiva mas, simultaneamente, não fosse utilizada para fins criminosos. Por isso, este pilar englobou matérias complexas como o asilo, a imigração, os vistos e a luta contra a criminalidade transfronteiriça.[42]

No que refere ao direito de asilo, o *Tratado de Maastricht* foi o verdadeiro impulsionador para que esta questão passasse do plano individual de cada Estado-membro para o plano geral do interesse comum dos mesmos, designadamente no artigo K.1, nº 1 do Tratado.[43] "Nesse sentido, foram adotadas medidas em relação a políticas de asilo manifestamente infundadas, em relação às garantias mínimas dos processos de asilo e em relação à abordagem harmonizada das questões relativas a países terceiros de acolhimento."[44]

O Conselho JAI foi a instituição mais importante no desenvolvimento da política de asilo, enquanto fórum de cooperação intergovernamental onde as decisões eram tomadas por unanimidade. Assim, os assuntos relacionados com o asilo continuaram sob o domínio dos Estados, representados neste Conselho, e do Comité de Coordenação (Comité K.4) composto por alto funcio-

42 *Cfr*. QUADROS: *Direito da União Europeia*, *ob. cit*., pp. 60-61.

43 Sobre esta temática, TERESA CIERCO refere que "ainda que seja menos linear do que os procedimentos de tomada de decisão da Comunidade introduzidos pelo *Ato Único Europeu*, o título VI do *Tratado de Maastricht* prevê, no entanto, no que diz respeito ao asilo e à imigração, que os Estados-membros e a Comissão têm poder de iniciativa (artigo K.3) e que o Parlamento Europeu é informado e consultado periodicamente sobre "os aspetos da atividade nos domínios visados" (artigo K.6)". (*Cfr.* CIERCO: *A Instituição de Asilo na União Europeia*, *ob. cit.,* p. 112).

44 *Cfr.* PINTO, Ana Filipa da Costa, *Direito de Asilo na União Europeia*, Escola de Direito da Universidade do Minho, 2011, p. 1-2.

nários. Esta era uma forma de os Estados responderem às críticas que julgavam o caráter secreto das negociações sobre a liberdade de circulação interna.[45]

Por outro lado, o *Tratado de Maastricht* inclui ainda no seu texto uma Declaração relativa ao asilo, onde o Conselho se comprometia a "[analisar] prioritariamente as questões respeitantes à política de asilo dos Estados-membros, com o objetivo de adotar, no início de 1993, uma ação comum destinada a harmonizar determinados aspetos desta (…)".[46] Pretendia-se, assim, a procura de um tratamento uniformizado no espaço da União Europeia em matéria de asilo, o que, no entanto, não foi totalmente possível, na medida em que as várias interpretações dadas pelos Estados ao conceito de refugiado, tal como consta da *CRER*, criaram alguns problemas.

Para além disso, é também com o *Tratado de Maastricht* que as questões do direito de asilo e de imigração passaram a ser desenvolvidas em conformidade com a *Convenção Europeia dos Direitos do Homem* e a *CRER*, tornando-se, assim, este *Tratado* o primeiro instrumento jurídico europeu em que os Estados-membros fazem referência às suas obrigações internacionais e à sua responsabilidade interna de conceder asilo e de cooperarem nesta matéria.[47] | [48]

45 *Cfr.* CIERCO: *A Instituição de Asilo na União Europeia*, *ob. cit.,* p. 112.

46 *Cfr.* Ponto 1 da Declaração relativa ao Direito de Asilo do *Tratado de Maastricht*.

47 "As questões a que se refere o artigo K.1 [políticas de asilo e de imigração] serão tratadas no âmbito da *Convenção Europeia de Salvaguarda dos Direitos do Homem e das Liberdades Fundamentais*, assinada em Roma em 4 de novembro de 1950, e da *Convenção relativa ao Estatuto dos Refugiados*, assinada em Genebra em 28 de julho de 1951, e tendo em conta a proteção concedida pelos Estados-membros às pessoas perseguidas por motivos políticos." (*Cfr.* Ponto 1 do Artigo K.2 do Título VI do *Tratado de Maastricht*).

48 No entanto, os Estados-membros acabaram por enfrentar alguns problemas no que toca à cooperação nesta matéria. Como refere TERESA CIERCO, "(…) na prática, nem os interesses, nem a necessidade de ação eram exatamente os mesmos para todos os Estados-membros. Alguns recebiam menos pedidos de asilo do que outros ou serviam apenas de trânsito, o que dava origem a conflitos de interesse nacional. Os Estados-membros com maior número de pedidos de asilo e de refugiados pediam um maior equilíbrio na partilha dos encargos, os outros não." (*Cfr.* CIERCO: *A Instituição de Asilo na União Europeia*, *ob. cit.,* p. 113).

Assim, o *Tratado de Maastricht* colocou como uma das prioridades da agenda política europeia a política de imigração e o direito de asilo, substituindo todos os acordos anteriores referentes a estas políticas. Com a sua entrada em vigor, a discussão sobre a política de asilo, que até então tinha decorrido numa mecânica meramente intergovernamental, passou a efetuar-se num quadro institucional único. Pela primeira vez com este *Tratado*, o direito de asilo foi expressamente mencionado, o que não se verificou no *Tratado de Roma* e no *Ato Único Europeu*, fazendo com que esta questão passasse a integrar o plano do interesse comum dos Estados-membros.

### 3.2. As *Resoluções de Londres*

Entre 30 de novembro e 1 de dezembro de 1992, os Estados-membros adotaram as *Resoluções de Londres* que, por sua vez, englobavam a Resolução sobre os pedidos de asilo manifestamente infundados, a Resolução relativa à abordagem harmonizada das questões referentes ao país terceiro de acolhimento e as Conclusões sobre os países onde, regra geral, não se verificam graves riscos de perseguição, que representavam um compromisso político dos Estados e o respeito por determinadas regras mínimas em matéria de asilo.[49]

A Resolução sobre os pedidos de asilo manifestamente infundados facilitava a tarefa dos Estados, na medida em que os libertava de reconhecer o estatuto de refugiado quando se verificasse a existência de um pedido claramente injustificado através de um procedimento preliminar. Neste sentido, eram considerados manifestamente infundados os pedidos que não satisfizessem nenhum dos critérios definidos pela *CRER* e pelo *Protocolo de Nova Iorque* por serem "manifestamente destituídas de funda-

49 *Ibidem,* p. 107.

mento as alegações do requerente de que teme perseguições no seu país"[50] ou pelo facto de o pedido ser "claramente fraudulento ou [constituir] uma utilização abusiva dos processos de asilo."[51] | [52]

Quando se verificasse a existência de um pedido de asilo infundado, os Estados-membros poderiam aplicar processos acelerados, o que implica a não análise completa do pedido em cada fase do processo.[53] São inseridos neste contexto os pedidos apresentados por nacionais de um Estado-membro da União Europeia, uma vez que todos eles são considerados seguros.

A criação desta Resolução foi muito importante para os Estados-membros, uma vez que, ao restringir a análise dos pedidos de

50 As razões previstas pela Resolução que se inserem dentro do âmbito do "receio injustificado de perseguição" são as seguintes: "a fundamentação do pedido está fora do âmbito da CRER: o requerente não invoca o medo de perseguição com base na raça, religião, nacionalidade, grupo social ou opiniões políticas, mas razões como a procura de emprego ou melhores condições de vida", "o pedido é destituído de qualquer fundamento: o requerente não apresenta qualquer indicação de que se exporia a ser perseguido ou a sua história não contém quaisquer pormenores circunstanciais ou pessoais" e "o pedido carece manifestamente de toda a credibilidade: a sua história é incoerente, contraditória ou inverosímil." (*Cfr*. Alíneas a), b) e c) do Ponto 6 da Resolução relativa aos pedidos de asilo manifestamente infundados).

51 *Cfr*: Alínea a) do nº 1 do Ponto 1 da Resolução relativa aos pedidos de asilo manifestamente infundados.

52 Considera-se existir fraude deliberada ou utilização abusiva dos processos de asilo o requerente que, sem explicação razoável, "tenha baseado o seu pedido numa identidade falsa ou em documentos falsos ou falsificados e tenha declarado que eram autênticos quando interrogado sobre o assunto", "tenha, deliberadamente, feito falsas declarações sobre o seu pedido, quer oralmente quer por escrito, depois de ter apresentado o seu pedido de asilo", "tenha, deliberadamente, destruído, danificado ou eliminado qualquer passaporte, outro documento ou bilhete relevante para a análise do seu pedido, com vista a estabelecer uma falsa identidade para efeitos do pedido de asilo ou a tornar a análise do seu pedido mais difícil", "não tenha, deliberadamente, revelado que apresentara anteriormente um pedido num ou mais países, especialmente com identidades falsas", "tenha apresentado o pedido com a finalidade de se antecipar a uma medida de expulsão iminente, tendo largamente disposto de ocasiões anteriores para apresentar o pedido", "se tenha manifestamente eximido ao cumprimento de obrigações fundamentais previstas na legislação nacional em matéria de asilo" e " tenha apresentado um pedido num Estado-membro, depois de lhe ter sido recusado noutro país após análise efetuada com garantias processuais adequadas e em conformidade com a *CRER* relativa ao estatuto dos refugiado. Para este efeito, os contatos entre os Estados-membros e os países terceiros deverão, eventualmente, ser efetuados através do ACNUR." (*Cfr*. Alíneas a), b), c), d), e), f) e g) do Ponto 9 da Resolução relativa aos pedidos de asilo manifestamente infundados).

53 *Cfr*: Ponto 2 da Resolução relativa aos pedidos de asilo manifestamente infundados.

asilo àqueles que efetivamente têm fundamento e razão de ser, permitiu uma mais rápida e eficaz concessão do direito de asilo e uma maior desburocratização de todo o processo.

Por outro lado, a Resolução relativa à abordagem harmonizada das questões referentes ao país terceiro de acolhimento definiu os critérios que determinam o Estado terceiro de acolhimento e os princípios aplicáveis para o regresso de um requerente de asilo a esse Estado. Neste sentido, segundo a Resolução, considera-se país terceiro de acolhimento "os países onde o requerente de asilo não tenha a sua vida ou liberdade ameaçada, não se encontra exposto à tortura nem a tratamentos desumanos ou degradantes, obteve já proteção nesse país podendo, manifestamente, ser admitido, ou beneficia de uma proteção eficaz contra a expulsão."

Assim, esta Resolução vem permitir que os Estados-membros possam negar ao requerente de asilo a análise do seu pedido, baseando-se no facto de que ele tinha beneficiado, poderia ter requerido ou deveria ter requerido essa análise noutro Estado que cumpra os requisitos da definição de "país terceiro de acolhimento".[54] Nestes casos, e "se houver um país terceiro de acolhimento, a análise do pedido de estatuto de refugiado poderá ser recusada e o requerente de asilo poderá ser enviado para esse país." Caso contrário, "aplicar-se-ão as disposições da *Convenção de Dublin*."[55]

Mais uma vez esta Resolução serviu para restringir e limitar o número de pedidos de asilo a analisar por cada um dos Estados-membros,

54 Desta forma, "o Estado-membro onde é apresentado o pedido de asilo analisará a possibilidade de aplicar o princípio do país terceiro de acolhimento. Se este Estado decidir aplicar este princípio, deverá dar início aos trâmites necessários para enviar o requerente de asilo para o país terceiro de acolhimento, antes de considerar a transferência da responsabilidade pela análise do pedido de asilo para outro Estado-membro, em aplicação da *Convenção de Dublin*." (*Cfr.* Alínea a) do Ponto 3 da Resolução relativa a uma abordagem harmonizada das questões referentes aos países terceiros de acolhimento).

55 *Cfr.* Alíneas c) e d) do Ponto 1 da Resolução relativa a uma abordagem harmonizada das questões referentes aos países terceiros de acolhimento, respetivamente.

permitindo que estes se debruçassem exclusivamente sobre aqueles que efetivamente se inserem no seu âmbito de competências.

Finalmente, as Conclusões sobre os países onde, regra geral, não se verificam graves riscos de perseguição estão diretamente relacionadas com a aplicação do conceito de "país de origem seguro".[56]/[57] Esta definição de país seguro foi articulada com a Resolução sobre os pedidos de asilo manifestamente infundados, permitindo aos Estados automaticamente rejeitar os pedidos de asilo provenientes dos países considerados seguros e, consequentemente, reenviar os seus requerentes para os seus países de origem, a não ser que o requerente refira factos ou produza meios de prova que demonstrem, de um modo geral, razões para recear uma perseguição no seu país de origem.

Ainda assim, as Conclusões fazem uma ressalva no sentido de não ser possível rejeitar automaticamente um pedido de asilo proveniente de um país considerado seguro. No entanto, nestes casos, é permitido que os Estados optem por utilizar o processo acelerado, já previsto na Resolução sobre os pedidos de asilo manifestamente infundados.

É verdade que as Conclusões constituíram uma ajuda extraordinária para os Estados-membros na definição de país seguro e, consequentemente, na rejeição ou não dos pedidos de asilo que recebem com base neste conceito e na lista de países seguros existente. No entanto, não nos podemos esquecer que cada Es-

56 Considera-se "país de origem seguro": "um país em relação ao qual se possa demonstrar claramente, de forma objetiva e verificável que, em princípio, não contribui para o aparecimento de refugiados, ou em relação ao qual se possa demonstrar claramente, de forma objetiva e verificável, que as circunstâncias que anteriormente podiam justificar o recurso à *CRER de 1951* deixaram de existir." (*Cfr.* Ponto 1 da Conclusão sobre os países onde, regra geral, não se verificam graves riscos de perseguição).

57 Segundo TERESA CIERCO, "os critérios para determinação da segurança de um país são: o número de refugiados e as taxas de reconhecimento de requerentes de asilo nos últimos anos; o respeito pelos direitos humanos (adesão aos instrumentos internacionais adequados e, em especial, a aplicação, na prática, deste princípio); a existência de instituições democráticas, e a estabilidade do país." (*Cfr.* CIERCO: *A Instituição de Asilo na União Europeia*, *ob. cit.,* p. 109).

tado-membro interpreta esta conceção à sua maneira e utiliza diferentes critérios na avaliação da segurança de um determinado Estado, o que, *a final*, vai sempre dificultar uma aplicação uniforme destas Conclusões, especialmente quando o princípio é utilizado para excluir grupos inteiros de uma determinada nacionalidade do processo de asilo. Defende-se, assim, que, apesar de os Estados deverem utilizar a definição e a lista de países seguros como base, deverão sempre optar por uma apreciação individual de cada pedido de asilo para poderem dar uma resposta adequada a cada uma das circunstâncias que o fundamentam. [58]

### 3.3. Os instrumentos jurídicos da CJAI

Durante o período de aplicação do *Tratado de Maastricht* foram adotados diversos instrumentos jurídicos no âmbito das disposições previstas no seu terceiro pilar e diretamente relacionados com a cooperação em matéria de JAI.

Em novembro de 1994, o Conselho da União Europeia adotou a Recomendação relativa a um modelo de acordo bilateral de readmissão entre um Estado-membro e um país terceiro, mediante a qual os Governos de um Estado-membro e de um país terceiro acordam facilitar o reingresso de pessoas que se encontrem em situação ilegal nos respetivos territórios, designadamente as pessoas que não preenchem ou deixaram de preencher as condições de entrada ou de estadia em vigor, facilitando o trânsito destas

58 "Nos últimos anos, este conceito foi transformado em lei em diversos países. Algumas destas legislações preveem que certos Estados possam ser considerados seguros, apenas por ação do poder executivo, como no caso da Suíça e da Finlândia, ou por ação conjunta dos poderes legislativo e executivo, no caso da Alemanha. [De facto], (…) na Alemanha, um país é colocado na lista de "país seguro" se a situação jurídica, a aplicação da lei e as circunstâncias políticas gerais justificarem a suposição de que nesse país não se verificam perseguições políticas, nem penas ou tratamentos desumanos ou degradantes. A legislação portuguesa define "país de origem seguro" em termos idênticos aos da Conclusão. Retirar um país da lista é normalmente possível só pela ação do poder executivo (como acontece na Alemanha e na Finlândia)." (*Ibidem,* p. 110).

num espírito de cooperação e numa base de reciprocidade.[59] | [60] Para tal, previa-se um prazo máximo de 15 dias para que a parte contratante requerida respondesse ao pedido de readmissão e que as despesas de transporte das pessoas readmitidas até à fronteira da parte requerida estivessem a cargo da parte requerente.[61]

Neste seguimento, em julho de 1995, o Conselho da União Europeia decide adotar a Recomendação relativa aos princípios diretores a seguir na elaboração de protocolos sobre a execução de acordos de readmissão relacionados com os procedimentos de readmissão, no que refere à utilização de formulários comuns e à distinção entre processos de readmissão acelerados e regulares, bem como aos meios de identificação de pessoas a readmitir e à designação das autoridades competentes. [62]

Por outro lado, em setembro de 1995, o Conselho adota uma Resolução relativa à repartição dos encargos decorrentes do acolhimento e da estadia temporária das pessoas deslocadas, em caso de conflito armado ou de guerra civil, incluindo quando estas pessoas já abandonaram a sua região de origem com des-

59 *Cfr*: Artigo 1º da Recomendação relativa a um modelo de acordo bilateral de readmissão entre um Estado-membro e um país terceiro.

60 Sobre esta temática, TERESA CIERCO explica que "a noção de "país terceiro de acolhimento" tornou-se omnipresente em toda a legislação europeia, e veio a ser contemplada com a realização de vários acordos de readmissão entre os países da União Europeia e países limítrofes. O objetivo destes acordos consiste em possibilitar o reenvio dos requerentes sem analisar o seu pedido, desde que provenham de Estados com os quais tenha sido celebrado um acordo de readmissão. (…) Na prática permite que cada país readmita os nacionais que estejam em situação irregular noutro Estado." (*Cfr*: CIERCO: *A Instituição de Asilo na União Europeia*, *ob. cit.,* pp. 103-104).

61 *Cfr*: Artigos 5º e 9º da Recomendação relativa a um modelo de acordo bilateral de readmissão entre um Estado-membro e um país terceiro.

62 No que refere aos meios de identificação de pessoas a admitir, considera-se que "a comprovação da nacionalidade e da entrada no território deverá ser reconhecida pelas partes sem que estas procedam a mais investigações", tendo, neste caso, um efeito vinculativo da prova e da presunção. Quando assim não for, a Recomendação explicita uma série de critérios mediante os quais a nacionalidade pode ser comprovada (por exemplo, através do bilhete de identidade ou cédula militar) ou presumida (por exemplo, através do cartão de empresas, certidão do estado civil ou de depoimento de testemunhas). (*Cfr*: Ponto II, nºs 1 e 2 da Recomendação relativa aos princípios diretores a seguir na elaboração de protocolos sobre a execução de acordos de readmissão relacionados com os procedimentos de readmissão).

tino a um dos Estados-membros, entendendo esta repartição de pessoas como uma prioridade que permitiria, da melhor forma possível, atuar de modo equitativo no interesse das mesmas.[63] Depois, em março de 1996, o Conselho decide adotar uma Decisão relativa a um procedimento de alerta e de emergência para a repartição dos encargos decorrentes do acolhimento e da estadia temporária das pessoas deslocadas.

Por esta altura eram notórias as diferenças de tratamento dado pelos vários Estados-membros àqueles que procuravam asilo, tornando-se necessário estabelecer um equilíbrio nesta matéria. Foi assim necessária a adoção, em abril de 1995, da Resolução sobre as garantias mínimas para os procedimentos de asilo e que, por um lado, definiu o conjunto de direitos que os requerentes de asilo devem beneficiar no território dos Estados-membros durante o processo de análise do seu pedido e, por outro, estabeleceu as regras a aplicar aos pedidos de asilo manifestamente infundados e aos que são apresentados nas fronteiras.[64]

Entre os direitos atribuídos aos requerentes de asilo por esta Resolução encontramos o direito de beneficiarem dos serviços de um intérprete, pagos através de fundos públicos, para apresentar os seus argumentos às autoridades responsáveis, o direito de recorrerem a um advogado e a possibilidade de entrarem em contato com o ACNUR. A Resolução previa igualmente garantias suplementares para os menores não acompanhados e para as mulheres.[65]

63 *Cfr*: Alínea a) do Ponto 1 e Ponto 5 da Resolução relativa à repartição dos encargos decorrentes do acolhimento e da estadia temporária das pessoas deslocadas, respetivamente.

64 Sobre esta temática, TERESA CIERCO refere que "de acordo com esta resolução, um Estado-membro que analisou um pedido de asilo (não obstante as disposições nacionais quanto à aplicação do conceito de país terceiro de acolhimento), deve conceder asilo ao requerente que preencha os critérios do Artigo 1º-A da *CRER*. Ficou ainda definido que os pedidos de asilo seriam analisados individual, objetiva e imparcialmente, podendo permanecer no território do Estado, o requerente de asilo cujo pedido estivesse a ser analisado." (*Cfr.* CIERCO: *A Instituição de Asilo na União Europeia*, *ob. cit.,* p. 116).

65 *Cfr*: Artigos IV, nº 13 e V da Resolução sobre as garantias mínimas para os procedimentos de asilo, respetivamente.

De facto, defendendo a especial importância de definir determinadas garantias para os menores não acompanhados, o Conselho entendeu necessária a adoção, em junho de 1997, da Resolução relativa aos menores não acompanhados nacionais de países terceiros. Nela se prevê que todos os menores não acompanhados têm o direito a requerer asilo mas que os Estados podem reservar-se ao direito de que os menores com idade inferior a um determinado limite não possam requerer asilo sem assistência de um tutor. Prevê-se ainda que os Estados-membros deverão esforçar-se para estabelecer a identidade dos menores o mais rapidamente possível, bem como esclarecer o motivo de estes se encontrarem não acompanhados, dando prioridade a estes pedidos em relação a todos os outros.[66]

No entanto, apesar dos esforços para que se alcançasse um tratamento uniformizado no seio da União Europeia em matéria de asilo, os Estados continuavam a interpretar o conceito de refugiado, tal como consta da *CRER*, de diferentes maneiras, o que foi causando alguns problemas. Neste sentido, o Conselho adotou, em março de 1996, a Posição comum 96/196/JAI sobre a aplicação harmonizada do conceito de "refugiado" em conformidade com a *CRER*, procurando-se harmonizar a aplicação dos critérios de determinação da qualidade de refugiado e evitando que o mesmo indivíduo pedisse asilo simultaneamente em vários Estados-membros.[67]

Assim, a posição comum 96/196/JAI começa por prever que "o estatuto de refugiado é estabelecido com base nos critérios em

66 *Cfr.* Artigos 4º, nº 1, 3º, nº 1 e 4º, nº 2 da Resolução relativa aos menores não acompanhados nacionais de países terceiros, respetivamente.

67 Neste âmbito, "o Parlamento Europeu fez referência, por várias vezes, ao conceito de refugiado e aos esforços europeus de harmonização nesta matéria, sublinhando a importância de seguir à letra o espírito da *CRER*. (…) Reconhecendo as dificuldades relacionadas com a interpretação dos termos "receando com razão" e "perseguição" que constam da definição de refugiado da *CRER*, o Parlamento realçou a necessidade de se chegar a uma harmonização da interpretação, de forma a assegurar uma prática harmonizada no seio da Comunidade. Neste sentido, propunha que os Estados recorressem ao Guia do ACNUR para resolver os problemas de interpretação." (*Cfr.* CIERCO: *A Instituição de Asilo na União Europeia*, *ob. cit.,* p. 117).

função dos quais os órgãos nacionais competentes decidem conceder a um requerente de asilo a proteção prevista na *CRER*." Para tal, explica-se que cada pedido de asilo deve ser analisado individualmente e que a questão de se saber se existe de facto um receio fundamentado de perseguição deverá ser determinada em função das circunstâncias de cada caso. Finalmente, a posição assume a noção de perseguição constante da *CRER*, especificando as várias origens e motivos de perseguição.[68] | [69]

## 4. A terceira geração do processo de harmonização do asilo

### 4.1. O *Tratado de Amesterdão*

O *Tratado de Amesterdão* foi criado em 2 de outubro de 1997, na sequência do programa de revisão do *Tratado da União Europeia* fixado pelo Conselho Europeu, tendo entrado em vigor a 1 de maio de 1999.[70]

O *Tratado de Amesterdão* criou uma nova fase para a integração europeia e para as políticas de imigração e asilo. O bom funcio-

68 *Cfr.* Pontos 1, 2, 3, 4, 5, 6 e 7 da Posição Comum 96/196/JAI sobre a aplicação harmonizada do conceito de "refugiado" em conformidade com a *CRER*, respetivamente.

69 Segundo a Posição Comum, a perseguição pode ter origem no Estado, através da aplicação de medidas, legais, administrativas e policiais ou da aplicação de penas discriminatórias em processos judiciais, em terceiros ou na existência de uma guerra civil ou conflito interno no país de origem. Por outro lado, os motivos de perseguição considerados são a raça, a religião, a nacionalidade, as opiniões políticas e o grupo social.

70 Segundo FAUSTO DE QUADROS, "não foram grandes as modificações trazidas pelo *Tratado de Amesterdão* ao *TU*E. Na sua preparação imperou um forte pragmatismo: à beira de se entrar na União Monetária, o que aconteceu em 1 de janeiro de 1999, convinha evitar que se aprofundassem as feridas abertas pelos avanços, considerados, por alguns Estados, excessivos, que haviam sido trazidos pelo *Tratado de Maastricht*. (…) [A revisão] foi mais longe, porque veio criar um "espaço de liberdade, segurança e justiça" (…), através do reforço do pilar comunitário em detrimento do terceiro pilar. Além disso, ela consagrou avanços em matéria de simplificação, aperfeiçoamento e eficácia do poder de decisão da União (…), de maior aproximação da União quanto aos cidadãos, de reforço do caráter democrático da União e de aumento da sua capacidade de intervenção nas relações externas." (*Cfr*. QUADROS: *Direito da União Europeia*, *ob. cit*., p. 47).

namento da cooperação intergovernamental em algumas matérias do terceiro pilar do *Tratado de Maastricht* levou o *Tratado de Amesterdão* a comunitarizar, ou seja, a passar para o primeiro pilar o domínio dos vistos, do asilo, da imigração, e de outras políticas relativas à livre circulação de pessoas, que, por isso, passou a ser disciplinado no novo Título IV do *Tratado CE* com a denominação "Vistos, asilo, imigração e outras políticas ligadas à livre circulação de pessoas". Entre as matérias que passaram para o primeiro pilar figura o *Acervo Schengen*.[71] | [72]

Com esta alteração, estas matérias passaram a estar submetidas às regras comunitárias e inseridas no âmbito dos instrumentos comunitários, designadamente das diretivas, regulamentos, decisões, recomendações e pareceres, e a ter a participação das instituições comunitárias e o controlo da legalidade pelo Tribunal de Justiça da União. Ou seja, enquanto que com o *Tratado de Maastricht* estas questões estavam inseridas no âmbito do interesse comum dos Estados sem que, no entanto, a União Europeia pudesse legislar sobre elas, vigorando, nesta medida, o direito internacional, com o *Tratado de Amesterdão* e o consequente processo de comunitarização destas matérias, esta limitação deixa de existir, atribuindo-se poderes legislativos à União.

Por outro lado, foi também através do *Tratado de Amesterdão* que foi criado o Espaço de Liberdade, Segurança e Justiça para que, no contexto das migrações, fosse criada uma harmonização política.[73] Este espaço comunitário era assegurado pelos diferen-

71 *Ibidem,* p. 61.

72 Sobre esta temática, TERESA CIERCO refere que "o controlo das fronteiras externas, o asilo, a imigração e a cooperação judiciária em matéria civil, passaram a fazer parte do primeiro pilar e a regerem-se pelo método comunitário. Realizou-se assim a transferência de um domínio relevante, no quadro institucional da União, do método intergovernamental (2º e 3º pilar) caraterizado pela regra da unanimidade, para o método comunitário (1º pilar). (*Cfr.* CIERCO: *A Instituição de Asilo na União Europeia*, *ob. cit.,* pp. 121-122).

73 Neste sentido, passou a constituir um objetivo da União "a manutenção e o desenvolvimento da União enquanto espaço de liberdade, segurança e justiça, em que seja assegurada a livre

tes instrumentos que a União Europeia disponibilizava (Eurodac, *Regulamento Dublin* e SIS).[74]

Ora, segundo Geoff Gilbert, o *Tratado de Amesterdão* "classificou asilo e refúgio como entes análogos, e incumbiu o bloco de designar políticas harmónicas no tema, já que os Estados-membros criaram as suas próprias políticas de asilo e refúgio."[75] Neste sentido, previa-se que "a fim de criar progressivamente um espaço de liberdade, segurança e justiça, o Conselho adotará no prazo de cinco anos (…) medidas destinadas a assegurar a livre circulação de pessoas nos termos do artigo 7º-A, em conjugação com medidas de acompanhamento, com ela diretamente relacionadas, em matéria de controlos na fronteira externa, asilo e imigração (…), bem como medidas destinadas a prevenir e combater a criminalidade (…) [e] outras medidas em matéria de asilo, imigração e proteção dos direitos de nacionais de países terceiros (…)".[76]

A ideia era criar um sistema de asilo comum, identificando-se como áreas a desenvolver as seguintes: critérios para a determinação do Estado-membro responsável pela análise de um pedido de asilo apresentado num dos Estados-membros por um nacional de um país terceiro, normas mínimas em matéria de acolhimento dos requerentes de asilo nos Estados-membros, normas mínimas

circulação de pessoas, em conjugação com medidas adequadas em matéria de controlos na fronteira externa, asilo e imigração, bem como de prevenção e combate à criminalidade." (*Cfr.* Ponto 4 do nº 5 do Artigo 1º da Parte I do *Tratado de Amesterdão*).

74 Como refere FAUSTO DE QUADROS, "o *Tratado de Amesterdão* também veio reforçar a proteção dos direitos fundamentais através do alargamento da competência do TIJ no domínio da justiça e dos assuntos internos, por força dos artigos 46º, al. B, e 35º, do *TUE*. A comunitarização de parte do terceiro pilar, isto é, a integração no pilar comunitário de parte do terceiro pilar (…) veio estabelecer uma relação direta entre essa matéria e a liberdade de circulação de pessoas, de forma a se poder alcançar "um espaço de liberdade, de segurança e de justiça". A definição do objetivo da prossecução deste espaço constituiu uma das maiores inovações do *Tratado de Amesterdão* (…)." (*Cfr*. QUADROS: *Direito da União Europeia*, *ob. cit*., p. 140).

75 *Cfr.* GOMES, Jéssica Luciano: "A decisão do Tribunal de Justiça da União Europeia nos casos C-71/11 e C-99/11: uma análise da condição do refugiado no Direito Europeu", Revista do Programa de Direito da União Europeia, Módulo Europeu do Programa Jean Monnet, Edição FGV, Direito Rio, nº 4, 2015, pp. 105-106.

76 *Cfr.* Artigo 61º, alíneas a) e b) do *Tratado de Amesterdão*.

em matéria de condições a preencher pelos nacionais de países terceiros que pretendam aceder ao estatuto de refugiado, normas mínimas em matéria de concessão ou retirada do estatuto de refugiado nos Estados-membros, normas mínimas em matéria de concessão de proteção temporária a pessoas deslocadas de países terceiros que não possam regressar ao seu país de origem e medidas tendentes a assegurar uma repartição equilibrada do esforço assumido pelos Estados-membros ao acolherem refugiados.[77] | [78]

Assim, o *Tratado de Amesterdão* constituiu uma reforma sem precedentes, concretizando o objetivo da livre circulação de pessoas, institucionalizado a partir do *AUE*, e atribuindo competências ao Tribunal de Justiça das Comunidades nas questões relativas à livre circulação, concretamente, asilo, imigração e deslocação no espaço europeu. Esta foi a primeira vez que se permitiu que um tribunal internacional se pronunciasse sobre o direito dos refugiados, o que contribuiu para promover uma uniformização da interpretação e aplicação do direito comunitário. Para tal, a vontade dos Estados em ceder parte da sua soberania e controlo no que respeita aos seus sistemas de asilo foi essencial para o processo e para a sua consequente evolução.

### 4.2. O *Protocolo Aznar*

O Tratado de Amesterdão foi também responsável pela criação do *Protocolo relativo ao direito de asilo de nacionais dos Esta-*

77 *Cfr.* Artigo 63º, nº 1, alíneas a) a d) e nº 2, alíneas a) e b) do *Tratado de Amesterdão*.

78 No que refere a esta questão, TERESA CIERCO explica que "no conjunto tratou-se de delinear um sistema de asilo comum em duas fases complementares. Numa primeira fase, seria necessário desenvolver uma legislação de base, classificada de "normas mínimas", para depois numa segunda fase, o processo ficar completo e se alcançar a harmonização de conteúdos e procedimentos. (…) Com vista à elaboração da política comum de asilo, os Estados-membros concordaram em adotar medidas comuns em matéria de: controlo na passagem das fronteiras externas da União Europeia (artigo 62º, nº 2); normas e procedimentos para o controlo de pessoas; regras para a emissão de vistos nos casos de permanência inferior a três meses; elaboração de uma lista de países terceiros cujos cidadãos têm de possuir visto e uma lista para os que estão isentos dessa exigência." (*Cfr.* CIERCO: *A Instituição de Asilo na União Europeia*, *ob. cit.,* pp. 123-124).

*dos-membros da União Europeia*, também conhecido por *Protocolo Aznar*, que previu uma limitação no acesso ao procedimento de asilo.

Neste sentido, este *Protocolo* dispunha que "cada Estado-membro será considerado pelos restantes como constituindo um país de origem seguro para todos os efeitos jurídicos e práticos em matéria de asilo", pelo que um pedido de asilo apresentado por um nacional de um Estado-membro não deverá ser tomado em consideração a não ser que satisfaça os requisitos previstos no *Protocolo*.[79] Desta forma, estes pedidos só poderiam ser declarados admissíveis se o Estado-membro adotasse medidas derrogatórias às suas obrigações decorrentes da *Convenção sobre a Proteção dos Direitos do Homem e das Liberdades Fundamentais* ou se o Conselho tivesse constatado uma violação grave dos direitos humanos nesse Estado.[80] | [81]

Assim, o *Protocolo Aznar* veio alterar a noção de Estado seguro e admitir que em situações muito excecionais um Estado-membro da União Europeia pudesse aceitar a tramitação processual de um pedido de asilo de um nacional de outro Estado-membro.[82] A

79 Segundo TERESA CIERCO, "a introdução desta restrição geográfica no acesso de refugiados ao procedimento de asilo no espaço único, foi considerado inconsistente com as responsabilidades internacionais assumidas pelos Estados europeus, que ratificaram a *Convenção de 1951*, que garante, entre outros direitos, o acesso sem restrições ao procedimento de asilo." (*Ibidem,* p. 125).

80 *Cfr.* Artigo único do Protocolo relativo ao direito de asilo de nacionais dos Estados-membros da União Europeia do *Tratado de Amesterdão*.

81 Sobre esta temática, JOSÉ NORONHA RODRIGUES refere que "o asilo é instrumento de uso restrito dos estrangeiros e dos apátridas. Na realidade, este tem como destinatários exclusivos os nacionais de países terceiros. (…) Contudo, não podemos esquecer que no âmbito regional nomeadamente no seio da União Europeia, o *Protocolo Aznar* prevê a possibilidade de igualmente conceder-se asilo a cidadãos da União Europeia, em três situações muito específicas, mas todas correlacionadas com o respeito pelos direitos fundamentais do homem e com os princípios gerais no qual assenta a própria União Europeia." (*Cfr.* RODRIGUES, José Noronha: *Política Única de Asilo na União Europeia*, Santiago de Compostela, 2012, p. 54).

82 As situações excecionais descriminadas no *Protocolo* são as seguintes: "se o Estado-membro de que o requerente for nacional, invocando as disposições do artigo 15º da *Convenção para a Proteção dos Direitos do Homem e das Liberdades Fundamentais*, tomar, após a entrada

definição de Estado seguro já havia sido desenvolvida no âmbito do terceiro pilar da CJAI, no quadro das *Resoluções de Londres* e designadamente através das Conclusões sobre os países onde, regra geral, não se verificam graves riscos de perseguição, onde se defendia a análise em processo acelerado dos pedidos provenientes dos países sem sério risco de perseguição.

No entanto, ao dar-se a possibilidade de os Estados-membros decidirem segundo os seus próprios critérios se querem ou não apreciar determinado pedido de asilo, reforçando-se de certa forma a manutenção da sua soberania, dificultou-se a harmonização das políticas de asilo no seio da União. Verificava-se, assim, uma discrepância dos procedimentos aplicados por cada Estado-membro, colocando os requerentes de asilo numa situação de incerteza quanto aos critérios a que estariam sujeitos em cada um deles.[83] E, por esta razão, o *Protocolo Aznar* é atualmente considerado como um retrocesso na política de asilo da União Europeia.

em vigor do *Tratado de Amesterdão*, medidas que contrariem, no seu território, as obrigações que lhe incumbem por força dessa convenção; se tiver sido desencadeado o processo previsto no nº 1 do artigo 7º do *Tratado da União Europeia* [risco manifesto de violação grave dos valores da União Europeia], e enquanto o Conselho não tomar uma decisão sobre a questão; se o Conselho, deliberando com base no nº 1 do artigo 7º do *Tratado da União Europeia*, tiver verificado, relativamente ao Estado-membro de que o requerente é nacional, a existência de uma violação grave e persistente, por esse Estado-membro, de algum dos princípios enunciados no nº 1 do artigo 6º; se um Estado-membro assim o decidir unilateralmente em relação ao pedido de um nacional de outro Estado-membro: neste caso, o Conselho será imediatamente informado; o pedido será tratado com base na presunção de que é manifestamente infundado, sem que, em caso algum, o poder de decisão do Estado-membro seja afetado." (*Cfr*. Artigo único do *Protocolo relativo ao direito de asilo de nacionais dos Estados-membros da União Europeia* do *Tratado de Amesterdão*).

83 "Talvez por isso alguns Estados-membros optaram por anexar, também, ao *Tratado de Amesterdão* três declarações (…). Deste modo, a Declaração nº 48 reiterou que este *Protocolo* não prejudicaria o direito de cada Estado-membro de tomar as medidas de organização que considerasse necessárias para dar cumprimento às obrigações decorrentes da *CRER* (…); a Declaração nº 5 da Bélgica afirmava que esta continuaria a proceder a uma análise específica de qualquer pedido de asilo apresentado por um nacional de outro Estado-membro ; e, finalmente, a Declaração nº 49 respeitante à alínea d) do artigo único do referido *Protocolo*, reconheceu a importância das Resoluções relativas aos pedidos de asilo manifestamente infundados e relativos às garantias mínimas nos processos de asilo." (*Cfr*: RODRIGUES: *Política Única de Asilo na União Europeia*, *ob. cit*., pp. 269-270).

### 4.3. O *Plano de Ação de Viena* e as *Conclusões do Conselho Europeu de Tampere*

Em 3 de dezembro de 1998 foi aprovado o *Plano de Ação de Viena* que nasceu com os objetivos de assegurar a livre circulação de pessoas, garantindo ao mesmo tempo segurança na luta contra a criminalidade, e de facilitar a cooperação em matéria de JAI dentro de toda a União.

Este *Plano* foi muito importante para o desenvolvimento do instituto de asilo na União Europeia, tendo contribuído para a definição de "espaço de liberdade, segurança e justiça"[84], bem como delimitado um conjunto de medidas em matéria de asilo, fronteiras externas e imigração, estipulando três prazos específicos para a sua concretização.[85] Na base destas novas políticas estava o facto

84 "Um espaço de liberdade: trata-se de assegurar a livre circulação de pessoas segundo o modelo de Schengen, mas igualmente de proteger os direitos fundamentais e lutar contra qualquer forma de discriminação. (…) Um espaço de segurança: inclui a luta contra a criminalidade, em especial o terrorismo, o tráfico de seres humanos, os crimes contra as crianças, o tráfico de drogas, o tráfico de armas, a corrupção e a fraude. (…) Um espaço de justiça: apesar das diferenças que existem nos Estados-membros, o objetivo da União é garantir aos cidadãos europeus um acesso igual à justiça e facilitar a cooperação entre as autoridades judiciárias." (*Cfr*. "*Plano de Ação", in* http://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/?uri=URISERV:l33080, consultado a 13/04/2016).

85 As medidas a adotar no prazo de dois anos nestes domínios constantes do *Plano de Ação de Viena* eram: 1) avaliação dos países de origem para estabelecer uma abordagem integrada específica por país no âmbito do asilo e da imigração; 2) concretização da *Convenção de Dublin*: continuação da análise dos critérios e condições para melhorar a implementação da *Convenção* e da possível alteração da base jurídica para o sistema de Amesterdão; 3) estudo para analisar em que medida o mecanismo poderá ser completado, nomeadamente por disposições que permitam atribuir a um único Estado-membro a responsabilidade pelo tratamento dos membros de uma família sempre que a aplicação dos critérios de responsabilidade a atribua a vários Estados e regular de forma satisfatória a questão da proteção sempre que o refugiado mude de país de residência; 4) implementação do EURODAC; 5) adoção de normas mínimas em matéria de concessão ou retirada do estatuto de refugiado nos Estados-membros, tendo em vista, nomeadamente, reduzir a duração dos processos de asilo; 6) limitação dos "movimentos secundários" dos requerentes de asilo entre os Estados-membros; 7) definição de normas mínimas em matéria de acolhimento dos requerentes de asilo nos Estados-membros, com especial atenção para a situação das crianças; 8) realização de um estudo com vista a identificaras vantagens de um processo único de asilo europeu; 9) criação de um instrumento relativo ao estatuto jurídico dos imigrantes legais; 10) estabelecimento de uma política coerente da UE em matéria de readmissão e regresso; 11) luta contra a imigração clandestina através, nomeadamente, de campanhas de informação em países de trânsito e nos países de origem; 12) processo e condições de emissão de vistos pelos Estados-membros (recursos, garantias de

de estas matérias constarem agora do primeiro pilar, dotando a Comunidade de novas competências externas que lhe permitiram exercer uma influência no plano internacional nestes domínios.

Desta forma, em matéria de asilo, o *Plano* previu a criação de normas comuns para os processos relativos a refugiados e para o acolhimento dos requerentes de asilo, permitindo a comparação das impressões digitais dos requerentes e a repartição do esforço financeiro entre os Estados-Membros para o acolhimento destas pessoas.

Por outro lado, no domínio da imigração, o Conselho Europeu proponha-se a elaborar condições comuns para a entrada, estadia e regresso dos imigrantes e iniciar uma luta mais eficaz contra a imigração clandestina, definindo os direitos dos nacionais de países terceiros em matéria de livre circulação no território da União.

No entanto, muitas das medidas que deveriam ser adotadas no prazo de dois anos nunca o chegaram a ser dentro do período previsto e algumas delas nunca chegaram efetivamente a ser concretizadas, como é o caso da realização de um estudo com vista a identificar as vantagens de um "processo único de asilo europeu" que o *Plano de Ação de Viena* refere explicitamente, ao invés de aludir a um "processo comum de asilo europeu". Esta foi a primeira vez na história da União Europeia que um instrumento jurídico abordou a necessidade da realização de um estudo com vista a identificar as vantagens de uma possível política única de asilo que, no entanto, nunca chegou a ser posta em prática. [86]

repatriamento ou cobertura de despesas de acidente e de doença) e elaboração de uma lista comum dos países cujos nacionais estão sujeitos a visto de trânsito aeroportuário (supressão da atual lista cinzenta); 13) definição das regras em matéria de visto uniforme; 14) elaboração de um regulamento relativo aos países cujos nacionais estão isentos de vistos nos Estados-membros da União Europeia e/ou cujos nacionais estão sujeitos à obrigação de deterem um visto para o conjunto dos Estados-membros; 15) prossecução da harmonização das legislações dos Estados-membros no que respeita à responsabilidade das transportadoras.

86 No que refere a esta questão, JOSÉ NORONHA RODRIGUES explica que "esta diferença concetual pode à primeira vista parecer mínima ou residual. Todavia, não é, nem deve ser assim considerada, na medida em que esta consciencialização por parte da União Europeia para a necessidade de um estudo sobre uma política única de asilo europeu a fim de averiguar as

Quase um ano depois, em 15 e 16 de outubro de 1999, o Conselho Europeu reuniu em sessão extraordinária, em Tampere, para debater a questão da criação de um espaço de liberdade, segurança e justiça na União Europeia. Desta sessão resultou que o Conselho de Tampere reafirmou nas suas *Conclusões* a importância da União e dos seus Estados-Membros no respeito pelo direito de procurar asilo, bem como as prioridades estabelecidas pelo *Tratado de Amesterdão* e pelo *Plano de Ação de Viena*, comprometendo-se a trabalhar no sentido da criação de um sistema europeu comum de asilo.[87]

Por outro lado, com o *programa Tampere*, as prioridades da União Europeia alteraram-se e sobressai uma preocupação de lutar contra o crime: a liberalização das fronteiras facilitou a deslocação dos imigrantes e este direito levou a que os Estados-membros ficassem mais alerta para os fatores de crime e terrorismo.[88]

Neste sentido, o Conselho Europeu de Tampere dedicou um capítulo inteiro das suas *Conclusões* à implementação de uma política comum da UE em matéria de asilo e migração. Para tal, estabeleceu-se como medidas necessárias uma parceria entre países de origem, a implementação de um sistema europeu comum

suas vantagens apareceu, unicamente, plasmada e, pela primeira vez, neste documento. (…) Portanto, foi o *Plano de Ação de Viena* que de forma clara, direta e categórica abordou esta temática aconselhando, vivamente, os Estados-membros da União Europeia a realizarem este estudo com vista a identificar as vantagens de um processo único de asilo na União Europeia. Pelo que, obrigatoriamente, este *Plano de Ação* e, concretamente, esta proposta de estudo, embora, nunca realizado até à atualidade são sem sombra de dúvida o embrião de uma possível e futura política única de asilo na União Europeia. (…) Todavia, este estudo nunca foi realizado até à atualidade. Talvez porque os Estados-membros da União Europeia soubessem à partida as reais vantagens que um estudo desta natureza acarretaria para o instituto de asilo e, as consequentes desvantagens para os Estados-membros da União Europeia, nomeadamente, com a perda de soberania parcial no âmbito de asilo, bem como da arbitrariedade e discricionariedade na análise, atribuição, concessão e perda do estatuto de asilado." (*Cfr.* RODRIGUES: *Política Única de Asilo na União Europeia*, *ob. cit*., pp. 274-275).

87 *Cfr.* PINTO, Ana Filipa da Costa: *Direito de Asilo na União Europeia*, Escola de Direito da Universidade de Minho, 2011, p. 2.

88 *Cfr.* GONÇALVES: *Políticas de Asilo na União Europeia*, *ob. cit*., p. 43.

de asilo, o tratamento justo a indivíduos originários de países terceiros[89] e a gestão dos fluxos migratórios[90].

No que se refere ao sistema europeu comum de asilo, o Conselho definiu que este deveria incluir "uma definição funcional e clara do Estado responsável pela análise do pedido de asilo, normas comuns para um processo de asilo equitativo e eficaz, condições comuns mínimas de acolhimento dos requerentes de asilo e uma aproximação das normas em matéria de reconhecimento e de conteúdo do estatuto de refugiado."[91] O sistema deveria ainda oferecer um estatuto adequado a qualquer pessoa que necessitasse de proteção, prevendo-se ainda que o Conselho deveria consultar o ACNUR e outras organizações internacionais ao longo do processo.

O objetivo principal neste domínio era que as regras comunitárias se reconduzissem a um processo comum de asilo e a um estatuto uniforme para aqueles a quem é concedido asilo, aplicável em toda a União.[92]

89 "A União Europeia tem de garantir um tratamento equitativo dos nacionais de países terceiros que residem legalmente no território dos seus Estados-membros. Uma política de integração mais determinada deverá ter como objetivo assegurar-lhes direitos e obrigações comparáveis aos dos cidadãos da UE. Deverá de igual modo promover a não discriminação na vida económica, social e cultural e desenvolver medidas contra o racismo e a xenofobia." (*Cfr.* Ponto 18 do Título III das *Conclusões da Presidência do Conselho Europeu de Tampere de 15 e 16 de outubro de 1999*).

90 "O Conselho Europeu salienta a necessidade de uma gestão mais eficaz dos fluxos migratórios em todas as suas fases. Apela para a elaboração, em estreita cooperação com os países de origem e de trânsito, de campanhas de informação sobre as possibilidades reais de imigração legal, e para a prevenção de todas as formas de tráfico de seres humanos. Deverá continuar a desenvolver-se uma política comum ativa em matéria de vistos e documentos falsos, que compreenderá uma cooperação mais estreita entre as missões diplomáticas da UE em países terceiros e, se necessário, a criação de serviços comuns de emissão de vistos da UE." (*Cfr.* Ponto 22 do Título IV das *Conclusões da Presidência do Conselho Europeu de Tampere de 15 e 16 de outubro de 1999*).

91 *Cfr.* Ponto 14 do Título II *das Conclusões da Presidência do Conselho Europeu de Tampere de 15 e 16 de outubro de 1999.*

92 *Cfr.* Ponto 15 do Título II das *Conclusões da Presidência do Conselho Europeu de Tampere de 15 e 16 de outubro de 1999.*

Assim, tanto o *Plano de Ação de Viena*, em 1998, como as *Conclusões do Conselho Europeu de Tampere*, em 1999, permitiram, pela primeira vez no seio da União, traçar um rumo no sentido da criação de uma política comum de asilo. Como se verá, a escolha por uma "política comum" ao invés de uma "política única" de asilo não terá sido a melhor solução adotada no seio da União, uma vez que, ao admitir que a soberania dos Estados ainda tenha grande parte de domínio sobre estas matérias, permite que existam discrepâncias na interpretação e aplicação das normas internacionais que se debruçam sobre o asilo e os refugiados, o que, consequentemente, dará origem a um tratamento desigual e não uniforme de todos os requerentes de asilo.

### 4.4. O *Tratado de Nice*

Com a aproximação de novos alargamentos na União, incluindo países da Europa Central e de Leste, muito diferentes entre si dos quinze Estados-membros já existentes, concluiu-se que a revisão de Amesterdão não teria feito todas as modificações, no plano institucional, que se julgava serem adequadas e necessárias para adaptar a União a estes alargamentos. Por isso, a Conferência Intergovernamental de 2000 preparou uma nova revisão dos Tratados, que desembocou no *Tratado de Nice*, aprovado naquela cidade francesa na Cimeira de 10 e 11 de dezembro de 2000, e assinado mais tarde, também em Nice, em 26 de fevereiro de 2001. Este *Tratado* entrou em vigor em 1 de fevereiro de 2003.[93]

Constituindo a terceira reforma dos tratados comunitários, a verdade é que o *Tratado de Nice* não desencadeou nenhuma reforma profunda, limitando-se a resolver um problema institucional e procedimental que impedia a conclusão das negociações do alargamento por fortalecer os Estados-membros de maiores di-

93 *Cfr*. QUADROS: *Direito da União Europeia*, *ob. cit*., pp. 47-48.

mensões.[94] Neste sentido, o *Tratado de Nice* procedeu por uma nova distribuição de lugares no Parlamento Europeu, uma cooperação reforçada mais flexível, um controlo do respeito dos direitos e valores fundamentais no seio da UE e ainda um reforço do sistema judicial da UE. [95]

O *Tratado de Nice* foi o responsável pela modificação no modo de funcionamento das instituições, tornando a votação por maioria qualificada a regra, ao invés da unanimidade, em muitas áreas de decisão da União Europeia, nomeadamente, vistos, asilo e imigração, bem como noutras áreas indiretamente relacionadas com aquelas, como sejam as medidas de incentivo à não-discriminação ou as medidas destinadas a facilitar a livre circulação e residência.

No entanto, os legisladores do *Tratado* tiveram o cuidado de prever que a votação por maioria qualificada e a codecisão apenas seriam aplicáveis nos domínios de asilo, refugiados e pessoas deslocadas depois de o Conselho, deliberando por unanimidade, ter aprovado previamente legislação comunitária e ter definido normas comuns e princípios especiais para reger essas matérias.[96] Esta alteração ficou plasmada com o aditamento de um nº 5 ao artigo 67º do *Tratado que institui a Comunidade Europeia*

94 *Cfr.* RODRIGUES: *Política Única de Asilo na União Europeia*, *ob. cit*., p. 291.

95 "Foi acrescentado um novo número ao artigo 7º do *TUE* para cobrir casos em que não tenha efetivamente ocorrido uma violação evidente de direitos fundamentais, mas em que haja um "risco manifesto" de que tal possa acontecer. O Conselho, deliberando por maioria qualificada de quatro quintos dos seus membros, e depois de obter o parecer favorável do Parlamento, determina a existência do risco e dirige as recomendações apropriadas ao Estado-membro em questão. Foi proclamada uma Carta dos Direitos Fundamentais não vinculativa." (*Cfr.* "*O Tratado de Nice e a Convenção sobre o Futuro da Europa", in* http://www.europarl.europa.eu/atyourservice/pt/displayFtu.html?ftuId=FTU_1.1.4.html, consultado a 27/04/2016).

96 Quanto a esta questão, TERESA CIERCO explica que "nos termos do artigo 67º, que define os procedimentos de decisão para estes domínios, o Conselho delibera por unanimidade sob proposta da Comissão (ou até 2004, por iniciativa de um Estado-membro) e após consulta do Parlamento Europeu. A partir dessa data, o Conselho passou a poder decidir por unanimidade aplicar a maioria qualificada e o procedimento de codecisão com o Parlamento a essas matérias." (*Cfr.* CIERCO: *A Instituição de Asilo na União Europeia*, *ob. cit.,* p. 141).

*(TCE)*[97], que estendia o procedimento de codecisão para as matérias para as quais o *Tratado de Amesterdão* previa durante um período transitório de cinco anos um procedimento de consulta ao Parlamento Europeu em que o Conselho decidia por unanimidade a proposta da Comissão ou a iniciativa de um Estado-membro.[98] Contudo, tal só se verificaria se o Conselho tivesse aprovado previamente, nos termos do nº 1 do artigo 67º *TCE*, uma legislação comunitária que definisse as normas comuns e os princípios essenciais que passariam a reger estas matérias.

Assim, no que refere às disposições constantes do Título IV do *TCE* (visto, asilo, imigração e outras políticas relativas à livre circulação de pessoas), acordou-se uma transição progressiva para a maioria qualificada parcial e diferida, sendo que, no que concerne às políticas de asilo e imigração, tal maioria foi adiada para o ano de 2004 e não deveria incidir sobre os elementos essenciais das mesmas.

Esta novidade trazida pelo *Tratado de Nice*, embora à partida pudesse parecer pouco significativa, foi bastante importante, uma

97 "Em derrogação do nº 1, o Conselho adota nos termos do artigo 251º: as medidas previstas no ponto 1) e no ponto 2) da alínea a) do artigo 63º, desde que tenha aprovado previamente, nos termos do nº 1 do presente artigo, legislação comunitária que defina as normas comuns e os princípios essenciais que passarão a reger essas matérias [e] as medidas previstas no artigo 65º, com exclusão dos aspetos referentes ao direito da família." (*Cfr*. Artigo 2º, nº 4 do *Tratado de Nice*).

98 Sobre esta temática, JOSÉ NORONHA RODRIGUES refere que "não se tratou, porém, de generalizar o procedimento de codecisão a todo o Título IV do *TCE*, pelo contrário, a presente revisão incidiu, unicamente, sobre duas medidas específicas, nomeadamente: I) Medidas em matéria de asilo concordantes com a *CRER*, de 28 de julho de 1951, e o *Protocolo*, de 31 de janeiro de 1967 relativo ao estatuto dos refugiados, bem como com os demais tratados pertinentes, nos seguintes domínios: a) Critérios e mecanismos para a determinação do Estado-membro responsável pela análise de um pedido de asilo apresentado num dos Estados-membros por um nacional de um país terceiro; b) Normas mínimas em matéria de acolhimento dos requerentes de asilo nos Estados-membros; c) Normas mínimas em matéria de condições a preencher pelos nacionais de países terceiros que pretendam aceder ao estatuto de refugiado; d) Normas mínimas em matéria de concessão ou retirada do estatuto de refugiado nos Estados-membros; II) Medidas relativas aos refugiados e às pessoas deslocadas, no seguinte domínio: a) Normas mínimas em matéria de concessão de proteção temporária a pessoas deslocadas de países terceiros que não possam regressar ao seu país de origem, bem como a pessoas que, por outros motivos, necessitam de proteção internacional." (*Cfr.* RODRIGUES: *Política Única de Asilo na União Europeia*, *ob. cit*., p. 293).

vez que, devido aos condicionalismos impostos pela unanimidade, pouco se tinha avançado desde Tampere onde se tinha acordado a criação de um sistema europeu comum de asilo.

Assim, o *Tratado de Nice* consubstanciou-se num conjunto de reformas interligadas que procedeu à incrementação de novas regras processuais e institucionais, não tendo introduzido modificações relevantes no regime jurídico do Título IV do *TCE* e na política de asilo, a não ser a consolidação do modelo comunitário previsto no *Tratado de Amesterdão* e a introdução de ligeiras modificações de caráter procedimental.

### 4.5. A *Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia*

A vontade por parte dos Estados-membros em possuir o seu próprio catálogo de direitos fundamentais, "constitucionalizando" estes direitos que pretendiam reconhecer aos cidadãos da União, levou a que o Conselho Europeu de Colónia, de junho de 1999, encarregasse uma Convenção[99] de elaborar uma *Carta dos Direitos Fundamentais*.[100] A Convenção levou a cabo os seus trabalhos desde dezembro de 1999 até outubro de 2000, altura em que concluiu um texto composto por um preâmbulo e 54 artigos.

99 "A Convenção tinha uma composição quadripartida (o que reforça o seu caráter original no Direito Comunitário): ela era composta por representantes dos Chefes de Estado e de Governo (em número de 15), do Parlamento Europeu (16), dos Parlamentos nacionais (30) e por um representante do Presidente da Comissão Europeia, o Comissário António Vitorino. Tinha, portanto, ao todo, 62 membros. Com o estatuto de observadores permanentes, com direito ao uso da palavra, participaram nela dois representantes do Conselho da Europa, e um Juiz e um Procurador-Geral do Tribunal de Justiça." (*Cfr*. QUADROS: *Direito da União Europeia*, *ob. cit*., pp. 146).

100 "Os povos da Europa, estabelecendo entre si uma união cada vez mais estreita, decidiram partilhar um futuro de paz, assente em valores comuns. Consciente do seu património espiritual e moral, a União baseia-se nos valores indivisíveis e universais da dignidade do ser humano, da liberdade, da igualdade e da solidariedade; assenta nos princípios da democracia e do Estado de direito. Ao instituir a cidadania da União e ao criar um espaço de liberdade, segurança e justiça, coloca o ser humano no cerne da sua ação. (…) Para o efeito, é necessário, conferindo-lhes maior visibilidade por meio de uma Carta, reforçar a proteção dos direitos fundamentais, à luz da evolução da sociedade, do progresso social e da evolução científica e tecnológica." (*Cfr.* Preâmbulo da *Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia*).

Apesar de não ter caráter obrigatório, assumindo meramente a natureza jurídica de um acordo interinstitucional, a *Carta* constitui, no plano internacional, o mais ambicioso e mais elaborado texto jurídico sobre os Direitos do Homem, uma vez que compila, simultaneamente, direitos civis, políticos, sociais, culturais e económicos. Por outro lado, a *Carta* apresenta os direitos fundamentais como a emanação de valores-chave e fornece respostas às exigências atuais da proteção dos Direitos do Homem ao acolher, ao lado dos direitos clássicos, os direitos novos. Para além disso, a *Carta* não reconhece direitos apenas aos nacionais dos Estados-membros mas sim a todas a pessoas sujeitas à sua jurisdição.[101]

No que concerne ao asilo, a *Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia* constituiu um contributo importante na medida em que prevê, no seu capítulo reservado às Liberdades, uma disposição dedicada ao direito de asilo, na qual se diz que "é garantido o direito de asilo, no quadro da *CRER* de 28 e julho de 1951 e do *Protocolo* de 31 de janeiro de 1967, relativos ao Estatuto dos Refugiados, e nos termos do *Tratado da União Europeia* e do *Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia*."[102]

Para além disso, e em estreita ligação com o direito de asilo, a *Carta* consagrou a proteção em caso de afastamento, expulsão ou extradição, no seu artigo 19º, reafirmando, desta forma, o princípio do *non-refoulement*.[103] Por outro lado, embora não tão intrinsecamente ligados ao direito de asilo mas também com uma certa relevância nesta matéria, foram consagrados os direitos da dignidade do ser humano, a proibição da tortura e dos tratos ou penas desumanos ou degradantes, o direito à liberdade

101 *Cfr*. QUADROS: *Direito da União Europeia*, *ob. cit*., pp. 148-150.

102 *Cfr*. Artigo 18º da *Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia*.

103 Nele se previa que "1. São proibidas as expulsões coletivas. 2. Ninguém pode ser afastado, expulso ou extraditado para um Estado onde corra sério risco de ser sujeito a pena de morte, a tortura ou a outros tratos ou penas desumanos e degradantes." (*Cfr*. Artigo 19º da *Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia*).

e à segurança, a liberdade de pensamento, de consciência e de religião, a liberdade de expressão e de informação, a igualdade perante a lei, a não discriminação e a diversidade cultural, religiosa e linguística.[104]

Assim, a inclusão do direito de asilo na *Carta dos Direitos Fundamentais* constituiu um avanço substancial para a consolidação deste instituto no seio da União Europeia. No entanto, o direito de asilo, tal como todos os outros direitos dela constantes, deve ser interpretado como fazendo parte do acervo global dos direitos consagrados nas fontes, muito diversificadas, indicadas no 5º parágrafo do preâmbulo da *Carta*.[105] Neste sentido, os direitos da *Carta* devem ser complementados pelas disposições constantes na *Convenção Europeia dos Direitos do Homem* e nas tradições constitucionais comuns aos Estados-membros para que se consiga atingir a maior proteção possível para todos os cidadãos da União Europeia.[106]

## 4.6. O *Tratado de Lisboa*

O *Tratado de Lisboa*, inicialmente conhecido como Tratado Reformador, foi assinado no Mosteiro dos Jerónimos, pelos 27 Estados-membros da União Europeia, no dia 13 de dezembro de 2007, e completa o processo de reforma dos tratados, do ponto de vista institucional, iniciado em 1986. Este *Tratado* constituiu

104 *Cfr.* Artigos 1º, 4º, 6º, 10º, 11º, 20º, 21º e 22º da *Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia*, respetivamente.

105 "A presente *Carta* reafirma, no respeito pelas atribuições e competências da União e na observância do princípio da subsidiariedade, os direitos que decorrem, nomeadamente, das tradições constitucionais e das obrigações internacionais comuns aos Estados-membros, da *Convenção Europeia para a Proteção dos Direitos do Homem e das Liberdades Fundamentais*, das Cartas Sociais aprovadas pela União e pelo Conselho da Europa, bem como da jurisprudência do Tribunal de Justiça da União Europeia e do Tribunal Europeu dos Direitos do Homem. Neste contexto, a *Carta* será interpretada pelos órgãos jurisdicionais sob a autoridade do *Praesidium* da Convenção que redigiu a *Carta* e atualizadas sob a responsabilidade do *Praesidium* da *Convenção Europeia*." (*Cfr.* Parágrafo 5º do Preâmbulo da Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia).

106 *Cfr*. QUADROS: *Direito da União Europeia*, *ob. cit*., p. 176.

uma nova tentativa de concentrar numa só entidade a União Europeia instituída em Maastricht (1992) e a Comunidade Europeia criada em Roma (1957), dando corpo ao consenso dos Estados-membros quanto ao modelo de integração a prosseguir.[107] O *Tratado de Lisboa* entrou em vigor a 1 de dezembro de 2009.

Com o objetivo de tornar a União mais democrática e eficaz na resolução de problemas a nível mundial, o *Tratado de Lisboa* previa como principais mudanças o reforço dos poderes do Parlamento Europeu, a alteração dos procedimentos de votação no Conselho, a introdução da iniciativa de cidadania e a criação dos cargos de Presidente permanente do Conselho Europeu e de Alto Representante para os Negócios Estrangeiros e de um novo serviço diplomático da UE. O *Tratado de Lisboa* clarificou ainda a repartição de competências entre a União Europeia, os Estados-membros e as competências partilhadas entre ambos.[108]

No que refere ao direito de asilo, o *Tratado de Lisboa* constituiu um instrumento jurídico inovador, na medida em que consagra a política comum em matéria de asilo.[109] Com este *Tratado*, o objetivo já não seria apenas estabelecer normas mínimas sobre o asilo mas criar um sistema comum que inclua estatutos e procedimentos uniformes.[110]

107 *Cfr.* GORJÃO-HENRIQUES, Miguel: *Tratado de Lisboa*, Edições Almedina, S. A., Fevereiro 2011, p. 7.

108 *Cfr. "Tratados da UE", in* http://europa.eu/eu-law/decision-making/treaties/index_pt.htm, consultado a 05/05/2016.

109 "O sistema europeu comum de asilo deve incluir os seguintes elementos: um estatuto uniforme de asilo, um estatuto uniforme de proteção subsidiária, um sistema comum de proteção temporária, procedimentos comuns em matéria de concessão ou retirada do estatuto de asilo ou de proteção subsidiária, critérios e mecanismos de determinação do Estado-membro responsável pelo exame de um pedido, normas relativas às condições de acolhimento e pareceria e cooperação em países terceiros." (*Cfr. "Política de asilo", in* http://www.europarl.europa.eu/atyourservice/pt/displayFtu.html?ftuId=FTU_5.12.2.html, consultado a 05/05/2016).

110 Como refere TERESA CIERCO, "para além de alargar as competências da UE nestes domínios, [o *Tratado*] estabelece os objetivos de legislar princípios e estatutos uniformes (ao contrário dos princípios mínimos definidos em Amesterdão) para um sistema europeu comum de asilo, e remove os vetos nacionais sobre decisões no que respeita ao asilo e imigração." (*Cfr.* CIERCO: *A Instituição de Asilo na União Europeia*, *ob. cit.,* p. 161).

De facto, nas alterações que fez ao *TFUE* referentes ao Espaço de Liberdade, Segurança e Justiça[111], o *Tratado de Lisboa* introduziu um capítulo inteiramente dedicado às políticas relativas aos controlos nas fronteiras, ao asilo e à imigração.[112] Nele se previa que "a União desenvolve uma política comum em matéria de asilo, de proteção subsidiária e de proteção temporária, destinada a conceder um estatuto adequado a qualquer nacional de um país terceiro que necessite de proteção internacional e a garantir a observância do princípio da não repulsão", com a particularidade de que esta política devia estar em conformidade com a *CRER* e o *Protocolo de Nova Iorque*. [113]

No entanto, concedia-se também aos Estados a possibilidade de determinarem os volumes de admissão de nacionais de países terceiros, dando-lhes a liberdade de fixar as suas próprias políticas de asilo, o que, naturalmente, contraria uma política europeia comum de asilo. [114]

Quanto às alterações introduzidas no *Tratado da União Europeia*, há que realçar a inclusão das medidas em matéria de asilo como um dos objetivos da União, prevendo-se que "a União proporciona aos seus cidadãos um espaço de liberdade, segurança e justiça sem fronteiras internas, em que seja assegurada a livre circulação de pessoas, em conjugação com medidas adequadas em matéria de controlos na fronteira externa, de asilo e imigração, bem como de prevenção da criminalidade e combate a este fenómeno." [115]

111 Foi com o *Tratado de Lisboa* que se definiu que "a União constitui um espaço de liberdade, segurança e justiça, no respeito dos direitos fundamentais e dos diferentes sistemas e tradições jurídicos dos Estados-membros", nos termos do artigo 67º, nº 1 do *TFUE* na versão dada pelo *Tratado de Lisboa*.

112 "A União assegura a ausência de controlos de pessoas nas fronteiras internas e desenvolve uma política comum em matéria de asilo, de imigração e de controlo das fronteiras externas que se baseia na solidariedade entre Estados-membros e que é equitativa em relação aos nacionais de países terceiros." (*Cfr.* Artigo 67º, nº 2 do *TFUE* na versão dada pelo *Tratado de Lisboa*).

113 *Cfr*. Artigo 78º, nº 1 do *TFUE* na versão do *Tratado de Lisboa*.

114 *Cfr*. Artigo 79º, nº 5 do *TFUE* na versão do *Tratado de Lisboa*.

115 *Cfr*. Artigo 3º, nº 2 do *TUE* na versão dada pelo *Tratado de Lisboa*.

Por outro lado, o controlo jurisdicional efetuado pelo Tribunal de Justiça da UE foi consideravelmente melhorado, permitindo que os recursos a título prejudicial fossem exercidos por todas as jurisdições de um Estado-membro e não apenas pelos órgãos jurisdicionais que decidem em última instância, o que veio permitir o desenvolvimento de uma jurisprudência mais importante do Tribunal de Justiça em matéria de asilo.[116]

Finalmente, importa ainda referir que o *Tratado de Lisboa* fez também uma alteração ao *Protocolo relativo aos direito de asilo de nacionais dos Estados-membros da União Europeia*, acrescentando uma nova exceção à ideia de que cada Estado-membro será considerado seguro pelos restantes no que diz respeito aos pedidos em matéria de asilo, designadamente "se o Conselho tiver adotado uma decisão, nos termos do nº 1 do artigo 7º do *Tratado da União Europeia* [existência de um risco manifesto de violação grave dos valores da União por parte de um Estado-membro], relativamente ao Estado-membro de que o requerente é nacional, ou se o Conselho Europeu tiver adotado uma decisão nos termos do nº 2 do artigo 7º do referido *Tratado*, relativamente ao Estado-membro de que o requerente é nacional."[117] O *Tratado* veio introduzir ainda a possibilidade de o Conselho Europeu decidir sobre o processo previsto no nº 1 do artigo 7º do *TFUE* quando de tal houver necessidade.[118]

Assim, o *Tratado de Lisboa* constituiu uma importante contribuição no que ao asilo diz respeito, ao ter instituído um sistema comum nesta matéria. É verdade que a existência de uma política comum, ao invés de uma política uniforme, pode não ter sido

116 *Cfr*. *"Política de asilo"*, *in* http://www.europarl.europa.eu/atyourservice/pt/displayFtu.html?ftuId=FTU_5.12.2.html, consultado a 05/05/2016.

117 *Cfr*. Alínea c) do Artigo Único do Protocolo relativo ao direito de asilo de nacionais dos Estados-membros da União Europeia.

118 *Cfr*. Alínea b) do Artigo Único do Protocolo relativo ao direito de asilo de nacionais dos Estados-membros da União Europeia.

a melhor opção por parte da União Europeia, como explicaremos mais adiante, mas não podemos deixar de considerar que a introdução destas alterações denota um esforço e uma preocupação acrescida por parte dos Estados-membros em tomar medidas concretas sobre esta matéria. Por outro lado, apesar de se ter previsto no artigo 78º, nº 2, alíneas a) e b) *TFUE* na versão dada pelo *Tratado de Lisboa*, a criação de um estatuto uniforme de asilo para os nacionais de países terceiros e de um estatuto uniforme de proteção subsidiária para os nacionais de países terceiros que careçam de proteção internacional, a realidade é que tais estatutos nunca chegaram, infelizmente, a tomar forma.

## 4.7. A adoção de uma Política Comum de Asilo na União Europeia

Durante vários anos, os Estados-membros atrasaram e dificultaram as deliberações de propostas de ação comum em matéria de asilo.[119] No entanto, o objetivo do Conselho Europeu era incentivar os Estados-membros a criarem uma política comum, o que só foi possível com o reconhecimento por parte dos Estados de que as diferentes políticas de imigração e de asilo são cada vez mais interdependentes.

Ora, é o *Plano de Ação de Viena* (1998), onde se acordou uma ação de implementação das disposições do *Tratado de Amesterdão*, que tem orientado o desenvolvimento do sistema europeu comum de asilo, designadamente as ideias de instauração de um espaço judicial europeu, de definição de uma estratégia global

119 Como refere TERESA CIERCO, "esta foi uma tendência marcadamente eurocentrista ou europroteccionista, em que se assistiu ao endurecimento da legislação a este respeito. Vários organismos, como a Assembleia Parlamentar do Conselho da Europa e o Comité *ad hoc* sobre Asilo Territorial e os Refugiados (CAHAR), denunciaram várias vezes a aplicação restrita das disposições da *CRER* e as graves consequências desta prática para os refugiados. A questão do asilo foi ainda confundida com a da imigração e sofreu as consequências das restrições impostas a esta última." (*Cfr.* CIERCO: *A Instituição de Asilo na União Europeia*, *ob. cit.,* p. 131).

relativa aos fenómenos migratórios e de uma política de asilo e de acolhimento uniforme. [120]

Mas foi com o *Acordo de Tampere*, em 1999, que "o Conselho Europeu reiterou a importância que a União e os Estados-Membros atribuem ao respeito absoluto do direito de requerer asilo. Acordou em trabalhar no sentido da criação de um sistema comum europeu de asilo, baseado numa aplicação integral e abrangente da *CRER*, assegurando deste modo que ninguém será reenviado para o país onde é perseguido, ou seja, mantendo o princípio da não recusa de entrada."[121]

É então desde 1999 que a União Europeia tem vindo a trabalhar mais concretamente para criar um Sistema Europeu Comum de Asilo (SECA) e melhorar o enquadramento legislativo em vigor, adotando novas normas em matéria de asilo, que estabelecem padrões comuns exigentes e aprofundam a cooperação, a fim de garantir que os requerentes de asilo são tratados da mesma forma no âmbito de um sistema aberto e justo qualquer que seja o país onde solicitam asilo.[122]

Assim, no que toca à implementação de uma política comum em matéria de asilo foram identificados os seguintes pilares: o reforço de parcerias com os países de origem e de trânsito, a criação

120 Sobre esta questão NATÁLIA COUTINHO PONTES esclarece que "os Estados-membros da UE decidiram estabelecer um Sistema Europeu Comum de Asilo (SECA), que se baseia no cumprimento total da *Convenção sobre o Estatuto dos Refugiados de 1951*, sendo supervisionado e apoiado pelo ACNUR. Na primeira fase, tentou-se estabelecer um padrão em toda a UE em relação aos aspetos básicos do processo de concessão desse tipo de proteção para, inicialmente, suprimir qualquer diferença que pudesse haver entre os sistemas nacionais de asilo. […] No que se refere às conquistas políticas em matéria de asilo, a primeira fase do SECA foi marcada pela reformulação do "pacote de asilo" e adoção de um grande número de instrumentos legislativos." (*Cfr.* PONTES: "Mecanismos da Política Migratória da União Europeia…", *ob. cit*., p. 124).

121 *Cfr.* Ponto 13, do Título II, das *Conclusões da Presidência do Conselho Europeu de Tampere de 15 e 16 de outubro de 1999*.

122 *Cfr*. União Europeia, *Sistema Europeu Comum de Asilo*, Luxemburgo: Serviço das Publicações da União Europeia, 2014, p. 5.

de um procedimento de asilo comum e estatuto único, uma política de integração mais ativa, o que veio a conseguir-se através do Fundo Europeu para os Refugiados (FER)[123], uma política de regresso e de readmissão, um espaço europeu de justiça, o reforço da cooperação na luta contra a criminalidade e uma ação externa mais determinada na área da JAI.[124]

Pretendia-se, portanto, a criação de um sistema comum a todos os Estados-membros que regulasse qual o Estado responsável pela análise dos pedidos de asilo, condições mínimas comuns de acolhimento dos requerentes de asilo e uma aproximação das normas em matéria de reconhecimento e de conteúdo do estatuto de refugiado, culminando-se, enfim, na aplicação de um estatuto uniforme em toda a União.[125]

Ora, importa destacar no âmbito da atuação legal da União Europeia no sentido de harmonização das políticas de asilo, entre outras, a Diretiva 2011/55/CE, que tem como objetivo assegurar a proteção de requerentes de asilo de estados terceiros que procurem a proteção temporariamente; a Diretiva 2003/9/CE de 27 de janeiro, que estabelece normas mínimas em matéria de acolhi-

123 "O Fundo Europeu para os Refugiados visa apoiar financeiramente os esforço dos Estados-membros no desenvolvimento da política comum de asilo, promovendo uma partilha equitativa das respetivas responsabilidades, ao acolherem refugiados e pessoas em busca de proteção internacional e suportando as consequências desse acolhimento." (*Cfr.* "*Fundo Europeu para os Refugiados III*", *in* http://fundoscomunitarios.mai-gov.info/home/programa-quadro-solidariedade-e-gestao-de-fluxos-migratorios/fundo-europeu-para-os-refugiados/, consultado a 11/05/2016).

124 *Cfr.* CIERCO: *A Instituição de Asilo na União Europeia*, *ob. cit.,* p. 138.

125 Quanto a esta temática, KARI HÃKÃMIES refere que "segundo as *Conclusões de Tampere*, o Sistema Comum Europeu de Asilo [deveria] incluir: a determinação inequívoca e viável do Estado responsável pela apreciação do pedido de asilo, normas comuns aplicáveis a um procedimento de asilo justo e eficaz, bem como condições mínimas de receção dos requerentes de asilo, uma gestão mais eficiente dos fluxos migratórios em todas as suas fases (…), a adoção de legislação que preveja severas sanções contra o tráfico de seres humanos, uma mais estreita cooperação entre os serviços de controlo fronteiriço dos atuais Estados membros e os dos Estados candidatos à adesão à UE e a celebração de acordos de readmissão tendo em vista o retorno de pessoas que entraram no país ilegalmente." (*Cfr.* HÃKÃMIES, KARI: "Sessão de Abertura", *ob. cit.*, p. 17).

mento dos requerentes de asilo nos Estados-Membros; a Diretiva 2004/83/CE de 29 de abril, que estabeleceu a proteção jurídica a apátridas[126]; a Diretiva 2004/89/CE de 29 de abril, que estabelece normas mínimas relativas às condições a preencher por nacionais de países terceiros ou apátridas para poderem beneficiar do estatuto de refugiado ou de pessoa que, por outros motivos, necessite de proteção internacional; e a Diretiva 2005/85/CE de 1 de dezembro, referente a normas mínimas aplicáveis ao procedimento de concessão e retirada do estatuto de refugiado nos Estados-membros.[127] Esta última diretiva reveste-se de grande importância na definição da política europeia comum de asilo, porque define os princípios de base e as garantias fundamentais que caraterizam os procedimentos de análise dos pedidos de asilo no espaço da União, e os requisitos mínimos aplicados ao processo de decisão.[128]

O Programa de Haia fixou para 2010 o prazo de implementação da segunda fase do regime de asilo europeu. Com vista à publicação de um plano de ação nesta matéria, a Comissão elaborou em junho de 2007 um Livro Verde, no qual reuniu um conjunto de medidas que considerava necessárias para a criação do SECA: o tratamento que é dado aos pedidos de asilo, as condições de acolhimento dos requerentes de asilo, a concessão de proteção, a resposta adequada a situações de vulnerabilidade, a integração,

126 Como refere NÁTALIA COUTINHO PONTES, "de acordo com a Diretiva 2004/83/CE do Conselho, de 29 de abril de 2004, os Estados-membros da UE devem conceder diversos direitos aos refugiados, sendo eles: o direito de não repulsão (*non-refoulement*), o direito de informação em um idioma em que eles compreendam, o direito a uma autorização de residência com validade de no mínimo três anos, o direito de livre circulação dentro do país que lhe concedeu o asilo e o de viajar para fora desse país, o direito de trabalhar recebendo um salário ou de forma independente, o direito à educação aos menores e a cursos de formação para adultos, o direito à assistência médica, inclusive a especializada para atender vítimas de traumas e violência, o direito a um alojamento em condições adequadas, e o direito ao acesso de programas e projetos que visem facilitar a integração do refugiado na nova sociedade ou o regresso voluntário a seu país de origem." (*Cfr.* PONTES: "Mecanismos da Política Migratória da União Europeia…", *ob. cit*., pp. 132-133).

127 *Cfr.* PINTO: *Direito de Asilo na União Europeia*, *ob. cit*., p. 2.

128 *Cfr.* CIERCO: *A Instituição de Asilo na União Europeia*, *ob. cit.,* pp. 147-148.

a cooperação prática, a partilha das responsabilidades e solidariedade financeira e a dimensão externa do asilo.[129]

É também de destacar a Comunicação da Comissão, de junho de 2008, onde se define um plano de ação em matéria de asilo que tem como base uma tripla estratégia centrada na harmonização das normas de proteção, da cooperação prática e da solidariedade. Nesta comunicação, a Comissão alertou ainda para o reforço da cooperação prática entre os Estados ao mesmo tempo que procedem à harmonização da legislação.[130]

Ainda em 2008, foi aprovado em Bruxelas o "Pacto Europeu sobre Imigração e Asilo", não vinculativo juridicamente, cujo texto se articula em torno de cinco pontos básicos: organizar a imigração ilegal segundo as necessidades e a capacidade de acolhimento, combater a imigração ilegal e expulsar quem estiver em situação irregular, fortalecer o controlo fronteiriço, aumentar a cooperação com os países de origem e melhorar o sistema de asilo.[131]

129 Sobre esta temática desenvolve TERESA CIERCO: "As suas recomendações incidem essencialmente numa melhoria das medidas de proteção jurídica aquando da apresentação de um pedido de asilo na fronteira, numa maior harmonização de normas nacionais em domínios não cobertos pelas disposições da primeira fase ou cobertos de forma deficiente, em especial, a qualidade do processo de decisão, a avaliação dos documentos justificativos apresentados pelos requerentes de asilo e os procedimentos de recurso. (…) Quanto ao possível modelo de um "estatuto uniforme", a Comissão recomendou uma maior harmonização dos critérios de elegibilidade, uma clarificação das noções utilizadas para definir os motivos de proteção, uma aproximação dos direitos e vantagens associados à proteção concedida, nomeadamente, os que dizem respeito à autorização de residência, à segurança social e aos cuidados de saúde, à educação e ao emprego." (*Ibidem,* pp. 149-150).

130 "O Programa de Ação [em matéria de asilo] propõe melhorar a definição das normas de proteção a nível da UE a fim de atingir os ambiciosos objetivos fixados no Programa de Haia, através da alteração dos instrumentos jurídicos existentes. Simultaneamente, reconhece que uma convergência jurídica deve ser acompanhada de mecanismos de cooperação prática adequados (intercâmbio de informações sobre as melhores práticas, formação comum, etc.) para obter uma convergência entre as decisões em matéria de asilo e, por conseguinte, uma proteção igual em toda a UE." (*Cfr. "Desenvolver a política comum de imigração e de asilo para a Europa", in* http://carloscoelho.eu/ed/files/IP-08-948_PT-%20Imigrao%20e%20asilo.pdf, consultado a 12/05/2016).

131 "[O Pacto] prevê quatro ações: a criação de um gabinete de apoio ao asilo, o estabelecimento de um único sistema de asilo até 2012 com princípios comuns sobre a proteção de refugiados e a proteção subsidiária, a implementação de procedimentos para lidar com fluxos maciços de requerentes de asilo, e o reforço da cooperação, quer com o ACNUR para os programas de

Por outro lado, também o Programa de Estocolmo, em 2009, reconheceu a importância da criação do SECA, definindo, assim, as prioridades da UE em termos de legislação e política de asilo e proteção internacional para o período de 2010 a 2014. Visava-se acabar com as disparidades dos sistemas nacionais de asilo e com as diferenças entre as taxas de reconhecimento de refugiados e melhorar a qualidade e consistência dos procedimentos de asilo.[132]

Desta forma, o Programa previa que "ao proporcionar um processo comum de asilo para os países da UE e um estatuto uniforme para aqueles aos quais foi concedida proteção internacional, o SECA [criasse] um espaço de proteção e solidariedade dentro da UE."[133 | 134]

Entretanto, em 2011 foi aprovada a Diretiva 2011/95/UE que estabelece normas relativas aos requisitos para o reconhecimento de nacionais dos países terceiros ou apátridas para poderem beneficiar de proteção internacional, a um estatuto uniforme para os refugiados ou para as pessoas com direito a proteção subsidiária e ao conteúdo da proteção concedida. [135]

---

reinstalação da UE, quer com países terceiros para o reforço da sua capacidade de proteção." (*Cfr.* CIERCO: *A Instituição de Asilo na União Europeia*, *ob. cit.,* p. 154).

132 *Ibidem,* p. 154-155.

133 *Cfr*. *"Programa de Estocolmo – Uma Europa aberta e segura que sirva e proteja os cidadãos [Jornal Oficial C115 de 4.5.2010]", in* http://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/?uri=uriserv:jl0034, consultado a 21/09/2015.

134 Segundo NATÁLIA COUTINHO PONTES, "esta política deve abordar as necessidades tanto dos países da UE como dos migrantes e levar em consideração as necessidades do mercado de trabalho dos países da UE, reduzindo ao mesmo tempo a fuga de cérebros de países não pertencentes à UE. Além disso, uma política comum da migração deve incluir uma política eficaz e sustentável de regresso, sendo necessário prosseguir o trabalho de prevenção, controle e combate da imigração ilegal." (*Cfr*. PONTES: "Mecanismos da Política Migratória da União Europeia…", *ob. cit.,* p. 129).

135 "A Diretiva 2011/95/CE revogou a Diretiva 2004/83/CE, ao ampliar as normas de proteção e a "[…] assegurar, por um lado, que os Estados-Membros apliquem critérios comuns de identificação das pessoas que tenham efetivamente necessidade de proteção internacional e, por outro, que exista em todos os Estados-Membros um mínimo de benefícios à disposição das pessoas."" (*Cfr.* GOMES: "A decisão do Tribunal de Justiça da União Europeia…", *ob. cit*., p. 107).

No entanto, apesar dos diversos esforços por parte da União Europeia em harmonizar as políticas de asilo, a verdade é que, até agora, não se alcançaram resultados muito promissores, o que se deve maioritariamente a dois fatores distintos: por um lado, as normas que foram implementadas não tinham caráter vinculativo; por outro, as exigências por parte dos Estados para que a adoção destas normas não impliquem modificações significativas da sua soberania impedem que as mesmas possam vigorar plenamente. Para além disso, as Convenções consagradas concediam a vontade de desvinculação em determinados aspetos.[136]

Foi então numa tentativa de colmatar estas lacunas que o SECA foi aprovado pelo Parlamento Europeu em junho de 2013, visando lidar de maneira uniforme com todos os aspetos relacionados com os procedimentos de concessão de asilo a indivíduos de países terceiros que buscam proteção na UE. Para o sistema comum de asilo, o objetivo é criar uma política compreensiva que esteja na base da solidariedade e da responsabilidade entre os Estados, a elaboração de normas para que a migração se torne num processo de cooperação e a evolução de políticas que permitam a diminuição da imigração irregular.

## 5. Em busca de uma nova (e melhor) política europeia de asilo

A União Europeia tem estado indubitavelmente à frente do resto do Mundo no que toca ao desenvolvimento em matéria de direito dos refugiados, designadamente através da promoção de vários esforços no sentido de melhorar cada vez mais os instrumentos e as políticas que regem o instituto de asilo no seio da Comunidade.

Um dos mecanismos criados para uma melhor execução do SECA foi o Gabinete Europeu de Apoio em Matéria de Asilo (GE-

136 *Cfr*. GONÇALVES: *Políticas de Asilo na União Europeia*, *ob. cit*., p. 36.

AMA) que "tem como funções o recolhimento de informações relativas aos países de origem dos requerentes de asilo, a análise dessas informações e a elaboração de relatórios sobre a situação corrente dos países de origem, apoiando também as realocações dos indivíduos aos quais foram concedidos os asilos dentro do espaço da União Europeia. […] O Gabinete também é responsável por auxiliar os países que […] têm [os] seus sistemas de asilo sobrecarregados pela chegada de grandes fluxos de migrantes e de requerentes de asilo oriundos de países não membros e que necessitam de proteção internacional."[137 | 138]

Este Gabinete foi desenvolvido em 2010 e é o elo de ligação entre as instituições sobre os refugiados, a Comissão Europeia e o ACNUR, tendo intervindo no SECA com o objetivo de conciliar as novas normas de proteção internacional com aquelas já existentes, já que a Comunidade Europeia tinha atingido níveis tão díspares entre os Estados-membros que era necessário estabelecer medidas que não tornassem as políticas tão desiguais. [139]

137 *Cfr*. PONTES: "Mecanismos da Política Migratória da União Europeia…", p. 128.

138 "O objetivo do GEAMA é facilitar, coordenar e reforçar a cooperação prática entre os Estados-membros em relação aos muitos aspetos do asilo. O GEAMA presta: 1) apoio prático e técnico aos Estados-membros; 2) apoio operacional aos Estados-membros com necessidades específicas e aos Estados-membros cujos sistemas de asilo e acolhimento estão sujeitos a pressões excecionais, incluindo a coordenação de equipas de apoio no domínio do asilo (EAA) constituídas por peritos nacionais na matéria; 3) contributos com base em dados rigorosos para a formulação de políticas e a adoção de legislação da União Europeia em todos os domínios com impacto direto ou indireto no asilo." (*Cfr. "Gabinete Europeu em Matéria de Asilo", in* https://GEAMA.europa.eu/, consultado a 18/05/2016).

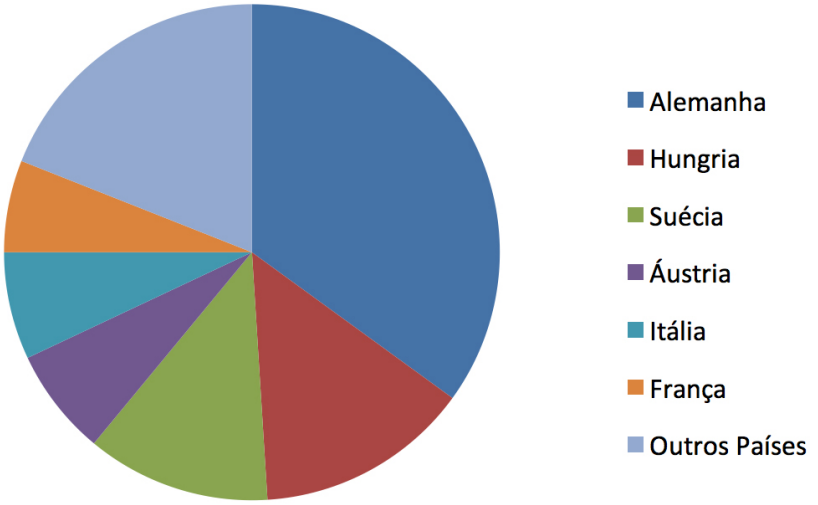
139 "O GEAMA contribui para a aplicação do SECA tanto no interior como no exterior da União. No que se refere aos aspetos internos do SECA, a contribuição do GEAMA consiste, sobretudo, em: reunir informações sobre o tratamento dos pedidos de proteção internacional nos Estados-Membros e as legislações nacionais em matéria de asilo; e elaborar angularmente um relatório sobre a situação do asilo na União e preparar, se necessário, documentos técnicos sobre a aplicação dos instrumentos da UE em matéria de asilo. No que se refere aos aspetos externos do SECA, o GEAMA é especialmente responsável por: coordenar o intercâmbio de informações e as ações adotadas pelos Estados-Membros em matéria de recolocação de refugiados provenientes de países terceiros; cooperar com países terceiros com vista à promoção e assistência ao reforço das capacidades dos seus próprios sistemas de asilo e acolhimento e à execução de programas de proteção regional." (*Ibidem)*.

Por outro lado, o *Regulamento Dublin* permitiu estabelecer qual o Estado-membro da UE responsável pela análise de um pedido de asilo. As regras visam assegurar um acesso rápido ao procedimento de asilo e a análise de um pedido por um Estado-membro claramente determinado, a fim de ser assegurado o pleno respeito pelo direito de asilo.[140]

No entanto, é preciso ter em conta que o atual *Regulamento de Dublin* não foi projetado para situações de chegadas não controladas em grande escala e não assegura uma partilha sustentável e equitativa das responsabilidades dos requerentes de asilo em toda a União, o que gera situações em que um número limitado de Estados lida com a maior parte dos pedidos de asilo, colocando as capacidades dos seus sistemas de asilo sob tensão e atrasando o processamento destes pedidos.[141] De facto, no ano de 2015, em que houve um aumento significativo dos pedidos de asilo, verificou-se uma grande discrepância no número de refugiados que cada Estado-membro recebeu no seu território, sendo que a Alemanha registou um contingente muito superior aos restantes países.

140 Tal como já exposto na presente dissertação, "o princípio fundamental do sistema atual é que a responsabilidade pela análise de um pedido de asilo é entregue, em primeiro lugar, ao Estado-membro que mais contribuiu para a entrada do requerente na União Europeia. Na maioria dos casos, isto significa que é o Estado-membro da primeira entrada. Também pode ser um Estado-membro que tenha emitido um visto ou uma autorização de residência para nacionais de países terceiros que então decidem ficar e pedir asilo quando esta autorização expira. A unidade familiar e a proteção de menores desacompanhados são os critérios que levam à derrogação destas regras." (*Cfr. "Questions & Answers: Reforming the Common European Asylum System", in* http://europa.eu/rapid/press-release_MEMO-16-1621_en.htm, consultado a 18/05/2016).

141 Tal como referem FLORA GOUDAPPEL e HELENA RAULUS, "the Dublin system of allocating responsability to a single Member State has created pressures in particular for the Southern Member States. In most cases, Dublin gives the responsibility for the Member State which border a person first crossed when entering into the Union. Most irregular arrivals come from Africa or Middle-East and they cross the Union borders from South: Greece, Malta or Italy. As a consequence, the asylum systems in these Member States have become overwhelmed and the Member States cannot deal with the number of arriving migrants, including asylum seekers." (*Cfr*. GOUDAPPEL, Flora A. N. J. & RAULUS, Helena S.: "Introduction", *The Future of Asylum in the European Union? Proposals, Problems and Interaction with International Human Rights*, T.M.C. Asser Press, 2011, pp. 8-9).




Pedidos de asilo recebidos por país no ano de 2015 (Fonte: Expresso)

Para além disso, desde 2010/2011 que os Estados-membros não estão a ser capazes de levar a cabo as transferências ao abrigo do *Regulamento Dublin* para a Grécia, por exemplo, devido a deficiências sistémicas suscitadas pelo Tribunal Europeu dos Direitos do Homem e pelo Tribunal de Justiça da União Europeia.[142]

Por sua vez, o Eurodac é uma base de dados de correspondências biométricas, usado para fornecer provas das impressões digitais dos requerentes de asilo no sentido de ajudar a determinar qual o Estado-membro responsável pela análise de um pedido de asilo apresentado na UE. Recentemente, o âmbito do novo Regulamento Eurodac foi estendido para incluir a possibilidade de os Estados-membros armazenarem e consultarem dados de nacionais de países terceiros ou apátridas que não são requeren-

142 *Cfr. Comunicado de Imprensa, Aplicação da Agenda Europeia da Migração: progressos realizados nas ações prioritárias*, Edição da Representação da Comissão Europeia em Portugal, 10 de fevereiro de 2016.

tes de proteção internacional e que se encontrem em situação irregular na UE, a fim de que possam ser identificados para efeitos de regresso e de readmissão.[143] | [144] | [145]

O Sistema de Informação Schengen é também uma "base de dados comum aos países que integram o Espaço Schengen e que possibilita às autoridades nacionais responsáveis pelo controlo de fronteiras, pela imigração, pela aplicação da lei e pela emissão de vistos desses Estados, o acesso a informações sobre pessoas (não autorizadas a entrar e/ou permanecer no espaço Schengen, a deter, desaparecidas, notificadas para comparecer perante uma autoridade judiciária ou a submeter a controlos discretos ou específicos, entre outras) e objetos (documentos em branco ou já emitidos, veículos e chapas de matrícula, armas, notas de banco, entre outros)."[146]

Por outro lado, a Agência Europeia de Gestão da Cooperação Operacional nas Fronteiras Externas dos Estados-membros da União Europeia (Agência Frontex) "coordena a cooperação operacional entre os Estados-membros no domínio das fronteiras externas;

143 *Cfr. "Questions & Answers: Reforming the Common European Asylum System" in,* http://europa.eu/rapid/press-release_MEMO-16-1621_en.htm, consultado a 18/05/2016.

144 "No pleno respeito das normas sobre a proteção de dados, permitirá igualmente que os Estados-membros armazenem mais dados pessoais do Eurodac designadamente nomes, data de nascimento, nacionalidade, especificidades sobre a identidade ou documentos de viagem, e imagens faciais das pessoas. O aumento das informações neste sistema permitirá às autoridades da imigração e asilo identificarem facilmente um nacional de país terceiro em situação irregular ou requerente de asilo sem terem de solicitar informações de outro Estado-membro separadamente, como sucede atualmente." (*Cfr. Comunicado de Imprensa, Rumo a um sistema europeu comum de asilo sustentável e equitativo*, Edição da Representação da Comissão Europeia em Portugal, Lisboa, 4 de maio de 2016).

145 Como refere MÁRCIA PATRÍCIA PEREIRA GONÇALVES, "este instrumento [tornou-se] uma ferramenta valiosa, no sentido em que cada imigrante que entra pela primeira vez no espaço comunitário fica "registado" na base de dados do EURODAC, que está ligado a outras redes de base de dados relacionadas com crime, asilo, tráfico, entre outros. É um mecanismo para prevenir a entrada quer de imigrantes ilegais, ou de falsos refugiados, ou mesmo registar estes refugiados para que sejam reconhecidos como tal." (*Cfr.* GONÇALVES: *Políticas de Asilo na União Europeia*, *ob. cit*., p. 70).

146 *Cfr. "Sistema de Informação Schengen de Segunda Geração (SIS II)", in* http://www.sef.pt/portal/v10/PT/aspx/apoioCliente/detalheApoio.aspx?fromIndex=0&id_Linha=6339, consultado a 19/05/2016).

apoia os Estados-membros na formação de guardas de fronteiras nacionais, incluindo a definição de normas de formação comuns; realiza análises de risco; acompanha a evolução da investigação relevante em matéria de controlo e vigilância das fronteiras externas; apoia os Estados-membros em circunstâncias que exijam assistência operacional e técnica reforçada nas fronteiras externas; e faculta aos Estados-membros o apoio necessário no âmbito da organização de operações conjuntas de regresso."[147]

No que refere à Rede Europeia de Migrações (REM), tem como principal objetivo a recolha, análise e prestação de informação objetiva, fiável e comparável no domínio da imigração e asilo, tendo em vista o apoio à elaboração de políticas europeias de imigração e asilo.[148]

Finalmente, a Agência dos Direitos Fundamentais (ADF) da União Europeia presta serviços de aconselhamento fundamentado e independente aos responsáveis políticos nacionais e da UE, contribuindo assim para alimentar o debate, as políticas, a legislação em matéria de direitos fundamentais e torná-los mais eficazes.[149]

147 Criada pelo Regulamento (CE) nº 2007/2004 do Conselho, de 26 de outubro, a Agência Frontex "tem ligações com outros parceiros comunitários da UE responsáveis pela segurança das fronteiras externas, designadamente a Europol, a Cepol e a Olaf, bem como pela cooperação no domínio aduaneiro e dos controlos fitossanitários e veterinários a fim de promover coerência global nesta matéria." (*Cfr. "Agência Europeia de Gestão da Cooperação Operacional nas Fronteiras Externas", in* http://europa.eu/about-eu/agencies/regulatory_agencies_bodies/policy_agencies/frontex/index_pt.htm, consultado a 19/05/2016).

148 Criada pela Decisão do Conselho 2008/31/CE, "a REM é composta por Pontos de Contato Nacionais (PCN), que representam os Estados-membros da União Europeia, e pela Comissão Europeia, a quem cabe a coordenação dos trabalhos e a salvaguarda das prioridades políticas da União na área da imigração e asilo. Entre outras funções, cabe ao PCN promover uma Rede Nacional de Migrações, no respetivo Estado-membro, composta por entidades ou pessoas com intervenção relevante no domínio da imigração e asilo. O Serviço de Estrangeiros e Fronteiras constitui o Ponto de Contato Nacional Português para a Rede Europeia das Migrações." (*Cfr. "Rede Europeia das Migrações", in* http://rem.sef.pt/, consultado a 19/05/2016).

149 A ADF "aconselha as instituições da UE e os governos nacionais sobre questões relacionadas com direitos fundamentais, em especial no que diz respeito a: discriminação, acesso à justiça, racismo e xenofobia, proteção de dados, direito das vítimas e direitos das crianças. A Agência visa melhorar a eficácia das ações de promoção e proteção dos direitos fundamentais da UE. Para isso, consulta, os seus parceiros e colabora em domínios como: a recolha e análise de

Podemos concluir, portanto, que a União Europeia, munida de todos estes mecanismos direcionados, direta ou indiretamente, para o asilo e a imigração – designadamente, o GEAMA, o *Regulamento Dublin*, o Eurodac, o SIS, a Agência Frontex, a REM e a ADF -, tem procurado fortalecer e melhorar toda a lógica de análise e processamento dos pedidos de asilo.

No entanto, a falta de equidade do atual sistema de asilo no seio da União Europeia – com um conjunto de Estados-membros colocados sob pressão desproporcional por ter de lidar com a maioria dos pedidos de asilo – cria um desincentivo para a plena aplicação das regras. Por outro lado, o atual conjunto de regras relativas à determinação da responsabilidade também pode levar a procedimentos complexos e morosos que, por sua vez, criam um desincentivo no cumprimento das regras por parte dos requerentes de asilo, uma vez que o sistema carece igualmente de disposições claras sobre as obrigações destes e de sanções em caso de incumprimento, nomeadamente no que respeita à recusa de fornecer as suas impressões digitais.[150] | [151]

informações no âmbito de trabalhos de investigação de cariz sociojurídico, a assistência e a consultoria especializada e as ações de divulgação e sensibilização." (*Cfr. "Agência dos Direitos Fundamentais da União Europeia (ADF)", in* http://europa.eu/about-eu/agencies/regulatory_agencies_bodies/policy_agencies/ADF/index_pt.htm, consultado a 19/05/2016).

150 A Comissão [apresentou no dia 4 de maio de 2016] propostas de reforma do sistema europeu comum de asilo introduzindo um sistema de repartição dos pedidos de asilo entre Estados-membros mais equitativo, mais eficiente e mais sustentável. O princípio fundamental mantém-se inalterado, ou seja, os requerentes de asilo devem solicitar asilo no primeiro país de entrada a não ser que tenham família noutro país, mas o novo mecanismo para a equidade garantirá que nenhum Estado-membro ficará sujeito a uma pressão excessiva sobre o seu sistema de asilo." (*Cfr. Comunicado de Imprensa, Rumo a um sistema europeu comum de asilo sustentável e equitativo*, Edição da Representação da Comissão Europeia em Portugal, Lisboa, 4 de maio de 2016).

151 Ainda assim, nos últimos tempos "houve progressos na taxa de recolha de impressões digitais que é uma componente essencial na gestão adequada do sistema de asilo. A proporção de migrantes cujas impressões digitais são incluídas na base de dados Eurodac aumentou na Grécia, passando de 8% em setembro de 2015 para 78% em janeiro de 2016, e na Itália de 36% para 87% no mesmo período." (*Cfr. Comunicado de Imprensa, Aplicação da Agenda Europeia da Migração: progressos realizados nas ações prioritárias*, Edição da Representação da Comissão Europeia em Portugal, 10 de fevereiro de 2016).

Foi neste sentido que, na sua comunicação de 6 de abril de 2016, a Comissão considerou a necessidade de assegurar uma maior convergência no sistema de asilo como um elemento fundamental para o melhoramento do SECA, fazendo, assim, uma proposta de criação de uma Agência para o Asilo da União Europeia. [152] Para garantir mais convergência e menos disparidades na avaliação dos pedidos de proteção internacional, a proposta da Comissão confere à Agência a tarefa de coordenar esforços entre os Estados-membros no desenvolvimento de orientação comum sobre a situação nos países terceiros de origem e de garantir a coordenação das redes sobre os países de origem, bem como a análise da revisão da lista de países terceiros considerados seguros pela UE. [153]

O objetivo é que todos os aspetos do SECA, incluindo taxas de reconhecimento, a qualidade e a natureza das condições de proteção e receção internacional sejam computorizados, de forma a assegurar que quaisquer deficiências no funcionamento do SECA sejam abordadas o mais cedo possível, assegurando-se uma gestão ordenada dos sistemas de asilo e acolhimento.

152 "Em 6 de abril de 2016, a Comissão Europeia publicou uma comunicação que lançou o processo de reforma do sistema europeu comum de asilo. A comunicação apresenta: várias opções relativas a um sistema equitativo e sustentável para a repartição dos requerentes de asilo entre os Estados-membros; uma maior harmonização dos procedimentos e das normas em matéria de asilo para criar condições homogéneas no conjunto da Europa e, assim, reduzir os fatores de atração tendo em vista diminuir os movimentos secundários irregulares; o reforço do mandato do Gabinete Europeu de Apoio em matéria de Asilo (GEAMA)." (*Cfr. Comunicado de Imprensa, Rumo a um sistema europeu comum de asilo sustentável e equitativo*, Edição da Representação da Comissão Europeia em Portugal, Lisboa, 4 de maio de 2016).

153 "Uma das principais novas tarefas da Agência será operar a chave de referência dos pedidos de proteção internacional no âmbito do novo sistema de Dublin e apoiar uma distribuição sustentável e justa dos pedidos de proteção internacional. A Agência também será encarregue de garantir uma maior convergência na avaliação dos pedidos de proteção internacional em toda a União, o reforço da cooperação prática e a troca de informações entre Estados-membros , bem como promover o direito da União e as normas operacionais sobre a monitorização do asilo em conformidade com o Sistema Europeu Comum de Asilo (…). A Agência irá desenvolver a sua própria capacidade para se tornar num centro de excelência em matéria de asilo, fornecendo assistência integral em situações de crise." (*Cfr. "Questions & Answers: Reforming the Common European Asylum System", in* http://europa.eu/rapid/press-release_MEMO-16-1621_en.htm, consultado a 18/05/2016).

Ainda no âmbito desta reforma, e no que toca aos mecanismos no seio da União Europeia cujo objeto é o asilo e a imigração, a Comissão pretende criar um mandato reforçado para o Gabinete, transformando-o numa agência de pleno direito, responsável por facilitar e melhorar o funcionamento do SECA.

A Comissão propõe ainda um sistema de Dublin mais transparente e mais eficiente, assegurando simultaneamente um mecanismo para gerir situações de pressão excessiva sobre os sistemas de asilo dos Estados-membros. O novo sistema permitirá assegurar a rápida determinação dos Estados-membros responsáveis pela análise dos pedidos de asilo e a proteção aos que dela necessitam, desincentivando os movimentos secundários.[154]

Ora, não há dúvida de que um dos aspetos que a atual crise dos refugiados nos revelou foi que o nosso sistema europeu de asilo deve mudar. É verdade que para melhorar a gestão da migração é necessário, tal como já está a ser previsto pela Comissão, uma melhor cooperação com os países terceiros, acabar com a introdução clandestina de migrantes e reinstalar os refugiados diretamente na UE. Também sabemos que é necessário tornar este sistema mais equitativo, fomentando a criação de normas comuns e uma partilha mais equitativa das responsabilidades, por forma a evitar as pressões excessivas colocadas sobre alguns Estados que são alvos de inúmeros pedidos de asilo. E, por isso, reconhecemos a importância e o esforço por parte da Comissão Europeia em melhorar e aperfeiçoar a política de asilo através da reforma que se propõe a alcançar.

154 "Os novos elementos incluem um sistema mais equitativo baseado na solidariedade: graças a um mecanismo de repartição corretor (o mecanismo de equidade). O novo sistema indicará automaticamente quando um país está a tratar um número desproporcionado de pedidos de asilo. (…) Se um país está a acolher um número desproporcionado de pessoas, muito superior a essa referência (150% acima do número de referência), todos os novos requerentes de asilo nesse país (independentemente da nacionalidade) serão recolocados no conjunto da UE, depois de uma verificação da admissibilidade dos pedidos apresentados, até que o número de pedidos volte a descer baixo desse nível. (…); um mecanismo que tem igualmente em conta os esforços de reinstalação (…); um sistema mais eficiente (…); desencorajar os abusos e os movimentos secundários (…); proteger os interesses dos requerentes de asilo. (*Cfr. Comunicado de Imprensa, Rumo a um sistema europeu comum de asilo sustentável e equitativo*, Edição da Representação da Comissão Europeia em Portugal, Lisboa, 4 de maio de 2016).

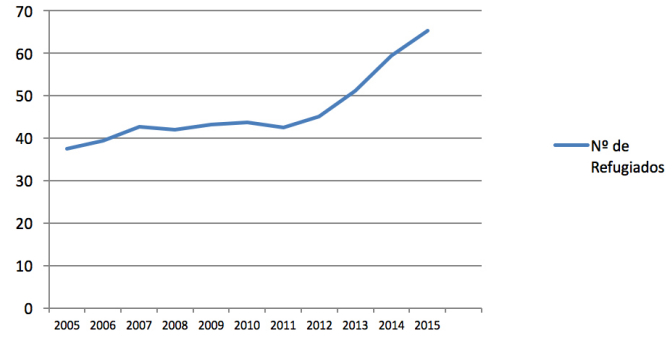
No entanto, não nos podemos esquecer que a reforma do sistema de Dublin, o reforço do Eurodac ou a transformação do Gabinete Europeu em Matéria de Asilo não contribuirão por si só para resolver o problema dos refugiados. A verdade é que enquanto os Estados-membros continuarem a aplicar diferentes critérios na apreciação dos diferentes pedidos de asilo, haverá sempre um tratamento diferenciado em relação aos seus requerentes e, consequentemente, haverá sempre uma grande disparidade no trato do direito de asilo numa União Europeia que se quer, tal como o seu nome indica, unida e paritária.

De facto, numa União Europeia em que as questões económicas, financeiras, sociais ou ambientais são alvo de um tratamento uniforme entre todos os Estados que dela fazem parte, não se compreende – e até se considera inadmissível – como é que a questão do asilo ainda não foi uniformizada no seu seio, uma vez que tem repercussões no direito à vida, à integridade física, à habitação, à família, à propriedade, entre outros direitos indispensáveis aos cidadãos.

Estamos perante a crise de refugiados mais grave desde a Segunda Guerra Mundial, envolvendo em todo o mundo mais de 60 milhões de refugiados ou pessoas deslocadas internamente[155], o que, naturalmente, exige um reforço radical do sistema de migração da UE e uma resposta europeia altamente coordenada no sentido daquilo que a Comissão Europeia tem tentado fazer nos últimos meses por forma a dar aos Estados-membros as ferramentas necessárias para gerir melhor o elevado número de chegadas.[156]

155 "Embora uma redução dos fluxos seja altamente desejável tendo em conta a sobrecarga frequente para as autoridades nacionais e locais, não deve haver ilusões quanto ao facto de que a crise dos refugiados só terminará quando as suas causas profundas – instabilidade, guerra e terror na vizinhança imediata da Europa, nomeadamente a continuação da guerra e as atrocidades na Síria – forem atacadas de forma definitiva." (*Cfr. Comunicado de Imprensa, Aplicação da Agenda Europeia da Migração: progressos realizados nas ações prioritárias*, Edição da Representação da Comissão Europeia em Portugal, 10 de fevereiro de 2016).

156 "Desde triplicar a presença no mar, passando por um novo sistema de solidariedade de emergência para recolocar os requerentes de asilo provenientes dos países mais afetados, por




Crescimento do número de Refugiados (em milhões) no Mundo ao longo dos anos (Fonte: ACNUR)

No entanto, ainda que tenham sido estabelecidas estruturas de asilo mais adequadas, tais como o serviço de asilo e o primeiro acolhimento, ainda existem áreas fundamentais no processo de asilo que têm de ser melhoradas antes do *Regulamento Dublin* poder ser de novo integralmente aplicado, quer na Grécia, quer nos outros países europeus, nomeadamente nas áreas da capacidade e condições de acolhimento, acesso ao procedimento de asilo, recursos e assistência jurídica.

Por outro lado, a gestão de fronteiras externas da UE não tem sido feita da melhor maneira.[157] Nos últimos meses, os controlos fron-

uma mobilização sem precedentes do orçamento da UE de mais de 10 mil milhões de euros para fazer face à crise dos refugiados e assistir os países mais afetados, pela criação de um novo quadro de coordenação e de cooperação para os países dos Balcãs Ocidentais, pelo início de uma nova parceria com a Turquia, até uma proposta ambiciosa para uma nova Guarda Costeira e de Fronteiras Europeia, a União Europeia reforçou a política europeia de asilo e de migração para fazer face aos novos desafios." (*Ibidem)*.

157 "The basic premise here is that the responsibility for controlling the external border is still a matter for the Member States. Although the Union has adopted new measures on external borders, and for example, FRONTEX has been established, the premise is still the same. Under the *TFEU* the Union competence is limited in this respect. The Union can develop common policies on border control mechanism or visas, as well as treatment of aliens who have

teiriços ao longo da rota dos Balcãs Ocidentais foram realizados de forma descoordenada, com estes países a tomarem medidas unilaterais, conduzindo ao aperto das fronteiras com efeitos repercutidos nos países a montante, o que demonstra mais uma vez que a União Europeia ainda não conseguiu dar uma resposta uniforme e coordenada no que ao asilo e à migração diz respeito.[158]

A verdade é que no seio da União Europeia somos confrontados com diferentes sensibilidades jurídicas quanto à interpretação do direito de asilo e aos critérios que permitem obter o estatuto de refugiado, tornando difícil a abordagem do problema no meio comunitário. No entanto, para que se possa consagrar a liberdade de circulação de pessoas como uma realidade em benefício dos cidadãos comunitários, cada um dos Estados carece da garantia de que nenhum outro oferecerá aos originários dos países terceiros mais facilidades do que os restantes. Assim, a liberdade de circulação no interior da União exige a definição de uma fronteira comum com procedimentos de controlo e admissão uniformizados e aceites por todos os Estados.[159]

Ora, como já foi referido, no âmbito do SECA, a UE adotou novas normas em matéria de asilo, a fim de garantir que os requerentes de asilo são tratados da mesma forma qualquer que seja o país

already crossed the borders, but there is no general competence to adopt common policies on controlling who can enter into the Union." (*Cfr*. GOUDAPPEL, Flora A.N. J. & RAULUS, Helena S: "Introduction", The Future of Asylum in the European Union? Proposals, Problems and Interaction with International Human Rights, T.M.C. Asser Press, 2011, p. 11).

158 "A fim de fazer face a esta tendência, é necessário que os países ao longo da rota acelerem o cumprimento dos compromissos assumidos na reunião dos dirigentes das Balcãs Ocidentais, garantam que as decisões tomadas são integralmente coordenadas e, se for caso disso, enquadradas pelo direito da União. Ainda mais importante, todos os Estados-membros têm que se comprometer a acabar com a abordagem de "passar a bola" relativamente àqueles que indicam interesse em requerer asilo noutro país. As pessoas que não estejam necessitadas de proteção devem ser rapidamente repatriadas no respeito integral pelos direitos fundamentais." (*Cfr. Comunicado de Imprensa, Aplicação da Agenda Europeia da Migração: progressos realizados nas ações prioritárias*, Edição da Representação da Comissão Europeia em Portugal, 10 de fevereiro de 2016).

159 *Cfr.* CIERCO: *A Instituição de Asilo na União Europeia*, *ob. cit.,* p. 130.

onde o solicitam. Para tal, adotou a Diretiva Procedimentos de Asilo, que visa garantir tomadas de decisões mais justas, mais céleres e de melhor qualidade; a Diretiva Condições de Acolhimento, que visa assegurar que existe em toda a União condições humanas e materiais para os requerentes de asilo e que os seus direitos fundamentais são plenamente respeitados; e a Diretiva Estatuto de Refugiado, que procura clarificar os motivos para a concessão de proteção internacional e, deste modo, contribuir para a coerência das decisões de asilo; para além dos já mencionados *Regulamento de Dublin* e Regulamento Eurodac.[160]

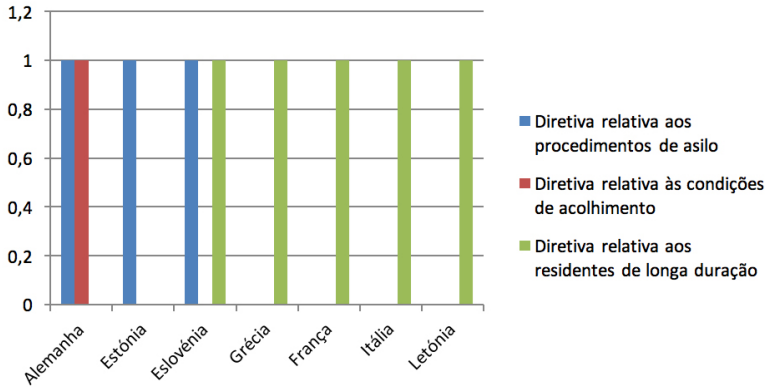
No entanto, não nos podemos esquecer que as diretivas da União Europeia, por definição, indicam meramente qual o resultado a atingir pelos Estados-membros, deixando à sua discricionariedade os meios para o atingir. Por isso, as diretivas não vinculam na totalidade os seus destinatários, até porque necessitam de ser transpostas para a legislação nacional de cada Estado-membro, ao contrário dos regulamentos que são auto-executivos e não requerem quaisquer medidas de execução.

Ora, isto quer dizer que apesar da existência de Diretivas no seio da UE com o objetivo de harmonizar os procedimentos de asilo em cada Estado-membro, a verdade é que continua a existir um tratamento diferenciado entre os requerentes de asilo dentro da Comunidade, o que, naturalmente, não se compreende, uma vez que um espaço com fronteiras abertas e onde existe livre circulação como a União Europeia necessita de uma abordagem uniforme do asilo.[161]

160 *Cfr*. União Europeia, *Sistema Europeu Comum de Asilo*, Luxemburgo: Serviço das Publicações da União Europeia, 2014, p. 5.

161 Como referem FLORA GOUDAPPEL e HELENA RAULUS, "all these [directives] are minimum harmonisation measures leaving a wide margin of flexibility for the Member States and there are many provisions where the Member States may choose to lower the standards of protection." (*Cfr*. GOUDAPPEL & RAULUS: "Introduction", *ob. cit.,* p. 5).

Por exemplo, a 10 de fevereiro de 2016, a Comissão Europeia emitiu pareceres em nove processos de infração contra alguns Estados-membros por não transposição do SECA e, designadamente, da Diretiva relativa aos procedimentos de asilo (que estabelece procedimentos comuns de concessão e retirada do estatuto de proteção internacional), da Diretiva relativa às condições de acolhimento (que aborda a questão do acesso a condições de acolhimento adequadas para os requerentes de asilo enquanto estes aguardam o exame dos seus pedidos) e da Diretiva relativa aos residentes de longa duração (que veio incluir os refugiados e os beneficiários de proteção subsidiária), designadamente contra a Alemanha (2 casos), a Estónia, a Eslovénia (2 casos), a Grécia, a França, a Itália e a Letónia.[162]




Diretivas violadas e número de Processos de Infração por Estado-membro (Fonte: UE)

162 *Cfr. Comunicado de Imprensa, Aplicação do Sistema Europeu Comum de Asilo: a Comissão toma medidas em relação a nove processos por infração*, Edição da Representação da Comissão Europeia em Portugal, 10 de fevereiro de 2016.

Estes nove casos dizem respeito à não transposição de diretivas que contribuiriam para uma maior convergência entre os sistemas nacionais de asilo, o que confirma a disparidade de tratamento existente dentro da UE.

Neste sentido, a redução e até a eliminação por completo das divergências entre sistemas é altamente importante para reduzir a circulação secundária entre os requerentes de asilo que, de outro modo, serão influenciados pelas diferentes regras de asilo nos diversos Estados-membros, o que, consequentemente, criará novamente o problema da repartição não igualitária e proporcional de refugiados por toda a Comunidade.

A verdade é que, no seio da União Europeia, encontramos duas posições distintas quanto ao instituto de asilo: uma mais restritiva[163], que tende a depreciar as políticas supranacionais, e uma contrária, que defende a adoção na totalidade da *CRER de 1951*, o que, consequentemente, vai repercutir-se nas tomadas de decisões (positivas ou negativas) de cada Estado em relação aos pedidos de asilo que recebem.

163 Sobre esta temática, ERIKA FELLER refere que "(…) surgiram duas tendências [no seio da União Europeia]. (…) A primeira tendência foi no sentido de cada vez mais aplicar a *Convenção de 1951* e o seu *Protocolo de 1967* em moldes excessivamente restritos, a par de uma vasta séria de obstáculos levantados pelos Estados para impedir o acesso legal e físico ao seu território. A segunda tendência foi a proliferação espantosa de regimes de proteção alternativos de duração mais curta, que, em comparação com os previstos na *Convenção de 1951*, conferem menos direitos." (*Cfr.* FELLER: "Primeira Sessão – Proteção Internacional, Novos Desafios", Em Direção a um Sistema Comum Europeu de Asilo, Conferência Europeia sobre asilo, Serviço de Estrangeiros e Fronteiras, 2000, pp. 40-41).

## Decisões positivas dos Estados-Membros da UE em relação aos pedidos de asilo em 2015

| | Nº Total | Estatuto de Refugiado | Proteção Subsidiária | Razões Humanitárias |
|---|---|---|---|---|
| União Europeia | 333350 | 246175 | 60680 | 26500 |
| Bélgica | 10900 | 9220 | 1675 | - |
| Bulgária | 5605 | 4705 | 895 | - |
| República Checa | 460 | 55 | 390 | 15 |
| Dinamarca | 10200 | 7815 | 2315 | 70 |
| Alemanha | 148215 | 142305 | 2230 | 3685 |
| Estónia | 80 | 20 | 55 | 0 |
| Irlanda | 710 | 335 | 375 | - |
| Grécia | 5875 | 5020 | 705 | 150 |
| Espanha | 1030 | 220 | 805 | 0 |
| França | 26015 | 20620 | 5395 | - |
| Croácia | 40 | 35 | 5 | - |
| Itália | 29630 | 3575 | 10280 | 15780 |
| Chipre | 1875 | 240 | 1630 | 0 |
| Letónia | 30 | 5 | 25 | - |
| Lituânia | 85 | 15 | 65 | 0 |
| Luxemburgo | 210 | 185 | 25 | - |
| Hungria | 545 | 170 | 370 | 5 |
| Malta | 1320 | 290 | 955 | 75 |
| Holanda | 17045 | 6915 | 9655 | 475 |
| Áustria | 17750 | 14330 | 2950 | - |
| Polónia | 695 | 360 | 195 | 135 |
| Portugal | 195 | 35 | 160 | - |
| Roménia | 525 | 250 | 275 | 0 |
| Eslovénia | 50 | 35 | 15 | - |
| Eslováquia | 80 | 5 | 40 | 35 |
| Finlândia | 1795 | 1110 | 510 | 175 |
| Suécia | 34470 | 13510 | 18460 | 2500 |
| Reino Unido | 17920 | 14785 | 210 | 2925 |

Fonte: Eurostat

No primeiro caso, os argumentos alegados são o medo de uma invasão migratória, os riscos de desemprego para os trabalhadores residentes, a perda da identidade nacional e o espetro do terrorismo. Contudo, a maioria dos países industrializados conta com uma população que envelhece e tende a diminuir, pelo que os fluxos migratórios provenientes de países em desenvolvimento, que tendem a ter excedente laboral e baixa produtividade, poderiam aumentar a produtividade mundial de mão-de-obra.[164]/[165]

Ainda assim, "hoje em dia, na opinião dos Estados, os custos [de receber refugiados] suplantam os benefícios. Os Estados que procuram limitar as opções de asilo alegam frequentemente que tais opções têm de ser limitadas atendendo aos encargos económicos associados à concessão de asilo, face a prioridades nacionais concorrentes em termos dos recursos também eles limitados. Preocupações com a segurança, tensões interestaduais, migração ilegal, agitação social e política e danos ambientais – todos eles aparecem como custos "negativos" no livro-diário do asilo."[166]

Para além disso, um outro problema que se coloca é o facto de haver um número cada vez maior de refugiados que vêm sem serem convidados, fazendo-o, por vezes, através de passadores, colocando, assim, o tráfico de seres humanos e a promoção da imigração ilegal como características agravantes do panorama da migração.[167]

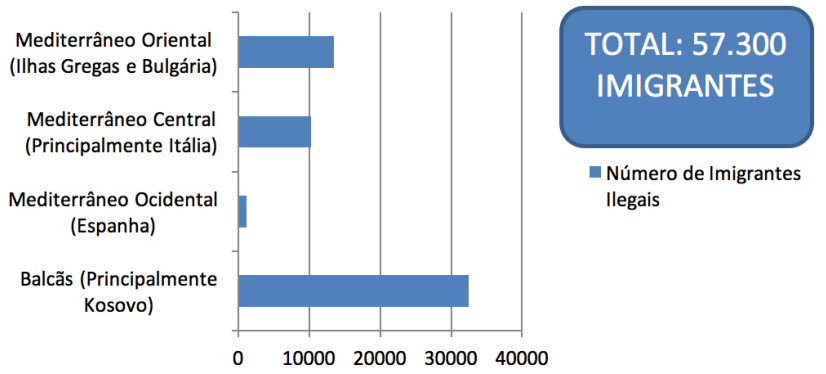
---

164 *Cfr.* MARINUCCI, Roberto & MILESI, Rosita: "Migrações internacionais contemporâneas", *Instituto Migrações e Direitos Humanos*, 2005, p. 6.

165 Em sentido contrário, OTTO SCHILY explica que "é um facto que a população europeia residente está a envelhecer e que o rácio chamado terceira idade, isto é, a relação entre a faixa etária dos 15 aos 64 anos e a população com idade superior a 65 anos irá provavelmente duplicar ou até mesmo triplicar. (…) É duvidoso, porém, que estes valores abstratos possam constituir a base de uma política. Logo à partida se coloca a questão de saber até que ponto uma imigração desta dimensão não tenderia a sobrecarregar o nosso mercado de trabalho, ou seja, se haveria postos de trabalho em número suficiente. (…) Isto significa que uma política de imigração ativa não pode, por si só, resolver os problemas de uma lacuna demográfica. Poderá, quanto muito, atenuar os seus efeitos na economia e no sistema de segurança social." (*Cfr.* SCHILY, Otto, "Primeira Sessão – Proteção Internacional, Novos Desafios", *Em direção a um Sistema Comum Europeu de Asilo*, Conferência europeia sobre asilo, Serviço de Estrangeiros e Fronteiras, 2000, p. 23).

166 *Cfr.* FELLER: "Primeira Sessão – Proteção Internacional, Novos Desafios"…, *ob. cit.*, p. 40.

167 FLORA GOUDAPPEL e HELENA RAULUS chamam a atenção para o seguinte: "There is a danger here that these type of return policies will mount to the socalled "push back" operations. There




Número de imigrantes ilegais por zona para o primeiro trimestre de 2015 (Fonte: Frontex)

Por conseguinte, conclui-se que o diferente tratamento que os Estados-membros oferecem aos requerentes de asilo também tem a sua causa no facto de estes assumirem diferentes posições quanto à adoção de uma política de asilo mais aberta e liberal no seio da UE. Isto vem assim reforçar a tese de que a UE tem que tomar uma posição definida e uniformizadora, aplicável de forma igualitária a todos os países membros, que, consequentemente, irá também ter repercussões positivas nos problemas que alguns Estados identificam e que os faz defender uma política restritiva de asilo.[168]

are precedents where the Member States of the Union have been summarily returning irregularly entering persons to states such as Turkey (from Greece) or Lybia (from Italy). The problem here is that in these cases it is not investigated by the authorities whether there are mixed with irregularly entering migrants also persons who valid claims for asylum, in other words, whether there is a so-called mixed flow." (*Cfr.* GOUDAPPEL & RAULUS: "Introduction", *ob. cit.,* p. 12).

168 Sobre esta temática, PATRICK WEIL defende que "há iniciativas que podem simultaneamente melhorar a proteção das vítimas de perseguição e dissuadir a imigração irregular. Assim, quanto mais rápida for a decisão, mais cedo será atribuído o estatuto e menor será o número de imigrantes irregulares atraídos pelo período de permanência que um longo processo de atribuição de asilo político concede. Um processo rápido, conduzido por juízes e administradores profissionais, harmonizado, talvez, ao nível europeu e condições de acolhimento e atribuição de direitos sociais também harmonizados ao nível europeu, são medidas prioritárias para proteção dos que merecem a nossa proteção e para dissuasão

A verdade é que o princípio geral na imigração é o de que um Estado é soberano para decidir quem pode entrar e permanecer no seu território. No entanto, o instituto do asilo constitui uma exceção, na medida em que a soberania é encurtada pelas obrigações internacionais dos Estados, designadamente através da *CRER* e do seu *Protocolo Adicional*, o que gera alguma resistência por parte de alguns Estados-membros, que têm dificuldade em abdicar de parte da sua soberania.[169]

Urge, portanto, criar uma política uniformizadora de asilo no seio da UE que, embora já seja dotada de bons mecanismos nesta área, tende a promover um funcionamento individual e isolado dos mesmos, ao passo que um trabalho conjunto e mais comunicativo entre todos eles poderia contribuir significativamente para o melhoramento da política europeia de asilo.[170]

Por exemplo, o GEAMA pode e deve ter um papel preponderante nas situações em que um Estado-membro é sujeito a uma pressão particular pelo sistema de Dublin, reunindo e analisando informações sobre a situação naquele Estado-membro. O Gabinete pode ainda providenciar apoio operacional, por exemplo, ajudando os Estados-membros na análise inicial das aplicações

dos que pretendem usufruir dela indevidamente." (*Cfr*. WEIL, Patrick: "Primeira Sessão – Proteção Internacional, Novos Desafios", *Em direção a um Sistema Comum Europeu de Asilo*, Conferência europeia sobre asilo, Serviço de Estrangeiros e Fronteiras, 2000, p. 54).

169 Sobre esta temática FLORA GOUDAPPEL e HELENA RAULUS referem: "(…) the Member States have retained their sovereignty in interpretation and application of the *Convention* obligations. They still decide who is allowed to enter and stay in their territory as a refugee by applying independently the notion of well-founded fear of persecution. According to the statistics available from the Eurostat, States have very differing views on how to apply the *Convention* and whether they grant protection for persons coming from the crisis zones." (*Cfr*. GOUDAPPEL & RAULUS: "Introduction", *ob. cit.,* p. 2).

170 "The unification of asylum procedures, treatment of asylum seekers and recognition of persons requiring international protection can also be helped by the practical measures that the Union has adopted in this regard. The [GEAMA] may prove to be an influential body in raising the common standards on asylum protection by providing help to those Member States where the system is the weakest. The links with the UNHCR are also important in this regard. These may ensure further the Member State compliance with the international protection provisions." *(Ibidem,* p. 1).

do asilo ou assegurando-se de que as facilidades de receção adequadas são garantidas pelos Estados-membros.

Também no âmbito do sistema de Dublin, o Eurodac deve assessorar o Gabinete, ajudando a determinar qual o Estado-membro responsável pela análise do pedido de asilo, através das impressões digitais, com a ajuda do Sistema de Informação Schengen e das Agências Frontex de todos os Estados-membros que prestarão informações sobre as pessoas impedidas de transpor as fronteiras externas da União Europeia. Todo este trabalho deve ainda ser complementado com os esclarecimentos da REM e com as indicações da ADF.

De facto, o Eurodac constitui um instrumento fundamental para o sucesso do Regulamento de Dublin que, por sua vez, necessita da distinção entre imigrantes legais e ilegais para cumprir o seu objetivo de fiscalização e controlo de entrada de indivíduos no espaço comunitário. Comparando as impressões digitais, os Estados podem verificar se um requerente de asilo ou um estrangeiro que se encontre ilegalmente no seu território já formulou um pedido num outro Estado-membro ou, até, se o requerente de asilo entrou irregularmente no território da União.

Deve-se, portanto, fazer uma ligação frequente e eficiente de todos estes mecanismos que, através de um trabalho de comunicação e funcionando na sua plenitude, conseguirão responder aos vários pedidos de asilo dentro da UE de uma forma mais rápida e eficaz, o que irá promover e melhorar o instituto europeu de asilo.

Por outro lado, é necessário ter em consideração que, neste momento, o maior obstáculo para o melhoramento da eficácia da política europeia de asilo está intrinsecamente ligado à aplicação desconforme dos acordos e das convenções internacionais por parte dos diferentes Estados-membros. Neste sentido, o direito de asilo deve ser regulado dentro da União Europeia através de instrumentos e normas jurídicas auto-executivos, como é o caso dos Regulamentos, que assegurem que os Estados-membros cumpram

com os princípios basilares nesta matéria e que, no caso de incumprimento, possam ser obrigados e forçados a cumpri-los.

Assim, uma das maiores tarefas que a UE tem à sua frente é a criação de leis europeias que providenciem uma base jurídica eficaz para uma proteção internacional uniforme dentro dos Estados-membros, levada a cabo, em primeiro lugar, pelas próprias autoridades administrativas dos Estados-membros.

Está na altura de os Estados abdicarem finalmente de parte da sua soberania em nome dos direitos humanos: do direito à vida, à integridade física, à habitação, à saúde, à educação, entre outros, dos milhares de refugiados que vivem em condições desumanas por todo o Mundo.

Uma política europeia de asilo genuína que garanta que os refugiados têm a mesma hipótese de que lhes seja garantido asilo, independentemente do local onde o seu pedido é processado, ainda está muito longe da realidade. Existem diferenças na maneira como o pedido de asilo é tratado, na hipótese de receberem o estatuto de refugiados ou outra forma de proteção, nas condições de receção, nas políticas especiais para os requerentes de asilo em alguns países, nas medidas de integração, entre outros.

Neste sentido, não há dúvida de que sem uma política uniformizadora de asilo que leve a melhores e mais similares leis, políticas e práticas em todos os Estados-membros, bem como o poder político para implementá-las por parte da UE, o instituto de asilo continuará a sofrer com o impacto negativo das largas diferenças entre os Estados-membros.

Para que a União Europeia se torne numa sociedade aberta e inclusiva que promova os direitos humanos dos cidadãos e uma cooperação positiva com o resto do Mundo, os valores da solidariedade, integração, diálogo e cooperação têm que estar no centro das políticas europeias de asilo.

Pois, de facto, o melhor sistema de asilo só é efetivo se os seus requerentes beneficiarem dele na prática.

## 6. Conclusão

A concretização do SECA foi um marco histórico, constituindo um objetivo que os Estados-membros da União Europeia e o Parlamento Europeu vêm prosseguindo mais afincadamente desde 1999. Pretendia-se a harmonização dos procedimentos de asilo aplicados pelos Estados-membros, através da implementação de um regime de asilo comum destinado a conceder um estatuto adequado a qualquer nacional de um país terceiro que necessite de proteção internacional e a garantir a observância do princípio do *non-refoulement*.

Ora, o desenvolvimento do SECA começa verdadeiramente no seio da UE a partir da segunda geração do processo de harmonização do asilo, designadamente com o Tratado de Maastricht, no qual o asilo é visto pela primeira vez como uma questão de interesse comum, mormente de forma intergovernamental.

No entanto, foi com a comunitarização do direito de asilo no *Tratado de Amesterdão* e com a imposição de um novo desafio da criação de um Espaço de Liberdade, Segurança e Justiça, e designadamente do direito de livre circulação em toda a União, que se caminhou no sentido da adoção de um Sistema Europeu Comum de Asilo, ou seja, de um espaço de asilo comum alcançado através de um procedimento harmonizado, eficaz e coerente com os valores e a tradição humanitária da União Europeia através da introdução de normas mínimas comuns.

Por sua vez, o *Tratado de Lisboa* vem consagrar a ideia de asilo como um direito fundamental, instituindo legalmente a política comum de asilo.

Por outro lado, no âmbito do desenvolvimento do SECA não podemos deixar de destacar o Conselho Europeu de Tampere (1999) que fixou o objetivo de harmonizar os quadros jurídicos sobre o asilo dos Estados-membros, com base em normas mí-

nimas comuns, e o Programa de Haia, em novembro de 2004, onde se estabeleceram os objetivos principais do SECA a serem alcançados em 2010.

Quanto aos mecanismos criados pela UE no sentido de facilitar o processo de harmonização do asilo, encontramos o Gabinete Europeu de Apoio em Matéria de Asilo, o *Regulamento Dublin*, o Eurodac, o Sistema de Informação Schengen, a Agência Frontex, a Rede Europeia de Migrações e a Agência dos Direitos Fundamentais.

Contudo, não nos podemos esquecer que o asilo incide sobre uma questão muito sensível aos Estados: a sua soberania. De facto, todo este conjunto de normas deixou ainda uma grande margem de manobra aos Estados-membros na forma como estes as interpretam e aplicam, originando situações diferenciadas no tratamento desta questão. Por isso, a nível internacional ainda não foi possível chegar a um consenso sobre esta matéria. Cada Estado trata a instituição de asilo de acordo com a sua conjuntura interna e internacional, que está sujeita a frequentes variações e oscilações, o que irá afetar, de forma positiva ou negativa, o acolhimento e a proteção dos refugiados, especialmente no âmbito da UE.

A União Europeia, exemplo de integração e de coordenação, tem-se debatido com grandes dificuldades na harmonização das questões relacionadas com o asilo. Neste sentido, o sistema europeu de asilo atual não tem uma natureza jurídica unânime por dois motivos: por um lado, porque não existe nenhum instrumento jurídico de caráter internacional vinculante para os Estados no que concerne ao asilo e, por outro, porque o asilo foi sempre objeto de múltiplos desenvolvimentos legislativos a nível interno dos Estados.

Acontece que a liberdade de circulação de pessoas exige uma cooperação estreita entre os Estados-membros, designadamente ao nível da uniformização total do sistema de asilo no seio da Comunidade para acabar com o tratamento desigual desta matéria

por todos os Estados-membros. Para tal, sugere-se uma cooperação entre os vários mecanismos já existentes na UE – como é o caso do GEAMA, do Eurodac e do *Regulamento de Dublin*, entre outros – para uma maior eficácia no tratamento dos pedidos de asilo, por um lado, e a criação de normas jurídicas auto-executivas sobre esta matéria que vinculem os Estados-membros e que prevejam a aplicação de sanções em caso de incumprimento.

O objetivo do SECA consiste em garantir aos requerentes de asilo o mesmo tratamento e nível de proteção em toda a UE, mas isto só será possível através de princípios de proteção uniformes, cooperação prática entre as administrações nacionais de asilo e solidariedade não só entre os Estados-membros como também entre estes e os países terceiros.

Terminamos como começamos. O Mundo enfrenta atualmente a maior crise de refugiados desde a II Guerra Mundial: todos os dias, centenas de migrantes tentam chegar ao Ocidente com o sonho de um futuro melhor, fugindo da guerra, da miséria, da fome, da corrupção e da morte. E para que a União Europeia consiga dar uma resposta eficaz perante este cenário precisa de repensar toda a política europeia de asilo, iniciando um processo urgente de uniformização.

Autores convidados.

DOI: 10.5935/1809-8487.20180010

140 - 174
Artigo

# TRANSPARÊNCIA ORÇAMENTÁRIA, CONTROLE DE POLÍTICAS PÚBLICAS E EDUCAÇÃO FISCAL: UMA ANÁLISE COMPARATIVA SOBRE A DISPONIBILIDADE DE INFORMAÇÕES ORÇAMENTÁRIAS NO BRASIL E NO MUNDO E SUA CORRELAÇÃO COM O APERFEIÇOAMENTO DA QUALIDADE DO GASTO PÚBLICO

ANDRÉ AZEVEDO SOUSA
LUDMILA COSTA REIS

# TRANSPARÊNCIA ORÇAMENTÁRIA, CONTROLE DE POLÍTICAS PÚBLICAS E EDUCAÇÃO FISCAL:UMA ANÁLISE COMPARATIVA SOBRE A DISPONIBILIDADE DE INFORMAÇÕES ORÇAMENTÁRIAS NO BRASIL E NO MUNDO E SUA CORRELAÇÃO COM O APERFEIÇOAMENTO DA QUALIDADE DO GASTO PÚBLICO

BUDGETARY TRANSPARENCY, PUBLIC POLICY CONTROL AND FISCAL EDUCATION: A COMPARATIVE ANALYSIS ON THE AVAILABILITY OF BUDGETARY INFORMATION IN BRAZIL AND THE WORLD AND ITS CORRELATION WITH THE IMPROVEMENT OF THE QUALITY OF PUBLIC EXPENDITURE

ANDRÉ AZEVEDO SOUSA
Analista
Ministério Público de Minas Gerais
andreazevedo@mpmg.mp.br

LUDMILA COSTA REIS
Promotora de Justiça
Ministério Público de Minas Gerais
ludmilareis@hotmail.com

**RESUMO:** Este artigo propõe-se a traçar um panorama da evolução e do atual estágio da transparência orçamentária no Brasil e no mundo com o objetivo de explicitar a importância do assunto para o aprimoramento das finanças públicas. Pretende-se demonstrar que a disponibilização de informações orçamentárias, de forma acessível e inteligível aos cidadãos, consubstancia-se em importante instrumento de mobilização e controle sociais, apto a contribuir de forma significativa com o aprimoramento das políticas públicas e com a progressiva qualificação do gasto público. Discute-se, por fim, a educação fiscal como mecanismo de fortalecimento da transparência, na medida em que instrumentaliza o cidadão para compreender melhor a dinâmica das finanças públicas e, portanto, para participar com maior efetividade do processo orçamentário, em todas as suas fases.

**PALAVRAS-CHAVE:** Orçamento – Transparência – Controle de políticas públicas – Educação fiscal

**ABSTRACT:** This paper aims to give an overview of the evolution and current state of budget transparency in Brazil and worldwide in order to explain the importance of the issue to the development of public finance. It shows that the provision of budget information to citizens, in accessible and intelligible ways, is an important instrument of mobilization and social control, able to contribute significantly to the improvement of public policies and the progressive qualification of public spending. Finally, fiscal education is discussed as a mechanism to strengthen transparency, given that it provides the citizen with tools to better understand the dynamics of public finances and, therefore, to participate more effectively in the budgetary process, across all its phases.

**KEYWORDS:** Budget – Transparency – Public policy control – Fiscal education

**SUMÁRIO:** 1. Introdução. 2. O estágio da transparência orçamentária no mundo. 3. O estágio da transparência orçamentária no Brasil. 4. Transparência formal *versus* transparência substancial. 5. A educação fiscal como mecanismo de fortalecimento da transparência substancial. 6. Considerações finais.

## 1. Introdução

Este estudo parte da premissa de que maior transparência de informações fiscais e participação social no processo orçamentário constituem fatores cruciais para garantir que o gasto do dinheiro público atenda aos melhores interesses da sociedade. Afinal, não há dúvidas de que a adoção de um sistema transparente de governança visa a colocar, ao menos em tese, o interesse público como parâmetro para sua atuação. No contexto ora analisado, compreende-se por processo orçamentário a concatenação de todas as etapas do ciclo por meio do qual os governantes, os legisladores e os atores públicos e sociais de controle incidem sobre os mecanismos de planejamento, elaboração, execução e avaliação do orçamento.

Por mais que a ideia de que os recursos do orçamento público devem estar voltados para atender aos interesses da sociedade esteja disseminada no senso comum e no imaginário da população, fato é que, ainda hoje, por todo o mundo, cidadãos, organizações não governamentais, instituições e comunidades carecem de informações suficientes sobre as decisões alocativas governamentais, bem como sobre a quantidade de recursos públicos empregados para efetivá-las e sobre as possíveis formas de acesso a esses dados. No que se refere especialmente à forma como são gastos os recursos públicos, as dificuldades podem derivar não apenas da falta de disponibilidade das informações, mas também de sua disponibilização incompleta ou até da disponibilização em formato inacessível ou ininteligível para a maior parte da população. (MASUD; LAKIN, 2011, p. 65-66).

A crise financeira e econômica que eclodiu no ano de 2008 evidenciou que a disponibilidade de informações sobre os riscos fiscais dos governos era inadequada sob o ponto de vista dos interesses da população. Desde então, cidadãos de diversos países – desde as ruas de Atenas até os movimentos conhecidos como "Primavera Árabe" e "*Occupy Wall Street*" – começaram a

lutar por maior transparência em relação ao uso dos recursos públicos, dentre outras reivindicações de cunho democrático. (KHAGRAM; FUNG; RENZIO, 2013, p. 2).

Tradicionalmente, entretanto, verifica-se que os cidadãos que poderiam se beneficiar de maior transparência de informações sobre a utilização do dinheiro público – notadamente os usuários dos serviços públicos – embora sejam numerosos, normalmente não se organizam de forma efetiva, coesa e com objetivos bem definidos. Ademais, os dados orçamentários são comumente difíceis de serem compreendidos, e apenas poucos cidadãos possuem condições de se debruçarem sobre o conjunto dessas complexas informações e de extraírem conclusões e possibilidades de ação que se traduzam em benefícios coletivos.

Depreende-se, portanto, que apenas a disponibilização de informações orçamentárias em fontes de amplo acesso público e a abertura de espaços para a participação popular no ciclo orçamentário não garantem que tais ferramentas serão efetivamente utilizadas ou que os melhores interesses da sociedade serão atendidos. De fato, não se pode desconsiderar que os cidadãos e as responsabilidades que eles assumem para si são inseparáveis de seus próprios interesses, recursos, contexto social e habilidades cognitivas. Entretanto, tais circunstâncias não autorizam a postura de se desacreditar que o cidadão terá condições de participar das questões que lhe afetam diretamente. Conforme observam Avelino e Santos:

> Nessa perspectiva, uma democracia precisa ser composta por uma variedade, uma pluralidade de procedimentos que permitam contatos mais ou menos diretos entre o governo e os seus cidadãos. Além disso, seus defensores vão afirmar que é verdade que a atividade pública e que o desenvolvimento das políticas públicas envolvem muita complexidade, muito conhecimento técnico e que este pode não estar disponível ao cidadão comum. Entretanto, ao mesmo tempo, consideram que todo cidadão que

> lida com suas dificuldades, no seu contexto de residência ou de trabalho, na sua comunidade local, sabe aquilo de que precisa, sabe as demandas que poderiam melhorar a sua condição de vida e tem condições de acompanhar aquilo que os governos fazem em relação ao atendimento dessas demandas. O argumento do conhecimento técnico é importante, mas também não é uma barreira a essa maior aproximação entre o Estado e a cidadania social. (AVELINO; SANTOS, 2015, p. 209-210).

Impõe-se notar, contudo, que, embora tenha sido crescente a quantidade de informações tornadas públicas em relação ao processo orçamentário, essa evolução não é verificada na mesma medida quando se têm em vista a participação e a atuação da sociedade civil a partir da interpretação dos dados disponibilizados. E, quando se confrontam as oportunidades de participação com os mecanismos adotados pela mesma sociedade civil para analisar os resultados das políticas públicas e exigir responsabilidade e prestação de contas por parte dos gestores, verifica-se que esses mecanismos são ainda mais reduzidos que as primeiras. (KHAGRAM; FUNG; RENZIO, 2013, p. 41). Contudo, exemplos de sucesso de algumas organizações da sociedade civil ao redor do mundo permitem cultivar a perspectiva de que melhores resultados podem ser atingidos[1].

Há que se ter em vista, ainda, que a transparência de informações fiscais não está voltada unicamente para os cidadãos destinatários dos serviços públicos mantidos pelo governo que mantém os dados "abertos". Essa transparência, em muitos casos, também busca demonstrar para organismos de financiamento internacionais e investidores se as contas do país estão ou não equilibradas[2]. O próprio Fundo Monetário Internacional publi-

1 Estudos de casos em diversos países estão disponíveis em: <https://www.internationalbudget.org/analysis-insights/case-studies/>. Acesso em: 02/07/2018.

2 Para PHILIPPS e STEWART, as normas de transparência fiscal que estão sendo correntemente promulgadas pela maior parte dos governos dos países e exigidas por instituições internacionais focam primariamente na disciplina fiscal e no fornecimento de informações para atrair

cou, no ano de 1998, um conjunto de normas intitulado Código de Boas Práticas em Transparência Fiscal, que visa a estabelecer parâmetros de boa governança das informações orçamentárias[3].

Nesse contexto, nas últimas duas décadas, tem-se apercebido, em escala mundial, um movimento destinado a buscar maior transparência das informações orçamentárias. Além do Fundo Monetário Internacional - FMI, a OCDE - Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico também tem emitido diretrizes para que os governos publiquem dados financeiros de interesse público[4]. Além disso, as organizações da sociedade civil têm dedicado progressiva atenção ao assunto, inclusive como forma de evitar e combater a corrupção. Conforme sintetizam Khagram, Renzio e Fung:

> (...) uma onda de reformas que buscam transparência, desde políticas anticorrupção até leis de acesso à informação, tem se disseminado dentro de países por todo o mundo e no nível internacional. (...) Na última década, o interesse da sociedade civil, a capacidade e o engajamento em relação a questões fiscais e orçamentárias têm crescido exponencialmente. A rede transnacional de grupos da sociedade civil que trabalham com questões relacionadas ao orçamento e utilizam análise de informações orçamentárias como uma ferramenta importante nas causas em que atuam também tem crescido rapidamente nos últimos dez a quinze anos. Quando a

credibilidade para o mercado financeiro e investigadores internacionais. Embora reconheçam que esses aspectos também são importantes, as autoras argumentam que, para os países em desenvolvimento, a preocupação deve também se voltar para a análise de que forma que as normas sobre transparência viabilizam a realização da justiça distributiva e a participação democrática de atores sociais e legisladores nas decisões consubstanciadas no orçamento. (PHILIPPS; STEWART, 2009, p. 799).

3 Versão atualizada do conjunto de normas em: <https://www.imf.org/external/np/fad/trans/por/codep.pdf>. Acesso em: 28/05/2016.

4 O documento "OCDE Melhores Práticas para a Transparência Orçamentária" é uma ferramenta publicada no ano de 2002 que identifica as melhores práticas na produção dos principais relatórios orçamentários, apresenta quais informações eles devem conter e especifica como essas informações devem atender a padrões de integridade e qualidade. Disponível em: <www.oecd.org/dataoecd/33/13/1905258.pdf>.

> primeira conferência que conclamou esses grupos foi organizada pela organização Center on Budget and Policies Priorities, sediada nos EUA, em 1997, apenas meia dúzia de organizações apareceu. Em uma assembleia realizada em Dar es Salaam, no mês de novembro de 2011[5], cerca de cem organizações da sociedade civil originárias de 56 países discutiram o desenvolvimento de uma colaboração internacional dos esforços dos grupos interessados em promover transparência e aumentar a participação da sociedade civil em questões fiscais. Eles assinaram uma declaração conjunta em favor de mais orçamentos transparentes pelo mundo. (KHAGRAM; FUNG; RENZIO, 2013, p. 42).

Os objetivos de tais organizações não governamentais consistem, dentre outros, em aumentar o grau de responsabilidade institucional dos gestores públicos, em diminuir a corrupção, em abrir novos espaços de participação para o engajamento dos cidadãos e em conferir-lhes voz ativa, além de proporcionar melhor utilização e execução do orçamento e, consequentemente, melhor entrega de serviços públicos.

Dessa forma, pode-se afirmar que os governantes, organizações não governamentais, ativistas e legisladores que se interessam por transparência orçamentária encontram atualmente ótimas oportunidades, tanto sob o ponto de vista social quanto normativo, para incrementar as formas de disponibilização das informações e submeter o uso do dinheiro público a constante escrutínio da sociedade. Contudo, o principal desafio que se descortina, depois de alcançado satisfatório estágio de transparência, é a identificação de mecanismos que proporcionem participação qualificada[6], obtenção de prestação de contas por parte

5 Mais informações em: <https://www.one.org/us/2011/11/21/citizens-and-civil-society-tell-governments-make-budgets-public-now/>. Acesso em: 28/05/2016.

6 Ao tratar sobre a participação nas democracias do século XXI, NABATCHI e LEIGHNINGER afirmam que o grande desafio que se apresenta é identificar como transformar esses sistemas de informação em caminhos que permitam incentivar os cidadãos a exercerem de forma plena e democrática o seu potencial para resolução de problemas que lhes são comuns. De forma geral, a atitude dos cidadãos em relação ao governo e outras instituições públicas é

dos gestores e responsabilização, de forma a conferir significado e efetividade às constatações inicialmente proporcionadas pela disponibilização de informações.

Para tanto, os destinatários das informações precisam ser preparados com recursos, treinamentos, expertise, suporte, orientação e estratégia institucional ou coletiva, com vistas a atingir seus objetivos de acompanhamento e fiscalização. Transparência por si só, sem destinatários que dela façam uso e traduzam-na em alguma estratégia de atuação em prol de objetivos coletivos, não será transformadora em benefício da qualidade dos serviços prestados à população ou tampouco fortalecedora das democracias[7].

extremamente negativa. As formas mais comuns de oportunidades de participação – voto, audiência pública e reclamações administrativas – são, quando muito, insuficientes, além de serem, nos piores casos, prejudiciais. Os autores argumentam que, para nos darmos conta do potencial de participação dos cidadãos, é preciso focar naquilo que os cidadãos realmente querem: solução de problemas, civilidade e comunidade. Participação pública é um termo amplo que abarca as atividades por meio das quais as preocupações, as necessidades, os interesses e os valores são incorporados às decisões e ações de políticas públicas, resolvendo problemas, incrementando a civilidade e fortalecendo o sentimento de comunidade. Mas, para que tais processos ocorram, é necessário que haja uma robusta infraestrutura de participação. Os autores definem infraestrutura de participação como sendo constituída pelas leis, processos, instituições e associações que dão suporte às oportunidades regulares para que as pessoas possam se conectar umas com as outras, resolver problemas, tomar decisões e celebrar a comunidade. Para que mudanças efetivas aconteçam, defendem o fortalecimento da denominada "participação substancial", que é aquela definida como um engajamento consciente, aberto, com discussão acessível sobre informação, pontos de vista, experiências, ideias por meio das quais as pessoas buscam tomar uma decisão baseada em fatos, informações, valores, emoções ou outras considerações menos técnicas. São exemplos: grupos locais voltados para o engajamento em determinada transformação local, pequenos grupos de discussão, sequência de discussões etc. (NABATCHI; LEIGHNINGER, 2015).

7 Entre as iniciativas e formas de participação qualificadas que incidem sobre o orçamento, podem ser enumeradas: orçamento participativo (cujo primeiro modelo surgiu em Porte Alegre, no ano de 1989), análises do orçamento sob o ponto de vista das políticas de gênero e das políticas voltadas para a criança e para o adolescente (OCA). Como exemplo deste último, cita-se a metodologia desenvolvida pelo INESC, disponível em: <http://www.inesc.org.br/biblioteca/textos/orcamento-tematico/ot-criancas-e-adolescentes>. Acesso em: 02/07/2018. Dentre as análises voltadas para a questão de gênero, cita-se: <http://www.observatoriodegenero.gov.br/eixo/politicas-publicas/pnpm/comite-de-monitoramento-do-ii-pnpm/orcamento-ii-pnpm>. Acesso em 02/07/2018.

## 2. O estágio da transparência orçamentária no mundo

A análise mais abrangente e criteriosa sobre o grau de transparência orçamentária em âmbito mundial tem sido produzida pela denominada *Open Budget Survey* (Pesquisa do Orçamento Aberto), levada a efeito pela organização não governamental *International Budget Partnership* (Parceria Internacional do Orçamento), sediada em Washington DC, nos Estados Unidos[8]. A *Open Budget Survey* é uma pesquisa comparativa que visa a avaliar se os governos federais dos países analisados disponibilizam informações orçamentárias qualificadas ao acesso público, se são proporcionadas oportunidades para que a sociedade civil participe das decisões sobre a forma como os recursos públicos são gastos e se os órgãos de controle destinatários dessas informações estão aptos a compreendê-las e a influenciar a forma como os recursos públicos estão sendo arrecadados e gastos[9].

A partir dos dados levantados, os pesquisadores elaboram o denominado *Open Budget Index* (Índice do Orçamento Aberto), isto é, um ranking comparativo internacional que mede a disponibilidade, a atualidade e inteligibilidade de oito peças orçamentárias principais, integrantes do ciclo orçamentário de cada país. No caso brasileiro, tais peças consubstanciam-se na lei de diretrizes orçamentárias, no projeto de lei orçamentária anual, na lei orçamentária anual promulgada, nos relatórios de gestão fiscal (art. 54 da LC 101/2000), nos relatórios de auditoria dos tribunais de contas e no orçamento cidadão, isto é, no documento simplificado que demonstra de modo mais acessível as informações contidas na lei orçamentária[10].

8 Mais informações em: <http://www.internationalbudget.org>. Acesso em 02/07/2018.

9 Disponível em: <https://www.internationalbudget.org/open-budget-survey/>. Acesso em: 27/05/2018.

10 No âmbito federal, esse documento está disponível em: <http://www.planejamento.gov.br/assuntos/orcamento-1/orcamento-cidadao/apresentacao>. Acesso em: 01/07/2018.

A *Open Budget Survey* vem sendo realizada desde o ano de 2006, em periodicidade bienal (2006, 2008, 2010, 2012, 2015 e 2017). Apenas a pesquisa realizada no ano de 2015 fugiu a essa regra. Assim, desde o ano de 2006, as informações orçamentárias federais de diversos países vêm sendo monitoradas sob o ponto de vista de sua transparência e acessibilidade à população[11].

Entre as conclusões da *International Budget Partnership* em relação à última pesquisa realizada no ano de 2017, observou-se que, em âmbito global, o significativo progresso notado nas pesquisas anteriores, no sentido de uma maior transparência dos dados orçamentários, foi interrompido, chegando a apresentar uma diminuição dos índices de transparência. O principal fator que colaborou para esse retrocesso foi a reversão dos resultados positivos anteriormente verificados nos países africanos. Curiosamente, esses países foram os que obtiveram melhoras mais expressivas na pesquisa realizada em 2015. Os pesquisadores atribuíram os resultados constatados em 2017 à falta de institucionalização de práticas governamentais abertas nesses países[12].

A partir das informações produzidas pela *Open Budget Survey*, verifica-se que os países que comumente apresentam pontuação baixa no *Open Budget Index* - OBI possuem população com baixa renda *per capita* e estão localizados na África e no Oriente Médio. Da mesma forma, os países que possuem regimes autoritários de governo ou democracias frágeis tendem a apresentar baixos índices de transparência[13]. Por outro lado, a lista dos países que apresentam alta pontuação no OBI geralmente apresenta estreita correlação com a presença de instituições fortes

11 No ano de 2006, a pesquisa abrangeu 59 países. No ano de 2008, mais 26 novos países foram incluídos nas análises. Em 2010, foram incluídos mais 9 países, totalizando 94. Na última pesquisa realizada, no ano de 2017, foram analisados os dados orçamentários de 102 países.

12 Relatório completo disponível em: <https://www.internationalbudget.org/open-budget-survey/downloads/#full-report> . Acesso em 02/07/2018.

13 MASUD, op. cit., p. 68.

de controle. Essa correlação é facilmente compreensível considerando-se que o efetivo acesso às informações, em tempo e em modo adequados, é a principal matéria-prima de trabalho das instâncias de controle.

Desde a primeira pesquisa no ano de 2006, a África do Sul tem se posicionado dentre os primeiros países no índice de transparência orçamentária, chegando até mesmo a ocupar a primeira posição na pesquisa realizada no ano de 2010, à frente de países como Nova Zelândia e Estados Unidos[14]. Contudo, devido a condições políticas, econômicas e sociais peculiares àquele país, o grau de transparência orçamentária não tem sido acompanhado pela ampla utilização das informações disponíveis com vistas a promover efetivo acompanhamento comparativo dos gastos públicos e dos serviços entregues à população[15].

Por seu turno, a Coreia do Sul foi, dentre os países asiáticos, aquele que obteve a melhor pontuação no índice de 2015[16] e obteve a mesma posição no ano de 2017, ao lado do Japão, embora tenha reduzido a sua pontuação[17]. A transição para o regime democrático na década de 80 trouxe a abertura inicial para esse avanço inicial. Além disso, a criação de organizações da sociedade civil, tais como Solidariedade Popular para a Participação Democrática e Coalizão dos Cidadãos para a Justiça Econômica, contribuiu para maior fiscalização das decisões com repercussões fiscais[18].

14 Disponível em: <https://www.internationalbudget.org/wp-content/uploads/2011/06/2010_Rankings.pdf>. Acesso em: 02/07/2018.

15 KHAGRAM, op. cit., p. 21/22.

16 Disponível em: <https://www.internationalbudget.org/wp-content/uploads/OBS2015-OBI-Rankings-English.pdf>. Acesso em: 02/07/2018.

17 Disponível em: <https://www.internationalbudget.org/wp-content/uploads/open-budget-survey-2017-OBIrankings.pdf>. Acesso em 02/07/2018.

18 KHAGRAM, op. cit., p. 25.

Entre os países da América Central, a Guatemala foi o que obteve maior pontuação na pesquisa realizada no ano de 2010. Contudo, no ranking de 2015, ficou atrás da Costa Rica, El Salvador e República Dominicana. No ranking de 2017, a República Dominicana ficou em primeiro lugar dentre os países da América Central.

Considerando-se os países da América do Sul, o Brasil ocupou o 9º lugar geral na pesquisa do ano de 2010 e subiu para a 6ª posição no ano de 2015[19]. No ano de 2017, passou a ocupar a 7ª posição em âmbito mundial[20].

Cumpre-se registrar que, no ano de 2011, oito países fundadores (Brasil, Indonésia, México, Noruega, Filipinas, África do Sul, Reino Unido e Estados Unidos) lançaram a iniciativa denominada OGP - *Open Government Partnership* (Parceria pelo Governo Aberto), destinada a assegurar concretos compromissos dos governantes com o fim de promover a transparência, empoderar os cidadãos, lutar contra a corrupção e incentivar o uso de tecnologias para fortalecer a gestão e a fiscalização do uso dos recursos públicos. Para se tornarem membros, os países interessados devem assumir compromissos que atendam aos objetivos da parceria, subscrevendo a *Open Government Declaration*[21] (Declaração pelo Governo Aberto) e desenvolvendo um plano de ação submetido à consulta pública que, após aprovado, deverá ser acompanhado e fiscalizado por um órgão independente. Atualmente, a OGP conta com 70 países participantes[22].

19 Disponível em: <http://www.internationalbudget.org/wp-content/uploads/2011/06/2010_Rankings.pdf> e <http://www.internationalbudget.org/wp-content/uploads/OBS2015-OBI-Rankings-English.pdf>. Acesso em: 02/07/2018.

20 Disponível em: <https://www.internationalbudget.org/wp-content/uploads/open-budget-survey-2017-OBIrankings.pdf>. Acesso em: 02/07/2018.

21 Disponível em: <https://www.opengovpartnership.org/open-government-declaration>. Acesso em: 02/07/2018.

22 Disponível em: <https://www.opengovpartnership.org/about/about-ogp>. Acesso em: 02/07/2018.

É preciso ressaltar que, enquanto organizações não governamentais e grupos de cidadãos também venham assumindo a bandeira da transparência orçamentária ao lado dos governos, suas razões são comumente diversas daquelas que motivaram a edição de normas pela OCDE e pelo FMI[23]. Enquanto esses últimos estão focados em questões de disciplina fiscal e de credibilidade internacional, a atuação dos primeiros está mais voltada para a análise da distribuição dos recursos e a sua repercussão na qualidade das políticas públicas em âmbito doméstico[24].

Nesse contexto de busca por maior transparência orçamentária, em âmbito mundial, revela-se especialmente digna de nota a observação de Joachim Wehner, professor da Escola de Economia e Ciência Política de Londres. Segundo o especialista, embora o orçamento federal do Reino Unido seja considerado altamente transparente, de acordo com o ranking da IBP (10ª posição na pesquisa de 2017), isso não significa que as decisões orçamentárias são cuidadosamente examinadas ou que as melhores análises são feitas a respeito das decisões tomadas, inclusive pelo próprio Parlamento, órgão primeiramente encarregado dessas tarefas[25].

Conquanto a observação se refira especificamente ao Reino Unido, pode-se inferir, a partir da tecnicidade dos dados e do grau de expertise necessário para compreendê-los em profundidade,

23 A *International Budget Partnership*, responsável pela elaboração do *Open Budget Index*, reconhece as normas do FMI como importantes avanços para promover a transparência fiscal, mas as considera limitada sob o ponto de vista da promoção da participação no processo de decisão orçamentário. Pelo Código de Normas do FMI ou pelas Melhores Práticas da OCDE, não há exigência de que os governos reportem, por exemplo, como as políticas e as decisões fiscais impactam os diferentes segmentos da população (PHILIPPS, Lisa; STEWART, Miranda. *Fiscal transparency: global norms, domestic laws and the politics of budgets*. Brooklyn Journal of International Law, Vol. 34:3, 2009, p. 817 e 835).

24 PHILIPPS, op. cit., p. 816.

25 Disponível em:<http://blogs.lse.ac.uk/politicsandpolicy/budgeting-in-the-uk-is-highly-transparent-but-that-does-not-mean-that-budget-decisions-are-carefully-scrutinized-nor-that-the-right-policy-judgements-are-made/>. Acesso em 16/09/2018.

que não se trata de uma realidade isolada[26]. Com efeito, em obra especialmente dedicada ao estudo do papel dos parlamentos nos países da OCDE, Wehner observa que o parlamento do Reino Unido faz parte de um grupo de legislaturas nacionais que não têm um comitê de especialistas em orçamento[27]. Essa não é, contudo, a realidade institucional brasileira, que conta, por força de previsão constitucional[28], com a Comissão Mista de Planos, Orçamentos Públicos e Fiscalização, composta por trinta deputados e dez senadores, assessorados por órgãos técnicos especializados em matéria orçamentária[29].

## 3. O estágio da transparência orçamentária no Brasil

A importância do gasto do setor público brasileiro atraiu significativa atenção desde a redemocratização do país, sobretudo diante da previsão de ampla gama de direitos sociais, individuais e coletivos, pela Constituição da República de 1988 (CR/88). A realização de direitos pelo Estado, sobretudo daqueles que implicam prestações positivas pelo Poder Público – os denominados direitos prestacionais – demanda, naturalmente, maiores despe-

26 A respeito do poder da expertise sobre a compreensão dos ciclos orçamentários, vide interessante estudo de caso: COHEN, Nissim. The Power of expertise? Politician-bureaucrat interactions, national budget transparency and the Israeli health care policy. Policy Studies, Vol. 34, 2013, p. 638-654.

27 WEHNER, Joachim. Legislatures and the budget process: the myth of fiscal control. Basingstoke, Hampshire: Palgrave Macmillan, 2010.

28 Art. 166. Os projetos de lei relativos ao plano plurianual, às diretrizes orçamentárias, ao orçamento anual e aos créditos adicionais serão apreciados pelas duas Casas do Congresso Nacional, na forma do regimento comum. § 1º Caberá a uma Comissão mista permanente de Senadores e Deputados: I - examinar e emitir parecer sobre os projetos referidos neste artigo e sobre as contas apresentadas anualmente pelo Presidente da República; II - examinar e emitir parecer sobre os planos e programas nacionais, regionais e setoriais previstos nesta Constituição e exercer o acompanhamento e a fiscalização orçamentária, sem prejuízo da atuação das demais comissões do Congresso Nacional e de suas Casas, criadas de acordo com o art. 58. (grifo nosso).

29 Disponível em: <http://www2.camara.leg.br/atividade-legislativa/comissoes/comissoes-mistas/cmo/conheca-a-comissao/normas.html>. Acesso em: 16/09/2018.

sas públicas. Essas circunstâncias, aliadas ao dever constitucional de publicidade[30] imposto à Administração Pública, contribuíram para evidenciar a relevância da transparência orçamentária tanto para o conhecimento da sociedade quanto para a própria administração das finanças públicas.

Atualmente, o orçamento federal do Brasil é destaque sob o ponto de vista da análise de sua transparência, ocupando o 7º lugar no Índice de Orçamento Aberto 2017[31], o que foi constatado a partir da iniciativa do *International Budget Partnership* - IBP em parceria, em âmbito nacional, com o Instituto Brasileiro de Análises Sociais e Econômicas - IBASE[32] e com o Instituto de Estudos Socioeconômicos - INESC[33]. Essa conquista decorre, sobretudo, de um esforço legislativo empreendido nos últimos anos no sentido de facilitar e incrementar a publicização de informações orçamentárias, encorajando seu acompanhamento pela sociedade civil.

A CR/88, em seu artigo 165, concebeu três instrumentos para o ciclo orçamentário brasileiro: o Plano Plurianual (PPA), a Lei de Diretrizes Orçamentárias (LDO) e a Lei Orçamentária Anual (LOA). Com vigência de quatro anos, o PPA estabelece as metas de médio prazo para a administração. Por sua vez, a LDO enuncia as políticas públicas e prioridades para o exercício (ano) seguinte, fixando parâmetros necessários à alocação de recursos. A LOA, no que lhe concerne, tem por objetivo estimar a receita e fixar o calendário programático de despesas para o exercício financeiro, permitindo avaliar as fontes de recursos públicos e quais são os beneficiários

30 Art. 37 da CR/88. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência (...).

31 A pesquisa avalia se o governo federal de cada país pesquisado disponibiliza ao público oito documentos-chave do orçamento, bem como se os dados contidos nestes documentos são abrangentes, tempestivos e úteis. Os resultados são auferidos por meio de um questionário de 125 questões, respondido por especialistas independentes, sociedade civil e membros da academia.

32 Mais informações em http://ibase.br/pt/.

33 Mais informações em http://www.inesc.org.br/.

desses recursos. Para além da determinação do planejamento e das diretrizes dos gastos públicos, tais peças orçamentárias consubstanciam-se também em instrumento para proporcionar melhor transparência às informações que veiculam.

No entanto, apesar dos referidos instrumentos normativos e de destacada pontuação internacional no quesito transparência, ainda restam dúvidas quanto à real facilidade – e até mesmo quanto ao efetivo interesse do cidadão brasileiro em se informar sobre gastos públicos e atribuir significado a essa informação. Ademais, conforme alertam os especialistas do INESC, é preciso ampliar o debate do Parlamento e do Tribunal de Contas da União com a sociedade sobre o desempenho das contas analisadas a cada ano, comunicando à população o desempenho dos gastos dos governos por meio de audiências públicas, coletivas de imprensa, versões resumidas dos relatórios em linguagem acessível, dentre outras medidas[34].

No entanto, apesar de a participação popular em geral ainda ser considerada incipiente, verifica-se que as pressões exercidas por parte da sociedade civil organizada têm encontrado respostas por parte do poder público. Nesse aspecto, segundo observou, em entrevista, Lucídio Bicalho, assessor político do INESC[35]:

34 Disponível em: <http://www.andi.org.br/inclusao-e-sustentabilidade/destaque-inclus-sustent/brasil-mantem-12o-lugar-no-indice-de-orcamento-a>. Acesso em 02/07/2018.

35 O INESC – Instituto de Estudos Socioeconômicos é uma organização da sociedade civil sem fins lucrativos, sediada em Brasília, que estabelece parcerias com outras importantes instituições, a exemplo da *International Budget Partnership* e do UNICEF – Fundo das Nações Unidas para a Infância, para colaborar com a produção de informações qualificadas, bem como com a capacitação de outras instituições para fazê-lo, que auxiliem a sociedade civil a participar da fiscalização dos gastos públicos. No Brasil, o INESC, o UNICEF e a Fundação Abrinq produziram a importante cartilha "De olho no Orçamento Criança" (disponível em: <https://www.unicef.org/brazil/pt/de_olho_orcamento_crianca.pdf>), ferramenta especialmente voltada para aprimorar as políticas públicas de proteção à criança e ao adolescente a partir da análise orçamentária. Mais informações sobre o INESC disponíveis em: <http://www.inesc.org.br/>. Acesso em 15/09/2018.

> (...) após muita pressão da sociedade por transparência orçamentária, os últimos governos que chegaram ao poder têm ouvido essa reivindicação dos movimentos sociais, das organizações, da imprensa. O INESC acompanha o tema do orçamento público desde 1992, mas hoje há muito mais entidades que cobram e se preocupam com o acesso à informação orçamentária. E isso é muito bom. Significa que o Brasil avança rumo a um modelo de democracia mais avançado, com mais pluralidade dos atores. Também não há dúvida de que há uma elite de servidores mais preparada e comprometida com os interesses republicanos. Da mesma forma, os últimos governos se mostraram mais comprometidos com a transparência. O resultado de uma democracia mais forte são os avanços concretos dos últimos anos: o Portal da Transparência Federal, o Siga Brasil, a Lei de Acesso à Informação, a Lei de Transparência Orçamentária e inúmeros outros. Sabemos que a tecnologia tem sido fundamental para isso, porém, se não fosse a cobrança da sociedade civil organizada e gestores mais comprometidos com o interesse público, não se avançaria tanto. Quero dizer que a transparência não é um fim determinado a que todos os países estão a caminho. A pesquisa mostra que a média mundial no Índice de Orçamento Aberto é 44 pontos. A maioria dos países tem nível ruim em termos do direito de cada pessoa saber o que é feito com o dinheiro do imposto. Por sua vez, a transparência no Brasil é uma construção política da sociedade, fruto de atores que inseriram esse dispositivo na Constituição de 1988, que pressionaram para que esse tema constasse nas plataformas dos candidatos à presidência e que os governantes, uma vez eleitos, tivessem medidas concretas nesse sentido.[36]

Registre-se que outro importante marco legislativo em prol do aperfeiçoamento da transparência orçamentária brasileira foi a denominada Lei de responsabilidade Fiscal – LRF (Lei Complementar nº 101). Em vigor desde maio de 2000, a LRF veio a regulamentar o artigo 163[37] da Constituição da República de 1988.

36 Disponível em: <http://blog.andi.org.br/brasil-e-o-12o-na-transparencia-orcamentaria-mas-isto-nao-significa-qualidade-na-execucao-da>. Acesso em: 02/07/2018.

37 Art. 163. Lei complementar disporá sobre: I - finanças públicas; II - dívida pública externa e interna, incluída a das autarquias, fundações e demais entidades controladas pelo Poder

Inspirada em países como Nova Zelândia e Estados Unidos, a lei estabelece os parâmetros a serem seguidos com relação ao gasto público da União, Estados e Municípios, visando ao equilíbrio fiscal dos entes federados e garantindo, em tese, as condições necessárias ao custeio adequado das políticas públicas. Entre os muitos dispositivos de controle orçamentário previstos na referida lei, destacam-se as previsões de que cada aumento de gasto precisa vir acompanhado de uma fonte de financiamento correlata, bem como os limites de gastos impostos aos gestores ao fim de cada mandato (respectivamente, artigos 16; 21, parágrafo único; 38, IV, b e artigo 42).

É interessante notar que a Lei de Responsabilidade Fiscal, já em 2000, mesmo antes da popularização da internet, estabelecia que planos, orçamentos e prestações de contas deveriam ter ampla publicidade em meios eletrônicos de acesso público. A Lei Complementar nº 131, de 2009, alterando a Lei de Responsabilidade Fiscal, detalhou ainda mais esse dever, prevendo a obrigação de que todos os entes públicos brasileiros disponibilizassem suas informações financeiras em tempo real, contendo, por exemplo, disponibilização mínima dos dados referentes ao número do correspondente processo, ao bem fornecido ou ao serviço prestado, à pessoa física ou jurídica beneficiária do pagamento e, quando for o caso, ao procedimento licitatório realizado[38]. O

Público; III - concessão de garantias pelas entidades públicas; IV - emissão e resgate de títulos da dívida pública;V - fiscalização financeira da administração pública direta e indireta;VI - por órgãos e entidades da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios; VII - compatibilização das funções das instituições oficiais de crédito da União, resguardadas as características e condições operacionais plenas das voltadas ao desenvolvimento regional.

38 Art. 2º A Lei Complementar nº-101, de 4 de maio de 2000, passa a vigorar acrescida dos seguintes arts. 48-A, 73-A, 73-B e 73-C: "Art. 48-A. Para os fins a que se refere o inciso II do parágrafo único do art. 48, os entes da Federação disponibilizarão a qualquer pessoa física ou jurídica o acesso a informações referentes a: I – quanto à despesa: todos os atos praticados pelas unidades gestoras no decorrer da execução da despesa, no momento de sua realização, com a disponibilização mínima dos dados referentes ao número do correspondente processo, ao bem fornecido ou ao serviço prestado, à pessoa física ou jurídica beneficiária do pagamento e, quando for o caso, ao procedimento licitatório realizado (Lei Complementar nº 131/09).

conjunto normativo de leis referentes à transparência no Brasil foi completado com a edição da Lei de Acesso à Informação (Lei nº 12.527/11), que disciplinou o pedido de informações tanto no seu aspecto ativo quanto passivo, trazendo uma série de normas que têm o potencial para realizar uma verdadeira revolução no controle social dos gastos públicos. Entretanto, conforme observam Heller e Alves:

> Embora extensa informação tenha sido tornada pública (no Brasil), a sua disseminação é moldada pelos interesses e demandas dos atores envolvidos – o Poder Executivo federal, a oposição política, um número limitado de organizações da sociedade civil altamente capacitadas e a mídia. Os atuais processos de descentralização e governança participativa têm contribuído significativamente para disseminar a transparência para os entes subnacionais. Contudo, o uso das informações públicas pela sociedade civil e pela população como um todo ainda está em desenvolvimento[39].

Assim, apesar de se orientar pelos mesmos princípios e leis em vigor em âmbito nacional, o atual estágio da transparência orçamentária nas esferas federal, estadual e municipal apresenta peculiaridades, conforme se demonstrará a seguir.

A Controladoria-Geral da União (CGU)[40] é o principal órgão responsável pela transparência do orçamento público em nível federal. Por meio do "portal da transparência"[41], reúnem-se, em um único ambiente virtual, informações sobre aplicação dos recursos públicos federais, a partir de dados dispersos nos muitos órgãos do Governo Federal. Tanto as despesas realizadas por cada órgão e entidade da administração pública federal quanto

39 HELLER, Patrick; ALVES, Jorge Antônio. *Accountability from the Top Down? Brazil´s Advances in Budget Transparency despite a Lack of Popular Mobilization*. In KHAGRAM, op. cit., p. 78. Tradução dos autores.

40 Atualmente incorporada pelo Ministério da Transparência e Controladoria-Geral da União.

41 A página está disponível no endereço eletrônico: <http://www3.transparencia.gov.br/sobre/index.html>. Acesso em: 02/07/2018.

informações sobre execução orçamentária, licitações, contratações, convênios e até mesmo diárias de passagens estão disponíveis nas páginas de transparência do site. Os dados são coletados nos sistemas informatizados da Administração Pública Federal (SIAFI, SIEST, SIASG e SCDP)[42], bem como a partir de informações prestadas pelos próprios órgãos e entidades que recebem recursos federais. Importante ressaltar que, quando não usuárias dos sistemas, as entidades devem encaminhar diretamente à CGU as informações requeridas[43].

No que diz respeito aos estados, cabe a cada ente da federação disponibilizar suas informações orçamentárias para consulta pública, por meio de seus respectivos portais na rede mundial de computadores. A Associação Contas Abertas[44], entidade da sociedade civil sem fins lucrativos voltada para o aprimoramento e controle social do gasto público, divulgou, em 14 de julho de 2010, a primeira avaliação nacional dos portais de transparência dos estados, atribuindo notas de zero a dez. Naquela ocasião, os estados de São Paulo, Pernambuco, Rio Grande do Sul, Paraná e Minas Gerais, obtiveram, nessa ordem, as melhores notas, mas não ultrapassaram sete pontos[45]. Na edição seguinte, no ano de 2012, as notas melhoraram significativamente e o estado de São Paulo, classificado em primeiro lugar, obteve a pontuação de

42 Respectivamente: Sistema Integrado de Administração Financeira do Governo Federal, para extração dos dados de execução orçamentária e de convênios; Sistema de Informação das Estatais, para extração dos dados do Orçamento de Investimento das empresas estatais; Sistema Integrado de Administração de Serviços Gerais, para extração dos dados de licitações e de contratos; e Sistema de Concessão de Diárias e Passagens, para extração dos dados de diárias e passagens em viagens realizadas por colaboradores e servidores do Poder Executivo Federal.

43 Conforme previsão da Portaria Interministerial nº 140, de 16 de maio de 2006. Disponível em: <https://www.cgu.gov.br/sobre/legislacao/arquivos/portarias/portaria_cgu-mpog_140_2006.pdf> . Acesso em 02/07/2018.

44 Mais informações em: <http://www.contasabertas.com.br>.

45 Disponível em: <https://indicedetransparencia.com/resultado2010>. Acesso em 12/06/2018.

9,29[46]. Na última edição da pesquisa, realizada no ano de 2014[47], o estado do Espírito Santo foi o destaque, obtendo a nota 8,86 de acordo com a nova metodologia de avaliação adotada, que leva em conta o conteúdo dos dados apresentados, a série histórica disponível e a usabilidade das informações pelo cidadão[48].

No ano de 2015, a Controladoria-Geral da União (CGU) lançou a denominada Escala Brasil Transparente (EBT), que consiste em um índice que mede a transparência pública em estados e municípios brasileiros. A avaliação também confere nota de 0 a 10 aos entes analisados com o intuito de refletir o cenário de acesso à informação em todo o Brasil. Na primeira edição, divulgada no mês de maio do ano de 2015, foram analisados 492 municípios com até 50 mil habitantes, incluindo todas as capitais, além dos 26 estados e do Distrito Federal. Na avaliação, 63% dos municípios tiraram nota zero e 23% obtiveram nota entre um e dois. Apenas sete municípios tiraram notas entre nove e dez (1,4%). Na segunda edição, divulgada em novembro de 2015, 1.613 entes federativos foram analisados. Destes, 51,8% dos municípios receberam nota zero; 25,1% receberam notas entre um e dois e 61 municípios receberam notas entre nove e dez, o equivalente a 3,8%[49].

O Ministério Público Federal também vem executando, desde a segunda metade do ano de 2015, um projeto institucional intitulado Ranking Nacional da Transparência, que incluiu uma fase de diagnóstico do estágio da transparência dos estados e municípios brasileiros, com o objetivo de avaliar o cumprimento da

46 Disponível em: <https://indicedetransparencia.com/resultado-2012>. Acesso em 12/06/2018.

47 Disponível em: <https://indicedetransparencia.com/ranking-2014-estados>. Acesso em 12/06/2018.

48 Disponível em: <https://indicedetransparencia.com/metodologia-2014>. Acesso em 12/06/2018.

49 O ranking de estados e municípios na Escala Brasil Transparente pode ser obtido em: <http://www.cgu.gov.br/assuntos/transparencia-publica/escala-brasil-transparente>. Acesso em: 12/06/2018.

Lei de Acesso à Informação (Lei nº 12.527/11), e a previsão de adoção de medidas judiciais e extrajudiciais em face dos entes nos quais fosse constatado o seu descumprimento[50].

No âmbito do Ministério Público de Minas Gerais, desde o ano de 2012 vêm sendo adotadas medidas, orientadas por meio dos planos gerais de atuação do aludido órgão, com o escopo de fomentar a efetiva implementação da gestão pública transparente nos entes públicos municipais mineiros, com primordial atenção à governança sob o ponto de vista fiscal. Essas medidas atualmente estão incorporadas ao projeto intitulado "Águas Limpas – Efetividade da Lei de Acesso à Informação nos Municípios Mineiros", o qual também faz parte do plano geral de atuação do órgão para o biênio 2018/2019[51].

Ainda no âmbito do estado de Minas Gerais, o Tribunal de Contas desenvolveu interessante plataforma digital, em formato que viabiliza ágil e inteligível consulta, intitulada "Fiscalizando com o TCE"[52], que disponibiliza informações sobre dados financeiros estaduais e municipais de forma categorizada, identificadas por meio de janelas que tratam do perfil do ente público, das peças orçamentárias, das despesas, das compras, das obras públicas, dos convênios, da observância dos índices de gastos constitucionais e legais, dos demonstrativos fiscais da LRF, dos pareceres dos órgãos internos de controle, dentre outros. Trata-se, portanto, de valiosa ferramenta que auxilia e corrobora o esforço de transparência imposto pela legislação.

Além dessas iniciativas dos órgãos públicos, há que se ressaltar, ainda, a atenção dada ao assunto por organizações da sociedade

50 Mais informações em: <http://www.combateacorrupcao.mpf.mp.br/ranking/o-projeto-new/ranking/o-projeto-new>. Acesso em 12/06/2018.

51 O Plano Geral de Atuação das áreas-fins está disponível em: < https://www.mpmg.mp.br/conheca-o-mpmg/planejamento-institucional/planejamento/>. Acesso em: 02/07/2018.

52 Disponível em: <https://fiscalizandocomtce.tce.mg.gov.br/>. Acesso em: 03/07/2018.

civil. Criado em 1979, o Instituto de Estudos Sócio Econômicos (INESC) é uma organização não governamental voltada para o controle do orçamento público federal, entendendo-o como ferramenta estratégica para controle e análise social das políticas públicas. Por meio da participação e acompanhamento dos planos Plurianuais, Lei de Diretrizes Orçamentárias e Lei Orçamentária Anual da União e de articulações com diversos segmentos sociais, o INESC se propõe a contribuir para o monitoramento e melhoria da qualidade da gestão orçamentária, especialmente no que diz respeito à alocação dos recursos e sua execução. O Orçamento da Criança e do Adolescente (OCA), o Orçamento da Segurança Alimentar e Nutricional (OSAN) e o Orçamento Indigenista são alguns exemplos de ferramentas criadas para o monitoramento do orçamento.[53]

Em relação ao controle dos orçamentos municipais pela sociedade civil, merece destaque o município de Maringá, situado no norte do Paraná, em que um grupo de cidadãos se organizou, em julho de 2006, para constituir o chamado "Observatório Social de Maringá", a partir de um escândalo político ocorrido na cidade, em que cem milhões de reais teriam sido desviados dos cofres públicos. Desde então, a entidade desenvolve ações destinadas a proporcionar maior transparência e inteligibilidade do orçamento público municipal por meio de promoção de palestras, elaboração de artigos, participação em reuniões públicas, dentre outros. O sucesso da iniciativa rendeu à entidade a vitória no 5º Concurso Experiências em Inovação Social em 2009, promovido pela Comissão Econômica para a América Latina e Caribe (CEPAL)[54], e o primeiro lugar do 12º Prêmio Innovare, na categoria Justiça e Cidadania, em cerimônia realizada no dia 1º de dezembro de 2015 no Supremo Tribunal Federal.

53 Disponível em: <http://orcamento.inesc.org.br/>. Acesso em: 02/07/2018.

54 Mais informações em: <http://observatoriosocialmaringa.org.br/institucional>. Acesso em 03/07/2018.

## 4. Transparência formal *versus* transparência substancial

No julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4048, o Ministro Carlos Ayres Brito asseverou, em seu voto, que "a lei orçamentária é a lei materialmente mais importante do ordenamento jurídico logo abaixo da Constituição".[55]

Todo esforço de busca por transparência orçamentária, no Brasil e no mundo, coaduna-se com essa reconhecida importância. Afinal, o valor intrínseco das peças orçamentárias precisa ser adequadamente exteriorizado, a fim de que tais documentos cumpram a sua finalidade de servir como instrumento de planejamento governamental e de controle social.

A aferição da disponibilização de informações orçamentárias, pelos entes públicos responsáveis por publicizá-los, constitui medida que pode ser objetivamente adotada tanto pela sociedade civil quanto pelos órgãos públicos encarregados de realizar o controle do cumprimento dessa obrigação legalmente imposta. Para os fins deste estudo, denomina-se essa regular disponibilização de informações de *transparência formal*.

Contudo, conforme problema já exposto na introdução, apenas a acessibilidade aos dados orçamentários – embora constitua relevante conquista das sociedades democráticas – não se traduz em medida suficiente para viabilizar a sua efetiva utilização, seja pelo cidadão, seja pelos órgãos de controle, como ferramenta de produção de análises qualificadas e aptas a produzirem interpretações que sirvam como fundamento para ações de controle efetivamente transformativas.

Com efeito, é preciso considerar, primeiramente, que as análises orçamentárias em geral não podem ser feitas de modo isolado, isto é, sem ter em perspectiva os dados históricos em relação à

55 STF, ADI nº 4048, Rel. Min. Gilmar Mendes, data do julgamento: 14/05/2008, p. 92 dos autos.

informação que se pretende interpretar, sobretudo no que concerne à execução orçamentária. Para tanto, no caso dos entes públicos brasileiros, o decreto de programação financeira, a que se refere o artigo 8º da Lei Complementar nº 201/00, e os eventuais e ulteriores decretos de contingenciamento, referidos pelo artigo 9º da mesma lei, revelam-se de crucial importância. Além disso, a análise das despesas não pode ser desvinculada das suas respectivas fontes de financiamento e da natureza dos gastos, sejam discricionários, sejam vinculados.

As tecnicalidades típicas da linguagem orçamentária, conquanto árduas para aqueles que não as utilizam com regularidade, não são barreiras intransponíveis para compreender a qualidade e a eficiência do gasto público. A Secretaria de Orçamento Federal, por exemplo, disponibiliza, por meio de sua escola virtual, cursos gratuitos e *online*[56] que auxiliam o cidadão a se familiarizar com a linguagem orçamentária e com a forma com que os serviços públicos são organizados no Brasil, notadamente em relação à competência de cada ente da federação.

Nesse contexto, é possível falar em *transparência substancial* quando se atingem, concomitantemente, a publicidade e a efetiva compreensão das informações veiculadas, oportunizando-se a análise crítica sobre os gastos públicos. Entretanto, embora seja possível mensurar a qualidade dos dados publicados – a exemplo da pesquisa que culmina com o *Open Budget Index*, que considera a disponibilidade, a atualidade e a inteligibilidade das informações orçamentárias dos países analisados – a sua efetiva compreensão não se revela tão palpável. De fato, a aferição do atendimento à transparência substancial pressupõe uma análise bilateral, isto é, que considere não apenas os dados unilateralmente disponibilizados pelos entes públicos, mas também a capacidade que os seus destinatários têm de delas fazerem uso.

56 Os cursos estão disponíveis em:< https://ead.orcamentofederal.gov.br/>.

Tendo em vista que tal capacidade, por si só, traduz-se em uma percepção extremamente vaga e subjetiva, o segundo aspecto da transparência substancial somente pode ser objetivamente aferido a partir da quantidade e da qualidade das iniciativas participativas e de controle exteriorizadas pelos destinatários.

Segundo Guyer, Fukuda-Parr e Lawson-Remer, uma das mais importantes descobertas dos estudos sobre a pobreza realizados nos anos 90 consistiu em identificar que a "falta de voz" dos cidadãos constitui um fator de perpetuação de condições indignas de vida[57]. Essa impossibilidade de vocalizar demandas se estende, obviamente, ao processo orçamentário, implicando, assim, uma limitação que inviabiliza a influência sobre a alocação de recursos para setores específicos. Aliás, essa alocação é a fonte primária, senão a principal, para o alcance do desenvolvimento humano e a satisfação de interesses econômicos e sociais que dependem de iniciativas estatais[58].

No contexto específico da sociedade brasileira, em que a própria educação universal de base e do ensino médio ainda é um desafio a ser atingido[59], verifica-se que o potencial alcance dessa transparência substancial encontra-se restrito, especialmente, às instâncias públicas de controle e às organizações da sociedade civil que possuem condições técnicas e de pessoal para se debruçarem sobre o estudo e a análise das informações orçamentárias. Trata-se de uma responsabilidade da qual tais instâncias não podem se desincumbir, sob pena de manutenção das fragilidades e

57 GUYER, Patrick; FUKUDA-PARR, Sakiko; LAWSON-REMER, Terra. Does budget transparency lead to stronger human development outcomes and commitments to economic and social rights? Working Papers: In-deph research on budget transparency, participation, and accountability. Washington: International Budger Partnership, N. 4, 2011, p. 2.

58 GUYER, Patrick; FUKUDA-PARR, Sakiko; LAWSON-REMER, Terra. Op. cit, p. 4.

59 Vide reflexões de José Goldemberg em "O repensar da educação no Brasil". In Estudos Avançados. São Paulo: USP, 1993. Disponível em: <http://www.scielo.br/pdf/ea/v7n18/v7n18a04.pdf>. Acesso em 03/07/2018.

deficiências das políticas públicas voltadas para aqueles que ainda não têm voz. Afinal, a estreita correlação entre as despesas públicas e o financiamento das políticas públicas que repercutem diretamente sobre a qualidade dos serviços prestados à população é uma realidade que, conquanto corriqueira sob o ponto de vista da gestão pública, ainda padece de grande distanciamento por parte daqueles que desfrutam de tais serviços, a despeito das iniciativas de formatação de orçamentos "cidadãos"[60] ou mais acessíveis ao público.

Contudo, a dificuldade em se aferir a transparência substancial não deve representar um desestímulo aos esforços para alcançá-la. De pouco ou nada adiantará o aprimoramento dos portais da transparência dos entes públicos se as informações que efetivamente importam para a vida das pessoas – isto é, a forma como os governos arrecadam e gastam os recursos públicos – não forem assimiladas e interpretadas de modo a propiciar o seu efetivo controle pelas diversas formas que se revelarem institucionalmente possíveis, tais como por meio da participação cidadã direta (audiências públicas, consultas públicas, reuniões etc); do acionamento da via judicial[61], sobretudo por via da ação popular; da provocação de outros órgãos de controle (Ministério Público, Defensoria Pública, Tribunais de Contas) e, em especial, do exercício do direito de voto nas eleições seguintes.

Recentemente, a Corregedoria Nacional do Conselho Nacional do Ministério Público, por meio da Recomendação de Caráter Geral nº 02/2018, denominada "Recomendação de Aracaju", também contemplou importante medida destinada a aprimorar

60 SHIELDS, Jon; PETRIE, Murray. Producing a citizen´s guide to the budget: why, what and how? OECD Journal on Budgeting. Volume 2010/2, 2010, p. 75-87.

61 Sobre a possibilidade de formulação de questionamentos judiciais sobre os conteúdos orçamentários, vide: PINTO, Élida Graziane. Judicializar o orçamento aprimorará as políticas públicas. Conjur, 24 de janeiro de 2014. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2014-jan-20/elida-grazianejudicializar-orcamento-aprimorara-politicas-publicas>. Acesso em 03/07/2018.

a utilização da transparência substancial. A mencionada Recomendação estabeleceu, em seu art. 19, V, que a avaliação da efetividade da atuação dos membros do Ministério Público brasileiro, nos casos em que houver o ajuizamento de ações judiciais que exigem a implementação de políticas públicas, deverá levar em conta o fato de ter sido ou não indicada a fonte orçamentária ou financeira do custeio ou, ao menos, a existência de recursos públicos disponíveis para a execução da medida exigida. Dessa forma, prevê-se que os órgãos de controle, para além de pleitearem providências voltadas à concretização de direitos que impliquem prestações positivas estatais, deverão indicar os recursos financeiros por meio dos quais os pedidos veiculados poderão ser concretizados. Trata-se, portanto, de medida salutar que efetivamente aprimora a qualidade do controle do gasto público.

## 5. A educação fiscal como mecanismo de fortalecimento da transparência substancial

É fácil identificar, a partir do conceito de *transparência substancial* proposto na seção anterior, que o fortalecimento da transparência, sob esse viés, depende não apenas da melhoria no acesso à informação (i.e., quantidade, qualidade, tempestividade, confiabilidade e acessibilidade das informações disponibilizadas), como também do aperfeiçoamento da capacidade de o receptor da informação – dentre outros, o cidadão leigo em Gestão Pública – processá-la e compreendê-la. Somente a partir de tal forma de recepção é que ele estará apto a utilizar, de maneira qualificada, as informações disponibilizadas de forma a incidir sobre o processo orçamentário, em defesa de seus próprios interesses e da sociedade em geral.

Nesse sentido, a educação fiscal – compreendida como o "processo educativo que visa à construção de uma consciência voltada ao exercício da cidadania, objetivando e propiciando a par-

ticipação do cidadão no funcionamento e aperfeiçoamento dos instrumentos de controle social e fiscal do Estado"[62] – apresenta-se como mecanismo promotor da transparência substancial no Brasil. De fato, a educação fiscal é focada na superação daquela que consiste, talvez, a maior limitação atual para a efetiva participação cidadã no processo orçamentário: a carência de conhecimentos a respeito do orçamento público, tanto em seus aspectos conceituais (i.e., o que é e como influencia, na prática, a realidade social) quanto em seus aspectos técnicos (i.e., como se estrutura, o que significam a linguagem e a codificação utilizadas nas peças orçamentárias etc.).

Para a concretização de uma educação fiscal de qualidade, é necessário um esforço voltado para a formação do cidadão desde a Educação Básica, de modo a despertar-lhe, desde cedo, o interesse por compreender e acompanhar a forma como Estado se organiza para empregar os recursos públicos. Esse esforço começa por fazê-lo compreender que é por meio do orçamento público que, na prática, serão materializados não só seus próprios direitos, como os direitos de toda a coletividade. A capacitação deve ser gradativa, visando ao alcance do patamar de uma perspectiva interpretativa e crítica que permita, inclusive, a associação das informações assimiladas a outros conhecimentos relevantes para a compreensão da realidade social, tais como história, política, economia etc.

Nesse contexto, pode-se suscitar o seguinte questionamento: como implementar o esforço qualificado de educação fiscal no Brasil, tendo em vista os imensos desafios que a política pública de Educação enfrenta hoje, marcadamente quanto à qualidade do ensino? A resposta está atrelada a uma nova pergunta: como resolver os desafios na política pública de Educação sem que haja, em seu desenho e em seu monitoramento, a participação

62 BRASIL. ESAF. Programa Nacional de Educação Fiscal (PNEF): Documento Base, 3. ed., 2017, p. 6. Disponível em: < http://educacaofiscal.gov.br/wp-content/uploads/2016/12/DOC-BASE-PNEF-2017_revisado2.pdf >. Acesso em 15/08/2018.

efetiva e qualificada do cidadão que dela se beneficia? Assim, tais questionamentos evidenciam que, para a qualificação das políticas públicas em longo prazo, é importante instrumentalizar, desde já, o cidadão que as construirá no futuro, seja no papel de gestor público, seja no papel de usuário dos serviços públicos.

Cabe ressaltar que o Brasil possui um pouco divulgado Programa Nacional de Educação Fiscal (PNEF). Esse programa evoluiu a partir de iniciativas adotadas pelo próprio Poder Público brasileiro desde 1969, e seu marco normativo, aprovado em 2002, foi a Portaria Interministerial nº 413 - MF/MEC, que instituiu o Grupo de Trabalho de Educação Fiscal – GEF e seus representantes, além de definir as competências dos órgãos responsáveis pela implementação do Programa Nacional de Educação Fiscal – PNEF[63].

Os órgãos partícipes são os seguintes: Ministério da Educação (MEC), Ministério da Fazenda (MF) – representado pela Secretaria da Receita Federal do Brasil - RFB, Secretaria do Tesouro Nacional – STN, e a Escola de Administração Fazendária – Esaf – e Secretarias Estaduais da Educação e da Fazenda. Há, ainda, parcerias com o Ministério de Planejamento, Orçamento e Gestão (MPOG), com o Ministério da Transparência, Fiscalização e Controladoria-Geral da União e com a Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional (PGFN)[64].

O público-alvo do programa contempla as seguintes categorias: estudantes da Educação Básica, estudantes do Ensino Superior e comunidade universitária, servidores públicos e sociedade em geral[65]. A missão declarada do PNEF consiste em "compartilhar conhecimentos e interagir com a sociedade sobre a origem, aplicação e controle dos recursos públicos, favorecendo a participação

63 BRASIL, op. cit., pp. 6-7.

64 Idem, p.7.

65 Idem, p.9.

social"[66]; seu objetivo geral, por sua vez, é "promover e institucionalizar a Educação Fiscal para o efetivo exercício da cidadania"[67].

No tocante à estratégia de implementação, o programa funciona de maneira descentralizada, podendo cada estado ou município executá-lo de acordo com as especificidades locais, observadas as diretrizes nacionais[68]. Para participarem, os entes federados interessados devem aderir ao programa, por meio de procedimento específico de formalização[69].

A respeito do programa, Grzybovsky e Hahn avaliam que:

> O Pnef busca promover o entendimento coletivo da necessidade e da função social do tributo, assim como dos aspectos relativos à administração dos recursos públicos. Com o envolvimento do cidadão no acompanhamento dos gastos públicos, estabelece-se controle social sobre o desempenho dos administradores públicos e asseguram-se melhores resultados sociais. O aumento da cumplicidade do cidadão em relação às finanças públicas torna mais harmônica sua relação com o Estado. Esse é o estágio de convivência social desejável e esperado[70].

Avaliar o PNEF sob o ponto de vista de seu desenho e de seus resultados transcende o escopo deste artigo. Entretanto, dada a importância que a educação fiscal assume para o fortalecimento da transparência orçamentária, bem como considerando a existência de um programa nacional nesse sentido, nota-se que a democracia brasileira, sobretudo a partir das inovações legisla-

66 Idem,, p.12.

67 Idem, p.13.

68 BRASIL, op. cit., p.11.

69 Idem, pp.28-29.

70 GRZYBOVSKI, Denize; HAHN, Tatiana Gaertner. Educação fiscal: premissa para melhor percepção da questão tributária. In: Revista de Administração Pública, v.40, n.5, set/out 2006, p. 850. Disponível em: < http://www.scielo.br/pdf/%0D/rap/v40n5/a05v40n5.pdf >. Acesso em 16/08/2018.

tivas dos últimos anos, proporciona ambiente propício para o desenvolvimento de uma prática e de uma cultura sociais que efetivamente se utilizem das informações fiscais como ferramenta propulsora do aprimoramento das políticas públicas.

## 6. Considerações finais

A partir das reflexões suscitadas neste estudo, verifica-se que não apenas transparência e participação popular no orçamento público têm se consubstanciado em preocupação do legislador brasileiro, como também vêm sendo exigidas cada vez mais pela sociedade civil organizada, impondo que essa pauta passe a fazer parte permanente da agenda de prioridades de qualquer gestor público. Os princípios da publicidade e eficiência, norteadores da atuação da administração pública, não teriam o alcance pretendido no que toca às finanças públicas se as informações relevantes não estivessem, de fato, acessíveis à população.

Nesse contexto, revela-se cada vez mais possível e necessário que o cidadão tenha conhecimento - e, mais importante, busque-o constantemente - a respeito de como têm sido gastos os recursos provenientes do tributo que ele paga. Assim, mais do que mera formalidade, a disponibilização dos dados orçamentários de um governo, de qualquer esfera da federação, de forma clara, inteligível e objetiva, constitui uma forma de fornecer instrumentos para a sociedade no combate ao uso indevido dos recursos públicos.

A propósito da transparência – e, em especial, da "transparência substancial", conforme definição trabalhada no artigo -, argumenta-se que a educação fiscal consiste em instrumento central de seu fortalecimento, apesar das dificuldades que sua implementação possa encontrar, sobretudo na Educação Básica. Tendo em vista a importância do tema, bem como a existência de um Programa Nacional de Educação Fiscal (PNEF), sugere-se, para estudos fu-

turos, o aprofundamento dessa discussão, a partir de uma análise aprofundada do PNEF, de modo a identificar suas potencialidades e limitações para a promoção da educação fiscal – e, por consequência, para o aperfeiçoamento da transparência fiscal no Brasil.

Muitos são os desafios para que a transparência orçamentária atinja seu devido grau de difusão e institucionalização no Brasil e no mundo. Apesar das iniciativas populares e medidas tomadas pelo Poder Público nas mais variadas instâncias, o acesso às contas públicas ainda pode ser visto como algo sem importância ou desinteressante por parcela da população, o que certamente beneficia o gestor público inescrupuloso. Contudo, o maior acesso às informações e a efetiva compreensão de seu conteúdo devem contribuir para o esforço de devida apuração e tempestiva punição àqueles que fazem uso inadequado do dinheiro público. Afinal, o rigor na fiscalização orçamentária torna-se inócuo sem a aplicação das correspondentes sanções nos casos de constatação de irregularidades.

Conclui-se, pois, que o objetivo principal de todas as iniciativas em prol da transparência das receitas e dos gastos públicos não é simplesmente a disponibilização de informações. É preciso, sobretudo, que elas se tornem ferramentas substanciais de controle e monitoramento social voltadas à busca da qualificação progressiva dos gastos públicos e das políticas públicas que lhes correspondem, e, consequentemente, da melhoria da qualidade de vida da população.

## 7. Referências

AVELINO, Daniel Pitangueira de; SANTOS, José Carlos dos. Controle Social e Transversalidades: sinais de participação no planejamento governamental brasileiro. *In PPA 2012-2015*: experimentalismo institucional e resistência burocrática. Org.: José Celso Cardoso Jr. e Eugênio A. Vilela dos Santos. Brasília: IPEA, 2015.

BRASIL. Escola Superior de Administração Fazendária (ESAF). Programa Nacional de Educação Fiscal (PNEF): Documento Base, 3. ed., 2017, p. 6. Disponível em: <http://educacaofiscal.gov.br/wp-content/uploads/2016/12/DOC-BASE-PNEF-2017_revisado2.pdf >. Acesso em: 15/08/2018.

BRASIL. Conselho Nacional do Ministério Público. Corregedoria Nacional. Recomendação de Caráter Geral nº 02, de 21 de junho de 2018. *Diário Oficial da União*. Brasília, 2018.

COHEN, Nissim. The Power of expertise? Politician-bureaucrat interactions, national budget transparency and the Israeli health care policy. Policy Studies, vol. 34, 2013, p. 638-654.

GOLDEMBERG, José. O repensar da educação no Brasil. In: *Estudos Avançados*. São Paulo: USP, 1993. Disponível em: <http://www.scielo.br/pdf/ea/v7n18/v7n18a04.pdf>. Acesso em: 03/07/2018.

GRZYBOVSKI, Denize; HAHN, Tatiana Gaertner. Educação fiscal: premissa para melhor percepção da questão tributária. In: *Revista de Administração Pública*, v.40, n. 5, set/out 2006, p. 850. Disponível em: <http://www.scielo.br/pdf/%0D/rap/v40n5/a05v40n5.pdf >. Acesso em: 16/08/2018.

GUYER, Patrick; FUKUDA-PARR, Sakiko; LAWSON-REMER, Terra. Does budget transparency lead to stronger human development outcomes and commitments to economic and social rights? Working Papers: In-deph research on budget transparency, participation, and accountability. Washington: International Budger Partnership, n. 4, 2011, p. 1-24.

HELLER, Patrick; ALVES, Jorge Antônio. Accountability from the top down? Brazil´s advances in budget transparency despite a lack of popular mobilization. In: *Open Budgets*: the political economy of transparency, participation and accountability. Washington: Brookings Institution Press, 2013.

KHAGRAM, Saanjeev; FUNG, Archon; RENZIO, Paolo de. Overview and Synthesis: The Political Economy of Fiscal Transparency, Participation and Accountability around the World. In Open Budgets: The political economy of transparency, participation and accountability. Washington: Brookings Institution Press, 2013, p. 1-50.

MASUD, Harika; LAKIN, Jason. Documents you can use: what the open budget survey 2010 tells us about the global state of transparency. *Yale Journal of International Affairs*, n. 64, 2011, p. 64-73.

NABATCHI, Tina; LEIGHNINGER, Matt. Public Participation for 21st Century Democracy. Hoboken, New Jersey: Jossey-Bass, 2015.

PINTO, Élida Graziane. Judicializar o orçamento aprimorará as políticas públicas. *Conjur*, 24 de janeiro de 2014. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2014-jan-20/elida-grazianejudicializar-orcamento-aprimorara-politicas-publicas>.

PHILIPPS, Lisa; STEWART, Miranda. Fiscal transparency: global norms, domestic laws and the politics of budgets. *Brooklyn Journal of International Law*, vol. 34, 2009, p. 797-859.

SHIELDS, Jon; PETRIE, Murray. Producing a citizen´s guide to the budget: why, what and how? *OECD Journal on Budgeting*, vol. 2010/2, 2010, p. 75-87.

WEHNER, Joachim. Legislatures and the budget process: the myth of fiscal control. Basingstoke, Hampshire: Palgrave Macmillan, 2010.

Artigo recebido em: 9/7/2018
Artigo aprovado em: 2/10/2018

DOI: 10.5935/1809-8487.20180011

175 - 216
Artigo

# A EFETIVAÇÃO DO DIREITO À MORADIA PELA ÓTICA DA IGUALDADE MATERIAL: A APLICABILIDADE DO PROGRAMA MINHA CASA MINHA VIDA À POPULAÇÃO EM SITUAÇÃO DE RUA

WAGNER BOTELHO PRATES

# A EFETIVAÇÃO DO DIREITO À MORADIA PELA ÓTICA DA IGUALDADE MATERIAL: A APLICABILIDADE DO PROGRAMA MINHA CASA MINHA VIDA À POPULAÇÃO EM SITUAÇÃO DE RUA

THE REALIZATION OF THE RIGHT TO HOUSING FROM THE POINT OF VIEW OF MATERIAL EQUALITY: THE APPLICABILITY OF THE PROGRAM MINHA CASA, MINHA VIDA TO THE POPULATION LIVING ON THE STREET

WAGNER BOTELHO PRATES
Advogado
botelho.wagner@hotmail.com

**RESUMO:** O presente artigo pretende analisar se a política pública habitacional definida pelo Programa Minha Casa Minha Vida atenta contra os ideais de justiça social ao estabelecer dentre os seus condicionamentos critérios socioeconômicos mínimos, excluindo, desse modo, a população em situação de rua. Em um primeiro plano, é feita uma abordagem contextual acerca da relação entre vulnerabilidade e mínimo existencial. E, a partir de uma análise de dados oficiais, que demonstram a acentuada desigualdade social existente em nosso país, questiona-se o empenho do Poder Público na implementação de políticas públicas inclusivas, pautadas na premissa aristotélica de que devemos tratar os iguais igualmente e os desiguais desigualmente, na medida de suas desigualdades. A intenção deste estudo é refletir sobre a concretização da igualdade material em face da consecução do direito à moradia da população em situação de rua.

**PALAVRAS-CHAVE**: Programa Minha Casa Minha Vida; População em situação de rua; Igualdade material; Dignidade Humana; Direito à moradia.

**ABSTRACT**: The purpose of this paper is to analyze if the public housing policy defined by the Minha Casa Minha Vida Program undermines the ideals of social justice by establishing among its conditions minimum socioeconomic criteria, thus excluding the street population. In the foreground, a contextual approach is made on the relationship between vulnerability and existential minimum. And, based on an analysis of official data, which demonstrate the marked social inequality in our country, we question the commitment of the Public Power in the implementation of inclusive public policies, based on the Aristotelian premise that we should treat equally equally and unequal inequalities, in the measure of their inequalities. The intention of this study is to reflect on the concretization of material equality in relation to the attainment of the right to housing of the street population.

**KEYWORDS**: Minha Casa Minha Vida Program; Street Population; Material equality; Human Dignity; Right to housing.

**SUMÁRIO:** 1. Introdução - 2. Direito e Exclusão: pelo mínimo existencial dos vulneráveis - 3. Política habitacional para efetivação do direito à moradia: pela causa da população em situação de rua - 4. O Programa Minha Casa Minha Vida e o substrato da igualdade material: uma análise à luz dos pressupostos da justiça distributiva - 5. Conclusão. - 6. Referências.

## 1. Introdução

O direito fundamental à moradia digna assume uma importância significativa em um país tão desigual como o Brasil, onde nem todos os brasileiros podem exercê-lo, pois não possuem uma casa com infraestrutura adequada. O aumento do número da população em situação de rua e do déficit habitacional são fatores que põem em xeque a atuação do Estado na consecução desse direito, uma vez que é seu dever assegurá-lo a todos, principalmente à população que se encontra em estado de acentuada vulnerabilidade socioeconômica.

O cenário internacional, ao reconhecer este grave problema social, celebrou diversos compromissos com o Brasil, objetivando dar maior sustentação à formação de políticas públicas habitacionais. No entanto, a eficácia desses compromissos no território brasileiro, bem como o empenho do Poder Público na implementação de ações que assegurem a dignidade dos mais vulneráveis, são questionados nacionalmente e internacionalmente, ante o expressivo número de pessoas não contempladas pelas políticas de cunho habitacional.

Nesse contexto, a premissa aristotélica – de que devemos tratar os iguais igualmente e os desiguais desigualmente, na medida de suas desigualdades – nunca esteve tão atual. É a partir desse propósito que o modelo constitucional vigente tenta reparar injustiças e incluir os vulneráveis, assegurando-lhes o pleno exercício da cidadania a partir de tratamentos diferenciados.

Entre as ações estatais que visam implementar a igualdade material, merece destaque o Programa Minha Casa, Minha Vida, instituído pelo Governo Federal em 2009. Mais especificamente, o presente ensaio questiona se os critérios socioeconômicos utilizados para a seleção dos beneficiários do referido programa atentam contra os preceitos de justiça social firmados em nossa Constituição ao excluir a população de rua de seu atendimento.

## 2. Direito e exclusão: pelo mínimo existencial dos vulneráveis

Em maior ou menor grau, a vulnerabilidade atinge a todos os seres humanos. A natureza mortal evidencia a fragilidade humana e ao mesmo tempo se apresenta como a "mais democrática das circunstâncias, aquela que colhe a todos, indistintamente" (NALINI, 2013, p. 50), colocando a humanidade na condição *sine qua non* de vulnerabilidade. Por outro lado, a capacidade de resiliência perante os desafios da vida demonstra que os indivíduos não são igualmente frágeis, sendo fácil identificar pessoas ou grupos mais vulneráveis do que outros.

Ao longo da história, o exercício do poder político, cultural ou econômico por determinados indivíduos ou grupos denota a desigualdade existente no acesso aos bens e serviços necessários a uma vida digna. Em que pese se tratar de uma realidade facilmente observável, a concepção de igualdade baseada na dignidade inerente a todo ser humano é uma preocupação jurídica recente, com destaque a partir da segunda metade do século XX.

No entanto, isso não significa que a premissa da igualdade seja uma novidade no Direito. Pelo contrário, a igualdade é uma inquietação que remonta à construção da democracia grega e do ideal de justiça. Aristóteles, por exemplo, não acreditava na existência de uma igualdade fundamental entre os homens. Para o filósofo grego, alguns teriam nascido para o mando e outros para a obediência (ARISTÓTELES, 2009, p. 117).

A distinção[1] entre igualdade *formal* e *material* presente na concepção de justiça aristotélica atravessou séculos e ganhou importância jurídica após as revoluções europeias do século XVI. Para combater os privilégios do modelo monárquico absolutista de Estado, o Direito Ocidental moderno incorporou o discurso de

1 Para Aristóteles a igualdade formal decorria da igualdade de oportunidades ou da igualdade perante a lei. Já a igualdade material, se constituía na situação de fato em que o indivíduo se encontra, sendo inviável diante da multifária heterogeneidade da espécie humana. (NALINI, 2013, p. 64).

uma igualdade *formal* entre os homens, contemplada desde as Constituições Liberais.

Para a doutrina iluminista e jusnaturalista dos séculos XVII e XVIII, a intervenção do Estado para fins de redução da desigualdade não era sequer cogitada. Isso porque, a ascensão do liberalismo clássico difundia como ideal de igualdade aquela proveniente do esforço de cada um. Dessa forma, a consagração formal da igualdade nas primeiras Constituições escritas do século XVIII não gerava a garantia do seu efetivo gozo (SARLET, 2012, p. 47). O conceito de igualdade restrito ao formalismo ignora a desigualdade histórica em relação a determinadas pessoas ou grupos e pressupõe uma equidade forjada. Neste sentido, a compreensão da sociedade como um corpo homogêneo composto de pessoas iguais tem como resultado a instituição de leis que reforçam a vulnerabilidade de determinadas populações historicamente invisibilizadas em suas demandas sociais.

O reconhecimento da humanidade enquanto um coletivo heterogêneo, marcado pela coexistência entre grupos culturalmente dominantes e por minorias sociais, é resultado de amplos movimentos reivindicatórios que atribuíram ao Estado papel interventivo na realização da justiça social. Porém, é no século XX, de modo especial no contexto pós-Segunda Guerra, que a igualdade passa a ser considerada em seu sentido material.

As atrocidades[2] cometidas durante a Segunda Guerra Mundial, a exemplo do genocídio de milhões de judeus e outras minorias, mobilizou vários Estados na criação de um sistema de protecionismo universal. A Organização das Nações Unidas (ONU), constituída em 1945, possibilitou uma nova forma de cooperação entre os países. A partir da celebração de Tratados Internacionais,

2 Nesta guerra o número de mortos foi superior ao de todas as outras guerras anteriores juntas. Ela "(...)resultou no envio de 18 milhões de pessoas a campos de concentração, com a morte de 11 milhões, sendo 6 milhões de judeus, além de comunistas, homossexuais, ciganos (...)" (PIOVESAN, 2006, p. 13).

muitas nações incluíram em suas constituições dispositivos que refletem a preocupação com a proteção dos direitos humanos.

A Declaração Universal dos Direitos Humanos, proclamada pela Assembleia Geral das Nações Unidas em 1948, representa um marco no processo histórico de lutas pelo progresso social. Além de assentar os direitos humanos como inerentes à toda espécie humana, independentemente de raça, sexo, nacionalidade, etnia, idioma, religião ou qualquer outra condição, este documento reflete um ideal comum a ser alcançado por todos os povos. A Constituição Brasileira de 1988 foi a primeira a estabelecer a dignidade humana como fundamento último do Estado[3]. Em seu preâmbulo, a Constituição Cidadã ratifica o compromisso com os direitos sociais e individuais e estabelece "*a igualdade e a justiça como valores supremos de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos*". (Grifo nosso)

Em vários dispositivos, a nossa Constituição buscou aproximar as concepções de igualdade *formal* e *material*[4]. Ao entabular a redução das desigualdades sociais e regionais, a erradicação da pobreza e da marginalização e a promoção do bem de todos como objetivos fundamentais da República[5], o texto constitucional assume um compromisso com o povo na realização de ações estatais para concretização da *igualdade material*, premissa umbilicalmente ligada à noção de dignidade da pessoa humana. Nesse sentido, merece destaque a proposta conceitual de Sarlet:

> Temos por dignidade da pessoa humana a qualidade intrínseca e distintiva reconhecida em cada ser humano que o faz merecedor do mesmo respeito e consideração por parte do Estado e da comunidade, implicando, nesse sentido, um complexo de direitos e deve-

3 Vide art. 1º, III, da CF/88.

4 A Constituição Federal de 1988 tem por essência a justiça social e por isso elencou Direitos e Garantias Fundamentais não restritos ao artigo 5º.

5 Art. 3º, I, II e III, da CF/88.

> res 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 da vida em comunhão com os demais seres humanos, mediante o devido respeito aos demais seres que integram a rede da vida. (SARLET, 2012, p.73)

Como se vê, a ideia de dignidade humana remete a uma atuação positiva do Estado. Uma atuação pautada em prestações materiais indispensáveis para que todo ser humano tenha uma vida digna. Ocorre que em uma sociedade tão desigual como a brasileira, a igualdade pautada na dignidade humana encontra obstáculos concretos para ser efetivada.

Nesse ínterim, a diferença econômica, por exemplo, é um dos principais empecilhos para que se reconheça a igualdade em nossa nação. Apesar do crescimento econômico e social alcançados a partir da promulgação da Constituição de 1988, o Brasil possui um contingente populacional expressivo com dificuldades na obtenção de trabalho formal[6] e renda[7] e, em casos mais graves, em situação de pobreza extrema, o que provoca fortes violações aos direitos humanos.

O último diagnóstico realizado pelo Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento (PNUD) mostra que o Brasil man-

6 Segundo o Comitê de Datação de Ciclos Econômicos (Codace), da Fundação Getulio Vargas, entre o terceiro trimestre de 2014 e o quarto trimestre de 2016, foi registrado a mais longa recessão da história do Brasil desde a década de 1980. Desde então, o número de trabalhadores com carteira assinada no país caiu drasticamente. Dados do PNAD referente ao terceiro trimestre do corrente ano revelam que desde o início da crise econômica, no final de 2014, o contingente de empregados protegidos pela CLT recuou em 3,5 milhões de pessoas. A pesquisa também registrou que dos atuais 13 milhões de brasileiros desempregados 8,3 milhões (63,7%) são negros ou pardos e que até setembro deste ano, o número de brasileiros com emprego formal era de 33,3 milhões.

7 No que tange a renda dos brasileiros, a pesquisa mais recente do IBGE, publicada em novembro passado, revelou que metade dos trabalhadores brasileiros tem renda menor que o salário mínimo. O levantamento feito em 2016 demonstrou que a renda abaixo do mínimo é possível entre trabalhadores informais e autônomos, bem como que 10% da população concentra 43% da soma de rendimentos do país.

teve estagnada a nota de 0,754, ocupando o 79º lugar entre 188 nações no ranking de IDH[8]. Em que pese o patamar considerado alto pela ONU, o Brasil despencou 19 posições na classificação correspondente à diferença entre ricos e pobres, sendo o décimo país mais desigual do mundo[9].

As diferenças raciais e de gênero também são obstáculos à igualdade. O estudo "Retrato das Desigualdades de Gênero e Raça com base em séries históricas de 1995 a 2015"[10] feito pela Pesquisa Nacional por Amostra de Domicílios - PNAD do IBGE, publicado em março deste ano, revela que a desigualdade de gênero e raça no Brasil permanece. No quesito renda, apesar do rendimento das mulheres negras ter sido o que mais se valorizou entre 1995 e 2015 (80%), a escala de remuneração manteve-se inalterada: homens brancos têm os melhores rendimentos, seguidos de mulheres brancas, homens negros e mulheres negras. A diferença da taxa de desocupação entre sexos também merece registro: em 2015, a feminina era de 11,6%, enquanto a dos homens atingiu

8 O Relatório de Desenvolvimento Humano (RDH), de 2016, intitulado "Desenvolvimento humano para todos" foi publicado em 21 de março de 2017. O RDH é reconhecido pelas Nações Unidas como uma importante ferramenta para aumentar a conscientização sobre o desenvolvimento humano em todo o mundo. Além de medir o Índice de Desenvolvimento Humano, que leva em consideração indicadores como saúde, educação e renda, o RDH apresenta dados e análises relevantes à agenda global e aborda questões e políticas públicas que colocam as pessoas no centro das estratégias de enfrentamento aos desafios do desenvolvimento.

9 O relatório do PNUD destaca que embora o Brasil tenha retirado 29 milhões de pessoas da pobreza no período entre 2003 e 2013, houve um crescimento do índice entre 2014 e 2015, com 4 milhões de pessoas ingressando nessa faixa. Segundo o representante residente do PNUD no Brasil, Niky Fabiancic, as desigualdades sociais, étnicas e de gênero continuam sendo alguns dos maiores entraves ao desenvolvimento da humanidade porque muitos grupos têm sido excluídos historicamente dos resultados positivos do desenvolvimento. Ele acrescentou que habitantes das zonas rurais, minorias étnicas, migrantes, população LGBTI, refugiados e mulheres figuram entre os grupos mais vulneráveis e que sofrem em maior medida com as crises mundiais. Os indígenas, por exemplo, representam apenas 5% da população do globo, mas correspondem a 15% das pessoas que vivem na pobreza.

10 O Retrato das desigualdades de gênero e raça traz dados para o período de 1995 a 2015 e tem por objetivo disponibilizar informações sobre a situação de mulheres, homens, negros e brancos no Brasil. O intuito do estudo é apresentar estatísticas descritivas que possam compor um retrato atual da situação dos brasileiros sob a perspectiva das desigualdades de gênero e raça em nosso país, bem como um histórico que permita analisar os principais avanços e continuidades dessas assimetrias ao longo de quase duas décadas.

7,8%. No caso das mulheres negras, ela chegou a 13,3% (e 8,5% para homens negros). (BRASIL, PNAD-IBGE, 2017).

Oportuno ressaltar que a atual composição do parlamento brasileiro (legislatura 2015-2018) reflete a desigualdade em seus aspectos econômico, racial e de gênero. Dos 513 deputados eleitos, 248 declararam à Justiça eleitoral possuir patrimônio superior a R$ 1 milhão. Os negros e pardos representam mais da metade da população brasileira, mas são apenas 20% dos deputados. Também é baixa a representatividade da mulher no Congresso Nacional. Composta por 51 mulheres, a bancada feminina tem apenas 9,94% dos assentos[11].

A reflexão acerca dos obstáculos à concretização da igualdade demonstra que esta premissa é uma ideia incompleta se considerada tão somente do ponto de vista formal. Promover um tratamento igualitário pautado na dignidade humana requer não apenas a vedação legal à discriminação, seja ela de *qualquer natureza*, mas um tratamento diferenciado, que se justifica diante da consideração de fatores que desigualam e colocam pessoas e grupos em situações de *vulnerabilidad*e na sociedade[12].

Desde a promulgação da Constituição de 1988, procedeu-se no Brasil uma flagrante revalorização dos direitos humanos. Seja por meio da adesão de Tratados Internacionais, seja pela edição de decretos ou leis, a dignidade humana tem sido proclamada reiteradamente. No entanto, num país de tantas desigualdades

11 Pesquisa realizada pelo Congresso em Foco apresenta o perfil dos Deputados eleitos em 2015 (Legislatura 2015-2018).

12 De acordo com o Manual de Direitos Humanos dos grupos vulneráveis elaborado pela Rede Direitos Humanos e Educação Superior da Universitat Pompeu Fabra, Barcelona, são vulneráveis quem tem diminuídas, por diferentes razões, suas capacidades de enfrentar as eventuais violações de direitos básicos, de direitos humanos. Essa diminuição de capacidades, está associada a determinada condição que permite identificar o indivíduo como membro de um grupo específico que, como regra geral, está em condições de clara desigualdade material em relação ao grupo majoritário. Dessa forma, o grau de vulnerabilidade das pessoas depende de diferentes fatores físicos, econômicos, sociais e políticos.

como o nosso, é necessário muito mais do que um discurso. É preciso operacionalizar o ideal de igualdade previsto em cada tipo de norma expedida por meio da construção e validação de meios à sua concretização.

O abismo entre a realidade brasileira e a implementação dos direitos sociais que visam à redução da desigualdade põe em xeque a efetividade das normas jurídicas no que tange a sua aplicabilidade imediata. Em que pese a Constituição de 1988 tenha incluído os direitos sociais no rol de direitos fundamentais e declarado expressamente em seu art. 5º, § 1º a aplicabilidade imediata dessas normas, persiste a controvérsia doutrinária acerca da extensão deste dispositivo.

No que diz respeito ao sentido e alcance de tal enunciado, a interpretação proposta por Eros Grau sugere que os direitos sociais, enquadrados dentre os fundamentais, têm aplicabilidade imediata em toda e qualquer situação, independentemente da atuação legislativa ou administrativa (GRAU, 1997, p. 312). Por outro lado, autores como Manoel Gonçalves Ferreira Filho defendem uma interpretação restritiva da norma descrita no art. 5º, §1º da Constituição. Para essa corrente, a concretização dos direitos sociais estaria subordinada à *natureza das coisas*, ou seja, o dispositivo seria aplicável na medida do possível.

Não obstante as controvérsias acerca da efetividade dos direitos sociais, é importante registrar que a doutrina[13] é unânime em afir-

13 Flávia Piovesan, José Afonso da Silva, Luis Roberto Barroso e Paulo Bonavides estão entre os doutrinadores que defendem a efetividade dos direitos fundamentais. Segundo Piovesan, o art. 5º, § 1º da Constituição Federal revela uma imposição aos Poderes Públicos de alicerçar a eficácia máxima e imediata factível aos direitos fundamentais, na medida em que "intenta assegurar a força dirigente e vinculante dos direitos e garantias de cunho fundamental" (PIOVESAN, 2000, p. 64). Barroso, por sua vez, assevera que "[...] todas as normas constitucionais são normas jurídicas dotadas de eficácia e veiculadoras de comandos imperativos". (BARROSO, 2006, p. 278). Para José Afonso da Silva os direitos sociais são direitos fundamentais que só cumprem sua finalidade se tiverem eficácia plena, ou seja, se as normas que os expressem tiverem efetividade. (SILVA, 2010, p. 467). Já para Bonavides os direitos sociais passaram por uma crise de efetividade que estaria próxima de acabar, ante a formulação do preceito da aplicabilidade imediata dos direitos fundamentais, que tende a justificar a maior aplicabilidade desses direitos. (BONAVIDES, 2008, p. 564).

mar que todas as normas constitucionais possuem um mínimo de eficácia, sendo esta variável conforme o grau de densidade normativa[14]. No entendimento de Sarlet, a melhor interpretação da norma contida no art. 5º, §1º da CF é a que parte da "premissa de que se trata de norma de cunho inequivocamente principiológico". (SARLET, 2012, p. 242). Desse modo, o postulado da aplicabilidade imediata dependeria do direito fundamental em pauta.

Certo é que os direitos sociais têm custos e se realizam através de prestações do Poder Público. A necessidade de orçamento e dotações específicas para sua concretização demonstra que alguns direitos sociais são efetivados em detrimento de outros. Se por um lado a escassez de recursos econômicos impossibilita o integral atendimento dos direitos sociais constitucionalmente estabelecidos, por outro, o compromisso estatal com a promoção dos direitos humanos obriga o Poder Público a respeitar um padrão mínimo de condições materiais essenciais à dignidade humana.

Nesse sentido, a proteção dos direitos humanos vem para de assegurar a subsistência, ou seja, as condições materiais imprescindíveis à conservação e desenvolvimento da vida[15]. Em meio à extrema pobreza na qual parcela significativa da população brasileira se encontra[16], o Estado torna-se responsável por garantir condições básicas fundamentais para que as pessoas vivam com um mínimo de dignidade. Ana Paula de Barcellos assevera que:

14 Partindo de uma concepção substancial da Constituição e reconhecendo o caráter vinculante reforçado e geral das suas normas, não existem dispositivos do texto constitucional destituídos de conteúdo normativo. No entanto, o conteúdo concreto de cada norma define, em cada caso, qual o alcance específico de sua carga eficacial. (SARLET, 2011, p. 255)

15 Conforme art. 3º da Declaração Universal de Direitos Humanos "Todo ser humano tem direito à vida, à liberdade e à segurança pessoal".

16 A última Síntese de Indicadores Sociais (SIS) feita pelo IBGE demonstra que o número de famílias com rendimento per capita inferior a 1/4 do salário mínimo, que de acordo com a classificação do IPEA vivem na chamada "pobreza extrema" voltou a crescer em 2015, após quatro anos de queda. Segundo a pesquisa do IBGE, a faixa que mais cresceu entre 2014 e 2015 foi justamente a dos mais pobres, com renda de até 1/4 de salário mínimo per capita. Esse grupo saltou de 8% para 9,2% em um ano.

> O mínimo existencial corresponde ao conjunto de situações materiais indispensáveis à existência humana digna; existência aí considerada não apenas como experiência física – a sobrevivência e a manutenção do corpo – mas também espiritual e intelectual, aspectos fundamentais em um Estado que se pretende, de um lado, democrático, demandando a participação dos indivíduos nas deliberações públicas, e, de outro, liberal, deixando a cargo de cada um seu próprio desenvolvimento. (BARCELLOS, 2002, p. 197-198).

Importado do constitucionalismo alemão[17], o conceito de mínimo existencial é um conceito aberto, indeterminado, ainda em construção. No Brasil, vários doutrinadores[18] procuraram definir o conteúdo mínimo abarcado por este conceito, bem como a sua exigibilidade perante o ordenamento jurídico. Em que pesem as diferenças acerca da leitura desta premissa, o consenso está na busca pela concretização dos direitos fundamentais sociais, de modo que a dignidade humana alcance toda a sociedade.

A efetivação desses direitos sociais, quando não concretizados pelos Poderes Executivo e Legislativo, admitiria, inclusive, intervenção jurisdicional. Para Barcellos (2008), nem mesmo o argumento da reserva do possível[19], que leva em consideração a limitação dos recursos econômicos, teria condão de eximir a responsabilidade do Poder Público na garantia dos *limites mínimos exigíveis*.

17 A ideia de mínimo existencial teve origem na jurisprudência do Tribunal Constitucional Federal alemão em decisões diversas. Embora não esteja expressamente previsto na Constituição de 1988 ou em tratados internacionais, sua estrutura é reconhecida, vez que constitui o núcleo essencial dos direitos fundamentais.

18 Merece destaque os posicionamentos de Ricardo Lobo Torres e Ana Paula Barcellos sobre a temática. Na obra "O direito ao mínimo existencial" Torres afirma que o mínimo existencial compõe em seu núcleo apenas a parcela dos direitos sociais dotados de fundamentalidade. Para o autor, os direitos sociais que integrariam o mínimo existencial seriam: Previdência, Saúde e Assistência Social; bem como determinadas parcelas do direito à educação, do direito à moradia e do direito à assistência jurídica. (TORRES, 2009, p. 244). Já o mínimo concebido por Ana Paula de Barcellos é composto por quatro elementos: a educação fundamental, a saúde básica, a assistência aos desamparados e o acesso à justiça. (BARCELLOS, 2008, p. 287).

19 "Fenômeno econômico da limitação dos recursos disponíveis diante das necessidades quase sempre infinitas a serem por eles supridas." (BARCELLOS, 2008, p. 261).

Fato é que a justiça brasileira tem sido provocada para se manifestar acerca dos direitos que o mínimo existencial garante. No âmbito do Supremo Tribunal Federal, o julgamento do ARE 639.337/2011 Agr/SP, de relatoria do ministro Celso de Mello, resultou em um precedente não vinculante que analisa a relação entre o mínimo existencial e o argumento da reserva do possível[20]. A partir desta decisão, o entendimento firmado pela Corte foi no sentido de que a cláusula da reserva do possível não pode ser invocada, pelo Poder Público, com o propósito de fraudar, frustrar ou inviabilizar a implementação de políticas públicas definidas na própria Constituição.

No que se refere especificamente ao mínimo existencial, das decisões[21] do STF é possível extrair que: (i) *representa a emanação direta do postulado da essencial dignidade da pessoa* e (ii) *compreende um complexo de prerrogativas cuja concretização revela-se capaz de garantir condições adequadas de existência digna*. Em seu conceito estariam inclusos tanto o acesso efetivo ao direito geral de liberdade, como também prestações positivas originárias do Estado viabilizadoras da plena fruição de direitos sociais básicos, tais como o direito à educação, à saúde, à assistência social, à proteção integral da criança e do adolescente, à alimentação, à moradia e à segurança[22].

20 Outro importante julgado que enfrentou a questão acerca da interferência do Poder Judiciário para garantir efetividade aos direitos fundamentais foi a ADPF n.45 MC/DF. A decisão fez uma análise pormenorizada da reserva do possível a partir de dois condicionamentos: (i) razoabilidade da pretensão em face do Poder Público e (ii) existência de disponibilidade financeira do Estado para tornar efetiva as prestações positivas dele reclamadas. Em suma, o tribunal reconheceu que os direitos fundamentais de segunda geração dependem "de um inescapável vínculo financeiro subordinado às possibilidades orçamentárias do Estado", vez que, "a limitação de recursos é uma contingência que não se pode ignorar". Por ser um controle abstrato de preceito fundamental, o julgamento da ADPF não traçou critérios mais claros para servir de parâmetro à administração e ao Poder Judiciário, contudo, tornou-se um precedente acerca do controle judicial de políticas públicas nos casos de omissão estatal.

21 ARE 639.337/2011 Agr/SP e ADPF n.45.

22 ARE 639.337 Agr, Rel. Min. Celso de Mello, j. 23-8-2011, 2ª Turma, DJE de 15-9-2011.

Como se vê, neste e em outros acórdãos[23] do STF em que foi empregado o termo *mínimo existencial*, a Corte não procurou definir, de forma objetiva, quais as prestações de direitos sociais formam o seu núcleo-base. Nesse sentido, a ausência de parâmetros objetivos para definição do conteúdo do mínimo existencial incide na perda da sua *força normativa*[24], na medida em que poucas decisões são fundadas no princípio da dignidade.

Contudo, é importante destacar que, paulatinamente, o Judiciário tem contribuído para a construção do conceito. Decisões como a proferida pelo STJ, no AgRg no AREsp 790.767/MG[25], em que foi reconhecida a essencialidade do direito das crianças de zero a seis anos de idade ao atendimento em creches e pré-escolas, demonstra que o Poder Judiciário tem trabalhado em prol da concretização do mínimo existencial e da dignidade humana.

Ao mesmo tempo em que se espera e é necessária uma atuação positiva do Judiciário, não se pode depositar todas as esperanças nele. Em pleno século XXI, sob a égide de um Estado Democrático de Direito, não é razoável que a efetivação do mínimo existencial se dê exclusivamente pelo arbítrio da Justiça. A aplicação de um conceito ainda dotado de certa abstração e indeterminabilidade por um único órgão pode colidir com princípios constitucionais, como o da separação de poderes, da proporcionalidade e legitimidade democrática das escolhas administrativas.

Isso porque a preocupação com as condições sociais e materiais de existência digna do ser humano expressas na Constituição de 1988, bem como o status jurídico-político conferido à dignidade humana

23 A exemplo da ADI n. 3.784-4, Agr Resp. n. 410.715-5, n. 639.337 e n. 642.536 e RE n. 567.985.

24 Segundo Konrad Hesse a força normativa da Constituição estaria na efetividade plena das normas contidas na Carta Magna de um Estado. Para este autor, a interpretação de uma norma é de extrema importância, vez que é o seu significado ou "essência" que objetiva sua aplicação de forma inequívoca.

25 Neste acórdão, em consonância com a jurisprudência da Corte, os Ministros da Segunda Turma do Superior Tribunal de Justiça, decidiram por unanimidade, pela obrigatoriedade de o Poder Público garantir às crianças de zero a seis anos o acesso às creches, não sendo possível invocar-se como óbice ao cumprimento desse dever teses abstratas referentes à ausência de recursos orçamentários e à reserva do possível.

deve nortear a atuação de todos os poderes. Contudo, o que se vê no Brasil pouco reflete este mandamento constitucional. A atuação tímida das autoridades, aliada a fatores sociais, políticos e econômicos, continua sendo óbice à concretização de direitos sociais básicos.

A materialização de um mínimo existencial deve ser garantida a toda a sociedade, porém, a sua concretização faz falta para a parcela que mais precisa. A ausência de prestações indispensáveis a uma existência digna não atinge àqueles que têm a incumbência constitucional de elaborar, executar ou julgar a aplicabilidade de políticas públicas que sejam de interesse da população. A própria composição do Legislativo e Judiciário[26] reflete a desigualdade existente no país. A falta de representatividade só acentua quanto os *vulneráveis* estão à mercê de instituições que pouco ou nada fazem por um piso de garantias imprescindíveis à própria caracterização da dignidade humana.

## 3. Política habitacional para efetivação do direito à moradia: pela causa da população em situação de rua

No Brasil contemporâneo, a vulnerabilidade de determinados indivíduos ou grupos dificulta o acesso ao efetivo gozo do direito à moradia, este tão importante núcleo da dignidade humana. Apesar de reconhecido como direito humano universal desde 1948 com a Declaração Universal dos Direitos Humanos[27], a implementação deste direito ainda é um grande desafio.

26 Segundo números do último Censo dos Magistrados, realizado pelo Conselho Nacional de Justiça (CNJ) a magistratura brasileira é composta majoritariamente por homens. O levantamento aponta que 64% dos magistrados são do sexo masculino e chegam a representar 82% dos ministros dos tribunais superiores. Em relação à composição étnico-racial da carreira, juízes, desembargadores e ministros declararam ser brancos em 84,5% dos casos. Apenas 14% se consideram pardos, 1,4%, pretos e 0,1%, indígenas. Segundo o censo, há apenas 91 deficientes no universo da magistratura, estimado em pouco mais de 17 mil pessoas, segundo o anuário estatístico do CNJ Justiça em Números, elaborado com base no ano de 2012.

27 A DUDH, em seu artigo XXV estabelece que "Toda pessoa tem direito a um padrão de vida capaz de assegurar a si e a sua família saúde e bem e bem-estar, inclusive alimentação, vestuário, habitação, cuidados médicos e os serviços sociais indispensáveis".

De 1948 até os dias atuais, o Brasil ratificou uma série[28] de tratados internacionais que expressam a obrigação do país de promover e proteger o direito à moradia adequada. Na seara internacional, a preocupação com o expressivo crescimento da população urbana e com as condições precárias de moradia da população dos países em desenvolvimento levou a ONU a promover um ciclo de conferências mundiais sobre o desenvolvimento urbano e a promoção de cidades social e ambientalmente sustentáveis.

Na primeira Conferência Habitat, realizada em Vancouver em 1976, foi lançado o programa Habitat I. Naquele período, aproximadamente 1/3 (um terço) da população mundial já vivia em áreas urbanas. A necessidade de reflexão sobre o significativo crescimento demográfico e a urbanização em escala mundial fomentou a criação de um plano com uma série de medidas estratégicas em prol da regulação do uso da terra urbana. As principais questões tratadas no evento resultaram na Declaração de Vancouver sobre Assentamentos Humanos e no Plano de Ação Global de Vancouver, com cerca de 64 recomendações de ações nacionais, para promoção de políticas de assentamentos humanos e infraestrutura voltada às populações vulneráveis. (ANTONUCCI; ALVIM; ZIONI; KATO, 2010, p. 31).

Em 1996, em Istambul, a segunda Conferência Internacional sobre assentamentos humanos resultou na Habitat II. Naquele momento, a discussão em torno do processo de urbanização destacou a precariedade das habitações, os impactos da degradação ambiental, bem como a necessidade do estabelecimento de estratégias para promoção de cidades sustentáveis. A Conferência de

28 Dentre as normas internacionais promulgadas pelo Brasil que protegem o direito à moradia estão o Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos (PIDCP) e o Pacto Internacional de Direitos Econômicos Sociais e Culturais (PIDESC), promulgados em 1992 e 1996, respectivamente. Além destes pactos, também foram ratificadas as Convenções sobre a Eliminação de todas as Formas de Discriminação Racial de 1965; a Eliminação de todas as Formas de Discriminação contra a Mulher de 1979; e, a Convenção sobre os Direitos das Crianças de 1989. Todas reafirmam a vedação a qualquer tipo de discriminação no que se refere a consecução do direito à moradia adequada.

Istambul foi de suma importância para o reconhecimento internacional do direito à *habitação adequada*[29] e no plano interno, influenciou marcos importantes, como a aprovação do Estatuto da Cidade (2001), a criação do Ministério das Cidades (2003) e, em seguida, do Conselho das Cidades (2004). (BRASIL, IPEA, 2016).

A terceira edição da Habitat III, realizada em 2016, em Quito no Equador, buscou renovar o compromisso político para construção de uma Nova Agenda Urbana, com impacto direto no plano local. Isso porque os governos municipais estão mais próximos dos cidadãos e por isso são mais sensíveis às necessidades da população (BRASIL, IPEA, 2016). O documento assinado pelos líderes mundiais não vincula os Estados-membros ou prefeituras a metas específicas, mas estabelece recomendações para que as áreas urbanas sejam transformadas em regiões mais seguras, a partir do planejamento. Dentre as principais disposições do diploma[30] estão o aumento do uso de energia renovável, o planejamento baseado nas projeções de população e a implementação de melhores iniciativas verdes e de conectividade.

A cada Conferência das Nações Unidas sobre Moradia e Desenvolvimento Urbano Sustentável, vários países reiteram o compromisso de promover a igualdade de oportunidades e o acesso à moradia adequada para todos, porém, na prática, o direito à moradia decente não tem ocupado o centro das políticas urba-

29 Um importante diploma internacional criado na Conferência de Istambul foi a Agenda Habitat, que prevê o direito de acesso a moradias adequadas por toda a população. "Entende-se por moradia adequada o abrigo que permita privacidade do usuário, uso de espaços adequados para realização de atividades, repouso e lazer, acessibilidade para deficientes e idosos; que possua iluminação, aquecimento e ventilação adequados, que tenha estabilidade estrutural, segurança adequada, qualidade ambiental e infraestrutura básica adequada- fornecimento de água, serviços sanitários e serviços de coleta de lixo. Além disso, fácil acesso ao trabalho, escola e serviços de saúde, preço acessível e adequado, e facilidade na propriedade da terra e/ou imóvel são variáveis importantíssimas no provimento da habitação." (ANTONUCCI; ALVIM; ZIONI; KATO, 2010, p.55).

30 Com 175 itens, a Nova Agenda Urbana está pautada em ações-chaves que estão divididas em cinco campos: Política Urbana Nacional; Legislação Urbana – Regras e regulamentos; Planejamento e Projeto Urbano; Economia Urbana e Finanças Municipais e Extensões / Renovações Urbanas Planejadas.

nas. No cenário atual, mais da metade da população mundial vive em áreas urbanas e aproximadamente um quarto dessas pessoas residem em favelas ou assentamentos informais em condições precárias. Em breve reflexão sobre o Habitat II, o então secretário geral da ONU, Ban Ki Moon, declarou que nos últimos 20 anos as políticas de moradia não foram priorizadas nas agendas de desenvolvimento nacional e internacional. Em razão disso, a ONU, em seus objetivos globais, tem pleiteado a cooperação dos Estados-membros para garantia do acesso à moradia e a serviços básicos adequados para todas as pessoas.

Como membro da ONU, o Brasil assumiu a responsabilidade frente à comunidade internacional de efetivar o direito à moradia. Internamente, também. Embora não estivesse expresso na Constituição de 1988 desde a sua implementação, é possível identificá-lo a partir de uma interpretação do princípio da dignidade humana. Formalmente, o direito à moradia foi inserido no rol de garantias fundamentais por meio da Emenda Constitucional n. 26/2000. A nova redação[31] do art. 6º de nossa Constituição confere à moradia status de direito social, ou seja, impõe uma atuação positiva do Estado para a sua concretização.

O direito à moradia a ser garantido pelo Estado[32] não se restringe a casa própria, embora este seja um complemento indispensável à sua efetivação. Por estar intimamente ligado à noção de dignidade humana, o direito à moradia disposto em nossa constituição envolve qualidade de vida e condições adequadas de higiene e conforto. Nesse sentido, ter uma moradia adequada implica diretamente o acesso a outros direitos, como saúde, educação e oportunidades de emprego. Assim sustenta Sarlet:

31 Com a Emenda Constitucional n. 26/2000, o art.6º passou a ter a seguinte redação: "São direitos sociais, a educação, a saúde, o trabalho, a moradia, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma dessa Constituição" (BRASIL, 1988).

32 Conforme o art.23, IX, de nossa constituição "É competência comum da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios: IX - promover programas de construção de moradias e a melhoria das condições habitacionais e de saneamento básico. (BRASIL, 1988).

> Com efeito, sem um lugar adequado para proteger a si próprio e a sua família contra intempéries, sem um lugar para gozar de sua intimidade e privacidade, enfim, de um espaço essencial para viver com um mínimo de saúde e bem-estar, certamente a pessoa não terá assegurada a sua dignidade, aliás, a depender das circunstancias, por vezes não terá sequer assegurado o direito a própria existência física, e, portanto, o seu direito à vida. Não é por outra razão que o direito à moradia, também entre nós - e de modo incensurável - tem sido incluído até mesmo no elenco dos assim designados direitos de subsistência, como expressão mínima do próprio direito à vida." (SARLET, 2008, p.45)

Com efeito, o direito à moradia surge como condição fundamental do ser humano, por isso, não é possível dissociá-lo da dignidade humana. A inexistência de um local com condições mínimas de vivência impossibilita a própria existência física. Por esse motivo, o legislador se preocupou em reproduzir este direito em diversos diplomas normativos, o que reitera a necessidade de intervenção do Poder Público na consecução de políticas públicas que garantam não só a imediatividade desse direito, como também a sua eficácia. (SARLET *apud* BONOTTO, 2006, p. 45).

Em contrapartida aos ideais de igualdade e justiça social previstos em nossa Constituição e aos compromissos internacionais assumidos perante a ONU, o que se vê no Brasil é um número cada vez maior de pessoas pobres vivendo em moradias precárias. O *déficit habitacional*[33], que leva em conta o total de famílias que habitam em condições inadequadas, vem crescendo nos últimos anos. De acordo com os dados mais recentes da Fundação João Pinheiro, utilizados oficialmente pelo Governo Federal, a estimativa do déficit habitacional no Brasil em 2015

33 O indicador que analisa o total de famílias em condições de moradia consideradas inadequadas, tais como favelas, coabitação familiar (casos em que mais de uma família mora na mesma casa), adensamento excessivo (quando mais de três pessoas dividem o mesmo quarto ou o ônus excessivo de aluguel), ou quando uma família compromete mais de 30% de sua renda com aluguel. (FJP, 2017).

correspondia a 6.186.503 milhões de domicílios, número superior aos anos anteriores.[34]

A desigualdade social produz a exclusão daqueles que vivem em moradias precárias. Morar em um local salubre, com condições mínimas à sobrevivência, com saneamento adequado, água encanada, coleta de lixo, pavimentação e energia elétrica ainda é uma utopia para muitos. Segundo o IBGE, cerca de 1/4 (um quarto) de nossa população vive na linha de pobreza[35]. Este dado só reforça uma realidade amplamente conhecida: quanto mais baixo o poder aquisitivo de um indivíduo, maior será o óbice à efetivação do direito a uma moradia digna.

A realidade é ainda mais degradante para uma parcela da população com alta vulnerabilidade social, a população em situação de rua. O Decreto nº 7.053/2009, que instituiu a Política Nacional para a População em Situação de Rua, no seu parágrafo único, do art. 1º, define esta população como:

> 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).

O acesso à moradia digna é um problema que atinge milhões de famílias brasileiras. Os números da Fundação João Pinheiro demonstram que o investimento em políticas públicas habitacio-

34 De acordo com a FJP o déficit habitacional absoluto no Brasil, em 2013, foi de 5.846.040 domicílios. Em 2014, o déficit registrado foi de 6.068.061 domicílios. (FJP, 2015).

35 O Brasil é um país profundamente desigual e a pesquisa "Síntese de Indicadores Sociais 2017", do IBGE, constata essa realidade. Os dados revelam que cerca de 50 milhões de brasileiros vivem na linha de pobreza e têm renda familiar equivalente a R$ 387,07 – ou US$ 5,5 por dia, valor utilizado pelo Banco Mundial para definir se uma pessoa é pobre. Segundo a pesquisa, o maior índice de pobreza se dá na Região Nordeste do país, onde 43,5% da população se enquadram nessa situação e, a menor, no Sul: 12,3%. (BRASIL, IBGE, 2017).

nais[36] foi insuficiente para promoção de habitações dignas. Nesse sentido, a dificuldade de exercício do direito à moradia pelos cidadãos de baixa renda é comum à população de rua. No entanto, a invisibilidade e as características diferenciadas deste grupo social tornam as pessoas em condição de rua ainda mais vulneráveis.

O Brasil não possui dados oficiais sobre a população em situação de rua com abrangência nacional. A invisibilidade deste estrato social é tamanha a ponto dos órgãos oficiais de contagem populacional não computarem essa população, em função da falta de referência de moradia[37]. A previsão[38] é que o IBGE inclua a população em situação de rua no censo de 2020. Até lá, a ausência de um levantamento nacional que quantifique e caracterize o modo de vida desse segmento continuará sendo um entrave à formulação e implementação de políticas públicas, principalmente as de cunho habitacional, dirigidas a este grupo.

Um dos poucos dados existentes sobre a população em situação de rua no Brasil se encontra no censo[39] realizado pelo Ministério do Desenvolvimento Social e Combate à Fome – MDS, em 2008. À época foram computados 31.922 adultos vivendo em situação de rua, o equivalente a 0,061% da população dos municípios pesquisados. Contudo, este número poderia alcançar quase 50 mil habitantes, se somado às 31.922 pessoas localizadas nas ruas

36 Importante salientar que apesar da semelhança entre os termos habitação e moradia, o uso de um desses termos pode ter um significado específico. Segundo distinção proposta por Souza (2004, p.45-46) na "habitação, o enfoque é o local, o bem imóvel, ou seja, o exercício efetivo da moradia sobre determinado imóvel. E, no caso do conceito de moradia, o enfoque é subjetivo, pois pertence à pessoa o exercício da moradia, sendo-lhe inerente."

37 A ausência de documentos, somada à ausência de endereço fixo e diversas passagens por equipamentos sem resolubilidade (complexidade operacional) são óbices apresentados pelo governo brasileiro para a contagem deste grupo social.

38 O Comitê Intersetorial de Acompanhamento e Monitoramento da Política Nacional para a População em Situação de Rua (Ciamp-Rua), instituído em conjunto com a Política Nacional para a População em Situação de Rua via Decreto no 7.053/2009 (Ricardo, 2013), solicitou ao IBGE que incluísse a população de rua no Censo de 2020. (IPEA,2017).

39 A pesquisa do MDS foi realizada em 71 cidades de todo o país, abrangendo 23 capitais (excluindo aquelas que contavam com levantamentos semelhantes- São Paulo, Belo Horizonte, Recife e Porto Alegre), além de 48 outras cidades com população superior a 300 mil habitantes.

pelo censo nacional com as 13.915 registradas pelos censos das cidades de São Paulo, Belo Horizonte, Recife e Porto Alegre.

Oito anos após a realização do censo do MDS, o IPEA apresentou uma estimativa da população em situação de rua no Brasil a partir dos dados disponibilizados por 1.924 municípios no Censo do Sistema Único de Assistência Social (Censo Suas) referente ao ano de 2015. Com base nessas informações, estima-se que existam 101.854 pessoas em situação de rua no país. Deste total, estima-se que 2/5, cerca de 40,1%, habitam em municípios com mais de 900 mil habitantes e mais de 3/4, o equivalente a 77,02%, vivem em municípios de grande porte, entre 100 e 900 mil habitantes, ou seja, os dados revelam que este contingente se concentra majoritariamente em municípios maiores.

A falta de dados de âmbito nacional sobre a população de rua influiu para que os municípios desenvolvessem políticas públicas para este segmento. Cidades como Belo Horizonte tem implementado programas específicos em prol desta população, no entanto, a crescente demanda e a limitação de recursos são óbices à consecução de resultados mais eficientes. Em nossa capital, segundo dados da Secretaria Municipal de Políticas Social, a população nesta situação é um problema social grave que vem aumentando[40]. Conforme o último levantamento da prefeitura, a cidade tem 4.553 moradores de rua, um aumento de quase 120% em relação aos 1.827 moradores contabilizados no censo realizado em 2014. (PBH, 2017).

Em Governador Valadares, a Secretaria Municipal de Assistência Social realizou um diagnóstico[41] da população em situação de rua

40 Segundo o IBGE, atualmente, Minas Gerais tem quase 22 milhões de habitantes. Dos 853 municípios, 182 têm menos de 4,6 mil habitantes. Isso mostra que a população de rua de Belo Horizonte é maior do que a população total de muitas cidades do estado. (IBGE, 2017).

41 No diagnóstico elaborado pela SMAS foram aplicadas as metodologias quantitativa e qualitativa, usando-se a entrevista como técnica de coleta de dados e análise descritiva. Os dados que foram levantados junto ao universo desse público, tiveram os seguintes critérios de inclusão: (i) pobreza extrema, vínculos familiares rompidos ou fragilizados e inexistência de moradia convencional; (ii) tempo de permanência na rua, que deveria ser de no mínimo de 02 meses, a contar de março/2016 e (iii) maioridade civil. (SMAS, 2016).

entre os meses de maio e outubro de 2016, com o objetivo geral de traçar o perfil dessa população. A análise quantitativa identificou a existência de 123 pessoas nessa situação vivendo no município. Por uma questão metodológica, foram excluídos deste número os informantes menores de 18 anos, os migrantes, os que não reconheciam Governador Valadares como o seu território de referência e os que tinham uma vivência na rua, mas mantinham vínculos familiares ou uma moradia de referência, a exemplo dos dependentes químicos, garotos de programa, flanelinhas e pessoas que desenvolvessem outras atividades profissionais da rua.

A exemplo do que ocorre em Belo Horizonte e Governador Valadares, vários municípios brasileiros têm centros de referência especializados para população em situação de rua. Estas unidades mapeiam a população vulnerável a fim de direcionar a gestão de políticas públicas. Os chamados Centros POP se organizaram a partir da articulação entre os governos federal, estadual e municipal e se tornaram a principal porta de acesso desse contingente populacional às ações governamentais em prol desta causa.

A existência de poucos dados estatísticos sobre a população em situação de rua no Brasil reflete a recente preocupação do Poder Público para com este segmento populacional. Mais especificamente, a efetivação de parâmetros inclusivos veio com a proposição de normas complementares[42] à Constituição e com a pressão de movimentos sociais. No âmbito do governo federal, o "Fórum Nacional de Estudos sobre População de Rua", ocorrido em 1993, foi o ponto de partida para a realização de uma série de eventos[43] que tiveram como foco principal a população em si-

42 A exemplo da Lei Orgânica da Assistência Social (LOAS), que regulamentou os artigos 203 e 204 da Constituição Federal, reconhecendo a Assistência Social como política pública. (BRASIL,1993)

43 Entre os eventos de relevância nacional que tiveram como foco a população em situação de rua, merece destaque o "Grito dos Excluídos" ocorrido em 7 de setembro de 1995, com o objetivo de dar visibilidade social a este segmento, destacando as suas necessidades e direitos; a realização do 1º Congresso Nacional dos Catadores de Materiais Recicláveis e da 1ª Marcha do Povo da Rua, em Brasília; e a realização do 2º Encontro Nacional sobre População de Rua em 2009. (MDS, 2015)

tuação de rua, bem como, a construção de uma política nacional para esse público.

A criação, em 2004, do Movimento Nacional de População de Rua – MNPR – e a realização do I Encontro Nacional sobre População em Situação de Rua, em 2005, foram movimentos que trouxeram conquistas normativas em prol dessa população. A primeira delas ocorreu em 2005, com a alteração do artigo 23 da Lei Orgânica de Assistência Social para acrescentar o serviço de atendimento a pessoas que vivem em situação de rua (Lei nº 11.258/2005). Outras duas grandes conquistas vieram em 2009 com a publicação da Política Nacional para a População em Situação de Rua – PNPR – e do Decreto nº 7.053, que estabeleceu e validou a PNPR e instituiu o Comitê Intersetorial de Acompanhamento e Monitoramento da Política Nacional para a população de Rua – CIAMP Rua[44].

Como se vê, os últimos anos foram marcados por avanços nas discussões sobre o acesso da população em situação de rua à moradia e a outras políticas públicas. Contudo, a efetivação desses direitos continua sendo um ideal distante. Diante do crescente número de vulneráveis vivendo nas ruas e de escassas ações governamentais para a população de rua, verifica-se que tanto os compromissos internacionais assumidos pelo Brasil quanto os presentes na jurisdição nacional são normas altamente simbólicas[45]. Nesse sentido, Marcelo Neves assevera:

> Mediante a legislação simbólica, os órgãos estatais demonstrariam cenicamente seu interesse e disposição de solucionar pro-

44 Este comitê prevê a participação do Ministério das Cidades e outros oito ministérios, com a função de pensar as possibilidades de inclusão e viabilização dos acessos às políticas públicas para essa população.

45 Conforme lição de Daniel Sarmento e Cláudio Neto, norma simbólica seria aquela que "não corresponde minimamente à realidade, não logrando subordinar as relações políticas e sociais subjacentes. Ela não é tomada como norma jurídica verdadeira, não gerando, na sociedade, expectativas de que seja cumprida."(SARMENTO, NETO, 2016, p. 65).

> blemas em princípio estruturalmente insolúveis. Em face da realidade social discrepante, o modelo constitucional é invocado pelos governantes como álibi: transfere-se a "culpa" para a sociedade "desorganizada" e "atrasada", "descarregando-se" de "responsabilidade" o Estado ou governo constitucional. No mínimo, transfere-se a realização da Constituição para um futuro remoto e incerto. (NEVES, 2007, p. 123, 186).

Para o autor, o simbolismo constitucional[46] se manifesta em nossa Constituição a partir da ineficácia de determinados dispositivos. Isso porque o legislador elaborou diplomas normativos despidos de condições mínimas de efetivação para satisfazer às expectativas do povo (NEVES, 2007, p.36). Nesse contexto, forma-se uma legislação álibi, na medida em que se busca fortificar a confiança dos cidadãos em normas que nem sempre serão efetivadas, ante a falta de autonomia operacional.

A moradia digna é uma aspiração de grande parte da sociedade. Porém, a edição de uma norma jurídica compatível com o anseio da população, por si só, é insuficiente para gerar efeitos. O que se vê no Brasil é uma aparente busca para a solução deste grave problema social. A comparação entre as propostas do governo federal para orçamentos[47] de 2016 e 2017 revela um corte bilionário para o setor de habitação popular e evidencia o des-

46 A crítica de Marcelo Neves (2007) contida em sua tese de doutorado é a de que a o fenômeno da constitucionalização simbólica está de tal modo arraigada na Constituição brasileira que salta aos olhos o quão discrepante é a força simbólica que possuem determinados dispositivos legais – especialmente no que tange aos considerados mais valiosos – em detrimento de sua capacidade de produzir efeitos eficazes em favor da sociedade que deles se valem. Neste pórtico, para uma mudança radical, imprescindível a "inclusão do público pluralisticamente organizado no processo interpretativo, ou melhor, no processo de concretização constitucional", para que a normatividade do texto constitucional seja obtida de forma consentânea aos níveis de desenvolvimento social permanente (MOTA, 2016, apud NEVES, 2007, p. 86).

47 A proposta de orçamento para o ano de 2017 teve uma redução de 51% para o programa de moradia digna. Enquanto em 2016 a proposta do governo Dilma Rousseff para o segmento foi de 15,7 bilhões, em 2017, a proposta encaminhada ao Congresso Nacional pelo governo Michel Temer foi de 7,61 bilhões, ou seja, foram R$ 8,14 bilhões a menos. Por meio deste programa, o governo coordena ações que apoiam estados, municípios e setores produtivos, na consecução de programas habitacionais federais, bem como, fomentam a produção, aquisição ou requalificação de imóveis residenciais. (CAMARA, 2017).

comprometimento estatal com a causa ao transferir a solução do problema para um futuro indeterminado[48].

## 4. O Programa Minha Casa Minha Vida e o substrato da igualdade material: uma análise à luz dos pressupostos da justiça distributiva

O Programa Minha Casa Minha Vida – PMCMV, instituído pela Lei n. 11.977, em 7 de julho de 2009, foi um marco na consecução do direito à moradia. A lei sancionada com a "finalidade de criar mecanismos de incentivo à produção e aquisição de novas unidades habitacionais ou requalificação de imóveis urbanos e produção ou reforma de habitações rurais" (BRASIL, 2009), criou um dos maiores programas habitacionais do mundo[49].

O PMCMV foi estruturado através da divisão em subprogramas (Programa Nacional de Habitação Urbana, Programa Nacional de Habitação Rural, MCMV Entidades) e criação de estratos diferenciados de renda[50]. Os estratos foram ordenados em três faixas: a primeira tendo como beneficiárias famílias com renda mensal de até R$1,6 mil; a segunda com o limite de renda mensal de R$3,275 mil e a terceira com limite mensal de R$ 5 mil.

Em que pese o déficit habitacional se concentrar na parcela da população com maior hipossuficiência financeira, ou seja, nas famílias que se encontram na faixa 1, a inclusão de faixas de ren-

48 O Projeto de Lei Orçamentária Anual – PLOA 2018 enviado para apreciação do Congresso Nacional foi sem previsão de recursos para investimentos na política habitacional. A indefinição do governo federal e a ausência de diálogo com a sociedade civil tem preocupado os movimentos populares.

49 Nas duas primeiras fases do programa foram entregues cerca de 2,6 milhões de casas. Entre 2009 até o começo de 2015 foram liberados R$ 139,6 bilhões em financiamentos dos bancos, principalmente da Caixa Econômica Federal. O governo ainda investiu R$ 114,9 bilhões em subsídios para famílias de menor renda. (SNH, 2016).

50 Vide art. 3º, § 6º, incisos I, II e III, incluídos pela Lei 12.424/2011 que reajustou os valores iniciais previstos na Lei 11.177/2009.

da superiores a 3 salários mínimos evidencia o caráter mercadológico do programa. A demanda do Estado por empreendimentos imobiliários de maior vulto oferece maior rentabilidade à iniciativa privada. Portanto, é necessário refletir que para além de um programa habitacional com objetivo de reduzir o déficit habitacional brasileiro, o PMCMV surgiu como uma ferramenta anticíclica do governo frente à crise econômica internacional[51]. (NONATO, DIAS, 2016, p. 02).

Em sua primeira fase, entre março de 2009 até meados de 2011, o PMCMV estabeleceu como meta a construção de um milhão de moradias, das quais:

- 400 mil unidades habitacionais seriam destinadas à faixa 1;
- 400 mil para a faixa 2 e
- 200 mil para a faixa 3.

Em sua segunda fase, entre meados de 2011 até o final de 2014, projetou-se a construção de mais dois milhões de unidades habitacionais. Nesta fase, em comparação à etapa anterior, foi priorizado o atendimento das faixas de menor renda, sendo que as metas previstas foram de:

- 1.2 milhão de unidades habitacionais para a faixa 1;
- 600 mil unidades para a faixa 2; e 200 mil para a faixa 3.

A terceira e atual fase do programa, anunciada em março de 2016, prevê a construção de mais 2 milhões de unidades habitacionais até 2018. Nesta fase, o Governo Federal, projetou o maior número de unidades habitacionais da faixa 1, desde a criação do programa. Das 2 milhões de unidades que serão contratadas:

51 Os reflexos da crise imobiliária internacional de 2008 iniciada nos Estados Unidos impactaram o cenário econômico de todo o mundo. Foi nesse contexto que o Governo Federal formulou o PMCMV, o objetivo foi "dinamizar a economia, gerar empregos na construção civil e amenizar instabilidades que pudessem ameaçar as bases de sustentação, mediante produção de moradias populares subsidiadas com recursos públicos". (NONATO, DIAS,2016, p.11).

- metade será nas faixas 1 e 1,5[52], com 500 mil unidades para cada uma;
- a faixa 2 terá 800 mil unidades contratadas e outras 200 mil serão contratadas na faixa 3.

A análise dos números é importante para refletir a discriminação entre os beneficiários do PMCMV, a partir dos distintos níveis de renda. Ainda que nos últimos anos o Governo Federal tenha intensificado o investimento na Faixa 1 (até R$1,6 mil), a comparação entre as metas do programa com a composição do déficit habitacional, acentuam o tratamento desigual[53] entre os diferentes estratos. Apesar do grupo de menor renda representar cerca de 90%[54] do déficit habitacional, é beneficiado pelo PMCMV com cerca de 40% do total de unidades. Já os grupos (faixas 2 e 3), são beneficiados com os outros 60% das correspondentes metas, o que representa um impacto de até 90% na redução do déficit habitacional nesta faixa. (FJP, 2016, p.35)

Para corresponder aos interesses dos setores imobiliário e da construção civil, a execução do PMCMV, atendeu de forma desigual aos diferentes estratos. Se para os cidadãos de baixa renda o exercício do direito à moradia digna é dificultoso, para a população em situação de rua é completamente inviável. Isso porque, os critérios estabelecidos pela lei excluíram do âmbito

52 A terceira fase do programa criou a faixa de renda de 1,5, voltada para famílias que ganham até R$2.350 reais por mês e que receberão até R$ 45 mil de subsídios.

53 A diferenciação de estratos de renda também repercute na localização urbana dos empreendimentos. Os conjuntos habitacionais destinados aos estratos inferiores, em sua maioria, são construídos em zonas periféricas urbanas, o que altera a qualidade do acesso a bens e serviços, bem como, reproduz o acesso desigual à cidade. (MENEZES, 2014, p.15).

54 Os dados mais recentes sobre o déficit habitacional brasileiro segundo faixas de renda familiar em salários-mínimos são de 2014. Segundo a Fundação João Pinheiro, o déficit habitacional está mais concentrado na faixa de renda de até três salários-mínimos. Em 2013, o déficit nessa faixa de renda corresponde a 83,4% do déficit habitacional urbano do país. Entre 2013 e 2014, houve um pequeno aumento de 0,5 ponto percentual, e o déficit da faixa até três salários-mínimos passou a representar, em 2014, 83,9% do total do déficit habitacional urbano. Nessa faixa de renda o percentual diminui nas regiões Norte e Nordeste. Sai de 79,6% e 89,9%, em 2013, para 79,5% e 88,2% respectivamente.( FJP, 2016, p.35).

de atuação do PMCMV as necessidades de moradia da população em situação de rua, vez que, este segmento social não possui, em regra, poder aquisitivo para acessar linhas de financiamentos para aquisição de habitação.

A previsão de atendimento às famílias com renda de 0 (zero) a 3 (três) salários mínimos e todos os subsídios[55] concedidos a esta faixa, não contemplam esse segmento social. Dificilmente, pessoas que vivem nas ruas conseguirão manter um pagamento mínimo de R$25,00 (vinte e cinco reais) como estabelece o PMCMV, considerando a existência de outras despesas como transporte, água, energia e alimentação. Utilizando como parâmetro os dados da Pesquisa Nacional sobre a População em Situação de Rua (BRASIL, 2008) que identificou que a maioria da população em situação de rua (52,6%) recebe entre R$20,00 e R$80,00 semanais, verifica-se que este segmento não pode sequer arcar com o valor monetário mínimo instituído pelo programa. (MARICATO, 2009, p.14)

Nesses quase nove anos de vigência, a lei que instituiu PMCMV sofreu algumas modificações[56], porém, nenhuma delas fez qualquer menção a programa específico ou política diferenciada para a população em situação de rua. Uma simples leitura do art. 3º incisos III, IV, e V da Lei 11.977/2009 revela que a população de rua jamais foi contemplada entre as prioridades de atendimento do programa. Ao ignorar a população em situação de rua, o programa acaba tendo pouca eficácia na redução da desigualdade social manifesta no déficit habitacional, índice que também excluí essas pessoas.

Em que pese a omissão do PMCMV no atendimento à população em situação de rua, vez ou outra, aparecem nos noticiários histó-

55 A isenção de seguro e o pagamento de prestações mensais limitadas a 10% da renda familiar, com prestação mínima de R$ 50,00, por um período de dez anos (120 meses), são alguns dos benefícios para esta faixa.

56 Leis n. 12.424, de 16 de junho de 2011, 13.173 de 21 de outubro de 2015 e 13.274 de 2016.

rias de moradores de rua contemplados com casas do programa. Isso acontece mediante um cadastro no município do possível beneficiário. Desde 2013, a portaria n. 595 do Ministério das Cidades[57], dispõe como opção de priorização do gestor municipal, a inclusão da população em situação de rua no PMCMV. Em razão da grande demanda, os municípios realizam sorteios para a escolha dos beneficiários. Após o sorteio, o beneficiário assume uma contraprestação mensal entre R$25 e R$80,00 calculada de acordo com a sua renda mensal bruta. O restante do valor é custeado pelo Governo Federal através dos recursos do Fundo de Arrendamento Residencial – FAR.

Por mais democrático que os sorteios sejam, a efetivação do direito à moradia digna para a população em situação de rua exige a elaboração e execução de uma política habitacional específica. Nesse contexto, é importante ressaltar que o Decreto nº 7053/2009, que validou a Política Nacional para a População em Situação de Rua, pecou ao não assegurar, objetivamente, o direito subjetivo de acesso à moradia para esta população (DIAS, 2016, p.22). No texto legal, foram feitas apenas duas[58] referências à moradia digna, de modo genérico, sem demonstrar com clareza os instrumentos necessários à sua consecução. Uma política nacional eficaz destinada a esse segmento requer a atuação conjunta entre os entes federativos. Nesse sentido, deixar a cargo dos prefeitos municipais a opção pela inclusão da população

57 No que tange à prioridade conferida à população em situação de rua no processo de seleção dos beneficiários do PMCMV, a portaria estabelece que "O ente público ou entidade organizadora poderão, ao estabelecer os critérios adicionais, contemplar critérios de territorialidade ou de vulnerabilidade social, priorizando candidatos que se encontrem em situação de rua e recebam acompanhamento sócio assistencial do DF, estados e municípios, bem como de instituições privadas sem fins lucrativos, que trabalhem em parceria com o poder público."(BRASIL, MC, 2013).

58 No art. 7º, I, " entre os objetivos da Política Nacional para a População em Situação de Rua encontra-se o de assegurar o acesso amplo, simplificado e seguro aos serviços e programas que integram as políticas públicas de (...) moradia (...) e no art. 8º,§4º "houve previsão de regras, condições e financiamento para a criação de redes de acolhimento temporário, que devem estar articuladas com programas de moradia popular promovidos pelos Governos Federal, estaduais, municipais e do Distrito Federal."

de rua no maior programa habitacional brasileiro configura uma negligência sem tamanho.

Com efeito, é necessário que o Estado adapte suas leis na área de políticas habitacionais, de forma a incluir os mais vulneráveis. A passos largos, algumas conquistas têm sido alcançadas. O Relatório Brasileiro para a Terceira Conferência das Nações Unidas sobre Moradia e Desenvolvimento Urbano Sustentável[59], Habitat III, que prevê a implementação de uma nova agenda urbana nos próximos 20 anos, indicou a perspectiva de inclusão da população em situação de rua no PMCMV. Vejamos:

> No caso da população em situação de rua, existe a perspectiva de inclusão no Programa Minha Casa Minha Vida enquanto público vulnerável, cuja priorização se faz necessária pelos governos locais. O enfoque habitacional se faz essencial para a cessação de violações de direitos desta população. Suas ações devem estar conectadas com os demais equipamentos da rede de atendimento à população em situação de rua para que a inclusão social se dê de maneira integral. (HABITAT3, 2016, p.99-100)

Assegurar o direito à moradia digna para a população em situação de rua é um dever do qual o Estado não pode se furtar. Contudo, não basta assegurá-lo formalmente. Para efetivá-lo é necessária a participação cidadã capaz de dialogar, influenciar e até mesmo intervir nas decisões do Poder Público. (DIAS, 2016, p.23). Uma política habitacional adequada para a população em situação de rua não é a que acrescentará mais um inciso ao art. 3º da Lei 11.977, que dispõe sobre o público prioritário do PMCMV

59 Apresentado na terceira edição da Habitat III, realizada em 2016, em Quito, Equador, o relatório foi dividido em três partes. A primeira, é constituída por uma apresentação do contexto urbano brasileiro atual e dos principais avanços e desafios desde 1996, quando da Conferência Habitat II. A segunda, está estruturada, seguindo o modelo proposto pela ONU, em seis grandes temas, nos termos da Resolução no 24/2014 da ONU Habitat, fazendo referência aos indicadores sugeridos, além dos desenvolvidos, todos demonstrativos dos últimos vinte anos. A terceira parte conclui o relatório, apontando rumos para uma nova agenda urbana brasileira e mundial – foram feitos esforços de síntese de posições de política pública, sendo o direito à cidade o fio condutor de todo esse processo. (HABITAT3, 2016, p. 12).

ou a que ofertará uma moradia. A política pública necessária à população de rua é a que, para além de uma casa, se preocupa com a geração de renda e a inclusão social[60].

Nossa Constituição não dispôs a dignidade humana como fundamento da República por acaso. A redução das desigualdades sociais, econômicas e quaisquer outras que promovam discriminações injustas, é um objetivo a ser perseguido. É a partir do propósito de igualar os iguais e desigualar os desiguais que o Estado Democrático de Direito repara injustiças e dá efetividade ao princípio da igualdade.

Nesse ínterim, o conceito aristotélico de justiça distributiva no que se refere à proporcionalidade nunca esteve tão atual. Para o filósofo grego "o justo é, por conseguinte, uma espécie de termo proporcional" (ARISTÓTELES, 2009, p. 109). Tendo em vista que o ser humano é desigual por natureza, pois não nasce com quinhões idênticos de oportunidades, a justiça distributiva é realizada quando o Estado atribui quinhões iguais aos que se igualam e desiguais aos que se desigualam, numa proporção geométrica.[61]

A distribuição em Aristóteles seria a própria manifestação da igualdade. Isso porque, o autor defende a ideia do justo como igual e a igualdade como um meio-termo entre o mais e o menos. Nessa toada, seriam necessários quatro termos à consecução da justiça distributiva: duas pessoas para quem o justo é de fato justo e

60 Segundo Miracy Gustin as políticas públicas de acesso à moradia da população em situação de rua devem ser construídas sob o viés da cidadania e da emancipação social, bem como, por meio de ações organizadas que tenham por objetivo solucionar o problema e minimizar os danos. Para a autora "a constituição de capital humano e a formação de redes sociais será fundamental, num primeiro momento, para a luta na implementação integral da agenda de ações da Política Nacional para inclusão social da população em situação de rua, bem como para sua permanente reformulação." (GUSTIN, 2012, p. 26-27).

61 Segundo Aristóteles "Justo neste sentido é então a proporção. Injusto, enquanto a acepção oposta, é o que viola o princípio da proporção. Acontece, pois, por violação do princípio de proporção que um tem de mais ou outro de menos, tal como se passa com os fatos da vida, porque quem praticar a injustiça tem de mais e quem sofrer a injustiça tem de menos relativamente ao bem que de cada vez estiver em causa. " (ARISTÓTELES,2009, p. 110)

dois objetos sobre os quais a justiça distributiva é feita. (AMORIM, 2011, p. 76). Em outras palavras, para que pessoas tenham partes ou oportunidades iguais é necessário que sejam iguais.

É este ideal distributivo pautado numa atuação da *polis* (Estado), para correção de vícios, que é aplicável na atual conjuntura. Contudo, a justiça que se busca concretizar não está pautada nos mesmos termos da aristotélica. Na realidade, a justiça compatível com a nossa ordem constitucional é completamente oposta à idealizada por Aristóteles[62] há mais de dois milênios. Isso porque, no atual paradigma luta-se por uma justiça[63] concretizadora da dignidade humana, que considera a necessidade como critério de qualquer reivindicação e não o mérito.

Analisando o acesso à moradia digna pela população em situação de rua como uma das parcelas da justiça distributiva a ser efetivada pelo governo brasileiro, verifica-se que o Estado tem sido ineficiente em relação à consecução desse direito. O que se vê no Brasil é um Estado incapaz de oferecer o mínimo para uma vida digna. No caso específico da população de rua, políticas públicas como o PMCMV, reproduzem mais injustiça social, na medida em que favorecem os incluídos e prejudica os excluídos. (MORAIS, 2009, p.159).

Considerando que o Estado brasileiro tem a responsabilidade de promover a dignidade das pessoas em situação de rua, urge que esta causa seja tratada com a prioridade que merece. Fantasiar, falar de direitos do homem ou de declarações de princípios para aqueles que têm fome e dormem nas ruas como cães, que conhecem a miséria e mendigam um trabalho ou qualquer coisa que lhes garanta

62 A justiça distributiva é uma das divisões da justiça feita por Aristóteles na obra Ética a Nicômaco. Para o filósofo "a justiça distributiva tem por objeto a repartição das honras e dos bens entre a comunidade e reclama que cada qual receba a parcela correspondente a seus méritos. A justiça distributiva contém uma nota de desigualdade. Se os méritos se distinguem, distintos serão os prêmios. Por isso é que a justiça distributiva é uma relação proporcional que Aristóteles qualifica de proporção geométrica." (NALINE, 2013, p. 163-164).

63 Vide arts.170, caput e 193, CF.

a sobrevivência, não trará mudanças. (NALINI *apud* ONFRAY, 2013, p.68). A população de rua não é uma paisagem inerente às nossas cidades, mas um problema social grave, problema que precisa ser extinto. Por isso, é preciso transpor a falta de empenho das autoridades na redução das desigualdades. É preciso distribuir justiça para que a dignidade seja garantida de forma igualitária.

## 5. Conclusão

Apesar da vulnerabilidade ser uma característica intrínseca à condição humana, alguns grupos, por uma combinação de fatores, apresentam maior dificuldade para acessar determinados direitos. No caso específico do direito fundamental à moradia digna, verifica-se que a população em situação de rua é a que possui maior vulnerabilidade para o exercício deste direito. O crescente número de pessoas vivendo nas ruas em todo o país demonstra como a atuação do Estado tem sido ineficiente na consecução de tão importante núcleo da dignidade humana.

Com efeito, a premissa aristotélica de tratar os iguais igualmente e os desiguais desigualmente, na medida de suas desigualdades não tem sido observada para efetivação da igualdade material. É imprescindível que população em situação de rua seja priorizada no desenvolvimento de políticas urbanas para que seja possível reverter o grave cenário de exclusão socioterritorial, que viola o direito à moradia digna.

Nesse contexto, a exclusão da população de rua do Programa Minha Casa Minha Vida só reitera a negligência do Poder Público para com este segmento. Em vez de promover a inclusão, a principal política habitacional do país exclui pessoas que sofrem todas as formas de violação de seus direitos humanos e são removidas propositadamente do campo de visão da coletividade.

Os critérios socioeconômicos mínimos dispostos na Lei 11.977/2009 violam os preceitos de justiça social firmados em nossa Constituição, na medida em que retiram da população de rua o direito de ser contemplada pelo PMCMV. Esses critérios reforçam o caráter predominantemente econômico do programa em detrimento da redução da desigualdade social.

Em que pese a previsão da Nova Agenda Urbana de colocar a população em situação de rua dentre os beneficiários do PMCMV é necessário ressaltar que a alta vulnerabilidade deste grupo social impõe um tratamento diferenciado. Não basta fornecer moradia para a população em situação de rua. Um programa adequado para este segmento populacional é aquele que além de unidades habitacionais possibilitará a inclusão dessas pessoas por meio da geração de renda.

Passados quase nove anos de vigência da lei federal que instituiu o PMCMV, verifica-se que o programa trouxe benefícios para a economia e para famílias brasileiras em situação de vulnerabilidade econômica. Contudo, não houve proporcionalidade na logística do programa para beneficiar os mais necessitados. A exclusão da população de rua aliada a critérios discriminatórios de renda, demonstra não só que o exercício do direito à moradia digna carece de eficácia jurídica, como também, revela o descompasso com o paradigma do Estado Democrático de Direito e a garantia do mínimo existencial.

## 6. Referências

AMORIM, Ana Paula Dezem. *A Justiça em Aristóteles - estudo sobre o caráter particular da justiça aristotélica.* Disponível em: <http://www.revista.direitofranca.br/index.php/refdf/article/view/90>. Acesso em: 6 nov. 2017.

ARISTÓTELES. *Ética a Nicômaco.* Tradução do grego de António de Castro Caeiro. São Paulo: Atlas, 2013.

BARCELLOS, Ana Paula de. *A Eficácia Jurídica dos Princípios Constitucionais - o princípio da dignidade da pessoa humana.* 2 ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

BARCELLOS, Ana Paula de. O mínimo existencial e algumas fundamentações: John Rawls, Michael Walzer e Robert Alexy. In: Legitimação dos Direitos Humanos - Ricardo Lobo Torres (org.). Rio de Janeiro: Editora Renovar, 2002.

BARROSO, Luís Roberto. *O direito constitucional e a efetividade de suas normas.* 5. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

BARROSO, Luís Roberto. *O Direito Constitucional e a Efetividade de suas normas – limites e possibilidades da Constituição brasileira.* Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

BARROSO, Luis Roberto. *A dignidade da pessoa humana no direito constitucional contemporâneo: natureza jurídica, conteúdos mínimos e critérios de aplicação.* Disponível em: <http://www.luisrobertobarroso.com.br/wp-content/uploads/2010/12/Dignidade_texto-base_11dez2010.pdf>. Acesso em: 9 nov. 2017.

BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional.* 18 ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2008.

BRASIL, de Fato. Brasil está entre 10 países mais desiguais do mundo, aponta PNUD. Disponível em: <https://www.brasildefato.com.br/2017/03/21/brasil-esta-entre-10-paises-mais-desiguais-do-mundo-aponta-pnud/>. Acesso em: 6 nov. 2017.

BRASIL, ONU. *Declaração Universal dos Direitos Humanos*. Disponível em: <https://nacoesunidas.org/direitoshumanos/declaracao/>. Acesso em: 6 nov. 2017.

BRASIL, Superior Tribunal de Justiça. AgRg no AREsp 9107MG 2011/0061306-0. Disponível em: <https://jurisprudencia.s3.amazonaws.com/STJ/attachments/STJ_AGRG-ARESP_760830_fe08c.pdf?Signature=EU7YZqwOksZrfyJSS29O8UCsBRA%3D&Expires=1510591748&AWSAccessKeyId=AKIAI-

PM2XEMZACAXCMBA&response-content-type=application/pdf&x-amz-meta-md5-hash=a244bc0b0ae609e79def7789126dbc3d>. Acesso em: 8 nov. 2017.

BRASIL. Concepção de convivência e fortalecimento de vínculos. Brasília: Ministério do Desenvolvimento Social e Combate à Fome, 2013. Disponível em: <http://www.mds.gov.br/webarquivos/publicacao/assistencia_social/Cadernos/concepcao_fortalecimento_vinculos.pdf>. Acesso em: 8 nov. 2017.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil, de 5 de Outubro de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 6 nov. 2017.

BRASIL. Decreto nº 7.053 de 23 de dezembro de 2009. Institui a Política Nacional para a População em Situação de Rua e seu Comitê Intersetorial de Acompanhamento e Monitoramento, e dá outras providências.

BRASIL. Lei nº 10.257, de 10 de julho de 2001. Regulamenta os artigos 182 e 183 da Constituição Federal, estabelece diretrizes gerais da política urbana e dá outras providências.

BRASIL. Lei nº 11.977, de 7 de julho de 2009. Dispõe sobre o Programa Minha Casa, Minha Vida – PMCMV e a regularização fundiária de assentamentos localizados em áreas urbanas.

BRASIL. Ministério do Desenvolvimento Social e Combate à Fome. Política Nacional para a Inclusão Social da População em Situação de Rua. Brasília: MDS, 2008.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ag. Reg. 639.337/ SP – São Paulo, Recurso Extraordinário, Relator(a): Min. Celso de Mello, Julgamento: 23.08.2011. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=627428>. Acesso em: 8 nov. 2017.

Congresso em Foco. A face e os números do novo parlamento. Disponível em: <http://congressoemfoco.uol.com.br/noticias/a-face-e-os-numeros-do-novo-congresso/>. Acesso em: 6 nov. 2017.

Conselho Nacional de Justiça. Censo do Poder Judiciário. *VIDE Vetores Iniciais e Dados Estatísticos,* 2014. Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/images/imprensa/vide-censo-final.pdf>. Acesso em: 08.11.2017.

COSTA, Ana Paula Motta. População em situação de rua: contextualização e caracterização. *Revista Virtual Textos & Contextos*, Porto Alegre, vol. 4, nº 1, dez. 2005. Disponível em: <http://revistaseletronicas.pucrs.br/fass/ojs/index.php/fass>. Acesso em: 6 nov. 2017.

DIAS, Daniela Maria dos Santos. *Planejamento e desenvolvimento urbano no sistema jurídico brasileiro: óbices e desafios.* Curitiba: Juruá, 2012.

DIAS, Elioterio Fachin. *O mínimo ético existencial como garantia do princípio da dignidade humana.* Disponível em: <http://www.egov.ufsc.br/portal/conteudo/o-m%C3%ADnimo-%C3%A9tico-existencial-como-garantia-do-princ%C3%ADpio-da-dignidade-humana>. Acesso em: 6 nov. 2017.

DIAS, Maria Tereza Fonseca. *Políticas públicas para a eficácia do direito fundamental à moradia adequada da população em situação de rua.* Disponível em: <http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=7a1bc993c84aa757>. Acesso em: 6 nov. 2017.

FOCHESATTO, Eduardo. *A aplicabilidade da reserva do possível e do mínimo existencial no direito brasileiro.* Disponível em: <http://www3.pucrs.br/pucrs/files/uni/poa/direito/graduacao/tcc/tcc2/trabalhos2012_1/eduardo_fochesatto.pdf>. Acesso em: 6 nov. 2017.

GUSTIN, Miracy Barbosa de Sousa. A governança social em comunidades periféricas e de exclusão: questões de fundo sobre sua efetividade. *Revista Observatório do Milênio de Belo Horizonte*. a 3, ed. 3, jun. 2012, p. 14-35.

HESSE, Konrad. *A força normativa da Constituição.* Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Sergio Antonio Fabris Editor. Porto Alegre, 1991.

Instituto Brasileiro de Geografia de Estatística. Síntese de Indicadores Sociais-SIS. Disponível em: <https://www.ibge.gov.br/estatisticas-novoportal/sociais/protecao-social/9221-sintese-de-indicadores-sociais.html?&t=publicacoes>. Acesso em: 8 nov. 2017.

Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística-IBGE. Pesquisa Nacional por Amostra de Domicílios Contínua Terceiro Trimestre de 2017. Disponível em: <ftp://ftp.ibge.gov.br/Trabalho_e_Rendimento/Pesquisa_Nacional_por_Amostra_de_Domicilios_continua/Trimestral/Fasciculos_Indicadores_IBGE/pnadc_201703_trimestre_caderno.pdf>. Acesso em: 8 nov. 2017.

Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada. Retrato das desigualdades de gênero e raça 1995-2015. Disponível em: <http://www.ipea.gov.br/portal/images/stories/PDFs/170306retratodas desigualdadesdegeneroraca.pdf>. Acesso em: 6 nov. 2017.

JÚNIOR, Garcia Vanderlei. Análise da teoria da justiça social e distributiva à luz da Constituição Federal de 1988. Disponível em: <http://ambitojuridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=17616>. Acesso em: 6 nov. 2017.

LORENZETTI, Maria Sílvia Barros. A questão habitacional no Brasil. Câmara dos Deputados, Brasília, jul. 2001. Disponível em: <http://bd.camara.gov.br/bd/handle/bdcamara/1469>. Acesso em: 8 nov. 2017

MARICATO, Ermínia. O "Minha Casa" é um avanço, mas segregação urbana fica intocada. Carta Maior, maio 2009. Disponível em: <http://cartamaior.com.br>. Acesso em: 9 dez. 2017.

MEDEIROS, João Gabriel Cirelli. Direito à moradia, direito à habitação e habitação adequada: distinções conceituais. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/50698/direito-a-moradia-direito-a-habitacao-e-habitacao-adequada>.Acesso em: 6 nov. 2017.

MINAS GERAIS. Direitos do morador de rua: um guia na luta pela dignidade e cidadania. Um guia na luta pela dignidade e cidadania. Disponível em: <http://www-antigo.mpmg.mp.br/portal/public/interno/repositorio/id/16874>. Acesso em 8 nov. 2017.

MORAIS, Marcio Eduardo da Silva Pedrosa. O conceito da justiça distributiva no Estado Democrático de Direito: uma compreensão da justiça distributiva e do acesso à justiça no estado constitucional democrático brasileiro. Disponível em: <http://www.biblioteca.pucminas.br/teses/Direito_MoraisME_1.pdf>.

MOTA, Kaio César da Silva. Constituição simbólica: a discrepância entre o simbolismo constitucional e sua ineficácia normativo-jurídica. Disponível em: <https://periodicos.ufrn.br/constituicaoegarantiadedireitos/article/viewFile/10329/7302>. Acesso em: 8 nov. 2017.

NALINI, José Renato. *Por que filosofia?* São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

NETO, Antonio da Silva. Direitos Fundamentais: efetividade e aplicabilidade no Ordenamento Jurídico Brasileiro. Disponível em: <http://intertemas.unitoledo.br/revista/index.php/ETIC/article/viewFile/2322/1817>. Acesso em: 8 nov. 2017.

NONATO, Domingos; DIAS, Daniella Maria Santos. Programa Minha Casa, Minha Vida: Política Pública de (ex)inclusão social da população em situação de rua, 2016. Disponível em: <http://indexlaw.org/index.php/revistadspp/article/view/1558>. Acesso em: 6 nov. 2017.

OLIVEIRA, Antônio Ítalo Ribeiro. O mínimo existencial e a concretização do princípio da dignidade da pessoa humana. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/50902/o-minimo-existencial-e-a-concretizacao-do-principio-da-dignidade-da-pessoa-humana>. Acesso em: 06.11.2017.

ONU- HABITAT. Habitat e Desarrollo Humano. Disponível em: <http://www.onuhabitat.org/index.php?option=com_docman&task=doc_download&gid=1176&Itemid=183>. Acesso em: 8 nov. 2017.

ONU. Comentário geral nº4, do Comitê sobre Direitos Econômicos Sociais e Culturais: o direito à habitação adequada. 1991. <http://www.dhnet.org.br/direitos/sos/moradia/trabalhohabitacaopronto.html#7>. Acesso em: 8 nov. 2017.

PIOVESAN, Flávia. *Direitos humanos e o direito constitucional internacional.* 4. ed. São Paulo: Max Limonad, 2000.

Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento. Relatório do Desenvolvimento Humano 2016. Disponível em: <http://www.br.undp.org/content/brazil/pt/home/idh0/relatorios-de-desenvolvimento-humano/rdhs-globais.html>. Acesso em: 06.11.2017 Relator(a): Min. Ayres Britto, Julgamento: 21 jun. 2010.

SALES, Tainah Simões; CORTEZ, Maysa. O mínimo existencial à luz da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal. Disponível em: <http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=c1dad158473d5997>. Acesso em: 6 nov. 2017

SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional.* 11ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.

SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988.* 9. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.

Secretaria Municipal de Assistência Social – SMAS de Governador Valadares, MG. *Diagnóstico da população de Governador Valadares em situação de rua*, 2016. Disponível em: <http://www.valadares.

mg.gov.br/abrir_arquivo.aspx/Diagnostico_da_Populacao_em_Situacao_de_Rua?cdLocal=2&arquivo=%7BAE0E1B2A-D5CB-E64D-7C6B-D103DBBA3DD1%7D.pdf>. Acesso em: 6 nov. 2017

SOUZA, Sérgio Iglesias de. *Direito à Moradia e de Habitação*. São Paulo: RT, 2004.

TORRES, Ricardo Lobo. *O Direito ao Mínimo Existencial*. Rio de Janeiro: Renovar, 2009.

VOLPE, Karina Rocha Martins. Efetivação dos Direitos Sociais na ótica do mínimo existencial e da reserva do possível. Disponível em: <https://www.portaldeperiodicos.idp.edu.br/cadernovirtual/article/view/619>. Acesso em: 6 nov. 2017

Artigo recebido em: 24/7/2018
Artigo aprovado em: 27/9/2018

DOI: 10.5935/1809-8487.20180012

217 - 266
Artigo

# O CONTROLE JURISDICIONAL DA DISCRICIONARIEDADE NO PROCESSO LEGISLATIVO DAS MEDIDAS PROVISÓRIAS

BRENDA DOS SANTOS NASCIMENTO
MÁRCIO EDUARDO SENRA NOGUEIRA PEDROSA MORAIS

# O CONTROLE JURISDICIONAL DA DISCRICIONARIEDADE NO PROCESSO LEGISLATIVO DAS MEDIDAS PROVISÓRIAS

**THE JURISDICTIONAL CONTROL OF DISCRIMINATION IN THE LEGISLATIVE PROCESS OF PROVISIONAL MEASURES**

BRENDA DOS SANTOS NASCIMENTO
Advogada
brenda_dos_santos@hotmail.com

MÁRCIO EDUARDO SENRA NOGUEIRA PEDROSA MORAIS
Professor
Faculdade de Pará de Minas
marcioeduardopedrosamorais@gmail.com

**RESUMO**: A pesquisa bibliográfica e jurisprudencial desenvolvida neste trabalho tem como objetivo apresentar respostas aos seguintes questionamentos: como o Poder Judiciário brasileiro tem controlado a constitucionalidade das medidas provisórias? O posicionamento adotado pelo Supremo Tribunal Federal (STF) tem sido suficiente para garantir a supremacia constitucional? Objetivando encontrar respostas precisas para as dúvidas que deram ensejo à pesquisa, o princípio da separaçãodos poderes, as medidas provisórias e a discricionariedade dos atos administrativos foram estudados nas primeiras seções através de uma abordagem teórico-constitucional sob os mais diversos aspectos, que atingem desde a sua conceituação até as limitações que lhe são impostas pelo ordenamento jurídico pátrio. Na última seção, por meio da análise jurisprudencial, o posicionamento adotado pelo STF é elucidado e confrontado com as disposições constitucionais determinantes da competência do Poder Judiciário, bem como com a sistemática principiológica que rege a lei maior do Estado de Direito brasileiro.

**PALAVRAS-CHAVE:** Medidas provisórias. Controle de Constitucionalidade. Discricionariedade. Separação de Poderes.

**ABSTRACT**: The research developed in this paper aims to present answers to the following questions: How has the Brazilian Judiciary has controlled the constitutionality of interim measures? Has the position adopted by the Federal Supreme Court been enough to guarantee constitutional supremacy? With a view to finding precise answers to the doubts that gave rise to the research, the principle of separation of powers, interim measures and discretion of administrative acts were studied in the first sections through a theoretical-constitutional approach under the most diverse aspects, which reach from the conception to the limitations that are imposed by the national legal order. In the last section, through the jurisprudential analysis, the position adopted by the STF is elucidated and confronted with the constitutional provisions that determine the jurisdiction of the Judiciary, as well as with the principiological systematics that governs the greater law of the Brazilian State of Law.

**KEYWORDS**: Interim measures. Control of Constitutionality. Discretionary. Separation of Powers.

**SUMÁRIO**: 1. Introdução. 2. Estudo dogmático do princípio da separação de poderes. 2.1. A separação de poderes e a atuação de Poder Executivo no ordenamento jurídico brasileiro. 2.2. Função

legislativa do Poder Executivo: a edição de medidas provisórias. 2.3. Evolução conceitual da medida provisória. 2.4. Limites à edição de medidas provisórias. 3. O "Poder" Discricionário e os limites ao seu exercício. 3.1. Discricionariedade: poder ou dever? 3.2. Limites aplicáveis à discricionariedade. 4. Discricionariedade nas medidas provisórias e o controle de seus requisitos constitucionais. 4.1. Medidas provisórias sob o crivo da constitucionalidade. 5. Conclusão.

## 1. Introdução

O cerne do presente trabalho está estruturado no estudo da sistemática procedimental adotada pela Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 (CRFB/88) para a elaboração das medidas provisórias e na forma com que o Poder Judiciário realiza o controle de constitucionalidade dos requisitos de relevância e urgência, pressupostos para a sua edição, visando a enfrentar a seguinte problemática: *como o Poder Judiciário brasileiro tem controlado a constitucionalidade das medidas provisórias? O posicionamento adotado pelo Supremo Tribunal Federal (STF) tem sido suficiente para garantir a supremacia constitucional?*

O constituinte, em homenagem ao sistema de freios e contrapesos adotado pela democracia brasileira, concedeu ao Presidente da República a possibilidade de participar do processo legislativo, atipicamente, por meio da edição de uma norma primária, a medida provisória, desde que presente uma situação de tamanha excepcionalidade que faça com que o procedimento legislativo ordinário não seja capaz de tutelar de forma eficaz o direito em risco.

A discussão a ser levantada tem fulcro na atuação do Supremo Tribunal Federal (STF) que, ao analisar o cumprimento dos requisitos constitucionais pelo chefe do Poder Executivo, por meio do controle de constitucionalidade, tem como função típica assegurar a compatibilidade das normas ordinárias ao que dispõe a norma maior.

Na primeira parte do estudo, o instituto das medidas provisórias será conceituado; sua origem, fonte e as diversas classificações de sua natureza jurídica serão delineadas, bem como seus

requisitos de constituição. Por derradeiro, limitações de cunho material e formal impostas ao seu exercício serão analisadas pelo presente trabalho.

Na segunda parte, a *discricionariedade* será o objeto de estudo. Serão apontadas as principais discussões a respeito do tema. Nessa seara, à discricionariedade são atribuídas duas definições: a defendida pela doutrina majoritária, que a estabelece como poder; e outra que a determina como dever de seu aplicador.

A atividade discricionária será apresentada como característica dos atos administrativos, cujos elementos de validade serão brevemente citados, à exceção do mérito administrativo, que, estritamente ligado ao instituto das medidas provisórias, será analisado com maior acuidade. Os métodos de controle da discricionariedade e as teorias que o permeiam e impõem limites serão nomeados e explicitados à luz da jurisprudência dos tribunais superiores.

Na terceira seção, serão expostos diversos julgados no âmbito do Supremo Tribunal Federal, os quais demonstram a inexistência de uniformidade no posicionamento do órgão que tem como uma de suas atividades precípuas pacificar o entendimento acerca de determinada matéria dentro do sistema jurídico pátrio.

Por fim, o posicionamento adotado pelo STF no controle de constitucionalidade da espécie normativa será explicitado e confrontado com os princípios que regem a ordem democrática e as disposições constitucionais que asseguram a participação judicial na manutenção da legalidade.

## 2. Estudo dogmático do princípio da separação dos poderes

A presente seção contempla o estudo do princípio da separação dos poderes, princípio que rege a estrutura do Estado democrático

brasileiro e, por consequência, norteia toda a sistemática de atribuições dos três poderes e o modo de condução da máquina pública.

Por meio do esquadrinhamento do supracitado princípio, objetiva-se delimitar a atuação dos poderes constitucionais em funções atípicas, especialmente no que diz respeito à atuação do chefe do Poder Executivo na edição das medidas provisórias.

Nesse diapasão, as medidas provisórias serão conceituadas e explicitadas como uma nova espécie normativa trazida pela Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 (CRFB/88), diploma que inaugurou o retorno da ordem democrática ao país, e como instituto inovador de uma democracia idealizada sob a égide dos pilares da Teoria de Freios e Contrapesos de Montesquieu, e que outorga ao chefe do Poder Executivo, de forma expressa, atribuição legislativa dotada de autonomia para produção de normas jurídicas primárias.

## 2.1. A separação de poderes e a atuação de Poder Executivo no ordenamento jurídico brasileiro

O Estado de Direito sob o qual se estabelece a democracia brasileira só pode ser entendido em virtude de um longo processo histórico cujas etapas vão desde a formação de um Estado soberano até a sua consolidação como um órgão autônomo e governado sob os anseios populares.

A expressão Estado de Direito remonta aos ditames da legalidade, da legitimação de uma norma maior que regula o exercício das atividades estatais e que concede soberania à vontade do povo. Essa compreensão de legalidade só é possível porque filósofos como Aristóteles (384 a.C-322 a.C), Charles de Montesquieu (1689-1755), Jean Jacques Rousseau (1712-1778) e John Locke (1632- 1704) idealizaram teorias pautadas

na limitação dos poderes do gestor estatal e na distribuição de funções entre órgãos do Estado.

A limitação de poderes pretendida pelos citados pensadores tem seu ápice na consolidação da teoria da separação de poderes, na construção de ideais que permitissem o desenvolvimento do ente estatal, de seu território e de seu povo.

Historicamente, a separação dos poderes, que está consagrada pelo artigo segundo do diploma constitucional brasileiro, decorre do anseio da sociedade europeia, principalmente da inglesa, pelo fim do poder ilimitado dos monarcas e das arbitrariedades por eles cometidas, já que a concentração das atividades executivas, legiferantes e judiciais nas mãos de uma só autoridade, o herdeiro do trono imperial e escolhido por Deus, autorizava a submissão do povo e consolidava o poder ilimitado do principado.

Em razão do forte desenvolvimento das instituições governamentais, em momentos que antecederam a eclosão da teoria da separação dos poderes, a Inglaterra absolutista passou por um processo de transição que ficou conhecido como monarquia mista. Nesse modelo de governança, instaurado como tentativa de repelir o absolutismo, rei, nobreza e representantes do povo compunham o substrato inglês com poder decisório e dotado de privilégios.

A concentração dos poderes estatais, ainda que não mais vinculada somente ao herdeiro real, na medida em que a atuação do Parlamento se tornava cada vez mais frequente, consistia em objeto de oposição por parte dos defensores da soberania popular e dos adeptos da instalação do sistema republicano inglês, na medida em que a atividade do Estado, em que pese a existência de um órgão produtor de normas, se resumia à vontade do monarca e ao cumprimento desta.

O fim da tirania e a busca pela liberdade proporcionaram o surgimento de concepções cuja premissa básica visava à retirada da função legislativa do órgão julgador. A ideia da cisão do órgão de

governo em um órgão julgador e outro responsável pela fabricação de normas é a primeira acepção da doutrina da separação dos poderes no direito ocidental.

Nuno Piçarra disserta a respeito do surgimento da doutrina:

> Baseava-se em específicas ideias, reivindicações e critérios jurídicos, de cariz essencialmente anti-absolutista. Constituía, assim, elemento essencial do modelo que ao Estado absolutista então se contrapunha como alternativa: a própria rule of law, primeira forma histórica do que viria a ser o Estado- tipo do Ocidente, ou seja, o Estado constitucional ou de Direito. (PIÇARRA, 1989, p. 44).

A ideia da separação dos poderes não era, contudo, novidade entre os estudiosos europeus, uma vez que, na Grécia Antiga, Aristóteles (384 a.C-322 a.C) já havia se manifestado, em sua obra *A Política*, acerca da indispensabilidade da secessão do poder governamental em três partes: a que exerce a magistratura, sinônimo da função executiva, a que decide sobre negócios públicos e aquela que administra a justiça. Para o Estagirita:

> Em todo governo, existem três poderes essenciais, cada um dos quais o legislador prudente deve acomodar da maneira mais conveniente. Quando estas três partes estão bem acomodadas, necessariamente o governo vai bem, e é das diferenças entre estas partes que provêm as suas. (ARISTÓTELES, 2006, p. 75).

Durante o período de instabilidade da monarquia absolutista, John Locke (1632-1704), um dos precursores da doutrina da separação de poderes, promoveu a releitura do que havia sido dito por Aristóteles e pregou a importância do corpo normativo para a permanência do Estado, defendendo a não concentração dos poderes legislativo e executivo nas mãos de uma pessoa.

Para Aristóteles, a lei seria o único meio hábil a garantir a efetivação da vontade de um povo que abriu mão de seus direitos natu-

rais em prol da paz, da segurança e da manutenção da propriedade e, na mesma medida, o instrumento capaz de impedir o exercício arbitrário das forças estatais.

Os ensinamentos de Locke fortaleceram a base da teoria do *rule of law* e deram ensejo à noção de legalidade, que já pairava sob o sistema monárquico europeu e que culminou no assentamento do parlamento. Aliadas à insatisfação da maioria dos ingleses, as guerras e a disputa interna pelo poder proporcionaram a divulgação e consolidação das teorias antiabsolutismo no território inglês.

Valendo-se da construção doutrinária do *rule of law,* que consagrou a supremacia do legislativo e das normas por ele emanadas, Montesquieu fez do princípio da legalidade o esteio de desenvolvimento de todo o seu pensamento.

A distinção entre as funções legislativa e executiva foi aprimorada pelo filósofo através do acréscimo da função judicial, cujas atribuições consistiriam no poder de julgar os conflitos entre particulares e punir os crimes.

A despeito de defender a desvinculação dos poderes legislativo e judicial, a atuação dos órgãos julgadores foi fortemente limitada pelos preceitos de legalidade estrita contidos nas narrativas do pensador, segundo o qual "os juízes da nação são apenas a boca que pronuncia as palavras da lei, seres inanimados que não podem moderar nem a força nem o rigor". (PIÇARRA, 1989, p. 96).

O exercício das atribuições judiciais restringiu-se à subsunção da norma ao caso concreto, ou seja, em uma atividade que impedia a autonomia dos juízes e de suas decisões, o que destoa completamente do sistema de precedentes característico do modelo judicial inglês.

Sob o panorama teórico, a vertente da separação dos poderes instituída por Montesquieu foi definitiva para a formação e delimitação do sistema funcional tríplice que rege o Estado de Direito.

Jean Jacques Rousseau, por sua vez, signatário das bases firmadas por Locke e Montesquieu, fez com que a tripartição de poderes alcançasse outras identidades, na medida em que sua teoria era firmada segundo os preceitos do pacto social e da ideia de solidificação de um corpo político que, ao abrir mão do exercício de suas próprias forças e vontades, deu azo à formação de uma vontade uníssona e que deve reger os atos estatais.

A soberania popular na qual se estruturava a teoria de Rousseau fundamentou a defesa da implementação do sistema republicano. Todavia, a forte influência da monarquia na Europa e a integração ao sistema inglês das garantias fundamentais fizeram com que a ideologia da *politeia* não fosse aceita pela sociedade inglesa.

A continuidade do sistema monárquico misto na Inglaterra não impediu que a doutrina da separação dos poderes se disseminasse pelo continente europeu e, posteriormente, para todo o ocidente. De modo diverso, a instauração de garantias ao povo e de limites ao poder da realeza inglesa e o desenvolvimento econômico inglês serviram de exemplo para o fortalecimento do Estado de Direito em outros países.

Inaugurada a justiça constitucional e estabelecida a atribuição de atividades para os membros e representantes no trinômio de funções estatais, fez-se necessária a instituição de um método de controle a ser realizado entre as funções, na medida em que cada uma delas passou a ser constituída por órgãos independentes e com atuação própria.

Assim, é que a tripartição da organização estatal deu vez à criação da teoria de freios e contrapesos, segundo a qual o cumprimento dos ditames constitucionais pelos poderes Executivo, Judiciário e Legislativo seria controlado pelos mesmos, de modo recíproco.

O controle recíproco tem por finalidade obstar o exercício arbitrário de determinadas atribuições por parte dos três poderes,

inclusive no que diz respeito à usurpação de competência de um poder pelo outro.

Nesse sentido, a imputação de atribuições atípicas aos poderes foi inserida no sistema constitucional como forma de possibilitar a integração entre os poderes e, ao mesmo tempo, como intuito de evitar o excesso de concentração de algumas atividades apenas nas mãos de órgãos representativos de cada poder. Destarte, Piçarra sintetiza:

> A única forma de impedir a subversão consistiria em manter vários órgãos constitucionais em equilíbrio, basicamente através da manutenção de sua separação (independência) uns dos outros e da atribuição a cada um de meios de recíproco controlo. (PIÇARRA, 1989, p. 85-86).

Tem-se no diploma constitucional a exata divisão das atribuições concernentes ao Poder Executivo, Legislativo e Judiciário, as quais a doutrina entende por bem definir como funções típicas de cada um.

Comumente, os poderes exercem suas funções típicas e são controlados uns pelos outros. Todavia, o sistema de freios e contrapesos também pode ser visto sob outra vertente, a do exercício das funções atípicas pelos três poderes. Isso porque a independência entre as funções permite que essas adentrem a seara da competência das outras para que possam tutelar situações dotadas de peculiaridades, desde que haja expressa previsão constitucional.

No ordenamento jurídico brasileiro, está clara a consolidação dos ditames da balança de poderes, na medida em que, em decorrência da dita necessidade de controle das condutas de cada poder, a Constituição brasileira de 1988 atribuiu a cada um dos poderes incumbências que, em uma análise superficial, seriam diretamente atreladas às competências de um poder específico, mas que são postas como atividades atípicas com intuito de assegurar o exercício de direitos e a estabilidade da democracia.

Portanto, em que pese a existência de titularidade das funções constitucionais, não paira sobre o constitucionalismo brasileiro a existência de exclusivismo das funções legislativa, de governança ou de julgamento.

Sob esse viés, pode-se mencionar a atípica atribuição de legislar conferida ao chefe do Poder Executivo, o qual, esquivando-se do processo legislativo ordinário, utiliza o instituto das medidas provisórias para regulamentar situações de caráter excepcional, cuja urgência e relevância dependem de normatização imediata, sob pena de violação de direitos e de dano à sociedade e ao Estado.

## 2.2. Função legislativa do Poder Executivo: a edição de medidas provisórias

Em sua essência, a medida provisória é instituto jurídico de origem italiana, inspirado na figura do *decretti leggi,* ato normativo de caráter provisório utilizado pelos italianos para regular casos de extraordinária necessidade e urgência e que possuía expressa previsão na Constituição italiana de 1947.

A medida provisória foi introduzida pelo constituinte originário no ordenamento jurídico pátrio, com objetivo de conferir ao Presidente da República competência para regulamentar situações excepcionais, cuja urgência e relevância impedem que a matéria seja disciplinada pelo procedimento legislativo ordinário, notadamente dotado de morosidade, sem prejuízo à sociedade e à estrutura democrática.

No artigo 55 da Constituição de 1967 havia expressa permissão para que o Presidente da República, em caso de urgência e ou de interesse público relevante e, desde que não houvesse aumento de despesas, se valesse da expedição de decretos-leis para dispor sobre determinadas matérias constantes de um rol taxativo, sen-

do elas: segurança nacional, finanças públicas, inclusive normas tributárias, criação de cargos públicos e fixação de vencimentos.

Todavia, o abusivo uso do decreto-lei pelos governantes brasileiros fez com que o instituto, idealizado para a excepcionalidade, fosse utilizado em usurpação da competência do Poder Legislativo, destoando assim da função constitucional que lhe foi atribuída, razão pela qual os decretos-leis foram rechaçados pela doutrina e pelos constituintes de 1988.

Neste contexto é que a medida provisória, espécie normativa criada pelo direito italiano, com o advento da Constituição italiana de 1947 e fruto da reiterada prática dos governantes do país de editar decretos com força de lei em situações emergenciais na vigência da Constituição antecedente, datada de 1848, surgiu como inspiração para os legisladores brasileiros.

Em razão de sua atipicidade, as medidas provisórias deram ensejo à criação de diversas teorias acerca de sua natureza jurídica, já que sua classificação e enquadramento como instituto jurídico tem direta influência no modo como será exercido o controle de seus requisitos pelos poderes Judiciário e Legislativo, além de ser fator determinante na análise das consequências decorrentes de sua eficácia imediata e também de sua temporariedade.

Clémerson Merlin Clève (1991) sustenta que a adoção de medidas provisórias pelo Constituinte decorre do poder de cautela legislativa que permite ao Presidente da República adentrar a esfera legislativa para impedir que urgência e relevância de determinadas situações sejam sucumbidas pelo procedimento legislativo ordinário.

De maneira diversa, Celso Antônio Bandeira de Mello (2006) defende que as medidas provisórias não podem ser consideradas lei e, tampouco, atos administrativos, na medida em que estes se submetem ao regime jurídico-administrativo, o qual é regido por

princípios totalmente distintos dos que dão sustentação à produção normativa. Aduz o autor que o instituto possui características distintas das leis, já que possui prazo determinado, eficácia *ex tunc*, pressuspostos específicos de edição, urgência e relevância, e, ainda, é marcado pela precariedade, o que permite concluir que podem ser classificadas como atos de governo.

Em contrapartida aos que argumentam os citados constitucionalistas, em homenagem à expressa previsão constitucional, Clève (1991) afirma que as medidas provisórias integram o processo legislativo de forma plena, por força da disposição constante no artigo 59 da CRFB/88, o que implica dizer que são atos de natureza normativa, lei em sentido técnico. Para Clève:

> O fato de as medidas provisórias serem publicadas como "Atos do Executivo" no Diário Oficial; o fato de elas submeterem-se a termo (salvo a conversão); o fato de produzirem eficácia imediata, sem a intervenção do Legislativo; isso tudo não descaracteriza a natureza legislativa do instituto e nem ofende o princípio da separação dos poderes. (CLÈVE,1991, p. 47).

Importante ressaltar que o Supremo Tribunal Federal se manifestou, no mesmo sentido, sobre o tema no julgamento da ADI 293-7/600.

Por fim, Gilmar Mendes e Paulo Gustavo Gonet (2012) firmam entendimento no sentido de que a definição de "lei sob condição resolutiva" criada Pontes de Miranda é a que melhor se adequa ao instituto estudado.

Assim, a doutrina segue apresentando discussões sobre a natureza do ato normativo, à espera de uma possível pacificação e definição da matéria pelos tribunais superiores.

## 2.3. Evolução conceitual da medida provisória

A normatização das medidas provisórias dentro do texto constitucional não mais se apresenta nos moldes como foi instituída pelo legislador constituinte, tendo em vista que o uso imoderado da espécie normativa pelos chefes do Poder Executivo fez com que a alteração da tipificação inaugural se tornasse uma necessidade jurídica para preservação da autonomia dos poderes, bem como da competência do Congresso Nacional.

Inicialmente, a previsão constante do artigo 62 da Constituição de 1988 dispunha que o Presidente da República poderia adotar medidas provisórias, com força de lei, em caso de relevância e urgência, devendo submetê-las de imediato ao Congresso Nacional que, estando em recesso, seria convocado para reunião extraordinária em cinco dias.

O artigo ainda era composto por um único parágrafo, que estabelecia a perda da eficácia, desde a edição, da medida provisória que não fosse convertida em lei no prazo de trinta dias contados na publicação, sendo dever do Congresso Nacional disciplinar as relações jurídicas dela decorrentes.

A ausência de regulamentação procedimental do veículo normativo e a inexistência de definição acerca da possibilidade de sua reedição causou grande instabilidade nos anos que sucederam a publicação da nova Constituição brasileira.

Aponta Sérgio Sérvulo da Cunha, referido por Clélio Chiesa (2001), que no período compreendido entre janeiro de 1995 e dezembro de 1998, foram editadas 2.608 medidas provisórias, uma média de 1,78 por dia, incluindo fins de semana e feriados, sendo 2.451 reedições.

Nesse contexto, deputados e senadores tentaram por intermédio de diversas propostas legislativas, inclusive leis complementares,

estabelecer parâmetros ao exercício da função pelo Presidente, já que cada vez mais constante a usurpação da competência legislativa do Congresso.

A rigidez da Constituição de 1988, no entanto, impedia que norma infraconstitucional limitasse o exercício do múnus pelo Presidente, haja vista a inexistência de previsão para tanto no texto constitucional.

Diante da instabilidade que permeava os poderes Executivo e Legislativo, foi aprovada a Emenda Constitucional n.º 32 de 11/09/2011 que, além de trazer modificações ao *caput* do artigo 62, nele inseriu doze parágrafos, estabelecendo assim uma série de limitações à edição de medidas provisórias.

Após a referida emenda, as medidas provisórias tiveram seu prazo alterado, sendo sua eficácia submetida ao lapso temporal de 60 dias, prorrogável uma vez por igual período. Assim, em não sendo caso de recesso parlamentar, momento em que ocorrerá a suspensão da contagem do prazo de duração e, transcorridos 120 dias da publicação da medida provisória sem manifestação do Congresso Nacional a seu respeito, cessará a produção de efeitos do ato presidencial, cabendo ao órgão legislativo, através de decreto legislativo, dispor sobre as relações jurídicas dela decorrentes, conforme disciplina o artigo 62 §7º da CRFB/88.

A despeito de não ser mais apreciada extraordinariamente em cinco dias pelo Congresso Nacional, como estabelecia o texto original do documento constituinte, optou o legislador por constituir, no parágrafo sexto do artigo estudado, o regime de urgência, o qual determina o sobrestamento da pauta de votação do Congresso quando da existência de medida provisória publicada há mais de 45 dias sem deliberação da casa iniciadora, a Câmara dos Deputados, até que seja votada.

Restou ainda regulamentada a necessidade de submissão da norma a uma comissão parlamentar mista para análise de seus requi-

sitos constitucionais, bem como de sua adequação financeira e orçamentária. Com maior destaque, com intuito de dar fim ao deturpado e imoderado uso do instituto pelo chefe do Poder Executivo Federal, implementou o legislador ordinário a vedação à reedição de medida provisória rejeitada ou que tenha perdido a eficácia pelo decurso do tempo, na mesma sessão legislativa, dispondo para tanto o seguinte:

> Art. 62. Em caso de relevância e urgência, o Presidente da República poderá adotar medidas provisórias, com força de lei, devendo submetê-las de imediato ao Congresso Nacional.
>
> § 10. É vedada a reedição, na mesma sessão legislativa, de medida provisória que tenha sido rejeitada ou que tenha perdido sua eficácia por decurso de prazo. (BRASIL, 2017b).

Com tais alterações, a espécie normativa permanece sendo reiteradamente utilizada pelos chefes do Poder Executivo Federal, Estadual e Municipal.

## 2.4. Limites à edição de medidas provisórias

Além da limitação formal consolidada pelos pressupostos de relevância e urgência, as medidas provisórias ficam adstritas aos limites materiais dispostos ao longo do texto da Constituição, principalmente naqueles citados no artigo 62, §1º.

Inicialmente não foi criada pelo constituinte originário nenhuma limitação ou vedação material à edição das medidas provisórias, sendo a escolha da matéria livremente realizada pelo Presidente da República, assim como acontecia no instituto italiano que serviu de inspiração para a adoção da espécie normativa no sistema brasileiro.

O instituto italiano, todavia, decorre do parlamentarismo, sistema com maior intervenção do Chefe de Estado, diferentemente

do sistema brasileiro, em que as funções de cada poder são expressamente definidas pela Constituição.

Diante da diferença entre as normas que regem a República brasileira e o parlamentarismo italiano, a imposição de limites materiais à edição de medidas provisórias se fez necessária.

Percebida pelos legisladores brasileiros a necessidade de modificação do artigo em estudo, foram promulgadas, no ano de 1995, as Emendas Constitucionais de n.º 5 e 7, prevendo a vedação de regulamentação da exploração direta ou mediante concessão dos serviços locais de gás canalizado por meio do instituto, bem como a criação do artigo 246, cujo texto impede a regulamentação de artigos da Constituição Federal cuja redação tivesse sido modificada por emenda promulgada posteriormente ao ano de 1995, através de medidas provisórias.

Em 2001, por meio da Emenda Constitucional n.º 32, o artigo 246 do diploma constitucional foi novamente alterado, sendo ainda inserida no texto da Constituição de 1988 uma série de limitações de cunho material ao exercício da função legislativa pelo Presidente da República.

Trata-se de vedações de cunho substancial, cujo rol consta do artigo 62 §1º da CRFB/88 e que se cingem na proibição de edição de medida provisória sobre assuntos diretamente relacionados ao exercício da democracia, como nacionalidade, cidadania, direitos políticos, partidos políticos e direito eleitoral, bem como sobre direito penal, processual penal e processual civil. A vedação ainda atinge matérias que dizem respeito à organização de Poder Judiciário e do Ministério Público, à carreira e garantias de seus membros e, por fim, conteúdos que atinjam o Estado em seu âmbito financeiro, como os planos plurianuais, diretrizes orçamentárias, orçamento e créditos adicionais e suplementares, ressalvado o previsto no artigo 167, § 3º.

Em virtude das consequências e prejuízos causados pela decisão de confisco de valores das contas bancárias, tomada durante o governo do Presidente Collor (1990-1992), também não é possível que o instrumento normativo adote medida que vise à detenção ou sequestro de bens, de poupança popular ou qualquer outro ativo financeiro.

Além disso, matérias que sejam passíveis de regulamentação por meio de leis complementares e que já estejam sendo disciplinadas por projeto de lei em trâmite no Congresso Nacional e pendente de sanção ou veto por parte do chefe do Executivo não podem ser objeto da espécie normativa estudada.

A mudança estrutural do instituto das medidas provisórias demonstra a preocupação dos operadores do direito com sua característica discricionariedade e, nas palavras de Fabrício Bittecourt da Cruz, "com a necessidade de conformação de um poder normativo sem precedentes no país". (CRUZ, 2016, p. 189).

A reestruturação do diploma e a imposição de limites pelo legislador ordinário mostra o exercício do sistema de contrapesos pelos poderes estruturantes e tem, por consequência, a afirmação da vigência do princípio da legalidade na democracia brasileira.

## 3. O "poder" discricionário e os limites ao seu exercício

O Estado de Direito, por sua própria essência, sujeita-se às imposições de ordem constitucional e, por consequência, às disposições constantes das disciplinas de caráter infraconstitucional. Em decorrência disso e para evitar a usurpação de poder por parte dos governantes, em regra, os atos praticados em exercício do *munus publicum*, além de serem regidos pela estrita legalidade, são vinculados a uma conduta pré-estabelecida pelo ordenamento jurídico, motivo pelo qual são denominados pela doutrina de *atos administrativos vinculados*.

Nesse sentido, é difundida a ideia de que o particular pode fazer tudo aquilo que não lhe é proibido, regendo-se pela liberdade; já a Administração Pública só pode fazer aquilo que lhe é permitido e determinado por lei.

Todavia, diante da diversidade de ocorrências que demandam tratamento e regulamentação estatal, a legislação brasileira não se apresenta capaz de tipificar o rol de situações em que se faz necessária a tomada de decisões por parte do administrador, tampouco de prescrever a conduta ideal a ser realizada em cada uma das situações, razão pela qual a concessão ao administrador de certa liberdade no que diz respeito à tomada da melhor decisão, desde de que atenda aos interesses públicos, foi implementada no sistema jurídico brasileiro. Trata-se do fenômeno da *discricionariedade*.

De acordo com o postulado do Estado Democrático de Direito, a discricionariedade se apresenta como uma forma de suprir as lacunas deixadas pelos legisladores, constituindo um instrumento de integração normativa.

No que tange à conceituação atribuída à discricionariedade[1], a despeito das diferentes terminologias adotadas pela doutrina, parece pacífico que a conceituação dada ao instituo é vinculada à concessão de uma margem de atuação do representante do Estado na tomada de decisões que envolvam a máquina administrativa, decisões estas que se pautam em dois critérios básicos, juízo de oportunidade e conveniência administrativa.

Sobre os atos discricionários, Hely Lopes Meireles (2016) disserta serem esses os que a administração pode praticar com liberdade de escolha de seu conteúdo, de seu destinatário, de sua conveniência, de sua oportunidade e do modo de sua realização.

1 Maria Sylvia Zanella Di Pietro define: " Em outras hipóteses, o regramento não atinge todos os aspectos da atuação administrativo; a lei deixa certa margem de decisão diante do caso concreto, de tal modo que a autoridade poderá optar por uma dentre várias soluções possíveis, todas válidas perante o direito. Nesses casos o poder da administração é discricionário, porque a adoção de uma ou outra solução é feita segundo critério de oportunidade, conveniência, justiça, equidade, próprios da autoridade porque não definidos pelo legislador." (DI PIETRO, 2016, p. 254-255).

Para Maria Sylvia Zanella Di Pietro (2015), a discricionariedade existe em decorrência da ausência de regramento legal sob todos os aspectos da atuação administrativa, sendo, então, um poder que permite à autoridade administrativa a adoção de uma ou outra solução através de critérios de oportunidade, conveniência, justiça, equidade, além de critérios próprios da autoridade.

Celso Antônio Bandeira de Mello aduz que a discricionariedade pode ser definida como:

> A margem de liberdade conferida pela lei ao administrador a fim de que este cumpra o dever de integrar com sua vontade ou juízo a norma jurídica, diante do caso concreto, segundo critérios subjetivos próprios, a fim de dar satisfação aos objetivos consagrados no sistema legal. (MELLO, 2006, p. 403).

Por sua vez, Ricardo Alexandre e João de Deus (2017), prelecionam:

> Há casos em que a Administração tem liberdade para decidir como e quando agir. São situações em que é lícito ao administrador decidir sobre a conveniência e a oportunidade para praticar determinados atos. Nesses casos, afirmamos que a Administração está fazendo uso do poder discricionário, que é aquele que possibilita à Administração praticar atos administrativos discricionários. (ALEXANDRE; DEUS, 2017, p. 132).

Diante da paridade dos elementos caracterizadores da conceituação, percebe-se que é pacífico entre as teses de direito administrativo, que a discricionariedade dos atos administrativos é dotada de relativismo, uma vez que esses, em que pese a possibilidade de tomada da melhor decisão, estão necessariamente vinculados à lei, notadamente no que tange aos seus pressupostos de validade, competência, finalidade e forma. A discricionariedade deflui, por consequência, da escolha da motivação e do conteúdo que dão ensejo à manifestação por parte Estado.

Quanto à classificação dos atos discricionários, entretanto, não há consenso entre os autores, na medida em que divergem acerca de sua classificação dentro da estrutura administrativa enquanto poder ou dever, bem como acerca dos limites impostos ao seu exercício.

### 3.1. Discricionariedade: poder ou dever?

Maria Sylvia Zanella Di Pietro (2016) e Hely Lopes Meirelles (2016) afirmam que a prática de atos administrativos em exercício de juízo de discricionariedade decorre da existência de um poder denominado *discricionário*, que garante aos representantes estatais a prerrogativa de escolha de modo e tempo dos atos administrativos, mediante a utilização de critérios básicos – conveniência e oportunidade –, também verificados por meio de juízo subjetivo e interpretativo de seu aplicador.

Segundo Maria Sylvia Zanella Di Pietro (2016), para o desempenho das funções no organismo Estatal, a Administração Pública dispõe de poderes que lhe asseguram posição de soberania sobre o particular e sem os quais ela não conseguiria atingir os seus fins.

Entre esses poderes está o poder discricionário, no qual a adoção de soluções se dá conforme critérios não prévia e expressamente definidos pelo legislador, mas que devem ser pautados, sobretudo, na legalidade.

A despeito da citada acepção, Celso Antônio Bandeira de Mello (2006) introduziu a discricionariedade no âmbito dos atos administrativos, aduzindo que o correto tratamento a ser dado ao elemento seria ato praticado no exercício de competência discricionária, sob o fundamento de que não existiria ato propriamente discricionário e sim discricionariedade por ocasião de certos atos, já que esses são sempre vinculados, pelo menos, a uma competência e a uma finalidade.

Alheio ao entendimento firmado pela doutrina clássica, o autor tece diversas críticas à teoria que preleciona a existência de um poder discricionário, traçando laço entre a discricionariedade e as funções estatais. Para tanto, explicita que a máxima administrativa tem crivo na busca pela concretização do interesse público, finalidade básica do Estado.

Assim, em que pese a ideia de poder abarcada pela expressão discricionariedade, a busca pela finalidade estatal consiste em um dever da autoridade competente de atingir a finalidade pública, e não de um poder de deliberação, como sustentado por outros autores.

> Tomando-se consciência deste fato, deste caráter funcional da atividade administrativa (por isto se fiz "função administrativa"), desta necessária submissão da administração à lei, percebe-se que o chamado "o poder discricionário" tem que ser simplesmente o cumprimento do dever de alcançar a finalidade legal. (MELLO, 2006, p. 307).

Isto posto e, considerando que o Estado Democrático de Direito é regido pelos ditames da legalidade e da ordem, a teoria sustentada por Celso de Mello parece ser a mais acertada, na medida em que não se entende cabível a concessão de poderes de conteúdo subjetivo e indefinido ao donatário de uma função pública cuja premissa básica é o atingimento dos anseios sociais e o desenvolvimento do Estado brasileiro pautado na observância das normas jurídicas criadas pelos representantes do povo.

Deste modo, a discricionariedade conferida aos atos administrativos será aqui tratada como um dever dos administradores públicos.

No que se refere ao âmbito de incidência da discricionariedade, é importante ressaltar que, a despeito da liberdade que é conferida à autoridade administrativa, a margem de escolha do administrador quando da tomada de suas decisões não é plena e decorrente apenas de sua apreciação subjetiva, uma vez que

encontra baliza em juízos de conveniência e oportunidade administrativa, além de se submeter a elementos básicos de formação do ato administrativo, sob pena de ser classificada como conduta arbitrária, ilegal e em desacordo com a principiológica que rege a conduta do agente estatal.

Além disso, a existência de atos administrativos não vinculados tem origem na própria legislação, na medida em que a ausência de expressa delimitação da conduta a ser praticada é que permite que a autoridade estatal, sob os pilares da principiológica administrativa, eleja a melhor decisão a ser tomada em nome do Poder Público.

Segundo a doutrina majoritária, a discricionariedade concedida à autoridade pública advém de circunstâncias constantes da parte dispositiva de cada norma, assim como a ausência de uma conduta pré-definida pela norma, da existência de conceitos fluidos ou ainda de uma liberdade expressamente determinada.

Logo, ausente a especificação legal da conduta a ser exercida pelo representante da administração pública, surge para esse, ante a necessidade de agir, o dever de deflagrar a melhor decisão, sempre pautada em juízos de oportunidade e conveniência.

No mesmo sentido, apresentando a norma mais de um comando, patente a possibilidade de escolha pelo donatário da atribuição pública do melhor objeto a ser tutelada. Da mesma forma, constando da disposição legal conceitos jurídicos não unissignificativos, ou seja, que demandem interpretação por parte de seu aplicador, caberá a esse, no uso de suas atribuições perceber a finalidade para qual a norma foi criada, a fim que de sua aplicação seja a mais próxima do intuito pretendido pelo legislador.

Não obstante o fenômeno jurídico que dê ensejo à tomada de uma decisão sobre o crivo discricionário da autoridade competente, a discricionariedade não pode ser encontrada em todo o procedimento de atuação administrativa. Isso porque a liberda-

de característica da discricionariedade, em que pese, ser a sua justificativa pautada em uma omissão legislativa, no comando impreciso de uma norma ou da indefinição concebida por conceitos fluidos e imprecisos, decorre diretamente de uma norma e, portanto, acaba por ser limitada por elementos que a norma vincula diretamente a determinada ação.

Na esfera dos atos administrativos, o âmbito de aplicação da discricionariedade se limita ao conteúdo, ao objeto de regulamentação, e à motivação que o justifica, já que optou o legislador, com o propósito de garantir a supremacia do interesse público e a segurança jurídica, por estabelecer a forma com que o ato deve ser praticado, a quem cabe a sua prática e a finalidade que deva ser alcançada com a sua realização.

Desse modo, a discricionariedade se concretizará em escolhas que digam respeito ao melhor momento de expedição do ato, na possibilidade ou não da sua prática e na interpretação de conceitos jurídicos indeterminados e de valor sob a égide do conjunto de normas e princípios que constituem o ordenamento jurídico pátrio.

Dessarte, verifica-se que mesmo a aplicação da discricionariedade se submete a marcos, os quais tem por desígnio dar cumprimento aos ditames do Estado Democrático de Direito e acima de tudo, manter a legalidade dos procedimentos por ele adotados.

Por sua vez, no que se refere ao mérito administrativo, em virtude da ausência de vinculação de todos os elementos que compõem os atos administrativos a uma disposição legal, não é possível que esses sejam analisados integralmente no que diz respeito à legalidade, uma vez que seu conteúdo e motivação, objetos de deliberação pela autoridade competente, fazem parte daquilo que os doutrinadores denominam mérito administrativo.

Em razão disso, os atos praticados em exercício da discricionariedade devem ser observados sob dois aspectos, o da legalidade e o de

mérito, o que significa dizer que a competência, forma e finalidade do ato passarão pelo crivo da legalidade; e o mérito administrativo, que segundo Seabra Fagundes (1984) se relaciona com a intimidade do ato administrativo, será apreciado segundo critérios que envolvem a oportunidade, conveniência, finalidade e compatibilidade com princípios da administração pública e da boa gestão.

Nas palavras de Maria Sylvia Zanella Di Pietro (2016):

> O mérito é o aspecto do ato administrativo relativo à conveniência e oportunidade; só existe nos atos discricionários. Será um aspecto do ato administrativo cuja apreciação é reservada à competência da Administrativa Pública. (DI PIETRO, 2016, p. 259).

Valendo-se da definição acima e, pautados no argumento de que os elementos componentes do mérito são fruto de apreciação privativa da autoridade competente, a doutrina majoritária e a jurisprudência brasileira firmavam entendimento no sentido de que não caberia ao Poder Judiciário a realização do controle dos juízos subjetivos que constituem o mérito administrativo, o que por muitos anos deteve a atuação judicial e legitimou condutas estatais desprovidas de amparo jurídico.

Todavia, o advento da Constituição de 1988 e o surgimento de uma nova ordem democrática erguida sob os ditames da legalidade ocasionaram no ordenamento jurídico a releitura de alguns preceitos, institutos e princípios.

Nessa seara é que o controle judicial do mérito administrativo passou a ser enfrentado de modo diverso, embora, ante o fenômeno da constitucionalização dos princípios, a legalidade adquiriu nova formatação, sendo tida não só como a compatibilidade ao teor dos atos normativos, mas também como a conciliação dos atos de governo com os princípios e valores implícitos e explícitos no texto da CRFB/88.

Desse modo, a atuação do Poder Judiciário foi efetivada e a apreciação do mérito administrativo reduzida, na medida em que alguns elementos que até então eram considerados integrantes do juízo subjetivo da autoridade pública, tornaram elementos vinculados à lei e, por óbvio, passíveis do controle de legalidade.

### 3.2. Limites aplicáveis à discricionariedade

Sob o pálio da concepção de que a lei é legitimadora da discricionariedade atribuída aos atos administrativos, a fixação de limites ao seu exercício, atitude que se mostra extremamente necessária dentro da sistemática constitucional implementada pela Constituição de 1988, deve se dar de forma bastante cautelosa e, acima de tudo, seguir os ditames da própria legislação, sob pena de violação do intuito do legislador e o sistema de freios e contrapesos, princípio basilar da estrutura democrática brasileira.

Assim, em meio a diversas tentativas doutrinárias de formulação de teorias cujo objetivo fosse fundamentalmente o controle da liberdade decorrente da prática de atos discricionários, duas teorias emergiram e se consolidaram dentro do estudo dos atos administrativos, sendo elas: a *teoria dos motivos determinantes* e a *teoria do desvio de poder*.

A teoria dos motivos determinantes se sustenta na existência de uma vinculação do Poder Público à justificativa na qual se pauta a conduta administrativa. Segundo essa corrente, o ato administrativo só se reveste de legalidade quando se consolida nos termos dos motivos que levaram o agente público a praticá-lo. É a máxima da finalidade, requisito de constituição dos atos administrativos, sendo utilizada como estanque ao exercício dos poderes públicos.

A aplicação dessa teoria dentro dos parâmetros do exercício da competência discricionária encontra respaldo na interpretação que a autoridade administrativa confere aos seus atos. Isso por-

que, nos termos da teoria dos motivos determinantes, o Poder Público ficaria vinculado à interpretação dada aos preceitos legais quando da tomada de suas decisões, o que impede a legitimação da arbitrariedade dos atos da Administração e, por derradeiro, garante segurança jurídica às condutas pautadas em conceitos imprecisos encontrados no ordenamento jurídico brasileiro.

Nestes termos, caso o agente público opte por explicitar a justificativa de seu ato, ainda que a lei não o exija, passa a ela se vincular, sendo os motivos de fato determinantes da validade de sua conduta. É o entendimento aplicado pelo Supremo Tribunal Federal em sua jurisprudência.

Por sua vez, a segunda teoria indica a utilização de atos administrativos dotados de discricionariedade para a execução de práticas cuja finalidade diverge daquela determinada por lei, ou seja, fim que não tenha como supedâneo a coletividade e o alcance do interesse público. Não há elo entre o motivo que dá ensejo ao ato e o seu resultado.

O desvio de poder é sedimentado sob os pilares do princípio da legalidade, assim como a discricionariedade atribuída aos atos administrativos e pode ser conceituado como o afastamento do poder público da finalidade que deve permear todo e qualquer ato administrativo: o interesse público.

Os atos praticados com desvio de poder são aqueles em que o administrador da coisa pública se vale de sua condição e da atribuição que lhe foi conferida pelo Estado para buscar fim diverso daquele que se adequaria aos interesses da coletividade e representariam a busca pelo bem comum.

Assim, despidos os atos públicos de finalidade que tenha por consequência a consecução do bem comum e do interesse do Estado, caracterizada está a necessidade de sua revisão, administrativa e judicial e, por consequência, a decretação de sua nulida-

de em virtude da ilegalidade que lhe passa a ser característica no momento em que é editado com finalidade que não se filia aos desejos de um Estado democrático.

A despeito da divergência acerca da classificação do abuso de poder enquanto ato dotado de ilegalidade ou não, os tribunais superiores têm preferido entender que se trata de violação ao princípio da legalidade.

Portanto, sendo os atos discricionários resultantes do desvio de motivação ou de desvio de poder da autoridade competente, caberá ao Judiciário, no exercício legítimo de suas atribuições, invalidar os atos para garantir o equilíbrio entre as funções estatais e a supremacia do Estado de Direito.

## 4. Discricionariedade nas medidas provisórias e o controle jurisdicional de seus requisitos constitucionais

Nesta seção as medidas provisórias passarão a ser analisadas sob o crivo da constitucionalidade, a qual perpassa pela verificação da existência dos requisitos impostos pela Constituição de 1988, relevância e urgência, pelo Poder Legislativo e, por conseguinte, pelo Poder Judiciário.

Para tanto, é necessário que relevância e urgência sejam conceituadas e apresentadas sob sua forma constitucional e, em seguida, delimitados os aspectos de exercício do controle de constitucionalidade das medidas provisórias, em suas diferentes vertentes.

Na esfera judicial, o posicionamento adotado pelo Supremo Tribunal Federal durante o período de vigência do instituto das medidas provisórias posto e discutido, bem como os fundamentos que sustentam o exercício ou não do controle de constitucionalidade minuciosamente analisados.

Em homenagem ao princípio da separação dos poderes e em estrita observância à competência delimitada pelas funções típicas atribuídas a cada esfera de poder componente do Estado Democrático Brasileiro, o constituinte originário delimitou o exercício do poder legiferante do chefe do poder executivo impondo-lhe obediência a dois pressupostos formais e cumulativos: relevância e urgência.

A imposição de requisitos se justifica pela manutenção da ordem social e da estrutura tripartite que rege o país, haja vista ser o Poder Legislativo o órgão ao qual foi conferida a gerência do procedimento de elaboração das normas que regem o sistema e, por consequência, vinculam o Poder Executivo e dão ensejo à atividade do Poder Judiciário, colocando em funcionamento a máquina estatal.

Nessa seara, a disfunção da atividade legislativa com a autorização de edição de normas pelo Presidente do Executivo e, por simetria, aos governantes dos Estados e Municípios, tem finco na condição de excepcionalidade e anormalidade, cujo perigo de dano ao Estado Brasileiro e à ordem constitucional legitime a produção de norma através de procedimento extraordinário.

No julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade 221-0, de origem do Distrito Federal, sustentou o ministro Celso de Mello:

> [...] o que justifica a edição dessa espécie normativa, com força de lei, em nosso sistema constitucional, é a existência de um estado de necessidade, que impõe ao Poder Público a adoção imediata de providências, de caráter legislativo, inalcançáveis segundo as regras ordinárias de legiferação, em face de um *periculum in mora* que faltamente decorreria no atraso da concretização da prestação legislativa [...] (BRASIL, 2017e)

Acontece que as situações de excepcionalidade passíveis de regulamentação pelas medidas provisórias, consubstanciadas nos

requisitos de relevância e urgência, não são expressamente determinadas por lei, deixando a cargo do legislador, o chefe do Poder Executivo, a possibilidade de atuação discricionária no que fiz respeito à escolha daquilo que merece ser tutelado, mediante interpretação do que pode ser definido como urgente e relevante.

Diante disso, a fim de evitar que situações que poderiam ser normatizadas pelo procedimento legislativo ordinário sejam objeto de medidas provisórias, a doutrina tem se preocupado em apresentar definições para os requisitos constitucionais.

A *urgência*, tida como aquilo que se requer solução imediata, cujo conceito se atrela às noções de celeridade, emergência e brevidade, conforme os ensinamentos de Nagib Slaibi Filho, mencionado por Clèmerson Merlin, é assim conceituada:

> A urgência é o conjunto de circunstâncias, levando à edição do ato, que não podem aguardar o processo legislativo ordinário, ou o processo legislativo no prazo previsto no art.64 § §1 º a 4 º. Assim, se a medida pode aguardar um lapso de tempo como o período provável de tempo necessário à elaboração de lei pelo Congresso, não haverá requisito constitucional para a edição de medidas provisórias. (CLÈVE, 1991, p. 56).

Portanto, o pressuposto da urgência é contemplado pela ineficácia temporal do procedimento ordinário, já que sua adoção poderá implicar a perda do objeto que se pretende tutelar e em grave lesão social, econômica e política.

A *relevância*, por sua vez, se liga fortemente ao conteúdo da medida, a matéria objeto da norma, que deverá ser vista como algo que foge à ordinariedade, sendo de extrema necessidade a sua regulamentação. Trata-se de uma relevância qualificada, já que, a princípio, a relevância é característica atinente a todas as normas e o que justifica a sua edição.

A luz da fluidez das conceituações trazidas acima e da incerteza que abarca a aferição da correta aplicação dos elementos que dão ensejo à edição das medidas provisórias, verifica-se que, na verdade, trata-se de mais uma escolha do legislador constitucional no sentido de incluir ao ordenamento jurídico pátrio conceitos jurídicos indeterminados.

De modo geral, as normas componentes do sistema jurídico brasileiro são dotadas de concretude e, portanto, tem sua aplicabilidade de forma imediata, direta. Todavia, alguns termos e expressões constantes dos diplomas legais tornam o papel do aplicador da lei mais dificultoso.

Isso porque os denominados conceitos jurídicos determinados dependem da interpretação, ou seja, passam por um processo axiológico para que possam ser compreendidos e posteriormente aplicados.

O que se apresenta como um consenso entre os estudiosos da área e entre os constitucionalistas é o fato de que toda e qualquer interpretação, envolva ela conceitos jurídicos indeterminados ou não, deve ser pautada no que estabelece a Constituição Federal, em suas disposições constituintes de direitos e deveres e, principalmente, na carga principiológica que lhe é inerente. Nos ditames do texto maior será realizada a releitura de cada instituto, por meio daquilo que se convencionou chamar de *fenômeno da constitucionalização*.

Nessa seara, urgência e relevância também devem ser interpretados de acordo com toda a sistemática constitucional, sob pena de ser a medida provisória uma usurpação da típica função do poder de legislar.

É por isso que, caso esteja a norma editada em total contrariedade aos interesses sociais, é possível que a espécie normativa deixe de ser votada pelas casas legislativas, perdendo sua eficácia em virtude do decurso do prazo de 60 dias acrescidos do prazo de prorrogação em virtude da rejeição tácita.

A seguir, passa-se a elucidar a aferição da compatibilidade na norma editada com o diploma constitucional, bem como as situações que ensejam o exercício do controle de constitucionalidade pelo Supremo.

### 4.1. Medidas provisórias sob o crivo da constitucionalidade

O procedimento constitucional de edição das medidas provisórias permite que a espécie normativa seja subordinada à diversas fases de controle acerca de sua adequação aos ditames da CRFB/88.

O primeiro momento de controle das medidas provisórias é aqueleque sucede à sua edição, no qual o Congresso Nacional se torna o órgão responsável pela aferição do cumprimento dos requisitos de urgência e relevância, num juízo de admissibilidade que pode culminar na revogação da norma ou em sua conversão em lei, nos termos do artigo 62, §§ 5º e 7º da CRFB/88. É a primeira oportunidade em que as medidas provisórias passam pelo crivo de outro poder, por meio do controle de constitucionalidade repressiva e de caráter político.

O encaminhamento da norma editada pelo chefe do Poder Executivo consiste em mais uma demonstração da importância que é dada pela Constituição de 1988 à teoria dos freios e contrapesos, porquanto permite à esfera legislativa, que tem sua função típica exercida por outrem, fiscalizar o desempenho legiferante insólito.

Há uma inclinação do legislador ordinário no sentido de preservar a estrutura da ordem democrática tripartite através do controle da excepcionalidade e das atividades públicas por cada um dos poderes, o que faz com a democracia seja exercida em alto nível, em virtude da integração e atuação conjunta dos poderes.

Nesse sentido, tendo sido a medida provisória expedida por ato do Executivo e admitida pelo Legislativo, a ordem impõe que

seja fiscalizada pelo Judiciário, em homenagem à independência da qual cada poder é dotado.

No âmbito do Poder Judiciário, o controle de constitucionalidade é realizado através da provocação de seus órgãos, por sujeito dotado de competência e que, por intermédio de ações de viés constitucional, apresenta fundamentos que demonstrem a contrariedade da espécie normativa aos preceitos constitucionais e pede que a tutela jurisdicional seja prestada à sociedade, com a confirmação ou não da validade da norma. É o que a doutrina denomina *controle repressivo de constitucionalidade*.

Clèmerson Merlin Clève ressalta que o controle jurisdicional realizado sobre as medidas provisórias no Brasil pode ocorrer em três níveis:

> (i) Cabe, primeiro, um controle dos pressupostos de habilitação (se afinal estão ou não presentes); (ii) Cabe, depois, um controle da matéria objeto de disciplina pela medida provisória (se suporta regramento legislativo provisório ou não); (iii) Cabe, finalmente, um controle de constitucionalidade da matéria propriamente dita (se atende, não sob a ótica formal, mas sim substancial, as normas e princípios adotados pelo Constituinte. (CLÈVE, 1991, p. 86).

No que diz respeito ao controle mencionado no terceiro item, o qual aponta o controle material da espécie normativa, não há nenhuma dúvida de que o Supremo o tem realizado de forma plena e consciente, em inquestionável obediência ao que dispõe o artigo 102 da Constituição brasileira, principalmente após a delimitação das matérias de normatização proibida pela Emenda Constitucional 32/2001.

Contudo, há questionamentos no que tange à atuação judicial enquanto responsável pelo controle dos requisitos de validade das medidas provisórias e também acerca do enquadramento da matéria objeto de regulamentação no regime de excepcionalidade característico da espécie normativa.

Isso porque parte da doutrina se opõe à apreciação dos requisitos constitucionais pela justiça brasileira, fundada na premissa de que o mérito administrativo, juízo de oportunidade e conveniência realizado pelo chefe do Executivo, não poderá ser submetido à tutela jurisdicional, porquanto consiste na própria margem de atuação conferida por lei ao administrador público, a fim de que esse possa tutelar direitos e regulamentar situações com finco a garantir o interesse público.

Sobre o tema, José dos Santos Carvalho Filho ressalta: "o Judiciário, entretanto, não pode imiscuir-se nessa apreciação, sendo-lhe vedado exercer controle judicial sobre o mérito administrativo". (CARVALHO FILHO, 2016, p.196).

O STF coaduna com a afirmação de que o mérito administrativo não é por ele apreciável, todavia, o que sustenta a análise da urgência e relevância não é o fato de que se trata de mérito administrativo, e sim o fato de que na verdade há um controle de legalidade do ato, o qual garante que o egrégio tribunal verifique a existência dos requisitos e a compatibilidade da norma provisória com a Constituição de 1988.

O princípio da sindicabilidade, que sustenta que todos os atos administrativos poderão ser controlados pelo Poder Judiciário no que tange à sua legalidade e obediência aos princípios constitucionais, é o pilar que tem escorado o controle da discricionariedade.

O posicionamento do Supremo Tribunal Federal acerca do controle dos requisitos de relevância e urgência pelo Poder Judiciário tem ensejado discussões doutrinárias sobre o assunto e os limites ao seu exercício.

A construção do atual posicionamento da Corte brasileira acompanha a transformação dos institutos constitucionais e a das espécies normativas que compõe a estrutura democrática brasileira. Isso porque, durante a vigência da Constituição brasileira de

1967, período em que os decretos-lei se prestavam como instrumento de regulamentação das situações urgentes e relevantes, o Supremo Tribunal Federal, valia-se da premissa da separação e da independência dos poderes para firmar entendimento no sentido de que não detinha competência para analisar os requisitos ensejadores da edição da norma. Seu entendimento era firmado com base na soberania das decisões de cada poder.

A Corte Constitucional brasileira sempre se posicionou no sentido de preservar a discricionariedade dos atos emanados pela administração pública, na medida em que considerava que seus requisitos estariam ligados à matéria de cunho político.

> No que concerne à alegada falta dos requisitos da relevância e da urgência da medida provisória (que deu origem à lei em questão), exigidos no art. 62 da Constituição, o STF somente a tem por caracterizada quando neste objetivamente evidenciada. E não quando dependa de uma avaliação subjetiva, estritamente política, mediante critérios de oportunidade e conveniência, esta confiada aos Poderes Executivo e Legislativo, que têm melhores condições que o Judiciário para uma conclusão a respeito. (ADI 1.717 MC, rel. min. Sydney Sanches, j. 22-9-1999, 2ª T, *DJ* de 25-2-2000.) (BRASIL, 2017f).

A posição adotada pelo STF no sentido de afastar-se da fiscalização da compatibilidade do instituto e cumprimento dos requisitos para sua edição, acabou por permitir que o decreto-lei fosse utilizado de forma desenfreada, sendo por diversas vezes responsável pela usurpação da competência do Poder Legislativo, o que desagradou fortemente os membros do Congresso Nacional.

A insegurança jurídica causada pela posição do tribunal superior culminou na desvirtuação do instituto dos decretos-lei. Assim, com o advento da Constituição de 1988, a chamada Constituição Democrática, o instituto do decreto-lei foi abolido da legislação do país, dando lugar ao novo instituto, de inspiração italiana: a medida provisória.

Após a mudança de todo o texto constitucional, o Supremo Tribunal Federal, entendeu por bem rever o posicionamento anteriormente adotado. No julgamento da medida cautelar em Ação Direta de Inconstitucionalidade 162-1, em 14 de dezembro de 1989, de relatoria do ministro Celso de Mello, o tribunal externou a possibilidade de controle de constitucionalidade dos requisitos de relevância e urgência, ressalvando, contudo, que o controle só seria procedido em casos de excesso do poder de legislar por parte do chefe do Executivo.

Da mesma forma que o decreto-lei, a medida provisória passou a ser utilizada reiteradamente, a despeito da excepcionalidade que lhe é característica e imprescindível a concretização de sua validade.

Antônio Souza Prudente citado por Fabrício da Cruz ressalta a instabilidade provocada pela numerosa edição de medidas provisórias no país:

> Em pesquisa realizada pelo Correio Braziliense, em 28 de janeiro do ano corrente, sob o título " Legislativo de Aluguel", ficou registrado que, na gestão do atual Executivo, entre edições e reedições, foram lançadas 1.610 medidas provisórias, sendo que, nos últimos três anos, o governo lançou uma medida provisória (nova e reeditada) a cada 30 horas, observando os redatores da matéria que " a maioria parlamento que o Presidente Fernando Henrique Cardoso no constituiu no Congresso Nacional, ao longo de seus três anos de governo, provocou uma inversão de papéis nos poderes da República. (PRUDENTE *apud* CRUZ, 2016, p. 57).

Regulamentado o uso das medidas provisórias e impostos novos limites a sua edição, o Supremo Tribunal Federal passou a enfrentar o controle de constitucionalidade dos requisitos de urgência e relevância, sob o ponto de vista do mérito administrativo e da impossibilidade de apreciação desse por parte do Poder Judiciário.

Desde então, o Supremo Tribunal Federal se manifestado sobre o tema das seguintes formas:

> Esta Suprema Corte somente admite o exame jurisdicional do mérito dos requisitos de relevância e urgência na edição de medida provisória em casos excepcionalíssimos, em que a ausência desses pressupostos seja evidente. (ADI 2.527 MC, rel. min. Ellen Gracie, j. 16-8-2007, P, *DJ* de 23-11-2007.) (BRASIL, 2017h).

Nas palavras do ministro Celso de Mello:

> A edição de medidas provisórias, pelo Presidente da República, para legitimar-se juridicamente, depende, dentre outros requisitos, da estrita observância dos pressupostos constitucionais da urgência e da relevância (CF, art. 62, *caput*). Os pressupostos da urgência e da relevância, embora conceitos jurídicos relativamente indeterminados e fluidos, mesmo expondo- se, inicialmente, à avaliação discricionária do presidente da República, estão sujeitos, ainda que excepcionalmente, ao controle do Poder Judiciário, porque compõem a própria estrutura constitucional que disciplina as medidas provisórias, qualificando-se como requisitos legitimadores e juridicamente condicionantes do exercício, pelo chefe do Poder Executivo, da competência normativa primária que lhe foi outorgada, extraordinariamente, pela CR. [...] A possibilidade de controle jurisdicional, mesmo sendo excepcional, apoia-se na necessidade de impedir que o presidente da República, ao editar medidas provisórias, incida em excesso de poder ou em situação de manifesto abuso institucional, pois o sistema de limitação de poderes não permite que práticas governamentais abusivas venham a prevalecer sobre os postulados constitucionais que informam a concepção democrática de Poder e de Estado, especialmente naquelas hipóteses em que se registrar o exercício anômalo e arbitrário das funções estatais. (ADI 2.213 MC, rel. min. Celso de Mello, j. 4-4-2002, P, *DJ* de 23-4-2004.) (BRASIL, 2017i).

Noutra ótica, o Supremo Tribunal Federal já se posicionou no sentido de reconhecer a inconstitucionalidade de medidas provisórias que não fossem concebidas em atendimento aos requisitos de urgência e relevância. Dessa vez, a lógica utilizada para decidir consistiu na alegação da própria competência atribuída ao tribunal pela CRFB/88.

A discussão entre os ministros da casa no julgamento da ADI 4.029/DF, que discutiu a constitucionalidade da criação do Instituto Chico Mendes de Conservação da Biodiversidade, demonstra a ausência de pacificação sobre o tema entre os componentes do Tribunal.

O questionamento feito pelo ministro Gilmar Mendes sobre a admissão pelos demais ministros do controle dos pressupostos constitucionais de relevância e urgência faz emergir o pensamento que parece ser comum entre os membros da Corte: o de que os requisitos de urgência e relevância elencados pelo artigo 62 da Constituição de 1988 são suscetíveis de apreciação e controle pelo Poder Judiciário. O discenso, no entanto, pode ser notado nas palavras do ministro Gilmar Mendes do ministro Luiz Fux, responsável pela relatoria do caso.

> O SENHOR MINISTRO CELSO DE MELLO: Vossa Excelência admite, como eu próprio admito, a possibilidade de controle jurisdicional dos pressupostos constitucionais de urgência e de relevância? O SENHOR MINISTRO AYRES BRITTO - Sim, com toda certeza. O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES - Eu também admito. Eu só temo que, talvez, o nosso escrutínio seja tendencialmente muito mais rigoroso do que aquele que determina a avaliação política. [...] O SENHOR MINISTRO LUIZ FUX (RELATOR) - O que não pode é a Corte abdicar do poder de fazer a revisão judicial desses pressupostos constitucionais. O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES - Claro, claro. O que eu estou dizendo, então, aqui, se quisermos ver: o exame tem que ser feito numa menor intensidade. Por quê? Porque há elementos, realmente, que aparecem, inclusive, na fundamentação, não é nada que é sonegado. [...] **O SENHOR MINISTRO LUIZ FUX (RELATOR) - Acho que nós não podemos nem dizer que essa matéria é insindicável pelo Judiciário e nem dizer que o Poder Executivo não pode ter a sua apreciação própria da urgência e relevância.** [...] (ADI 4.029 MC, rel. min. Luiz Fux, j. 08-03-2012, P, *DJ* de 27/06/2012.). (BRASIL, 2017j, grifo nosso).

A leitura do inteiro teor do julgado acima, bem como da parte que se entendeu por bem destacar, ressalta a dificuldade encontrada pelos ministros no enfrentamento da matéria posta em discussão, eis que confrontados os limites da atuação do Supremo e a extensão da interpretação dada ao chefe do Executivo aos requisitos de urgência e relevância.

A irregularidade das decisões proferidas pelo STF no âmbito do controle de constitucionalidade das medidas provisórias, especificamente na apreciação de seus requisitos de relevância e urgência e situações em que esse será exercido, permite que paire sobre a doutrina a incerteza e a insegurança jurídica, além de refletir na própria atuação dos chefes de governo na edição da norma provisória.

Há uma inclinação no Supremo Tribunal Federal no sentido de não intervir nos atos emanados pelo Presidente da República, principalmente naqueles que de alguma forma permitem que o governante interprete a norma para formação de seu juízo. Em descompasso com a independência de que é dotado cada um dos poderes, as decisões proferidas pela Corte têm se revestido por diversas vezes de certo viés político, que tem como objetivo garantir a pacífica convivência entre os poderes.

É por isso, que a análise das ementas de julgamento permite aferir uma forte tendência do Tribunal em apreciar os requisitos constitucionais de edição das medias provisórias apenas quando ficar fortemente evidenciado o desvio de poder por parte do chefe do Executivo, principalmente quando se trata de excesso do poder de legislar e notória invasão da competência do Poder Legislativo.

No julgamento do Recurso Extraordinário n.º 592.377 do Rio Grande do Sul, ao qual foi atribuída repercussão geral, o STF reconheceu a constitucionalidade do artigo quinto da MP 2.170/01, sob o argumento de que a declaração da invalidade do ato deve ser feita quando cabalmente demonstrada a inexistência dos requisitos de edição da norma.

Nesse sentido, o STF tem demonstrado certo receio em estabelecer limites à apreciação da urgência e relevância, já que seu posicionamento implicaria diretamente nos parâmetros de controle do próprio mérito administrativo e do juízo que o administrador público faz sobre os conceitos jurídicos indeterminados constantes da legislação brasileira.

A análise a ser feita pelo Supremo deve ser precedida de estreita observância às garantias conferidas ao representante da máquina pública, como também de acordo com a margem de atuação que lhe é conferida pelo ordenamento pátrio. Por isso, a excepcionalidade da apreciação dos requisitos de validade das medidas provisórias tem sido sustentada nos julgamentos prolatados pelo Poder Judiciário.

A tese que atualmente vige no STF é a de que o controle de constitucionalidade das medidas provisórias, através da verificação da existência de seus requisitos, poderá ser realizado por esse tribunal, já que a sua apreciação integra a competência do órgão em garantir a efetivação da supremacia constitucional.

Entretanto, a confirmação da constitucionalidade ou não da norma firmada pelos seus ministros sempre é seguida de expressões como, "de forma excepcional", "casos excepcionalíssimos" (ADI 2.527, RE 526353), "excepcionalmente" (ADI 5365) e "inexistência cabal" (RE 592377), o que atesta a atipicidade da atuação judiciária, não obstante ser o controle de constitucionalidade das normas uma de suas funções características.

O que se pode perceber, por intermédio da análise dos posicionamentos que têm sido firmados pela Corte, desde o surgimento de normas de caráter excepcional cuja competência é atribuída aos chefes de governo, é que há uma certa resistência por parte do Poder Judiciário em exercer o controle dos atos emanados pelo Poder Executivo, ainda que isso afronte substancialmente seu dever de defesa da legalidade.

Sobre o assunto disserta Clèmerson Merlin Clève:

> Cabe ao Judiciário afirmar o devido processo legislativo, declarando a inconstitucionalidade dos atos normativos que desrespeitem os trâmites de aprovação previstos na Carta. Ao agir desse modo, não se entende haver intervenção no Poder Legislativo, pois o Judiciário justamente contribuirá para a saúde democrática da comunidade e para a consolidação de um Estado Democrático de Direito em que as normas são frutos de verdadeira discussão, e não produto de troca entre partidos e poderes. (CLÈVE, 2010. p. 178-180).

O posicionamento de apreciação residual apresentado pelos componentes do Supremo decorre da sua vontade de preservar em máximo grau a autonomia dos poderes e sua independência na tomada de suas decisões. A lógica do pensamento, segundo o tribunal, seria o princípio da separação dos poderes.

Acontece que a opção feita pelo Supremo em analisar excepcionalmente a constitucionalidade das medidas provisórias parece não ser a mais acertada e garantidora da soberania da legalidade, tampouco condizente com os princípios que regem a democracia brasileira e, principalmente, com as normas constitucionais que lhe atribuem a função precípua e privativa de verificação da compatibilidade das normas infraconstitucionais ao texto da norma maior.

Isso porque, não pode a Corte Constitucional brasileira, para fundamentar sua omissão no controle dos atos administrativos praticados pelos demais poderes, principalmente os decorrentes da atividade executiva, valer-se princípio da separação de poderes, já que estaria utilizando da base de construção da estrutura do Estado para furta-se de sua competência.

Além disso, o estudo e observação dos pronunciamentos jurisdicionais levam à conclusão de que a excepcionalidade apontada

pelo STF na apreciação dos requisitos de urgência e relevância implicam em violação da garantia constitucional constante do artigo 5º, inciso XXXV, da CRFB/88, que prevê a inafastabilidade da apreciação de lesão ou ameaça a direitos pelo Poder Judiciário.

O acesso ao Judiciário, direito fundamental, é afrontado diretamente pela opção tomada pelo guardião da constituição no sentido de que a apreciação da juridicidade das medidas provisórias deverá ser feita de forma residual. Não é possível conceber que o órgão máximo de atuação judicial no ordenamento brasileiro deixe de exercer sua função precípua e de conferir à sociedade a tutela necessária à garantia de seus direitos, uma vez que a manifestação do Poder Judiciário sobre determinada matéria tem o condão de direcionar a atuação dos demais poderes e, ainda, tem por consequência a pacificação da matéria no ordenamento jurídico.

Valendo-se da possibilidade de apreciar a existência dos requisitos de relevância e urgências das medidas provisórias, de forma excepcional e residual, o Supremo Tribunal Federal legitima a conduta do chefe do Executivo tendente a regulamentar situações que não coadunem com a destinação da espécie normativa.

As decisões proferidas pelo STF têm exaltado a insegurança jurídica que tem se alastrado pelo país, na medida em que, enquanto os cidadãos são atingidos diretamente por uma norma dotada de alto nível e subjetividade, decorrente de procedimento legislativo atípico e que produz efeitos imediatos, o responsável pela fiscalização da adequação da norma à Constituição prefere se abster de exercer ativamente sua função primeira.

A atuação do STF tem feito com que o chefe do Poder Executivo exceda os limites de sua atuação legislativa e até mesmo interpretativa. A sua atuação tem se resumido aos casos em que a presença dos requisitos de edição norma são cabalmente demonstrados ou em que sua ausência se apresenta evidente.

Assim, o posicionamento firmado pelo Supremo Tribunal Federal é permeado de inconstitucionalidade. A interpretação pela residualidade do controle de constitucionalidade das medidas provisórias, no que diz respeito à verificação da existência de fato urgente e relevante que sustente a sua edição, é violadora da inafastabilidade da apreciação jurisdicional.

Sobre a necessidade da tutela jurisdicional o ministro Celso de Mello pontuou:

> A crescente apropriação institucional do poder de legislar, por parte dos sucessivos Presidentes da República, tem despertado graves preocupações de ordem jurídica, em razão do fato de a utilização excessiva das medidas provisórias causar profundas distorções que se projetam no plano das relações políticas entre os Poderes Executivo e Legislativo. Nada pode justificar a utilização abusiva de medidas provisórias, sob pena de o Executivo, quando ausentes razões constitucionais de urgência, necessidade e relevância material, investir-se, ilegitimamente, na mais relevante função institucional que pertence ao Congresso Nacional, vindo a converter-se, no âmbito da comunidade estatal, em instância hegemônica de poder, afetando, desse modo, com grave prejuízo para o regime das liberdades públicas e sérios reflexos sobre o sistema de *checks and balances*, a relação de equilíbrio que necessariamente deve existir entre os Poderes da República. Cabe ao Poder Judiciário, no desempenho das funções que lhe são inerentes, impedir que o exercício compulsivo da competência extraordinária de editar medida provisória culmine por introduzir, no processo institucional brasileiro, em matéria legislativa, verdadeiro cesarismo governamental, provocando, assim, graves distorções no modelo político e gerando sérias disfunções comprometedoras da integridade do princípio constitucional da separação de poderes. (ADI 2.213 MC, rel. min. Celso de Mello, julgamento em 4-4-2002) (BRASIL, 2017k).

O posicionamento que melhor coaduna com o sistema jurídico brasileiro é, sem dúvida, aquele em que o princípio da sindicabilidade se faz presente e proporciona aos membros do Poder Judiciário uma atuação ativa na defesa da separação dos poderes e que garanta a atipicidade da edição das medidas provisórias.

A sindicabilidade judicial deve ser utilizada pelo Poder Judiciário como um dos instrumentos de efetivação de sua competência em garantir a ordem constitucional. Através da apreciação dos atos administrativos discricionários, mediante a análise de sua compatibilidade com os princípios e normas constitucionais, o Supremo Tribunal garante a estabilidade e a supremacia da Constituição e, de forma direta, evita a lesão a direitos dos cidadãos brasileiros, garantindo as prerrogativas privativas do Poder Legislativo.

Ademais, a sindicabilidade corrobora com a efetivação do sistema de freios e contrapesos, reafirmando o papel que deve ser exercido pelo Judiciário: o de garantir da ordem democrático e assegurar a legalidade.

Não há excesso de competência quando o Poder Judiciário exerce sua função precípua e fiscaliza a atuação do Poder Executivo. O que acontece, na verdade, é a atuação do órgão responsável pelo controle da adequação das normas editadas pelo legislador ordinário e atípico com a lei que estrutura o Estado, a fim de que evitar que a função legislativa seja usurpada e que a atipicidade da conduta executiva se torne regra.

A despeito do que tem sido sustentado por parte da doutrina, não há qualquer violação ao princípio da separação dos poderes ou ao juízo de conveniência e oportunidade (mérito administrativo) que é feito pelo chefe do Executivo, sendo o controle de constitucionalidade das medidas provisórias o verdadeiro exame do cumprimento do dever discricionário de garantir o interesse público e social atribuído aos governantes na regulamentação de situações dotadas de excepcionalidade e cuja normatização seja de tamanha importância que não possa se submeter ao lapso do tempo.

## 5. Conclusão

Regressando à problemática do estudo, qual seja: *como o Poder Judiciário brasileiro tem controlado a constitucionalidade*

*das medidas provisórias? O posicionamento adotado pelo Supremo Tribunal Federal (STF) tem sido suficiente para garantir a supremacia constitucional?*, tem-se por certo que as medidas provisórias representam, no ordenamento jurídico brasileiro, a máxima da efetivação da teoria da separação dos poderes consolidada pelos ensinamentos de Montesquieu e a base de toda a estrutura democrática que rege o país e que se consolida pelo texto na Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.

A possibilidade de os três poderes exercerem funções atípicas e, ao mesmo tempo, serem dotados de atribuições de caráter privativo, reafirma o objetivo sob o qual tem se desenvolvido o regime constitucional brasileiro, a supremacia da vontade popular.

Pela análise das medidas provisórias permite-se afirmar que o instituto representa, para o direito brasileiro, a efetivação da independência dos poderes Executivo, Legislativo e Judiciário e, dessa forma, o exercício da autoridade de um poder sobre outro, com o objetivo de proclamar a soberania constitucional.

A edição de normas de caráter provisório, que permitem ao chefe do Poder Executivo garantir a efetivação do interesse público demandada pela ocorrência de uma situação urgente e relevância que não ocorreria através do procedimento legislativo ordinário, é de extrema importância no Estado Democrático de Direito, apresentando a evolução do sistema constitucional que o rege.

A efetivação e concretização da vontade do constituinte originário depende, contudo, da atuação conjunta de todos os poderes que estruturam a democracia brasileira, na medida em que só se pode falar em exercício atípico de funções quando há a possibilidade de fiscalização por parte dos outros poderes, com o objetivo de garantir a estabilidade das instituições e a obediência ao sistema de freios e contrapesos.

Nesse contexto é que a medida provisória, espécie normativa decorrente da excepcional conduta normativa do chefe do Executivo,

deve passar pelo crivo dos poderes Legislativo e Judiciário. Sem dúvida, o controle de constitucionalidade das medidas provisórias pode ser visto como a balança da justiça em pleno equilíbrio.

Acontece que, no Brasil, sua história não tem refletido o intuito de sua criação, já que a edição de normas pelos chefes do Poder Executivo tem sido sinônimo de descumprimento das normas constitucionais e violação da competência do Poder Legislativo.

Isso se deve, principalmente, pelo fato de que o poder político tem exercido forte influência sobre a atuação do Legislativo, a quem cabe a primeira verificação da existência dos requisitos de urgência e relevância; e alcançado o Judiciário, que por meio da fixação do entendimento de controle excepcional da constitucionalidade das medidas provisórias tem se furtado de sua competência basilar.

Por isso, a pesquisa objetivou ressaltar a necessidade de atuação ativa e constante do Poder Judiciário na apreciação das normas decorrentes de um juízo interpretativo do chefe do Executivo sobre requisitos constitucionalmente impostos.

Conclui-se que é patente a necessidade de revisão do posicionamento adotado pelo Supremo Tribunal Federal, a fim de que sejam cumpridas integralmente as disposições constitucionais, precipuamente a que diz respeito à apreciação, pela Justiça, da lesão e ameaça de lesão a direitos.

## 6. Referências

ALEXANDRE, Ricardo; DEUS. João de. *Direito administrativo*. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2017.

ARISTÓTELES. *A Política*. São Paulo: Martin Claret, 2006.

BARACHO JÚNIOR. José Alfredo; LIMA, Eduardo Martins de. (Coord.). *Medidas provisórias no Brasil*: origem, evolução e perspectivas. Belo Horizonte: Fórum, 2013.

BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil*. Brasília: Senado, 2017.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *ADI 293*. Ementário de jurisprudência. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/visualizarEmenta.asp?s1=000036089&bas e=baseAcordaos>. Acesso em: 24 out. 2017a.

BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.html>. Acesso em: 24 out. 2017b.

BRASIL. Tribunal de Justiça de Santa Catarina. *MS 47208*. Ementário de jurisprudência. Disponível em: <https://tj-sc.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/20691201/reexame-necessario-em-mandado-de-seguranca-ms-47208-sc-2011004720-8-tjsc>. Acesso em: 24 out. 2017c.

BRASIL. Superior Tribunal do Trabalho. *ADI 1.717-6*. Ementário de jurisprudência. Disponível em: <https://tst.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/322763119/recurso-de-revista-rr-11975020115140402/inteiro-teor-322763141>. Acesso em: 24 out. 2017d.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *ADI 221-0*. Ementário de jurisprudência. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=347483>. Acesso em: 24 out. 2017e.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *ADI 1.717-6*. Ementário de jurisprudência. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=347229>. Acesso em: 24 out. 2017f.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *ADI 162-1*. Ementário de jurisprudência. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=266229>. Acesso em: 24 out. 2017g.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Medida Cautelar em ADI 2.527-9*. Ementário de jurisprudência. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=495496>. Acesso em: 24 out. 2017h.

BRASIL Supremo Tribunal Federal. *Medida Cautelar em ADI 2.213-0*. Ementário de jurisprudência. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=347486>. Acesso em: 24 out. 2017i.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *ADI 4.029*. Ementário de jurisprudência. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=2227089>. Acesso em: 24 out. 2017j.

BRASIL Supremo Tribunal Federal. *Medida Cautelar em ADI 2.213-0*. Ementário de jurisprudência. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=347486>. Acesso em: 24 out. 2017k.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Medida Cautelar em ADI 5365*. Ementário de jurisprudência. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoPeca.asp?id=307860350&tipoApp=. pdf>. Acesso em: 24 out. 2017l.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *ADI 5.365*. Ementário de jurisprudência. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoPeca.asp?id=307860350&tipoApp=. pdf>. Acesso em: 14 out. 2017m.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *RE 526.353*. Ementário de jurisprudência. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=9541588>. Acesso em: 24 out. 2017n.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *RE 592.377*. Ementário de jurisprudência. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=8051145>. Acesso em: 24 out. 2017o.

BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito constitucional*. 15. ed. São Paulo: Malheiros, 2004.

BULOS. Uadi Lammego. *Curso de Direito constitucional*. 9.ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

CARVALHO FILHO; José dos Santos. *Manual de direito administrativo*. 30.ed. São Paulo: Atlas, 2016.

CHIESA. Clélio. *Medidas provisórias*: regime jurídico-constitucional. 2. ed. Curitiba: Juruá, 2003.

CLÉVE, Clèmerson Merlin. *As medidas provisórias e a Constituição Federal/88*. Curitiba: Juruá, 1991.

CRUZ, Fabrício Bittencourt da (2016). *A efetividade da Constituição Federal de 1988 quanto à delimitação do poder de edição de medidas provisórias.* (Tese de Doutorado). Universidade de São Paulo, Programa de Pós-Graduação em Direito, São Paulo.

DI PIETRO. Maria Sylvia Zanella. *Direito administrativo*. 28. ed. São Paulo: Atlas, 2015.

FAGUNDES, Miguel Seabra. *O controle dos atos administrativos pelo Poder Judiciário*. Rio de Janeiro: Forense, 1967.

FRANÇA, Phillip Gil. *O controle dos atos administrativos e a jurisprudência do STJ e do STF*. Disponível em: <http://emporiododireito.com.br/tag/sindicabilidade-do-merito-administrativo/>. Acesso em: 26 set. 2017.

GILMAR, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de direito constitucional*. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

GILMAR, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet; VALE, André Rufino do. *A jurisprudência do STF nos 20 anos da Constituição*. São Paulo: Saraiva, 2010.

MATTOS, Marcos Roberto Gomes de. O Controle dos poderes Executivo e Legislativo pelo Supremo Tribunal Federal. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, v. 234, p. 231-260, out. 2003. ISSN 2238-5177. Disponível em: <http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/45157/44809>. Acesso em: 16 set. 2017.

MEIRELLES, Hely Lopes; BURLE FILHO, José Emmanuel. *Direito administrativo*. 42. ed. São Paulo: Malheiros, 2016.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito administrativo*. 20. ed. São Paulo: Malheiros, 2006.

MORAES, Alexandre de. *Direito constitucional*. 21. ed. São Paulo: Atlas, 2007.

PIÇARRA, Nuno. *A separação dos poderes como doutrina e princípio constitucional*: um contributo para o estudo das suas origens e evolução. Coimbra: Coimbra,1989.

QUEIRÓ, Afonso Rodrigues. A teoria do "desvio de poder" em direito administrativo. *Revista de Direito administrativo*, Rio de Janeiro, v. 6, p. 41-78, out. 1946. ISSN 2238-5177. Disponível em: <http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/9571/8621>. Acesso em: 16 set. 2017.

ROCHA NETO, Alcimor. *Controle de constitucionalidade das medidas provisórias*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

Artigo recebido em: 5/8/2018
Artigo aprovado em: 20/9/2018

DOI: 10.5935/1809-8487.20180013

267 - 285
Artigo

# A MODERNA VISÃO DE SEGURANÇA JURÍDICA

SANGES MORAIS SANTOS

# A MODERNA VISÃO DE SEGURANÇA JURÍDICA

**THE MODERN VIEW OF LEGAL SAFETY**

SANGES MORAIS SANTOS
Pós-graduando
Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais
sangessantos@gmail.com

**RESUMO**: O presente artigo objetiva estabelecer uma definição de segurança jurídica mediante análise interdisciplinar e do processo como procedimento em contraditório, tendo como ponto polêmico o STF encontrar-se no centro das atenções no cenário nacional. Utilizou-se da metodologia jurídico-teórica e raciocínio hipotético-dedutivo com técnicas de pesquisa bibliográfica às leis, decretos, doutrina e jurisprudência sobre o tema. O primeiro tópico indaga se há politização do Judiciário ou judicialização da política, como forma de atrair o leitor para a importância do estudo da segurança jurídica no cenário atual. O segundo tópico aborda a questão do Direito como ciência interpretativa e o mito da neutralidade por meio da análise das obras de renomados juristas internacionais de modo a evidenciar que toda norma carece de interpretação e envolve um aspecto volitivo do hermeneuta, razão pela qual as decisões têm necessariamente algum viés político. O terceiro tópico aborda a segurança jurídica como instituto jurídico que possibilita a estabilidade das relações jurídico-sociais mediante a previsibilidade do processo de elaboração das normas individuais, ao utilizar-se da ideia do romance em cadeia de Dworkin e do processo como procedimento em contraditório de Fazzalari. Constata-se, assim, que segurança jurídica é um instituto jurídico que permite a estabilidade das relações jurídico-sociais mediante a previsibilidade do processo de criação das normas jurídicas individuais.

**PALAVRAS-CHAVE**: Segurança Jurídica. Ciência Interpretativa. Processo. Instituto Jurídico.

**ABSTRACT:** The purpose of this article is to establish a definition of legal security through an interdisciplinary analysis and the process as a contradictory procedure, having as controversial point the current scenario in which the STF is in the center of attention in the national scenario. Legal-theoretical methodology and hypothetical-deductive reasoning were used with bibliographic research techniques, to the laws, decrees, doctrine and jurisprudence on the subject. The first topic was to contextualize the reader of the current scenario by asking whether there is politicization of the Judiciary or judicialization of politics, as a way to attract the reader to the importance of studying legal security in the current scenario. The second topic addressed the issue of Law as Interpretive Science and the myth of neutrality through the analysis of the works of renowned international jurists in order to show that every norm lacks interpretation and involves a volitional aspect of the hermeneut, which is why decisions necessarily have some political bias. The third chapter dealt with legal certainty as a legal institute that makes possible the stability of legal-social relations through the predictability of the process of elaboration of individual standards, using both the idea of the Dworkin chain novel and the process as a contradictory procedure of Fazzalari. It was thus found that legal certainty is a legal institute that allows the stability of legal-social relationships through the predictability process of creating individual legal norms.

**KEYWORDS**: Legal Security. Interpretive Science Process. Legal Institute.

**SUMÁRIO**: 1. Introdução. 2. Politização do Judiciário ou judicialização da política. 3. O instituto da segurança jurídica e o processo de elaboração das normas jurídicas individuais. 4. Direito como ciência interpretativa. 5. Conclusão. 6. Referências

## 1. Introdução

O presente artigo visa a uma análise interdisciplinar e contextualizada da segurança jurídica como instituto que permite a estabilização das relações jurídico-sociais por meio da previsibilidade do processo de criação das normas jurídicas individuais.

O tema escolhido problematiza a ausência de uma definição precisa de segurança jurídica, o que ganha relevo quando o Supremo Tribunal Federal se vê no palco das atenções decidindo temas importantes no cenário nacional.

Cabe ressaltar, o artigo não busca esgotar a matéria, mas instituir uma definição de segurança jurídica passível de análise científica que contribua para avanços do debate sobre o tema.

Nessa perspectiva, o trabalho utiliza a metodologia jurídico-teórica e raciocínio hipotético-dedutivo com técnicas de pesquisa bibliográfica, leis, decretos, doutrina e jurisprudência sobre o tema, de forma que aborda a posição de diversos juristas nacionais e estrangeiros.

No primeiro capítulo, estuda-se o cenário atual em que o STF se vê no centro das atenções, decidindo temas sensíveis à nação e à judicialização da política ou à politização do Judiciário.

No segundo, discorre a respeito do Direito como ciência interpretativa, de modo a evidenciar que a ideia de neutralidade do direito é um mito – a interpretação envolve um ato volitivo do hermeneuta.

No terceiro, analisa a ideia de processo relacionando-o à definição de segurança jurídica, cujo intuito é ressaltar que para haver a previsibilidade no processo de elaboração da norma individual é imperioso que o provimento jurisdicional obedeça ao devido processo legal, considerando que somente com a análise das premissas que levaram o hermeneuta a chegar à conclusão é possível aferir a racionalidade da escolha.

O artigo, pois, discorre ainda de maneira crítica sobre os trabalhos de grandes juristas mundiais, sem a pretensão de menosprezá-los, mas apenas de se construírem parâmetros e abrir o horizonte dos juristas a novas possibilidades.

## 2. Politização do judiciário ou judicialização da política

A sociedade e os juristas, de modo geral, deparam com a participação do Supremo Tribunal Federal em questões sensíveis no cenário nacional. Daí a indagação: há a politização do Judiciário ou a judicialização da política?

Primeiramente, cabe ressaltar que toda e qualquer decisão judicial tem algum viés político, tendo em vista que a criação da norma jurídica individual é fruto da interpretação de um indivíduo dotado de valores, ideologias e crenças que influem no ato volitivo de formação da norma.

Posner (2008, p. 369) defende ser inegável que juízes decidem politicamente, mas não "politicamente' de modo partidário, e sim politicamente no sentido de quem aplica o direito interpretando-o, ainda que inconscientemente, sobre suas orientações ideológicas, valores e crenças.

Entende-se, pois, por politização do Judiciário quando prevalece o caráter político sobre o jurídico, ou seja, existindo duas escolhas racionalmente possíveis, como no caso do aborto até o terceiro mês de gestação, o Judiciário afasta a escolha do legislador dotada de fundamentos científicos e impõe a prevalência da opção do julgador.

Há, todavia, judicialização da política quando as instâncias ordinárias de representação popular, como o Congresso Nacional, as Assembleias Legislativas e as Câmaras Municipais ou Distrital, são omissas em seu dever ou simplesmente não conseguem

solucionar suas divergências. Citam-se como exemplos os mandados de segurança de números 1.0000.18.019.572-9/001 e 1.0000.18.010.752-6/001, os quais tramitam no TJMG discutindo a distribuição do projeto de lei que visa regulamentar os serviços de transporte individual e particular de passageiros entre as comissões da Câmara Municipal de Belo Horizonte (MG). Isso evidencia que as instâncias que deveriam ser o palco das grandes discussões de representação popular em contraditório, responsáveis pelas escolhas ideológicas e políticas, simplesmente não atuam nos limites impostos pela Constituição da República Federativa do Brasil e recorrem a função judicante para resolver questões internas.

A resposta à pergunta inicialmente formulada não é uníssona nem sequer geral, ou seja, cada caso deve ser analisado isoladamente. Há, entretanto, uma certeza: a crise das instâncias democráticas de representação popular impõe à função judicante atuar mais energicamente.

O parlamento nacional simplesmente não abre o *locus* argumentativo adequado para que eventuais minorias postulem direitos e vejam suas propostas analisadas, e nem se buscam maneiras complementares.

> A principal tarefa da política democrática não é eliminar paixões ou relegá-las à esfera privada para possibilitar o consenso racional, mas mobilizar essas paixões de modo a promover formas democráticas. O confronto agonístico não põe em perigo a democracia, mas na realidade é a precondição de sua existência. (MOUFFE, 2007, p. 20, tradução nossa)

Os representantes das maiorias do Congresso Nacional, por intermédio de uma série de procedimentos regimentais e legais, não levam para discussão temas sensíveis como descriminalização do uso de drogas, aborto, eutanásia e casamentos homoafetivos.

A omissão do Congresso Nacional impõe que as minorias recorram ao sistema judiciário postulando direitos básicos resguardados na Constituição da República Federativa do Brasil. Nesse contexto de omissão da função legiferante, ganha protagonismo a função judicante que incumbe exercer a função contramajoritária defendendo os direitos das minorias frente às maiorias eventuais. Eis o posicionamento doutrinário de Carvalho Netto:

> [...] o constitucionalismo só é efetivamente constitucional se institucionaliza a democracia, o pluralismo, a cidadania de todos, se não o fizer é despotismo, autoritarismo; bem como a democracia só e democracia se impõe limites constitucionais à vontade popular, à vontade da maioria; se assim não for, estaremos diante de uma ditadura, do despotismo do autoritarismo. (CARVALHO NETTO, 2003, p. 282).

No fundo, há de se perquirir: o que leva à crise instituições democráticas de representação popular? A resposta para tal pergunta deve decorrer de análise interdisciplinar e não apenas jurídica, pois há uma série de fatores jurídicos, políticos, sociais, econômicos e culturais a levar em consideração.

Sem esgotar os fatores que contribuem para a crise institucional, reputa-se adequado evidenciar a característica solipsista e antidemocrática do processo legislativo do país, já que grande parte dos juristas sempre centrou suas discussões sobre o devido processo jurisdicional constitucional. Contudo, eles esqueceram que o direito não é, nem pode ser, uma elaboração solitária da função judiciária.

O direito é um sistema complexo, autoconstrutivo e dinâmico, pois está em constante formação e modificação por diversos atores, razão pela qual a crise não é do Judiciário, mas de todo sistema construtivo do direito.

> O ordenamento jurídico é um sistema autoconstrutivo em que há uma relação de interdependência (acoplamento estrutural)

> entre o direito e a sociedade. Luhmann detalha essa relação ao dizer que "[…] o Direito é uma construção de alta complexidade estruturada, satisfazendo a necessidade de ordenamento na sociedade. Sem o Direito, não há orientação de condutas no meio social". (LUHMANN, 1990, p. 69).

A judicialização da política ou a politização do Judiciário e as causas da crise das instâncias de representação popular nos conduzem ao devido processo constitucional, pois existem casos em que há a judicialização da política, porém há outros em que existe a politização do Judiciário. A diferenciação reside justamente na análise do devido processo legal na elaboração dos provimentos jurisdicionais.

Ante as premissas teóricas lançadas, cabe analisar no que consiste a segurança jurídica. Porém, deve-se ressaltar o direito como ciência interpretativa.

## 3. Direito como ciência Interpretativa

Questão tormentosa, e que assombra os juristas há séculos, é atribuir ou negar neutralidade ao direito. O jurista austríaco Hans Kelsen (2000), em *Teoria pura do Direito*, defendia a neutralidade, ou seja, buscava retirar do direito todos os elementos de ordem moral, de justiça, de política ou de ideologia.

O referido jurista é considerado, apesar de divergências, adepto do denominado "positivismo jurídico", movimento político-ideológico que defendia que o justo era o que estava na lei. Em outras palavras, não havia justiça ou injustiça fora da lei.

Na obra *Teoria pura do Direito,* a conclusão é de que não é possível eliminar todos os fatores de ordem moral, política ou ideológica do direito, uma vez que a ciência jurídica é uma ciência interpretativa, ou seja, a norma carece de interpretação, e nessa

tarefa hermenêutica não é possível eliminar a subjetividade do intérprete. Kelsen afirma:

> Na medida em que, na aplicação da lei, para além da necessária fixação da moldura dentro da qual se tem de manter o ato a pôr, possa ter ainda lugar uma atividade cognoscitiva do órgão aplicador do Direito**, não se tratará de um conhecimento do Direito positivo, mas de outras normas que, aqui, no processo da criação jurídica, podem ter a sua incidência: normas de Moral, normas de Justiça, juízos de valor sociais que costumamos designar por expressões.** (KELSEN, 1939, p. 249, grifo nosso).

Para Kelsen, a produção da norma jurídica individual dentro da moldura é livre, ou seja, efetiva-se pela livre apreciação do órgão responsável por produzir o ato. Assim, conforme ressalta, a interpretação da norma não é apenas uma tarefa cognoscitiva, mas também volitiva, pois o intérprete realiza uma escolha dentre as possibilidades da moldura, consoante um excerto da obra *Teoria pura do Direito* a seguir:

> A teoria usual da interpretação quer fazer crer que a lei, aplicada ao caso concreto, poderia fornecer, em todas as hipóteses, apenas uma única solução correta (ajustada), e que a "justeza" (correção) jurídico-positiva desta decisão é fundada na própria lei. **Configura o processo desta interpretação como se se tratasse tão-somente de um ato intelectual de clarificação e de compreensão, como se o órgão aplicador do Direito apenas tivesse que pôr em ação o seu entendimento (razão), mas não a sua vontade, e como se através de uma pura atividade de intelecção, pudesse realizar-se, entre as possibilidades que se apresentam, uma escolha que correspondesse ao Direito positivo, uma escolha correta (justa) no sentido do Direito positivo** (KELSEN, 1939, p. 247-248, grifo nosso).

O jurista austríaco acaba por criar uma teoria decisionista do direito, pois defende que o juiz, por ser o intérprete autêntico da norma jurídica, é o único que a pode criar pelo simples fato de o ordenamento jurídico lhe outorgar esse poder. (MÜLLER, 2008)

A ideia de que uma norma é jurídica pelo fato de ser emanada de uma autoridade incumbida por lei para a tarefa de a criar não é adequada no Estado Democrático de Direito (DIMOULIS, 2006). Porém, toda norma carece de interpretação, e esta pressupõe um ato volitivo do hermeneuta.

Assim, interpretar consiste na tarefa do hermeneuta de descobrir o sentido e real alcance da norma, estabelecendo os contornos de incidência do dispositivo legal, mediante um processo racional e controlável. Nessa óptica:

> El cometido de la interpretación es el de hallar el resultado constitucionalmente 'correcto' através de um procedimento reacional y controlable, el fundamentar este resultado, de modo igualmente racional e controlable, creando, de este modo, certeza y previsibilidade jurídicas, y no, acaso, el de la simple decisión por la decisión. (HESSE, 1992, p. 35).

Cabe ressaltar que não há uma interpretação pura das normas, pois cada intérprete traz consigo uma carga de valores que orientam essa interpretação. Desse modo, a exegese não se resume a se ater aos aspectos semânticos do texto legal, mas também à unidade do ordenamento jurídico, ao espírito de época (*Zeitgeist), a* fatores políticos, sociais e econômicos.

O caráter autopoiético do direito é dinâmico. Em constante transformação, impõe ao exegeta a tarefa de buscar o espírito de época de modo a ajustar a norma à sociedade em constante mutação. Não raras vezes, as normas trazem situações que não mais compatibilizam com os valores reinantes na sociedade.

O espírito de época ou *Zeitgesist* é o conjunto do clima intelectual e cultural do mundo, num certo tempo, ou as características ideológicas, culturais e sociais de um determinado período.

Assim, o intérprete tem a tarefa de criar e concretizar a norma jurídica individual por intermédio não apenas de lei, mas tam-

bém de diversos outros fatores exógenos que somente podem ser controlados por meio do devido processo legal.

Fixada a premissa do direito como ciência interpretativa, cumpre questionar se existe lei clara que dispense interpretação. Para Maximiliano (2002, p. 30-31), toda lei pressupõe interpretação: "Para se concluir que não existe atrás de um texto claro uma intenção efetiva desnaturada por expressões impróprias, é necessário realizar prévio labor interpretativo".

O direito é, pois, uma ciência interpretativa, uma vez que toda lei pressupõe prévia interpretação, que deve ser realizada mediante um processo racional e controlável, razão pela qual a segurança jurídica reside justamente nesse processo de criação da norma individual.

## 4. O instituto da segurança jurídica e o processo de elaboração das normas jurídicas individuais

Fixadas as premissas de que a lei não encerra o processo da criação da norma jurídica individual para o caso concreto, cumpre indagar o que é segurança jurídica e sobre o que recai dito instituto sobre a lei ou sobre a decisão judicial.

Sem pretender esgotar o tema, pode-se definir segurança jurídica como instituto jurídico que permite a estabilização das relações jurídico-sociais por meio da previsibilidade do processo de elaboração das normas jurídicas individuais.

O termo instituto jurídico retromencionado pode ser definido como o conjunto de princípios e regras que permitem a efetivação dos direitos constitucionalmente assegurados por meio do devido processo legal. Na assertiva de Leal:

> […] a palavra instituição em nossa teoria não tem o significado que lhe deram Hauriou e Guaso, ou que lhe possam dar os cien-

> tistas sociais e econômicos antigos ou modernos. É que instituição não é aqui utilizada no sentido de bloco de condutas aleatoriamente construído pelas supostas leis naturais da sociologia ou da economia. Recebe, em nossa teoria, **a acepção de o conjunto de princípios e institutos jurídicos reunidos ou aproximados pelo Texto Constitucional com a denominação jurídica de Processo, cuja característica é assegurar pelo princípio do contraditório, da ampla defesa, da isonomia, do direito ao advogado e do livre acesso à jurisdicionalidade, o exercício dos direitos criados e expressos no ordenamento constitucional e infraconstitucional por via do procedimento estabelecido em modelos legais (devido processo legal) como instrumentalidade manejável pelos juridicamente legitimados**. (LEAL, 2005, p. 99-100, grifo nosso).

A segurança jurídica como instituto jurídico (ARAÚJO, 2010) se deve ao fato de ser formada por um complexo de princípios e regras que conferem estabilidade às relações jurídico-sociais tais como o princípio da dignidade da pessoa humana, da boa-fé objetiva, da confiança, do direito adquirido, do ato jurídico perfeito, da coisa julgada e a regra da modulação dos efeitos da decisão, decadência e prescrição.

A atribuição da previsibilidade ao processo de elaboração da norma jurídica individual, por sua vez, tem como base científica a ideia do romance em cadeia do jurista germânico Ronald Dworkin, embora com algumas ressalvas.

Dworkin defendia o chamado Juiz Hércules que devia conhecer todo o arcabouço jurídico deixado pelos seus antecessores. No processo de criação da norma jurídica individual, seu provimento jurisdicional deveria ser por meio do percurso trilhado pelos seus precursores, de modo a conferir coerência, integralidade e estabilidade à decisão jurisdicional:

> Juízes devem decidir o que é o direito interpretando o modo usual como os outros juízes decidiram o que é o direito. Rejeita

> o convencionalismo, que considera a melhor interpretação a de que os juízes descobrem e aplicam convenções legais especiais, e o pragmatismo, que encontra na história dos juízes vistos como arquitetos de um futuro melhor, livres da exigência inibidora de que, em princípio, devem agir coerentemente uns com os outros. (DWORKIN, 1999, p. 488 e ss).

Esse Juiz Hércules pode alterar o posicionamento que imperava entre seus precursores. No entanto, incumbe a ele, nesse novo capítulo na história do direito, perpassar pelos fundamentos jurídicos já sedimentados, fundamentar os motivos pelos quais entende que deve ser superado o entendimento reinante.

Por analogia, o termo *common law* "*overruling",* aplicado nos casos de superação de um precedente, demonstra que a segurança jurídica não reside na lei propriamente dita, que deve ser interpretada, ou na decisão, em si, que pode sofrer modificações conforme a época, além de diversos outros fatores, mas no processo de elaboração do provimento jurisdicional.

Todavia, deve-se fazer uma primeira ressalva à teoria de Ronald Dworkin, pois ela acaba atribuindo ao juiz a figura de protagonista do processo de elaboração do provimento judicial. No Estado Democrático de Direito, o processo não deve ter protagonistas. O processo administrativo deve ser elaborado em um sistema comparticipativo, eminentemente em contraditório.

Desse modo, embora utilizemos da ideia de romance em cadeia de Dworkin, defendemos o "processo como procedimento em contraditório" de Elio Fazzalari. (FAZZALARI, 2006, p.37).

Rosemiro Leal, a respeito da ideia de um modelo de processo assegurado na constitucionalidade, defende que

> o que vai definir um direito democrático é a autoabertura irrestrita a que o ordenamento jurídico se permite ao oferecer legal-

> mente a todos o exercício da discursividade crítica à fiscalização (correição) processual continuada para a construção, reconstrução, confirmação, concreção, atuação e aplicação do direito vigorante.*(LEAL, 2002, p. 170-171)*

A segurança jurídica deve ser estudada por meio da teoria discursiva do Direito e do Estado Democrático de Direito de Habermas na obra *Faktizität und Geltung*.

Esse tipo de segurança, como um instituto jurídico que permite a estabilização das relações jurídico-sociais, pressupõe necessariamente um procedimento em contraditório, o que atrai a aplicação do princípio do discurso de Habermas, o qual busca resolver a tensão entre o Direito e a Democracia de um modo neutro em relação à moral e ao direito. Em outros termos, atribui ao processo a tarefa de possibilitar a formação de consensos e conferir validade às normas.

Pelo princípio do discurso, serão válidas somente aquelas normas cujos destinatários tiverem tido efetivamente oportunidade de participar de sua elaboração em contraditório:

> Válidas son aquellas normas (y sólo aquellas normas) a las que todos los que puedan verse afectados por ellas pudiesen prestar su asentimiento como participantes en discursos racionales (HABERMAS, 1998, p.172).

O processo como *locus* argumentativo em Habermas não é apenas fundamento de validade das normas. É também de legitimidade do sistema, pois o processo possibilita a participação dos destinatários em contraditório na criação das normas jurídicas atribuindo legitimidade ao sistema:

> A almejada coesão interna entre direitos humanos e soberania popular consiste assim em que a exigência de institucionalização jurídica de uma prática civil do uso público das liberdade comu-

> nicativas seja cumprida justamente por meio dos direitos humanos. Direitos humanos que possibilitam o exercício da soberania popular não se podem impingir de fora, como uma restrição. (HABERMAS, 2002, p. 292).

Antes de continuar a análise da segurança jurídica, faz-se prudente uma segunda ressalva a Dworkin, quando defende que é possível chegar a uma única resposta "correta" para o caso concreto, justamente como já explicitado pelo caráter eminentemente interpretativo do direito e a indissociável subjetividade do intérprete.

Com base nisso, o jurista finlandês Aulis Aarnio perguntou-se: "e se houvesse dois juízes Hércules, ambos igualmente racionais e com todos esses atributos preconizados por Ronald Dworkin? Chegariam eles a uma mesma resposta?" Ora, se admitirmos, por exemplo, a possibilidade de que duas pessoas, uma liberal e outra conservadora, sejam ambas igualmente racionais, isentas e estudiosas, é fácil perceber que os dois "juízes" Hércules, o liberal e o conservador, chegariam a respostas contraditórias para um mesmo caso jurídico (AARNIO, 2010, p. 15-16).

Aceitar uma única resposta "correta" para o caso concreto pressupõe inicialmente a homogeneidade do exegeta, pois não parece crível que um indivíduo que aufira um salário mínimo e outro que seja bilionário tenham a mesma ideia do que considere uma coisa de pequeno valor, por exemplo, no furto.

O ministro Barroso em coautoria com Ana Paula de Barcellos (2018), no artigo intitulado *O começo da história. A nova interpretação constitucional e o papel dos princípios no Direito brasileiro*, defende a possibilidade de existências de posições conflitantes, sejam doutrinárias ou jurisprudenciais, porque

> Após um primeiro momento de perplexidade, os iniciantes no estudo do Direito passam a encarrar com naturalidade um fenômeno que causa estranheza a uma pessoa leiga: a existência

> de decisões em sentidos opostos acerca de uma mesma matéria, posições doutrinárias divergentes e, até mesmo, votos conflitantes em um mesmo julgado. **Isto é: considerados os mesmos fatos e os mesmos elementos normativos, pessoas diferentes poderão chegar a conclusões diversas.** (BARROSO COA. BARCELLOS, 2018, p. 158, grifo nosso).

No Estado Democrático de Direito é possível e até aconselhável que existam posições divergentes, pois na divergência se aprende e se evolui mutuamente. Porém, para garantir a segurança jurídica, é imprescindível que os provimentos jurisdicionais, legais e administrativos sejam elaborados por intermédio de um processo racional que permita o controle externo da racionalidade argumentativa.

Cabe ressaltar que, embora não se possa cogitar de uma resposta correta, o hermeneuta deve ter como parâmetro interpretativo o texto legal. Contudo, os limites semânticos do texto não podem ser absolutos (MACCORMICK, 2006), devendo efetivar uma interpretação sistemática, teleológica e histórica do texto legal, tendo como fator importante o espírito de época.

Nessa senda, o processo racional é o *locus* argumentativo mais apto a garantir a segurança jurídica, pois um provimento jurisdicional, uma lei e uma decisão administrativa tendem a conferir maior estabilidade nas relações jurídico-sociais quando seus destinatários participam em simétrica paridade de armas nas suas formações.

## 5. Conclusão

O artigo aborda o cenário jurídico nacional com o intuito de contextualizar o leitor sobre a importância da segurança jurídica e do devido processo legal.

A ciência jurídica é eminentemente interpretativa e pressupõe não apenas um ato cognoscitivo do hermeneuta, mas também

volitivo, sendo impossível eliminar o aspecto subjetivo e valorativo do processo de criação de normas jurídicas.

Ademais, há uma tendência no direito moderno de inserção de cláusulas gerais no sistema, tais como boa-fé objetiva, função social, dignidade humana, entre outras, e se exige que a elaboração de normas jurídicas individuais se dê por meio de um processo racional e controlável.

A teoria de Dworkin do romance em cadeia tem a vantagem de estabelecer um caminho neutro e previsível que deve necessariamente trilhar o intérprete ao criar uma norma jurídica individual.

Tal teoria tem dois inconvenientes, pois coloca o juiz como protagonista no processo de criação da norma jurídica, o que é incompatível com o processo constitucional e, ademais, faz crer chegar-se a uma única resposta "correta" para o caso. Contudo, não parece possível tal desiderato, pois sendo o direito uma ciência interpretativa pressupõe-se a homogeneidade de valores dos exegetas.

O artigo pretendeu ressaltar ainda o caráter autopoiético do direito, uma vez que há uma relação de interdependência entre direito e sociedade, de modo que, estando a sociedade em constante mutação, o direito necessariamente deve acompanhar a sociedade.

Contudo, os limites semânticos do texto legal guardam parâmetros de interpretação não  absolutos, pois o direito é uma unidade, e incumbe ao hermeneuta conferir sistematicidade e harmonia ao conjunto de normas.

O exegeta deve ter em mente sempre o espírito de época, sendo inconcebível pretender atribuir um caráter absoluto a uma previsão legal, como a previsão na Constituição da República (CR) de que o casamento é entre homem e mulher, e esquecer que os valores da sociedade na época da promulgação da Constituição da República Federativa do Brasil eram outros que não mais impe-

ram no contexto atual, e analisar o referido dispositivo em conjunto com outros artigos da CR, conferindo unidade ao sistema.

A segurança jurídica não está na decisão judicial em si pois, pela característica interpretativa do direito e pelo espírito de época, pode modificar-se conforme os reclames sociais.

A lei também não pode conferir segurança jurídica, pois é uma obra inacabada que só se concretiza com a exegese.

A segurança jurídica reside no processo de criação de normas jurídicas individuais, e tal processo, para ser racional, pressupõe a exposição das razões de fato e de direito que levaram o hermeneuta a chegar à conclusão e, eventualmente, superar um entendimento reinante.

O processo de elaboração dos provimentos jurisdicionais permite o controle externo de racionalidade argumentativa atribuindo cientificidade ao direito.

Ante o exposto, conclui-se que a segurança jurídica é o instituto jurídico que permite a estabilidade das relações jurídico-sociais por meio da previsibilidade do processo de elaboração das normas jurídicas individuais.

## 6. Referências

AARNIO, Aulis et. al. *Bases Teóricas de la Interpretación Jurídica*. Madri: Fundación Coloquio Jurídico Europeo, 2010, p. 15-6.

ARAÚJO, Francisco Régis Frota; MOREIRA, José Davi Cavalcante. *Delimitação Histórica do Princípio da Segurança Jurídica nas Constituições brasileiras e suas dimensões*. In: CONPEDI. XIX Encontro Nacional do CONPEDI. 2010, Fortaleza. Anais. Disponível em: <http://www.publicadireito.com.br/conpedi/manaus/arquivos/anais/fortaleza/3529.pdf>. Acesso em: 26.9.2018.

BARROSO, Luís Roberto; BARCELLOS, Ana Paula Lemes. *O começo da história. A nova interpretação constitucional e o papel dos princípios no direito brasileiro.* Belo Horizonte: Fórum, 2018. p. 137 e ss.

CARVALHO NETTO, Menelick de. *A Constituição da Europa.* In: Sampaio, José Adércio Leite. Crise e Desafios da Constituição: perspectivas críticas da teoria e das práticas constitucionais brasileiras. Belo Horizonte: Del Rey, 2003. p. 282.

DIMOULIS, Dimitri. *O positivismo jurídico: introdução a uma teoria do direito e defesa do pragmatismo jurídico-político.* São Paulo: Método, 2006, p. 211.

DWORKIN, Ronald. *O império do direito.* São Paulo: Martins Fontes, 1999, p. 488 e ss.

FAZZALARI, Elio. *Instituições de Direito Processual.* Trad. 8 ed. Elaine Nassif. 1 ed. Campinas/SP: Bookseller Editora e Distribuidora, 2006.

HABERMAS, J. *Direito e democracia:* entre facticidade e validade. Rio de Janeiro, Tempo Brasileiro, 1997, 1.º vol., p. 354.

HABERMAS, J. *Facticidad y validez:* sobre el derecho y el Estado democrático de derecho en términos de teoría del discurso. Madri, Trotta, 1998, p. 689.

HESSE, Konrad. *La interpretación constitucional*. In: Escritos de derecho constitucional. Trad. Pedro Cruz Villalon. 2.ed. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1992. p. 35.

KELSEN, Hans; LOUREIRO, Fernando Pinto. *Teoria pura do direito*. Saraiva, 1939, p. 245/250.

LEAL, Rosemiro Pereira. *Teoria geral do processo*. São Paulo: IOB Thomson, 2005, p. 99-100.

LEAL, Rosemiro Pereira. *Teoria processual da decisão jurídica*. São Paulo: Landy, 2002, p. 17-171.

LUHMANN, Niklas. *Sociedade y sistema:* laambición de lateoría. Barcelona: Paidós, 1990, p. 47, 60 e ss.

MACCORMICK, Neil. *Argumentação jurídica e teoria do direito.* Tradução Waldéa Barcellos. São Paulo: Martins Fontes, 2006, p. 352.

MAXIMILLIANO, Carlos. *Hermenêutica e aplicação do direito.* 19. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2002. p. 30-31.

MOUFFE, Chantal. *Prácticas artísticas y democracia agonística.* Univ. Autònoma de Barcelona, 2007, p. 20.

MÜLLER, Friedrich. *Teoria estruturante do direito.* Trad. Peter Naumann e Eurides Avance de Souza. São Paulo: RT, 2008, p. 53.

POSNER, Richard. *How judges think.* Cambridge, Massachusetts, London: Harvard University Press, 2008, p. 369.

Harvard University Press, 2008, p. 369.

Artigo recebido em: 2/8/2018
Artigo aprovado em: 3/10/2018

DOI: 10.5935/1809-8487.20180014

286 - 335
Artigo

# APLICABILIDADE DO CONCEITO DE REPRESENTAÇÃO ADEQUADA COMO MEIO DE EFETIVAÇAO DOS DIREITOS INDIVIDUAIS HOMOGÊNEOS: ANÁLISE COMPARADA DO PROCESSO COLETIVO BRASILEIRO

JOSÉ CASTANHEIRA CLEMENTE

# APLICABILIDADE DO CONCEITO DE REPRESENTAÇÃO ADEQUADA COMO MEIO DE EFETIVAÇAO DOS DIREITOS INDIVIDUAIS HOMOGÊNEOS: ANÁLISE COMPARADA DO PROCESSO COLETIVO BRASILEIRO

APLICABILITY OF THE CONCEPT OF ADEQUACY OF REPRESENTATION AS A MEANS TO HOMOGENEOUS INDIVIDUAL RIGHTS' EFFECTIVENESS: A COMPARATIVE ANALYSIS OF BRAZILIAN COLLECTIVE PROCEDURE

JOSÉ CASTANHEIRA CLEMENTE
Advogado
castze@gmail.com

**RESUMO:** O presente trabalho tem como propósito analisar o tratamento jurisdicional fornecido às modalidades de direitos transindividuais descritas pela legislação brasileira (direitos difusos, direitos coletivos *stricto sensu* e direitos individuais homogêneos), especialmente no que diz respeito à sua efetivação. O tema foi escolhido em razão da falta de soluções adequadas, no direito processual nacional, quanto aos mecanismos destinados à reparação de lesões a interesses de titularidade múltipla. A este respeito, veja-se a *class action* movida nos Estados Unidos contra a Petrobrás – ação que objetiva a satisfação de direitos individuais homogêneos, cujas características e potencial reparatório não encontram paralelo no processo coletivo brasileiro. A pesquisa baseou-se em métodos qualitativos de análise do direito processual, mediante a aplicação de estratégias de direito comparado e verificação de fontes doutrinárias, jurisprudenciais e históricas advindas dos ordenamentos jurídicos brasileiro e estrangeiro. Para tal, foram utilizadas publicações doutrinárias diversas, legislação pátria e estrangeira, artigos científicos – no formato impresso e presentes na rede mundial de computadores – e compilações jurisprudenciais. Diante da análise realizada, constatou-se que o processo coletivo brasileiro, desenvolvido sob as bases individualizadas do direito processual, deve dispor de mecanismos para o melhor tratamento dos interesses transindividuais, sendo pertinente a incorporação de conceitos das *class actions*. Verificou-se que a tutela fornecida aos direitos coletivos *lato sensu* pela jurisdição brasileira é complementar àquela presente no ordenamento jurídico norte-americano, visto que, enquanto a primeira privilegia os direitos transindividuais relacionados ao interesse público, esta última confere ênfase à satisfação dos direitos coletivos em sua esfera individual.

**PALAVRAS-CHAVE:** *Class actions*; direitos individuais homogêneos; legitimação; processo coletivo; representação.

**ABSTRACT:** This paper aims at analysing the jurisdictional treatment provided to the various modalities of collective rights described by Brazilian legislation (diffuse rights, collective rights *stricto sensu* and homogeneous individual rights), especially when it comes to its effectiveness. The subject has been chosen due to the absence of proper solutions, in national procedural law, about the mechanisms designed to repair damages to rights of multiple ownership. In this sense, see the class action brought in the United States against PETROBRAS – legal action which aims individual homogeneous rights' satisfaction, whose characteristics and potential for restoration are unmatched by the Brazilian collective procedure. The research was based on qualitative methods of analysis of procedural law, through the appliance of strategies of comparative law and checking of doctrinal, jurisprudential and historical sources derived from both Brazilian and foreign legal orders. For such, various doctrinal publications, national and foreign legislation, scientific papers – both printed and available on the internet – and jurisprudence compilations were resorted. Before the carried-out analysis, it was found that Brazilian collective procedure, developed under procedural law's individualized origins, must be provided with mechanisms designed for better treatment of collective rights, thus the importance of

incorporating some concepts coming from the class actions. It was verified that the protection provided to collective rights *lato sensu* by the Brazilian jurisdiction is complementary to that present on US' legal order, seeing that, while the first one privileges collective rights related to public interest, the last emphasizes the fulfilment of collective rights in its private aspect.

**KEYWORDS:** Class actions; collective procedure; individual homogeneous rights; legitimacy; representation.

**SUMÁRIO:** 1. Introdução. 2. Interesses transindividuais. 2.1. Interesses difusos. 2.2. Interesses coletivos *stricto sensu*. 2.3. Direitos individuais homogêneos. 3. O processo coletivo. 4. Direitos individuais homogêneos em juízo. 4.1. Obstáculos à efetivação dos direitos individuais homogêneos. 5. *Class Actions*. 5.1. Desenvolvimento das *Class Actions*. 5.2. Pressupostos das *Class Actions*. 5.2.1. Impraticabilidade do litisconsórcio (*numerosity*). 5.2.2. Questões comuns de fato ou de direito (*commonality*). 5.2.3. Pretensões ou defesas típicas (*typicallity*). 5.2.4. Representação adequada (*adequacy of representation*). 6. Representação vs. Legitimidade no Processo Coletivo. 6.1. A estratégia publicista adotada no Brasil. 6.2. Legitimação e *adequacy of representation* no direito norte-americano. 7. Aplicabilidade do conceito de representação adequada à reestruturação do sistema de legitimação para as ações coletivas no Brasil. 8. Devido processo legal coletivo e representação adequada. 9. Conclusão. 10. Referências.

## 1. Introdução

O Estado Democrático de Direito pressupõe a participação ativa do cidadão em diversas situações jurídicas inerentes à vida em sociedade, tais como a defesa de direitos singularizados, próprios ou alheios, bem como a tutela de interesses atribuídos à coletividade, formada por grupos definidos ou não de indivíduos.

Os direitos transindividuais, ou coletivos em sentido amplo, compreendem os interesses que ultrapassam a esfera individual de titularidade, devendo, como tal, receber tratamento diferenciado por ocasião de sua postulação em juízo.

No Brasil, o desenvolvimento da temática da titularidade coletiva do direito ainda carece de sistematização adequada, pois a própria conceituação legal das espécies de direitos transindividuais (difusos, coletivos *stricto sensu* e individuais homogêneos) é relativamente recente – *vide* o Código de Defesa do Consumidor, diploma legal que trouxe tais previsões, publicado em 12 de setembro de 1990.

Apesar do caráter moderno das questões relacionadas aos interesses coletivos, os mecanismos processuais aplicados à tutela deles foram desenvolvidos nos termos do processo civil tradicio-

nal, remontando à concepção individualista de direito. Observa-se, assim, o surgimento de consideráveis incompatibilidades no tratamento concedido pela jurisdição às distintas modalidades de direitos transindividuais.

Tratando das peculiaridades inerentes ao processo coletivo e da necessidade de que estas sejam observadas para a elaboração de legislação processual adequada, Vicente de Paula Maciel Júnior oferece valiosa exposição:

> As fontes doutrinárias existentes para o direito individual material e processual foram transplantadas para o campo das relações coletivas, como se pertencessem ao mesmo mundo e sem o reconhecimento das diferenças que lhes são ínsitas. *A legitimação para agir, a prova, os institutos da sentença e da coisa julgada, o processo de execução, as tutelas de urgência, tudo necessita ser reavaliado quando se trata do processo coletivo*, cuja repercussão pode sempre atingir no fundo o indivíduo, mas que possui uma forma diferente de tutela dos direitos dos diversos interessados e que não pode ser a mesma nem pode ser desprezada (MACIEL, 2006, p. 136, grifo nosso).

Verifica-se que, em razão da distinção estabelecida entre o direito puramente individual e os interesses de natureza coletiva, as regras processuais também necessitam de tratamento específico.

Neste sentido, Fredie Didier Jr. e Hermes Zaneti Jr. prelecionam:

> As diferenças entre os conflitos coletivos justificam as variações sobre a competência, possibilidade de autocomposição, legitimação para a causa, intervenção de terceiro, conteúdo da decisão, etc. Tomar o conflito coletivo – e não o direito coletivo – como o fato de adequação do processo coletivo é uma das premissas mais importantes, se não for a mais importante, para a construção de um devido processo legal coletivo. (DIDIER JR.; ZANETI JR., 2017, p. 96).

A perspectiva comparada, especialmente no que se refere ao contraste entre o direito processual coletivo brasileiro e o instituto correspondente desenvolvido nos Estados Unidos, por meio das *class actions*, será aplicada para alcançar dois objetivos principais: a análise da efetivação das distintas modalidades de direitos coletivos e as possibilidades de otimização de tal provimento.

## 2. Interesses transindividuais

A sistematização dos interesses transindividuais, ou direitos coletivos *lato sensu*, no ordenamento jurídico brasileiro, foi inicialmente realizada pela Lei da Ação Civil Pública – Lei nº 7.347/1985. O artigo 1º da Lei nº 7.347/1985 enumera direitos e interesses que, na hipótese de serem violados – causando danos morais ou patrimoniais –, ensejam a propositura de ação civil pública:

> Art. 1º Regem-se pelas disposições desta Lei, sem prejuízo da ação popular, as ações de responsabilidade por danos morais e patrimoniais causados:
> I – ao meio ambiente;
> II – ao consumidor;
> III – a bens e direitos de valor artístico;
> IV – *a qualquer outro interesse difuso ou coletivo;*
> V – por infração da ordem econômica;
> VI – à ordem urbanística;
> VII – à honra e à dignidade de grupos raciais, étnicos ou religiosos;
> VIII – ao patrimônio público e social (BRASIL, 1985, grifos nossos).

Observa-se que a Lei da Ação Civil Pública não expôs rol taxativo dos direitos e interesses tutelados por seus preceitos, mantendo ampla possibilidade de que ações de responsabilidade por danos morais e patrimoniais causados a qualquer outro interesse difuso ou coletivo (art. 1º, IV, Lei nº. 7.347/1985) sejam da mesma forma propostas.

Os interesses listados, uma vez que se caracterizam pela violação a direitos de titularidade não unitária, requerem a aplicação de mecanismos distintos daqueles comumente usados na postulação em juízo por reparação a direito estritamente individual. A busca por reparação a direitos descritos pela Lei da Ação Civil Pública enseja a propositura de ação de natureza coletiva, revelando, dessa forma, a necessidade de tratamento processual diferenciado para sua tutela.

Apesar da sistematização inicial proposta, a Lei nº 7.347/85 não oferece meios objetivos de identificação da menção feita em seu art. 1º, inciso IV, a "qualquer outro interesse difuso ou coletivo", limitando-se a caracterizar alguns como tais e a ressalvar, de maneira ampla, a possibilidade de classificação de outros direitos e interesses como pertencentes a tais categorias.

A lacuna deixada pela Lei da Ação Civil Pública veio a ser preenchida com o advento do Código de Defesa do Consumidor (CDC) – Lei nº 8.078/90.

Em seu Título III, o Código de Defesa do Consumidor leciona que "a defesa dos interesses e direitos dos consumidores e das vítimas poderá ser exercida em juízo ou individualmente, ou a título coletivo" (art. 81, *caput*).

O parágrafo único do art. 81 do Código de Defesa do Consumidor oferece, em seus três incisos, a definição necessária dos direitos coletivos *lato sensu*, preenchendo a lacuna deixada pela Lei da Ação Civil Pública. Nos termos do CDC, os direitos transindividuais subdividem-se em interesses ou direitos difusos, interesses ou direitos coletivos (entendidos de maneira estrita) e interesses ou direitos individuais homogêneos:

> Art. 81. A defesa dos interesses e direitos dos consumidores e das vítimas poderá ser exercida em juízo individualmente, ou a título coletivo.

> Parágrafo único. A defesa coletiva será exercida quando se tratar de:
> I – interesses ou direitos difusos, assim entendidos, para efeitos deste Código, os transindividuais, de natureza indivisível, de que sejam titulares pessoas indeterminadas e ligadas por circunstâncias de fato;
> II – interesses ou direitos coletivos, assim entendidos, para efeitos deste Código, os transindividuais de natureza indivisível de que seja titular grupo, categoria ou classe de pessoas ligadas entre si ou com a parte contrária por uma relação jurídica base;
> III – interesses ou direitos individuais homogêneos, assim entendidos os decorrentes de origem comum. (BRASIL, 1990).

## 2.1. Interesses difusos

Conforme a conceituação do art. 81, parágrafo único, I, do Código de Defesa do Consumidor, são difusos os direitos ou interesses "transindividuais, de natureza indivisível, de que sejam titulares pessoas indeterminadas e ligadas por circunstâncias de fato".

Tratando dessa definição dos interesses difusos, Hugo Nigro Mazzilli observa que:

> embora o CDC se refira a ser uma situação fática o elo comum entre os lesados que comungam o mesmo interesse difuso, é evidente que essa relação fática – como outra qualquer – subordina-se, também, a uma relação jurídica; entretanto, no caso dos interesses difusos, a lesão ao grupo não ocorrerá propriamente da relação jurídica, e sim da situação fática resultante. (MAZZILI, 2001, p. 47).

Desta forma, o elo fático decorre dos elementos caracterizadores da relação travada entre o grupo e a conduta praticada pelo causador do dano, extraindo-se, subsequentemente, a relação jurídica entre ambos.

A natureza indivisível dos direitos difusos decorre da multiplicidade de seus titulares, visto que tais direitos são atribuídos a um número

indeterminável de membros da coletividade, ligados, inicialmente, por circunstâncias de fato. Assim, um evento que constitua lesão a direitos cuja titularidade é inerente à coletividade – como na hipótese de prática de poluição em face do direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado – tem como decorrência a obrigação de reparar o dano causado, por violação de interesse difuso.

Quanto à amplitude dos direitos difusos, é pertinente o comentário de Hugo Nigro Mazzilli sobre suas diversas possibilidades:

> Há interesses difusos: a) tão abrangentes que chegam a coincidir com o interesse público, como o meio ambiente; b) menos abrangentes que o interesse público, por dizerem respeito a um grupo disperso, mas que não chegam a confundir-se com o interesse geral da coletividade; c) em conflito com o interesse da coletividade como um todo; d) em conflito com o interesse do Estado, enquanto pessoa jurídica; e) atinentes a grupos que mantêm conflitos entre si (interesses transindividuais reciprocamente conflitantes). (MAZZILLI, (2001, p. 47).

O caráter amplo e diverso dos direitos e interesses difusos é abordado, em sentido complementar, por Rodolfo de Camargo Mancuso, que aponta o seguinte, em tal âmbito:

> Os conflitos que aí podem surgir trazem a marca da impessoalidade, isto é, discute-se em torno de valores, de idéias, de opções, fazem-se escolhas políticas; não está em jogo a posição de vantagem de A em face de B e, sim, cuida-se de aferir qual a postura mais oportuna e conveniente dentre um leque de alternativas aglutinadas nos diversos grupos sociais interessados, naquilo que se pode chamar, com a doutrina italiana, "conflituosidade intrínseca". (MANCUSO, 1997, p. 120).

Diante de tais análises, extrai-se que a diferenciação inicial entre direitos e interesses de natureza difusa e aqueles cuja titularidade é inerente ao indivíduo singularmente considerado reside na

impossibilidade de que os primeiros sejam atribuídos ao portador individual, de maneira exclusiva, havendo de se observar, ainda, a relação – de natureza fática – que une tais titulares.

## 2.2. Interesses coletivos *stricto sensu*

Ao contrário da caracterização dos direitos difusos, a natureza de indivisibilidade inerente aos direitos coletivos *stricto sensu* decorre da relação jurídica existente entre seus titulares e o responsável pelo evento danoso. Nestes termos, preconiza o art. 81, parágrafo único, II, do Código de Defesa do Consumidor que os direitos coletivos são os "transindividuais de natureza indivisível de que seja titular grupo, categoria ou classe de pessoas ligadas entre si ou com a parte contrária por uma relação jurídica base".

Mazzili exemplifica os direitos do art. 81, parágrafo único, II, do CDC, fazendo alusão a cláusulas ilegais presentes em contrato de adesão:

> [...] no caso de interesses coletivos, a lesão ao grupo não decorrerá propriamente da relação fática comum, e sim, da própria relação jurídica viciada. Assim, por exemplo, tomemos um contrato de adesão, com uma cláusula ilegal. A pretensão à anulação da cláusula será considerada pretensão à tutela de interesse coletivo, pois o grupo atingido estará ligado por uma relação jurídica básica comum, que deve necessariamente ser resolvida de maneira uniforme para todo o grupo lesado. (MAZZILI, 2001, p. 49)

Diante dessa exposição doutrinária, extrai-se que o reconhecimento da ilegalidade da cláusula contida no contrato de adesão beneficiaria igualmente todo o grupo de indivíduos por ela afetados, não havendo nenhuma gradação em termos de interesse. Trata-se, pois, de pretensão à reparação de dano verificado no plano jurídico, numa relação em que um dos polos é ocupado por indivíduos determinados ou determináveis. Assim, o direito

do qual tal grupo é titular, ao contrário do caso de interesses individuais homogêneos, é de natureza indivisível.

À guisa de conclusão, oferecendo valiosa contribuição para distinguir as diversas categorias de direitos e interesses transindividuais, assevera Gregório Assagra de Almeida:

> O núcleo conceitual de identificação entre interesses ou direitos difusos e os coletivos em sentido restrito é, destarte, justamente a indivisibilidade, o que os caracteriza como direitos ou interesses superindividuais, diferentemente dos direitos ou interesses individuais homogêneos, que são divisíveis; são considerados direitos ou interesses superindividuais somente no plano processual, tendo em vista o tratamento coletivo que recebem. (ALMEIDA, 2008, p. 484).

Ressalte-se que o elo entre os titulares dos direitos coletivos em sentido estrito, de maneira distinta do observado em sede de análise de direitos difusos, é uma relação jurídica.

## 2.3. Direitos individuais homogêneos

Os interesses ou direitos individuais homogêneos, diversamente dos demais interesses transindividuais, apresentam, nos termos do parágrafo único, III, do artigo 81 do Código de Defesa do Consumidor, "origem comum". Tal conceito representa a dupla possibilidade de origem dos direitos individuais homogêneos, os quais podem advir de relações jurídicas ou de relações de fato.

Nesse sentido, a advertência de Luiz Renato Topan mostra-se essencial para a correta compreensão do conceito relativo à origem dos interesses ou direitos individuais homogêneos:

> Ressalte-se que 'origem comum' transcende a uma relação espaço-temporal e factual, pois vários indivíduos podem ter direitos seus lesados com origem comum, porém, sofridos em diversas localidades, épocas e situações. (TOPAN, 1993, p. 28).

Diante dessa elucidação, fica evidente que os direitos individuais homogêneos são dotados de maior amplitude do que se poderia atribuir-lhes inicialmente em razão de eventual interpretação restritiva do conceito exposto no Código de Defesa do Consumidor.

Por se tratarem de direitos que, eventualmente, são perfeitamente divisíveis – sobretudo à luz dos danos causados em decorrência de sua violação, mensuráveis em cada situação individual – poder-se-ia questionar a presença dos interesses individuais homogêneos entre aqueles merecedores de proteção dos mecanismos de tutela processual coletiva expressos pelo Código de Defesa do Consumidor. Na concepção de Rodolfo de Camargo Mancuso, os direitos individuais homogêneos "são coletivos apenas na forma, no modo de exercício, sendo, pois, coletivos apenas em função de uma contingência episódica: a sua origem comum" (MANCUSO, 2001, p. 35).

Nesse sentido, conclui Luiz Renato Topan, a respeito da natureza dos direitos individuais homogêneos:

> [...] estes não são interesses essencialmente coletivos, seja em sua configuração, seja em seus efeitos, mas pelas características comuns em que seus titulares encontram-se, lhes é conferida certa coesão no exercício de sua defesa judicial. (TOPAN, 1993, p. 28).

Extrai-se daí a intenção legislativa que, por razões de conveniência processual, optou com acerto por caracterizar os direitos individuais homogêneos merecedores de tutela coletiva no microssistema do Código de Defesa do Consumidor.

Observa-se, pois, que os interesses individuais homogêneos têm natureza eminentemente privada, à diferença daqueles interesses ou direitos coletivos cuja tutela se justifica pelo interesse público, prontamente identificável, inerente a seus efeitos, a tal ponto que Luiz Paulo da Silva Araújo Filho classifica a busca pela sua satisfação judicial como *ações pseudo-coletivas* (FILHO apud MANCUSO, 2001, p. 36).

Depreende-se que, em razão de um elemento especial – sua origem comum –, os direitos individuais homogêneos merecem o tratamento processual reservado aos direitos de titularidade coletiva "pura", visto que, nos termos empregados por Mancuso (1999, p. 46), "a forma de sua tutela processual pode e até deve ser de tipo coletivo".

Fica claro, portanto, que a classe dos interesses ou direitos individuais homogêneos é a que possui natureza mais distinta na análise comparada dos interesses ou direitos transindividuais.

Porém, se por um lado a inclusão dos direitos individuais homogêneos entre os merecedores da aplicação dos mecanismos de tutela processual coletiva representou significativo avanço na busca por sua reparação, os instrumentos previstos na legislação – sobretudo quanto ao sistema de legitimação empregado – não se mostram adequados ao tratamento jurisdicional daqueles. Essa constatação tem sólido embasamento ao se considerar o conceito de *representante* legalmente previsto, com que se atribui tão somente a órgãos públicos e entidades de classe predeterminados a legitimação para postular em prol dos detentores dos direitos individuais homogêneos.

## 3. O processo coletivo

A evolução dos direitos simultaneamente à construção das respectivas técnicas de tratamento jurisdicional constitui a principal razão para que o processo seja tradicionalmente avaliado sob a ótica do direito individual. Entretanto, à medida que os direitos e suas modalidades diferenciaram-se, tornando-se cada vez mais complexos, os mecanismos processuais aplicados para tutelá-los permaneceram inalterados.

O descompasso entre os direitos de natureza coletiva e as técnicas processuais disponíveis para tutelá-los é alvo de preciso comentário de Rodolfo de Camargo Mancuso:

> A doutrina é unânime no sentido de que o processo civil, tendo sido forjado para a tutela de situações jurídicas individuais, está sensivelmente 'deslocado' quando se trate de outorgar tutela a situações metaindividuais. A divergência existe apenas no que tange ao rumo a ser seguido ante tal constatação. (MANCUSO, 1997, p. 208).

Como já dissemos acima, os direitos e interesses coletivos, por implicarem a violação a direitos de titularidade não unitária, requerem mecanismos diferentes dos que são empregados comumente ao se postular em juízo a reparação a direito estritamente individual.

> Sob o aspecto processual, o que caracteriza os interesses transindividuais, ou de grupo, não é apenas, porém, o fato de serem compartilhados por diversos titulares individuais, reunidos pela mesma relação jurídica ou fática, mas, mais do que isso, é a circunstância de que a ordem jurídica reconhece a necessidade de que seu acesso individual à Justiça seja substituído por um processo coletivo, apto a evitar decisões contraditórias e ainda mais eficiente, porque é exercido de uma só vez, e em proveito de todo o grupo. (MAZZILLI, 2001, p. 51).

O reconhecimento de interesses de titularidade múltipla e as diretrizes processuais para postulá-los em juízo, que especialmente a Lei da Ação Civil Pública trouxe ao ordenamento jurídico brasileiro, representam ruptura com a tradição individualista de detenção do direito, tendência indicada por Riccardo Orestano em referência feita por Vicente de Paula Maciel Jr.:

> A posição do direito privado como fundamento do direito público e do Estado perde importância e a mudança de paradigma se faz sentir exatamente para a afirmação de que aquilo que o direito tem de mais essencial é seu caráter público. O direito, a norma e o ordenamento ditam a tônica e promovem uma nova reconstrução da unidade do direito que se havia perdido. (ORESTANO *apud* MACIEL, 2006, p. 93).

Considerando tal mudança de paradigma, observa-se que, ao contrário do que ocorre com o tratamento do direito na técnica

processual tradicional – sua individualização exacerbada, chamada por Kazuo Watanabe (1999, p. 797) *atomização* –, os conflitos de interesses de natureza coletiva requerem que se *moleculize* os conflitos.

Antônio Herman Benjamin, tratando do descompasso entre a visão clássica dos princípios de direito processual, tradicionalmente aplicados no direito nacional, e o tratamento dos direitos transindividuais, pontua:

> Em sua formulação original nenhum desses princípios se ajusta à realidade econômica e social do final do século XX, à sociedade pós-industrial, caracterizada pela tecnologia, produção, comercialização, crédito, comunicação e conflituosidade massificados. *São princípios que trazem uma marcante concepção individualista, própria da sociedade interpessoal do século XIX, o que os leva, em sobrevivendo, a sacrificar os próprios fins do processo*, que são a realização de uma tutela jurisdicional eficaz e justa. (BENJAMIN, 2011, p. 10, grifos nossos).

Os problemas que derivam da aplicação de princípios processuais desenvolvidos sob a ótica individualista de direito não se restringem ao modelo tradicional de processo. Ainda que técnicas processuais diferenciadas tenham sido adotadas – contidas especialmente na Lei da Ação Civil Pública e no Código de Defesa do Consumidor –, há obstáculos advindos do modo de aplicação de tais dispositivos, o que leva Rodrigo Mendes de Araújo (2013, p. 128) a pontuar que "a defesa dos direitos coletivos *lato sensu* ainda é analisada por alguns juristas de renome sob as bases individualistas". O ponto de vista adotado pelo aplicador da lei ainda é fortemente relacionado à concepção clássica da detenção individual do direito.

Seguindo o exemplo da Lei da Ação Civil Pública, o Código de Defesa do Consumidor prevê rol de legitimados para propor as ações de natureza transindividual que seus mecanismos possibi-

litam. Assim, embora conceitue separadamente os interesses difusos, coletivos *stricto sensu* e individuais homogêneos, o CDC, "para efeito de legitimação ativa em juízo, não faz distinções, afetando uns e outros, de modo concorrente e disjuntivo, às entidades mencionadas no art. 82 e incisos." (MANCUSO, 2001, p. 39).

O artigo 82 do Código de Defesa do Consumidor dispõe:

> Para os fins do art. 81, parágrafo único, são legitimados concorrentemente:
> I – o Ministério Público;
> II – a União, os Estados, os Municípios e o Distrito Federal;
> III – as entidades e órgãos da administração pública, direta ou indireta, ainda que sem personalidade jurídica, especificamente destinados à defesa dos interesses e direitos protegidos por este Código;
> IV – as associações legalmente constituídas há pelo menos um ano e que incluam entre seus fins institucionais a defesa dos interesses e direitos protegidos por este Código, dispensada a autorização assemblear. (BRASIL, 1990)

As previsões legais relativas ao processo coletivo no Brasil, nos termos expostos anteriormente, são essencialmente focadas no interesse público – considerado fator que baliza a tutela dos direitos transindividuais.

O Código de Defesa do Consumidor e a Lei da Ação Civil Pública complementam-se: em matéria de interesses transindividuais, um é de aplicação subsidiária ao outro. Por isso, e em tese, cabe também a defesa de qualquer interesse individual homogêneo por meio da ação civil pública ou coletiva, sendo inconstitucional o querer vedar o acesso coletivo à jurisdição (MANCUSO, 2001, p. 36).

Sobrepondo-se aos demais dispositivos por sua abrangência e especificidade no tratamento do processo coletivo, a Lei da Ação Civil Pública e o Código de Defesa do Consumidor, ambos direcionados ao resguardo e postulação por direitos de natureza não puramente individual, constituem diplomas legais essenciais

para a tutela dos interesses transindividuais, bem como para a análise da dinâmica processual e suas peculiaridades no ordenamento jurídico pátrio.

A este respeito, Luiz Guilherme Marinoni e Sérgio Cruz Arenhart traçam precisa distinção:

> O direito positivo brasileiro contempla, basicamente, duas espécies de ações: uma para tutela de direitos coletivos *stricto sensu* e difusos, e outra para a tutela de direitos individuais homogêneos, sempre influenciada pela interferência existente entre a disciplina prevista pelo Código de Defesa do Consumidor e pela Lei da Ação Civil Pública. (MARINONI; ARENHART apud MANCUSO, 2002, p. 22).

Os mecanismos apresentados por tais previsões legais, entretanto, não dão tratamento adequado para garantir a efetividade de direitos e interesses de titularidade coletiva cuja postulação pelos entes legitimados se mostra inviável – como ocorre na maioria dos casos em que se requer provimento jurisdicional diante da violação a direitos individuais homogêneos.

Nota-se que o direito processual coletivo brasileiro, especialmente no que se refere à detenção de legitimação e representatividade para a propositura de ações, foi desenvolvido sob perspectiva fortemente legalista, deixando de considerar, no momento da elaboração dos mecanismos correspondentes, as peculiaridades dos interesses que deveriam ser tutelados (MACIEL, 2006, p. 136).

## 4. Direitos individuais homogêneos em juízo

Quanto aos direitos individuais homogêneos, a grande inovação trazida pelo Código de Defesa do Consumidor encontra-se no Capítulo II do Título III, intitulado "Das Ações Coletivas para a defesa de interesses individuais homogêneos", cujo artigo 91 dispõe:

> Art. 91. Os legitimados de que trata o art. 82 poderão propor, em nome próprio e no interesse das vítimas, ou seus sucessores, ação civil coletiva de responsabilidade pelos danos individualmente sofridos, de acordo com o disposto nos artigos seguintes. (BRASIL, 1990).

A modalidade de ação enfatizada pelo legislador, entre os artigos 91 e 100 do Código de Defesa do Consumidor, é aquela conhecida como reparatória dos danos individualmente considerados, abrangendo não somente os danos sofridos pelos consumidores, como também "os acarretados a terceiros, atingidos pelo produto ou pelo serviço." (GRINOVER, 1999, p. 769).

Apesar da incorporação de institutos jurídicos antes não reconhecidos, está claro que, sob o ponto de vista da otimização da busca e efetividade dos direitos transindividuais, especialmente quando considerados em sua dimensão individual homogênea, foram adotadas pela legislação brasileira significativas alterações de caráter limitador – relacionadas à legitimação para a propositura de ações.

A lesão a direitos individuais homogêneos origina duas espécies de pretensões reparatórias: a pretensão individual, relacionada à satisfação do direito individual da vítima, e a modalidade coletiva de pretensão, destinada à resolução das questões comuns a todas as vítimas (ARAÚJO, 2013, p. 161). Entretanto, há consideráveis obstáculos ao adequado provimento jurisdicional de tal modalidade de direito coletivo.

Ainda que os direitos individuais homogêneos se apresentem no caso concreto como disponíveis e divisíveis, os entes legitimados à propositura de ação civil pública (também autorizados pelo art. 82 do Código de Defesa do Consumidor a ingressar com ações de natureza coletiva) estão aptos a atuar em sua defesa. Essa atuação, entretanto, especialmente no que se refere ao Ministério Público, somente será justificada nas situações em que "relevante interesse social" estiver presente.

A este respeito, Leonardo de Medeiros Garcia oferece importante contribuição, atribuindo menor relevância à caracterização objetiva do direito individual homogêneo em questão (divisível, indivisível, disponível ou indisponível) e destacando a necessidade de se observar o interesse social para a atuação do Ministério Público:

> [...] não é a disponibilidade ou divisibilidade que impossibilita a propositura da ação coletiva, de modo a descaracterizar os direitos individuais homogêneos. Pela leitura do art. 81, III, do CDC (definição de direito individual homogêneo), não há referência à indisponibilidade do direito, e nem poderia, pois são raros os casos em que é possível vislumbrar direitos ou interesses indisponíveis oriundos da relação de consumo. Assim, é o interesse social que passa a ser o 'divisor de águas' entre o direito individual considerado em sua dimensão particular e aquele observado sob a ótica coletiva, legitimando a defesa pelo Ministério Público. (GARCIA, 2010, p. 211).

Tratando da atuação do Ministério Público, órgão de maior tradição na defesa dos direitos coletivos *lato sensu*, Hugo Nigro Mazzilli, em sentido complementar, assevera:

> [...] quanto à defesa de interesses *coletivos* e *interesses individuais homogêneos*, é preciso distinguir. A defesa de interesses de meros grupos determinados ou determináveis de pessoas só se pode fazer pelo Ministério Público quando isso convenha à coletividade como um todo, respeitada a destinação institucional do Ministério Público. (MAZZILLI, 2001, p. 95).

Explicitando a necessidade da presença de franco interesse público no caso concreto para que seja efetivada a defesa a direitos individuais homogêneos pelo Ministério Público, o Conselho Superior do Ministério Público do Estado de São Paulo editou a Súmula nº 7:

> O Ministério Público está legitimado à defesa de interesses individuais homogêneos que tenham expressão para a coletivida-

> de, como: a) os que digam respeito à saúde ou à segurança das pessoas, ou ao acesso das crianças e adolescentes à educação; b) aqueles em que haja extraordinária dispersão dos lesados; c) quando convenha à coletividade o zelo pelo funcionamento de um sistema econômico, social ou jurídico. (SÃO PAULO, 2017).

A violação a direito transindividual, seja difuso ou coletivo, por vezes coincide com a violação a direito individual homogêneo, gerando, no caso concreto, dupla pretensão à reparação. Assim, verificada a presença de interesse público, o Ministério Público e demais colegitimados atuam para que todos os direitos afetados sejam adequadamente reparados.

O Supremo Tribunal Federal, no julgamento do Recurso Extraordinário nº 631.111-GO, atestou a relevância social inerente à atuação do Ministério Público para tratar de questões relacionadas à cobrança do DPVAT, em evidente defesa de direitos individuais homogêneos, por meio de ações civis públicas.

O teor do voto proferido pelo Ministro Teori Zavascki ilustra a pertinência social de direito que, à primeira vista, é inerente a grupo definido de indivíduos – interesse individual homogêneo:

> [...] o seguro DPVAT não é um seguro qualquer. É seguro obrigatório por força de lei e sua finalidade é proteger as vítimas de um recorrente e nefasto evento da nossa realidade moderna, os acidentes automobilísticos, que tantos males, sociais e econômicos, trazem às pessoas envolvidas, à sociedade e ao Estado, especialmente aos órgãos de seguridade social. Por isso mesmo, a própria lei impõe como obrigatório [...] (BRASIL, 2014).

Tal decisão resultou no cancelamento da Súmula 470 do Superior Tribunal de Justiça, que anteriormente prelecionava: "O Ministério Público não tem legitimidade para pleitear, em ação civil pública, a indenização decorrente do DPVAT em benefício do segurado". (BRASIL, 2010).

Entretanto, conforme demonstrado, nas hipóteses em que o interesse individual homogêneo seja a única espécie de direito coletivo afetada, as peculiaridades do caso concreto devem ser observadas para a propositura de ação reparatória.

### 4.1. Obstáculos à efetivação dos direitos individuais homogêneos

Há ocasiões em que o direito violado é de natureza unicamente individual homogênea. Em situações distintas das mencionadas, nas quais não se encontra presente a "*efetiva conveniência social* na atuação ministerial" (MAZZILLI, 2001, p. 95), a ausência de previsão sobre a possibilidade de legitimação diversa daquelas expostas pelo Código de Defesa do Consumidor e na Lei da Ação Civil Pública representa, por vezes, óbice à análise jurisdicional da violação a direitos individuais homogêneos.

Abordando as previsões concernentes à inclusão do indivíduo no processo coletivo brasileiro, Rodrigo Mendes de Araújo pontua que tal participação foi relegada "às ações pessoais e, ainda, a uma intervenção 'inconveniente' nas ações para a tutela de direitos individuais homogêneos." (ARAÚJO, 2013, p. 158).

O artigo 94 do Código de Defesa do Consumidor trata da possibilidade de os indivíduos interessados intervirem no processo como "litisconsortes":

> Proposta a ação, será publicado edital no órgão oficial, a fim de que os interessados possam intervir no processo como litisconsortes, sem prejuízo de ampla divulgação pelos meios de comunicação social por parte dos órgãos de defesa do consumidor. (BRASIL, 1990).

Faz-se necessário ressaltar que se trata de previsão tecnicamente inidônea, visto que contrária à própria conceituação de litisconsórcio. Considerando-se que os indivíduos estão ausentes do rol

de legitimados a propor ações coletivas, fica claro que aqueles "não poderiam ter sido litisconsortes iniciais do legitimado coletivo." (ARAÚJO, 2013, p. 116).

Rodrigo Mendes de Araújo pontua que a eventual intervenção de indivíduos na forma preceituada pelo art. 94 do Código de Defesa do Consumidor não se adequa a nenhuma das hipóteses de litisconsórcio, "tampouco de assistência litisconsorcial e, nem mesmo, de assistência simples." (ARAÚJO, 2013, p. 117). O mesmo autor, fazendo menção aos ensinamentos de Joaquim Spadoni, aduz tratar-se de "'uma nova hipótese de assistência', denominada de 'assistência coletiva simples'." (SPADONI apud ARAÚJO, 2013, p. 117).

Rodolfo de Camargo Mancuso preleciona que o modelo processual aplicado ao tratamento dos direitos individuais homogêneos "foi, em linhas gerais, buscado na experiência norte-americana, não havendo excesso em nela se reconhecer uma *class action* brasileira" (MANCUSO, 2001, p. 9).

Em que pese o entendimento de Mancuso, Rodrigo Mendes de Araújo (2013, p. 204), em sentido oposto àqueles que destacam suposta influência das *class actions* norte-americanas no processo coletivo brasileiro, pontua:

> Embora alguns autores defendam a idéia de que a legislação brasileira relativa às ações coletivas tenha sido influenciada pela experiência norte-americana na utilização das *class actions*, o fato é que o legislador pátrio optou por um regime de ações coletivas manifestamente distinto daquele adotado pelo legislador norte-americano. (ARAÚJO, 2013, p. 204).

Portanto, a despeito da aparente amplitude, e apesar das relevantes inovações no tratamento processual ao litígio de natureza coletiva, o Código de Defesa do Consumidor, a exemplo da Lei da Ação Civil Pública, não forneceu mecanismos significativos com relação à tutela dos direitos individuais homogêneos.

Assim como a Lei da Ação Civil Pública, o Código de Defesa do Consumidor traz rol estático de legitimados para a propositura de ações de caráter coletivo, demonstrando que, *mesmo nas situações em que bens coletivos individualmente considerados sejam tratados em juízo, os próprios detentores do direito violado em questão não são dotados da capacidade de propor a ação correspondente à sua reparação*. Extrai-se da análise de tais exposições, à luz dos objetivos legislativos, que se buscava uma nova modalidade de tutela a direitos diferenciados (coletivamente considerados), sem que houvesse, entretanto, rompimento com o tradicional modelo de legitimação legal expressa.

Tratando da hipótese comumente observada no ordenamento jurídico brasileiro, acerca da inviabilidade de propositura adequada de ação de natureza essencialmente coletiva – situação em que somente a ação individual ou a formação de litisconsórcio far-se-iam possíveis – Rodrigo Mendes de Araújo preconiza:

> Tanto as ações individuais quanto as ações em litisconsórcio dificilmente seriam propostas, levando-se em conta a relação custo-benefício, caracterizada pelo sopesamento dos custos do litígio (custas, despesas processuais e honorários advocatícios) com os benefícios (incerta reparação do dano sofrido, que muitas vezes não chega a alcançar um mil reais). *Diante deste quadro, o processo civil tradicional não oferece respostas adequadas à solução desta espécie de litígio.* (ARAÚJO, 2013, p. 64, grifos nossos).

Aliando essas considerações à presença de rol estático de entes legitimados para propositura das ações mencionadas no art. 91 do Código de Defesa do Consumidor, observa-se o papel processual irrisório do indivíduo portador de direito coletivo caracterizado como individual homogêneo.

Diante de tal quadro, é pertinente analisar uma gradual incorporação de mecanismos que visem ao correto tratamento processual de direitos individuais homogêneos, especialmente aqueles mecanismos advindos das *class actions* – ações de classe.

## 5. *Class Actions*

### 5.1. Desenvolvimento das *Class Actions*

As *class actions* norte-americanas são comumente definidas como procedimento em que uma pessoa, considerada individualmente, ou um pequeno grupo de pessoas, enquanto tal, passa a representar um grupo maior ou classe de pessoas, desde que compartilhem, entre si, um interesse comum (BUENO, 1996, p. 92).

As origens históricas das *class actions*, a exemplo do que ocorre com a ação popular, remontam às *actiones populares* da Roma antiga, as primeiras modalidades de ações coletivas com registros históricos.

Neste sentido, ilustra André Vasconcelos Roque:

> As ações populares em Roma não eram propriamente um procedimento especial. Esta denominação, na realidade, englobava um conjunto variado de ações cuja característica diferenciada consistia em permitir que qualquer cidadão ingressasse em juízo, ainda que não tivesse no assunto um interesse pessoal direto. (ROQUE, 2013, p. 27).

A Suprema Corte Norte-Americana aprovou em 1842 a *Equity Rule* 48 – considerada a primeira norma escrita concernente às *class actions*. Os preceitos da *Equity Rule* 48 tinham forte influência do direito tratado sob bases individuais, razão pela qual a norma previa que o indivíduo interessado na demanda coletiva que não fosse representado em juízo não sofreria prejuízos em caso de improcedência da ação.

Em se tratando da mitigação da natureza coletiva da ação pelos preceitos da *Equity Rule* 48, são consideráveis as críticas doutrinárias:

> Na prática, isso representava a própria denegação do caráter coletivo do processo, o que pode ser explicado não apenas pelo

> individualismo reinante ao longo do século XIX, mas sobretudo pelo fato de que a norma tinha por objetivo principal flexibilizar a *necessary party rule* da equidade, quando a formação do litisconsórcio necessário se tornasse manifestamente inconveniente e opressiva. (ROQUE, 2013, p. 49).

A experiência acumulada pelo sistema judicial norte-americano no tocante às ações coletivas permitiu a reunião de sólido arcabouço jurisprudencial, também favorecendo a análise detida a respeito dos aspectos legais cuja alteração se fazia necessária a fim de se conferir plena aplicabilidade às *class actions*. Cássio Scarpinella Bueno expõe que, naquela época, "a principal preocupação era descrever quando se verificava a hipótese de cabimento de uma *class action*." (BUENO, 2014, p. 98).

Em 1938 foram aprovadas as *Federal Rules of Civil Procedure* (FRCP), consolidando-se as regras derivadas dos sistemas de *common law* e *equity law* norte-americanos no âmbito da justiça federal (ROQUE, 2013, p. 53). Dentre as regras editadas, encontra-se a *Rule 23*, que trata das *class actions* e contém significativas alterações no mecanismo das ações coletivas em relação àqueles anteriormente dispostos na *Equity Rule* 48.

Considerando que na época da edição das *Federal Rules of Civil Procedure* o instituto das *class actions* já era aplicado, André Vasconcelos Roque (2013) conclui que a idéia por trás da Regra 23 original era elaborar uma classificação de casos admissíveis como *class actions*, levando em conta a prática jurisprudencial acumulada a partir da *Equity Rule* 48.

Havia, entretanto, consideráveis falhas na Regra 23 originalmente aprovada, com previsões excessivamente abstratas, tais como a categorização das *class actions* entre puras e espúrias, bem como disposições acerca de remédio processual comum a ser oferecido aos membros da classe no caso desta última modalidade. Dificultava-se também a extensão dos efeitos das decisões

proferidas aos membros ausentes da classe, visto que não havia previsões a respeito (ROQUE, 2013, p. 59).

Objetivando corrigir tais falhas e conferir roupagem adequada às *class actions*, a revisão promovida nas *Federal Rules of Civil Procedure* em 1966 alcançou a *Regra 23*, alterando-se seu teor para a inclusão de definições e determinações cujas linhas gerais permanecem sendo observadas atualmente.

Após a reforma de 1966, a aplicabilidade das *class actions* foi consideravelmente ampliada, conferindo-se destaque às ações coletivas especialmente em razão da massificação das relações de consumo, o desenvolvimento do comercio e da indústria, bem como do fortalecimento dos movimentos sociais em defesa dos direitos civis na década de 1960 (ROQUE, 2013, p. 63).

## 5.2. Pressupostos das *Class Actions*

A Regra 23 contém, em sua alínea (a), os requisitos gerais de admissibilidade das *class actions*, observadas em qualquer das modalidades possíveis – tratadas pela alínea (b). Tais requisitos incluem a numerosidade dos membros e detenção de direito comum aos membros da classe, totalizando quatro pressupostos[1]:

> **Regra 23. *Class Actions***
> (a) PRÉ-REQUISITOS. Um ou mais membros de uma classe somente poderá processar ou ser processado como parte representante em nome de todos os membros se:

1 Rule 23. Class Actions
(a) PREREQUISITES. One or more members of a class may sue or be sued as representative parties on behalf of all members only if:
(1) the class is so numerous that joinder of all members is impracticable;
(2) there are questions of law or fact common to the class;
(3) the claims or defenses of the representative parties are typical of the claims or defenses of the class; and
(4) the representative parties will fairly and adequately protect the interests of the class.

> (1) a classe é tão numerosa que a reunião de todos os membros torna-se impraticável;
> (2) houver questões de fato e de direito comuns à classe;
> (3) as alegações ou defesas das partes representantes forem típicas das alegações ou defesas da classe; e
> (4) as partes representantes protegerem justa e adequadamente os interesses da classe.

A análise dos requisitos inerentes à *class action* cabe, precipuamente, ao juiz. Considerando preenchidos os pressupostos necessários à sua propositura, o juiz irá conferir certificação à ação (*class certification*). Antonio Gidi (1995, p. 192) preleciona que a certificação constitui genuína "decisão saneadora", pois por meio dela a conveniência de sua manutenção na forma coletiva é atestada pelo magistrado.

Os dois sentidos inerentes à *class certification* são também trabalhados por Gidi:

> (i) a certificação do grupo (*certification of a class*), através da qual são definidos os contornos do grupo e há o reconhecimento jurídico da classe como entidade; (ii) a certificação da ação como coletiva (*certification of a class action*), por intermédio da qual o juiz certifica a ação como coletiva. (GIDI, 1995, p. 193).

A seguir, os pressupostos necessários à admissão da *class action* serão individualmente expostos em breve análise de suas peculiaridades.

### 5.2.1. Impraticabilidade do litisconsórcio (*numerosity*)

A alínea (a) (1) da Regra 23 preconiza que a *class action* será admitida se "a classe é tão numerosa que a reunião de todos os membros torna-se impraticável".

O cumprimento desse requisito favorece a efetivação de dois dos principais objetivos da ação de classe: a promoção da economia

processual (e consequente preservação dos recursos da máquina judiciária estatal) e o fomento do acesso à justiça.

Não há, entretanto, critérios objetivos para a verificação do número de membros da classe aptos a inviabilizar a formação de litisconsórcio.

Quando os envolvidos na propositura de uma ação de classe forem extremamente numerosos, em demanda de âmbito nacional, por exemplo, fica demonstrado que o requisito foi preenchido. Entretanto, se o número de interessados é excessivamente reduzido, a tendência é a denegação, de plano, da propositura da ação de classe.

Neste sentido, a jurisprudência norte-americana desenvolveu parâmetros não vinculantes para a admissibilidade de ações de classe, conforme elucida Roque:

> Alguns juízes admitem a *class action* em termos de numerosidade quando o grupo possui mais de quarenta membros, sem considerar outros fatores, enquanto que outros somente dispensam tais considerações quando a classe atinge centenas ou até milhares de pessoas. (ROQUE, 2013, p. 113).

Assim, a análise do caso concreto constitui fator determinante para a análise da presença do primeiro pressuposto da alínea (a) da Regra 23, visto que um grupo relativamente pequeno de indivíduos presentes em diversos estados pode preencher o requisito da *numerosity*, ao passo que "uma outra classe do mesmo tamanho concentrada em determinado local pode não ser considerada numerosa o suficiente para fins de impraticabilidade do litisconsórcio" (ROQUE, 2013, p. 113, 114).

Observa-se, conforme demonstrado, que o requisito da *numerosity* representa o principal paradigma aplicável à necessária diferenciação entre ações de classe e quaisquer das modalidades de litisconsórcio.

### 5.2.2. Questões comuns de fato ou de direito (*commonality*)

Previsto pela alínea (a) (2) da Regra 23, o requisito da *commonality* exige a presença de "questões de fato e de direito comuns à classe" para a admissão da *class action*. André Vasconcelos Roque (2013, p. 118) afirma tratar-se de noção essencial a qualquer demanda coletiva.

A necessidade de que haja questões comuns aos interessados na ação coletiva também está prevista implicitamente na legislação brasileira, sendo notada "na própria categorização e definição dos direitos e interesses difusos ('circunstâncias de fato'), coletivos ('relação jurídica base') e individuais homogêneos ('origem comum')." (ROQUE, 2013, p. 118).

O caráter intrínseco do pressuposto da *commonality* à existência da ação coletiva é demonstrado pela possibilidade de admissão da *class action* ainda que ausentes alguns dos outros requisitos, desde que presentes questões comuns de fato ou de direito a permear a relação do grupo.

A lei pode dispensar a numerosidade, a tipicidade ou mesmo a representatividade adequada, com enormes prejuízos. Mas não poderá, sob nenhum fundamento, dispensar a existência mínima de questões comuns, porque sem elas não existirá nem mesmo uma controvérsia de natureza coletiva (ROQUE, 2013, p. 118).

### 5.2.3. Pretensões ou defesas típicas (*typicallity*)

Ao contrário dos dois requisitos acima expostos, os pressupostos da *tipicallity* e da *adequacy of representation* são de natureza subjetiva, pois constituem qualidades desejáveis ao representante que será designado para a classe, a fim de, assim, "assegurar um julgamento justo da ação coletiva, tendo em vista os interesses dos membros ausentes." (ROQUE, 2013, p. 123).

O representante da classe nas *class actions* é indivíduo que, além dos interesses do grupo, também postula seus próprios interesses. Dessa forma, as pretensões do representante da classe, por serem coincidentes àquelas inerentes aos membros representados, garantem a efetiva defesa do direito na ação coletiva.

Nesse sentido são as lições de André Vasconcelos Roque:

> A pretensão ou defesa do representante em uma *class action* deve se originar dos mesmos eventos, práticas ou condutas ou estar baseada no mesmo fundamento jurídico que os demais membros do grupo. A tipicidade consiste em uma análise da relação entre os interesses pessoais do representante e dos representados. (ROQUE, 2013, p. 123).

Observa-se que o requisito da *tipicallity* está diretamente relacionado à necessidade de questões comuns de fato e de direito aos membros da classe (*commonality*), e ambos abordam a existência de questões em comum sob diferentes perspectivas. Assim, havendo o reconhecimento do requisito da tipicidade, as questões comuns estarão necessariamente presentes (ROQUE, 2013, p. 124).

### 5.2.4. Representação adequada (*adequacy of representation*)

A representação (ou representatividade) adequada é o último dos requisitos necessários à admissibilidade da *class action*, e encontra-se disposta na Regra 23, alínea (a) (4): "as partes representantes deverão proteger os interesses da classe de maneira justa e adequada".

O pressuposto da representatividade adequada é considerado o mais importante dentre todos os itens constantes da alínea (a) da Regra 23, pois trata da vinculação ao resultado da lide daqueles que não integram formalmente o processo – membros ausentes da classe.

A defesa do direito levado à apreciação jurisdicional deve ser feita de maneira plena pelo representante da classe, de maneira que possivelmente "o resultado final seria o mesmo se todos os representados tivessem litigado pessoalmente em ações separadas", evitando-se, assim, ofensa ao devido processo legal (ROQUE, 2013, p. 132).

Com o propósito de demonstrar as peculiaridades do conceito da *adequacy of representation* em contraste com as ações coletivas brasileiras, será realizada no próximo capítulo a análise detida da representação adequada de maneira integrada à exposição de conceitos relativos à representação e legitimação.

## 6. Representação vs. Legitimidade no Processo Coletivo

O conceito de representante, em se tratando de ações coletivas, é diverso daquele tradicionalmente considerado no estudo do processo civil brasileiro. A este respeito, esclarece Fernando da Fonseca Gajardoni:

> Quando se fala em *representação* por aqui, não nos referimos à *representação* no sentido técnico-jurídico da palavra no direito processual civil brasileiro, mas, sim, àqueles legitimados pelo direito positivo de um país a propor uma ação coletiva em benefício do grupo titular do direito ou interesse metaindividual. Como bem adverte a doutrina, *representante*, aqui, deve ser considerado como sinônimo de porta-voz: o autor da ação coletiva é um porta-voz dos interesses da coletividade (seu portador em juízo). (GAJARDONI, 2012, p. 48).

Logo, as fórmulas preestabelecidas pelo processo civil tradicional, que diferenciam a legitimidade ordinária e a extraordinária à luz da relação entre o titular do direito material e o seu portador judicial, revelam-se totalmente inadequadas no tocante às ações coletivas (ARAÚJO, 2013, p. 181), fazendo-se necessário estabelecer distinção apropriada do instituto em sede de processo coletivo.

A concepção vigorante no âmbito das ações individuais considera a titularidade da relação jurídica litigiosa como sendo o fator que confere legitimidade ao propositor da demanda. Entretanto, tal concepção, de cunho essencialmente individualista, revela-se sobremaneira inadequada na análise das características do instituto em sede de ações coletivas (ARAÚJO, 2013, p. 182).

Quando se trata de analisar a legitimação de postular direitos de titularidade coletiva no ordenamento jurídico nacional, é necessário fazer menção às três correntes doutrinárias existentes.

A corrente tradicional preconiza que, seja qual for o direito coletivo, se está diante de hipótese de legitimação extraordinária, visto que o propositor da ação, agindo em nome próprio – de maneira exclusiva ou em concurso com o titular do direito material –, defende direito alheio (GAJARDONI, 2012, p. 49).

Ada Pellegrini Grinover adota esse entendimento, expondo valiosos ensinamentos:

> A legitimação ativa, concorrente e disjuntiva, é atribuída, pelo dispositivo em foco, aos entes e pessoas indicados no art. 82. Aqui se trata inquestionavelmente de legitimação extraordinária, a título de substituição processual. Não só porque assim o afirma o legislador, quando expressamente se refere ao litigar, em nome próprio e no interesse das vítimas ou seus sucessores; mas ainda porque, na hipótese, os legitimados à ação não vão a juízo em defesa de seus interesses institucionais, como pode ocorrer nas ações em defesa de interesses difusos ou coletivos, mas sim exatamente para a proteção de direitos pessoais, individualizados nas vítimas dos danos. (GRINOVER, 1999, p. 770).

A aplicação da teoria da legitimação extraordinária ao estudo da tutela processual coletiva mostra-se conveniente à medida que o conceito de legitimação extraordinária é plenamente estabelecido pela doutrina pátria. Há, entretanto, consideráveis falhas decorrentes da adoção de tal entendimento. A respeito de ambas as facetas mencionadas, Fernando da Fonseca Gajardoni preleciona:

> A grande vantagem desta posição é se aproveitar de um instituto típico e conhecido do processo individual, adaptando-o às nuances do processo coletivo. Traz, entretanto, a desvantagem de não representar adequadamente o fenômeno, já que não se pode negar que o autor coletivo – especialmente nas hipóteses de tutela de direitos difusos e coletivos *stricto sensu* – também é o titular do direito material ou mesmo tem, entre suas finalidades institucionais, a defesa do bem ou direito objeto da ação (de modo que o direito tutelado não é alheio a ele). (GAJARDONI, 2012, p. 50).

A segunda teoria relativa à legitimação ativa para o processo coletivo preconiza que a legitimidade em questão é de natureza ordinária. Os defensores desta corrente entendem que o autor da ação encontra-se em defesa de direitos dos quais também é titular, de maneira pessoal ou institucional, havendo, assim, "coincidência de parcela da titularidade do direito material ou dos fins institucionais com a representação processual." (GAJARDONI, 2012, p. 51).

Depreende-se, porém, que o conceito de legitimação ordinária somente se adequaria à defesa de direitos difusos ou coletivos em sentido estrito, visto que direitos individuais homogêneos são naturalmente inerentes a indivíduos predeterminados. Neste sentido, Gajardoni conclui:

> Quando os direitos e interesses tutelados pela ação coletiva fossem individuais homogêneos, haveria mesmo legitimação ativa *extraordinária* (a título de substituição processual), tal qual defendido na primeira posição. (GAJARDONI, 2012, p. 52).

Por fim, a terceira teoria trata a legitimação ativa para o processo coletivo como sendo "autônoma para a condução do processo (*selbständige Prozeβführungsrecht*)". (GAJARDONI, 2012, p. 53).

Considerando tal modalidade, Fernando da Fonseca Gajardoni esclarece que os modelos concernentes à legitimidade extraordinária

e legitimidade ordinária usualmente aplicados ao processo individual são incompatíveis com o processo coletivo, sendo necessária a conceituação distinta que melhor alcance suas peculiaridades.

> De acordo com os defensores desta tese, a legitimação autônoma para a condução do processo seria um modelo de legitimação própria, *sui generis*, existente exclusivamente no âmbito do direito processual coletivo e em razão dos direitos e interesses metaindividuais que ele tutela. Para eles, não tem cabimento no processo coletivo a aplicação do modelo de legitimação do processo individual (*ordinária* e *extraordinária*), a qual é baseada, exclusivamente, na titularidade (ou não) do direito material (GAJARDONI, 2012, p. 55).

Em que pese se afigure mais adequada ao estudo do tema a terceira teoria atinente à legitimação ativa para a propositura de ações de caráter coletivo, fica claro que adotá-la não é suficiente para alterar a ótica essencialmente privada atribuída a tais modalidades processuais (MACIEL JR, 2006).

### 6.1. A estratégia publicista adotada no Brasil

No Brasil, a solução aplicada ao modelo de representação em ações coletivas é tratada pela doutrina como "publicista", uma vez que, conforme leciona Rodrigo Mendes de Araújo, os entes políticos e as entidades da administração pública indireta, tradicionalmente atuantes para o alcance do interesse público, "são os responsáveis pela gestão da coisa pública e do bem comum, o que os torna, por conseqüência, legitimados 'naturais' à defesa dos interesses coletivos *lato sensu*." (ARAÚJO, 2013, p. 129).

Um dos principais reflexos da política legislativa aplicada aos direitos coletivos é a previsão sobre a legitimação ativa para postulação desses direitos em juízo somente atribuída a órgãos e entidades predeterminados. A Lei da Ação Civil Pública dispõe, em seu art. 5º:

> Têm legitimidade para propor a ação principal e a ação cautelar:
> I – o Ministério Público;
> II – a Defensoria Pública;
> III – a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios;
> IV – a autarquia, empresa pública, fundação ou sociedade de economia mista;
> V – a associação que, concomitantemente:
> a) esteja constituída há pelo menos 1 (um) ano nos termos da lei civil;.
> b) inclua, entre suas finalidades institucionais, a proteção ao patrimônio público e social, ao meio ambiente, ao consumidor, à ordem econômica, à livre concorrência, aos direitos de grupos raciais, étnicos ou religiosos ou ao patrimônio artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico.
> (BRASIL, 1985).

A exemplo da Lei da Ação Civil Pública, o Código de Defesa do Consumidor também atribui legitimação ativa a determinados órgãos e entidades:

> Art. 82. Para os fins do art. 81, parágrafo único, são legitimados concorrentemente:
> I – o Ministério Público;
> II – a União, os Estados, os Municípios e o Distrito Federal;
> III – as entidades e órgãos da administração pública, direta ou indireta, ainda que sem personalidade jurídica, especificamente destinados à defesa dos interesses e direitos protegidos por este Código;
> IV – as associações legalmente constituídas há pelo menos 1 (um) ano e que incluam entre seus fins institucionais a defesa dos interesses e direitos protegidos por este Código, dispensada a autorização assemblear. (BRASIL, 1990).

Em que pese o Código de Defesa do Consumidor tenha trazido ligeira alteração quanto aos requisitos previstos para a propositura de ações coletivas pelas associações (acrescentando tal previsão à Lei de Ação Civil Pública por meio da inclusão do § 4º em

seu art. 5º), observa-se que a restrição fundamental à propositura de ações se manteve, visto que foi reproduzido o modelo de legitimação expressa proposto inicialmente pela LACP.

Investigando as razões para a adoção da estratégia publicista, Mancuso (1997, p. 106) atribui tal opção ao temor do enfraquecimento do Estado diante da possibilidade de que demandas advindas de direitos coletivos não tenham solução relacionada à direta atuação estatal – por meio dos entes legalmente legitimados.

Apesar da existência de divergências doutrinárias, Mancuso alia-se à corrente que apoia a necessária evolução dos mecanismos processuais a fim de abrigar adequadamente a "ordem coletiva" na qual vivemos. Comenta Mancuso:

> Aliás, a história das instituições políticas está a evidenciar que somente através de expedientes espúrios ou artificiais foi possível afastar os grupos sociais dos centros de decisão política, e, mesmo assim, por curto espaço de tempo. (MANCUSO, 1997, p. 107).

Portanto, a real intenção legislativa ao impor restrições à obtenção da tutela de direitos coletivos (*lato sensu*) representa, sob a ótica de Mancuso, a estratégia estatal de "reservar para si o poder de fazer a 'escolha política' dentre aqueles interesses; e ação dos grupos que deles querem se fazer portadores significaria uma concorrência incômoda." (MANCUSO, 1997, p. 108).

### 6.2. Legitimação e *adequacy of representation* no direito norte-americano

No direito norte-americano, o conceito de legitimidade processual é distinto do instituto da representação coletiva. André Vasconcelos Roque (2013, p. 80) aponta que "não se conhece nos Estados Unidos nenhuma concepção análoga ao conceito de legitimação extraordinária" (ROQUE, 2013, p. 80).

Assim, a legitimidade é tratada como a detenção de direito individual pelo autor em relação aos interesses defendidos em juízo. Considerando tal tratamento, o juízo de admissibilidade da ação coletiva quanto à legitimidade/representação passa por dois momentos:

> A primeira etapa consiste em verificar se o representante tem legitimidade (*standing to sue*) sob um ponto de vista tipicamente individual [...]. A segunda etapa, que se refere à representação da coletividade propriamente dita, envolve os requisitos gerais de admissibilidade e as categorias da Regra 23. (ROQUE, 2013, p. 81).

Dessa forma, verifica-se que o representante da classe, por ocasião da propositura de *class action*, deve ser necessariamente indivíduo diretamente atingido pelos resultados da conduta lesiva a cuja reparação se pretende. A noção de legitimidade é, pois, consubstanciada na idéia de prejuízo efetivo sofrido pelo autor da ação.

> Em uma *class action*, é necessário que o representante demonstre possuir legitimidade, antes de quaisquer outras considerações. Entende-se que a mera presença de questões comuns do representante com outros indivíduos do grupo, por si só, não é fundamento suficiente para superar a ausência de legitimidade dos autores de uma ação coletiva (ROQUE, 2013, p. 88).

Conclui-se que, ao contrário do observado no ordenamento jurídico nacional, a detenção de legitimidade, vista sob a ótica da relação direta com o fato causador dos danos, é pressuposto necessário à representação adequada por ocasião da propositura de ações coletivas no formato das *class actions*. Nesse sentido é a importante consideração feita por André Vasconcelos Roque acerca das relações entre legitimidade e representação no direito norte-americano:

> A conseqüência direta do modelo de legitimação norte-americano é que, pelo menos em linha de princípio, como os representantes devem alegar ter sofrido um prejuízo individual e particularizado em virtude da conduta imputada ao réu, necessariamente eles serão integrantes da classe afetada. (ROQUE, 2013, p. 89).

A dupla função do controle da representatividade adequada é exposta por André Vasconcelos Roque nos seguintes termos:

> O controle da representatividade adequada possui duas funções muito importantes: por um lado, assegurar que a conduta dos representantes esteja alinhada aos interesses da classe; por outro, garantir que a decisão a ser proferida ao final da *class action* vinculará a todos e não estará sujeita a questionamentos futuros [...] (ROQUE, 2013, p. 133).

Considerando tais objetivos, faz-se necessário avaliar a inexistência de conflitos de interesses entre a classe e seu representante, bem como a capacidade deste último de oferecer defesa vigorosa às pretensões da coletividade (ROQUE, 2013, p. 136).

O controle da representatividade adequada nas *class actions* é tarefa essencialmente atribuída ao juiz, que deve, de ofício e em todas as fases do processo (até mesmo após proferir a sentença) aferir a continuidade da qualidade inerente ao representante. Caso não verifique a presença da representatividade adequada no momento de propositura da ação, o juiz não irá conceder a certificação necessária ao processamento da *class action*, razão pela qual tal requisito é considerado "o ponto mais controvertido em uma decisão de certificação" (ROQUE, 2013, p. 134).

Na hipótese de propositura de *class action* sem que o requisito da representatividade adequada esteja preenchido, a ação poderá ser extinta, ou ainda convertida, de ofício, em demanda de cunho individual. De maneira semelhante, caso se verifique situação de ausência de representatividade adequada superveniente, a ação coletiva também poderá ser transformada em ação individual.

## 7. Aplicabilidade do conceito de representação adequada à reestruturação do sistema de legitimação para as ações coletivas no Brasil

A lesão a direitos individuais homogêneos gera duas variedades de pretensões reparatórias, sendo uma delas de natureza individual, enquanto a outra é inerente ao grupo portador do direito.

Conforme mostrado, no Brasil, apesar de os detentores do direito individual homogêneo serem diretamente interessados no processo, cujo resultado será eventualmente pela procedência ou pela improcedência da pretensão coletiva, somente os entes institucionais são dotados de legitimidade para buscá-la em juízo.

Nos termos anteriormente expostos, os diplomas legais de maior representatividade no âmbito do processo coletivo brasileiro seguem modelo de legitimidade estático, taxativo, relegando ao indivíduo papel secundário no tratamento dos direitos cuja titularidade não seja unitária.

Neste sentido, pontua Rodrigo Mendes de Araújo:

> Nas duas principais oportunidades, o legislador pátrio optou por não conferir aos indivíduos legitimidade ativa para a propositura de ação coletiva para a tutela dos interesses coletivos *lato sensu*. Tanto por ocasião da edição da Lei de Ação Civil Pública, quanto do Código de Defesa do Consumidor, conferiu-se legitimidade aos entes públicos, aos corpos intermediários e ao Ministério Público, relegando a participação do indivíduo às ações pessoais e, ainda, a uma intervenção inconveniente nas ações para a tutela dos direitos individuais homogêneos. (ARAÚJO, 2013, p. 158).

Quanto aos direitos difusos e coletivos *lato sensu*, a opção publicista aplicada ao direito pátrio mostra-se adequada, pois os órgãos e entidades legitimados à sua defesa apresentam plena aptidão para propor ações que busquem reparação à coletividade.

Entretanto, apesar da escolha correta em relação aos interesses coletivos de natureza indivisível, os mesmos motivos não representam justificativa aceitável para tolher a legitimidade individual por ocasião da defesa de direitos individuais homogêneos.

Verifica-se que, ao se delimitarem de maneira taxativa os legitimados para a propositura de ações com pretensão a direitos transindividuais, o legislador restringiu sobremaneira o acesso à jurisdição para a reparação de danos causados pela violação a direitos individuais homogêneos. Conforme tratado antes, a violação de tais direitos somente será objeto de propositura de ação nas hipóteses em que se fizer presente um incontestável interesse público.

O exame da legitimação para a tutela coletiva compreende, essencialmente, três principais etapas:

> a) a identificação, no cardápio legislativo, que funciona como o primeiro filtro, de quem pode, em tese, conduzir m processo coletivo como autor ou réu; b) o controle jurisdicional *in concreto* da adequação dessa legitimação; c) o controle da condução do legitimado adequado, feito pelo juiz e pelos substituídos, de modo a tornar adequada também a sua atuação (DIDIER JR.; ZANETI JR., 2017, p. 211).

Fica claro que a primeira etapa, atinente à verificação dos legalmente legitimados à propositura de ação coletiva, conforme demonstrado, representa o principal obstáculo à satisfação dos direitos individuais homogêneos. Após a constatação de que somente os entes listados pela Lei da Ação Civil Pública e pelo Código de Defesa do Consumidor são aptos à tutela processual de direitos transindividuais, nota-se que diversas possibilidades de reparação a interesses dessa natureza são perdidas, visto que diversas delas não são compatíveis com as finalidades institucionais dos colegitimados do art. 5º da LACP e do art. 82 do CDC.

O efeito desta obstaculização é, por vezes, a formulação de demandas puramente individuais para o provimento de direito cuja tutela é preferencialmente coletiva. A sobrecarga da jurisdição, com número excessivo de novas demandas propostas em razão de um mesmo fato e a ausência de segurança jurídica em razão da probabilidade de decisões conflitantes acerca de questão idêntica são algumas das consequências negativas advindas do tratamento individualizado de direitos individuais homogêneos.

Revela-se, assim, a importância da aplicação da segunda etapa do procedimento exposto por Didier e Zaneti anteriormente transcrito, uma vez que, diante da atuação do órgão no caso concreto, caberá ao juiz a análise do preenchimento dos pressupostos necessários à propositura da ação coletiva.

Dessa forma, para que os objetivos das ações coletivas sejam alcançados, "será necessária a depuração dos conceitos de representação adequada, procurando uma identificação entre a busca dessa representação adequada e a finalidade da tutela coletiva." (DIDIER JR.; ZANETI JR., 2017, p. 203).

Assim, com vistas a garantir o acesso à jurisdição, à economia processual e à segurança jurídica, seria necessário que prevalecesse o instituto da representação adequada advindo das *class actions* em detrimento do sistema de legitimação legal à tutela coletiva jurisdicional, que se originou da estratégia publicista.

Faz-se necessário destacar importante previsão, posteriormente vetada, do anteprojeto da Lei de Ação Civil Pública, que tratava da inclusão do conceito de representatividade adequada em relação às associações. De acordo com o art. 2º do Projeto de Lei nº 3.034/84, concedia-se ao juiz margem discricionária para análise da presença de representatividade adequada no caso concreto.

Tratando da influência inicial exercida pelo modelo das *class actions* no texto original da Lei 7.347/85, preconiza Rodolfo de Camargo Mancuso, em relevante comentário a título comparativo:

> Assim se fez com o conceito de representatividade adequada das *class actions* do Direito norte-americano, atribuindo uma certa dose de discricionariedade ao juiz (Federal Rules of Civil Procedure, de 1996, n. 23), mas fixando na disciplina legislativa as condições para avaliá-las. (MANCUSO, 2002, p. 101).

Cássio Scarpinella Bueno oferece considerações essenciais para o tratamento do assunto no Brasil, conferindo destaque à atuação do magistrado na análise da representatividade adequada quanto ao caso concreto:

> Se, como não se pode esconder, o processo brasileiro é iluminado e traçado a partir do mesmo vetor do devido processo legal que norteia o sistema norte-americano, parece que *não se pode buscar resolver o problema da legitimidade para agir meramente no campo da lei*. Que a lei possa (e deva) indicar soluções, não há o que contestar. O que não pode fazer, todavia, é pretender, em grau de definitividade que aquela solução seja a mais adequada e a mais escorreita possível, não permitido ao aplicador da lei liberdade para, caso a caso, valorar as situações e verificar se o espírito daquele dispositivo legal está em sintonia à cláusula constitucional precitada. Desde que positiva sua pesquisa, não há qualquer óbice de a lei, tal qual escrita, ser aplicada. De outro lado, na negativa, *plausível que o juiz entenda que, naquele caso concreto, os vetores do devido processo legal não estão sendo adequadamente cumpridos*. Nestes casos, deve recusar, motivadamente, o prosseguimento da ação, ao menos, enquanto veículo de tutela coletiva. (BUENO, 2014, p. 71, grifos nossos).

Verifica-se que a influência do instituto assume tons mais pronunciados no que se refere à atuação do juiz no caso concreto, dispondo de discricionariedade para realizar a análise da correta subsunção dos pressupostos legais à figuração do autor da demanda coletiva como representante do grupo.

A gradual incorporação do conceito de representação adequada pelo direito brasileiro, ainda que atualmente tímida, mostra-se

essencial ao correto tratamento de questões processuais coletivas ainda sem resposta na legislação pátria.

## 8. Devido processo legal coletivo e representação adequada

De acordo com os ensinamentos de Fredie Didier Jr., "o princípio do devido processo legal tem a função de criar os elementos necessários à promoção do ideal de protetividade dos direitos, integrando o sistema jurídico eventualmente lacunoso." (DIDIER JR, 2016, p. 69).

Em sentido complementar, André Vasconcelos Roque (2013, p. 557) preconiza que, entre outras características, o devido processo legal tradicionalmente exige que seja dada aos litigantes a oportunidade de tomar ciência dos atos processuais, podendo, assim, apresentar seus argumentos em defesa do direito discutido.

Quando se trata da tutela jurisdicional coletiva, a garantia do devido processo legal adquire certas peculiaridades em relação à sua acepção clássica, visto que, dentre outras alterações procedimentais, torna-se inviável informar a todos os interessados os atos processuais a serem praticados.

Didier e Zaneti aduzem ser necessário "pensar em um devido processo legal coletivo", pois é "preciso construir um regime diferenciado para o processo coletivo." (DIDIER JR.; ZANETI JR., 2017, p. 104).

Tratando do devido processo legal e de sua roupagem coletiva adquirida diante das *class actions*, André Vasconcelos Roque leciona:

> As *class actions* representam uma exceção à concepção tradicional do devido processo legal. Para proporcionar economia processual e permitir que sejam apreciadas pretensões que, de outra forma, jamais seriam submetidas ao Poder Judiciário [...], admitem-se processos de natureza representativa (*representati-*

> *ve suits*). *Como seria simplesmente impossível exigir que todos os envolvidos participassem ativamente de uma ação coletiva, admite-se que eles atuem através de um ou mais representantes*, que deverão tomar as decisões sempre no interesse do grupo [...] (ROQUE, 2013, p. 558, grifos nossos).

Na hipótese de que o conceito de representatividade adequada não estivesse presente entre os requisitos de admissibilidade das *class actions* dispostos na *Rule* 23, as ações coletivas dificilmente teriam a ampla utilização e efetividade atualmente observadas (ROQUE, 2013, p. 560).

Conferindo ênfase ao fenômeno no ordenamento jurídico brasileiro, a relação consequencial entre o devido processo legal aplicado à tutela jurisdicional coletiva e o conceito de representação adequada é abordada por Didier e Hermes Zaneti:

> *A despeito de não existir expressa previsão legal nesse sentido, o 'representante adequado' para as ações coletivas é uma garantia constitucional advinda do devido processo legal coletivo*, esfera na qual 'os direitos de ser citado, de ser ouvido e de apresentar defesa em juízo são substituídos por um direito de ser citado, ouvido e defendido através de um representante. Mas não através de um representante qualquer: o grupo deve ser representado em juízo por um representante adequado' (DIDIER JR.; ZANETI JR., 2017, p. 204, grifos nossos).

Verifica-se que a garantia ao devido processo legal, em sede de ações que discutem direitos transindividuais, é moldada à tutela coletiva por meio do controle da representação adequada. Nesse sentido, pontua Araújo:

> Nos Estados Unidos, o legislador criou uma fórmula com vistas a *compatibilizar o devido processo legal e a utilização das ações coletivas*: exigiu que o candidato a representante do grupo tutelasse de forma justa e adequada (*fairly and adequately*) os interesses de todos os membros ausentes (ARAÚJO, 2013, p. 190, grifos nossos).

As características essenciais do devido processo legal coletivo, consideradas, à luz das soluções da doutrina norte-americana, "verdadeiros princípios autônomos do direito processual coletivo" (DIDIER; ZANETI, 2017, p. 105), são expostas em pertinente comentário doutrinário:

> Princípio da adequada representação, princípio da competência adequada, princípio da certificação adequada, princípio da informação e publicidade adequada e o princípio da coisa julgada diferenciada com a extensão *secundum eventum litis* da decisão favorável ao plano individual. (DIDIER JR..; ZANETI JR., 2017, p. 105).

Portanto, depreende-se que o conceito de representação adequada nas ações coletivas – aliado aos demais "princípios do direito processual coletivo" mencionados –, ao garantir que o grupo possua representante apto à defesa de seus interesses, é essencial para que não haja desrespeito ao devido processo legal.

## 9. Conclusão

Há uma relação complementar entre os mecanismos de legitimação/representação do ordenamento jurídico brasileiro e do norte-americano. Enquanto a legislação pátria considera aptos à propositura de ações coletivas órgãos e entidades dotados de natureza essencialmente pública, privilegiando a defesa de direitos transindividuais em sua dimensão ampla – interesses difusos e coletivos em sentido estrito –, a estratégia norte-americana é fortemente calcada na verificação da detenção individual de direito coletivamente considerado.

Assim, enquanto nos Estados Unidos se privilegiou a autonomia privada para a propositura de ações com vistas à reparação de direitos pertencentes a grupo determinado de indivíduos, no Brasil os interesses difusos e coletivos *stricto sensu* foram tratados de maneira prioritária, em detrimento dos direitos individuais homogêneos.

Rodrigo Mendes de Araújo contribui para expor a dicotomia entre o direito norte-americano e o ordenamento jurídico nacional na tutela de direitos individuais homogêneos:

> Nos Estados Unidos da América *cada uma das vítimas tem a legitimidade para defender não somente o seu interesse individual, mas também para ser o "representante" dos demais indivíduos que fazem parte da classe*. Inclusive, a necessidade de que o representante seja um membro da classe é considerada um dos requisitos das *class actions* (ARAÚJO, 2013, p. 161, grifos nossos).

Apesar de não haver inconstitucionalidade na legitimação do Ministério Público e demais colegitimados para a propositura de ações de caráter coletivo aptas a tutelar direitos individuais homogêneos, a atuação deles mostra-se inviável nas situações em que a natureza dos direitos em litígio é divisível – sem traços de interesse público ou social amplo. Assim, observa-se que o sistema estático de legitimação da legislação pátria, especialmente no que se refere aos direitos individuais homogêneos, em que pese não inviabilizar completamente a propositura de ação coletiva de reparação de determinados interesses transindividuais, dificulta consideravelmente a satisfação desses direitos. Assim, o sistema de legitimação legal, em razão da previsão de rol taxativo de sujeitos ativos, se torna o principal obstáculo ao provimento jurisdicional dos direitos individuais homogêneos. Portanto, a incorporação de técnicas que visem à efetivação jurisdicional relativa aos direitos acidentalmente coletivos é de grande necessidade no ordenamento jurídico nacional.

Didier e Zaneti ressaltam a tendência em flexibilizar o rol legal de legitimados para a propositura de ações coletivas em razão da necessária adoção, de modo expresso, do conceito de representação adequada, aduzindo que "a tendência é a consagração legislativa da possibilidade desse controle judicial" (DIDIER JR.; ZANETI JR, 2017, p. 202).

Em sentido idêntico, André Vasconcelos Roque anota que a atual "presunção absoluta de adequação dos representantes arrolados pelo legislador pode não passar de ilusão" (ROQUE, 2013, p. 561), destacando, ainda, que "embora o sistema brasileiro não afirme expressamente o controle judicial da adequação do representante, tal providência não só é possível, como plenamente recomendável" (ROQUE, 2013, p. 562).

Desta forma, será garantida a efetividade de direitos e interesses de titularidade coletiva cuja postulação pelo Ministério Público e demais colegitimados não se mostra adequada, como ocorre na maioria dos casos observáveis em que se requer provimento jurisdicional diante da violação de direitos individuais homogêneos.

Faz-se necessário considerar que, mesmo no que se refere aos demais direitos de natureza coletiva – direitos difusos e coletivos *stricto sensu* –, a atribuição de legitimidade a entes predeterminados não constitui a melhor solução.

As constatações acerca do descompasso entre os mecanismos do direito processual tradicional aplicados ao processo coletivo são assim sintetizadas por Mancuso: "A doutrina é unânime no sentido de que o processo civil, tendo sido forjado para a tutela de situações jurídicas individuais, está sensivelmente "deslocado" quando se trate de outorgar tutela a situações metaindividuais" (MANCUSO, 1997, p. 208).

Tratando da crescente tendência à diversificação dos legitimados à propositura de ações coletivas, inclusive quanto àquelas que se direcionam à tutela de direitos difusos, Mancuso (1997, p. 109) aduz que a representação adequada gradualmente vem sendo incorporada no ordenamento jurídico interno:

> O Estado moderno está sendo levado naturalmente à constatação de que os interesses difusos são insuscetíveis de captação e apropriação isolada, até mesmo por ele, Estado. Formam um

> reduto que transcende a ordem normativa já estabelecida e, por isso mesmo, até que se definam as "escolhas políticas" que a respeito deles se podem estabelecer, *tais interesses devem ser tuteláveis disjuntiva e concorrentemente, sem possibilidade de atribuição exclusiva a um portador determinado*. (MANCUSO, 1997, p. 109, grifos nossos).

Desta forma, a fim de otimizar a técnica processual – especialmente diante dos direitos pretendidos –, é recomendável promover o deslocamento do modelo de titularidade estatal exclusiva para aquele advindo das *class actions*, adotando-se o conceito de representação adequada para verificar-se, no caso concreto, o preenchimento dos requisitos necessários à propositura de ação coletiva em nome do grupo representado.

## 10. Referências

BRASIL. Lei nº 7.347, de 24 de julho de 1985. Disciplina a ação civil pública de responsabilidade por danos causados ao meio-ambiente, ao consumidor, a bens e direitos de valor artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico (VETADO) e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L7347orig.htm>. Acesso em: 8 out. 2018.

BRASIL. 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#view>. Acesso em: 8 out. 2018.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Súmula 470, Segunda Seção, julgado em 24 de novembro de 2010, DJe 6 de dezembro de 2010.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Especial nº 631.111-GO. Relator: Ministro Teori Zavascki. DJe 30 de outubro de 2014.

ALMEIDA, Gregório Assagra de. *Direito material coletivo:* superação da summa divisio direito público e direito privado por uma nova summa divisio constitucionalizada. Belo Horizonte: Del Rey, 2008.

ARAÚJO, Rodrigo Mendes de. *A representação adequada nas ações coletivas.* Salvador: Editora Jus Podivm, 2013.

BENJAMIN, Antônio Herman Vasconcellos. *A insurreição da aldeia global contra o Processo Civil Clássico:* apontamentos sobre a opressão e a libertação judiciais do meio ambiente e do consumidor. BDJur, Brasília, DF. Disponível em: <https://bdjur.stj.jus.br/jspui/bitstream/2011/8688>. Acesso em: 5 set. 2018.

BUENO, Cássio Scarpinella. As class actions norte-americanas e as ações coletivas brasileiras: pontos para uma reflexão conjunta. *Revista de Processo*, São Paulo, Revista dos Tribunais, vol. 82, p. 92-151, 1996.

BUENO, Cássio Scarpinella. *Curso Sistematizado de Direito Processual Civil:* direito processual público, direito processual coletivo. vol. 2, tomo III, 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

DIDIER JR., Fredie. *Curso de Direito Processual Civil*. vol. 1. 18. ed. Salvador: Editora Jus Podivm, 2016.

DIDIER JR., Fredie; ZANETI JR., Hermes. *Curso de Direito Processual Civil*, vol. 4. 11. ed. Salvador: Editora Jus Podivm, 2017.

GAJARDONI, Fernando da Fonseca. *Direitos difusos e coletivos II:* ações coletivas em espécie: ação civil pública, ação popular e mandado de segurança coletivo. São Paulo: Saraiva, 2012.

GARCIA, Leonardo de Medeiros. *Direito do Consumidor:* código comentado e jurisprudência. 6. ed. Niterói: Impetus, 2010.

GIDI, Antônio. *Coisa julgada e litispendência nas ações coletivas.* São Paulo: Saraiva, 1995.

GIDI, Antônio. *A "class action" como instrumento de tutela coletiva dos direitos: as ações coletivas em uma perspectiva comparada*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007.

GRINOVER, Ada Pellegrini; WATANABE, Kazuo et al. *Código Brasileiro de Defesa do Consumidor Comentado pelos Autores do Anteprojeto.* 6. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1999.

GRINOVER, Ada Pellegrini. Ações coletivas ibero-americanas: novas questões sobre a legitimação e a coisa julgada. *Revista Forense*, Rio de Janeiro, v. 361, p. 5, maio/jun. 2002.

MACIEL JUNIOR, Vicente de Paula. *Teoria das ações coletivas: as ações coletivas como ações temáticas.* 1. ed. São Paulo: LTR Editoria Ltda., 2006.

MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Interesses Difusos:* conceito e legitimação para agir. 4. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1997.

MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Manual do consumidor em juízo*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2001.

MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Ação civil pública em defesa do meio ambiente, do patrimônio cultural e dos consumidores*. 8. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002.

MARINONI, Luiz Guilherme. *Coisa julgada inconstitucional*. 3. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010.

MAZZILLI, Hugo Nigro. *A defesa dos interesses difusos em juízo.* 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2001.

MEIRELLES, Hely Lopes. *Mandado de segurança: ação popular, ação civil pública, mandado de injunção, habeas data***.** 13. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1989.

MILARÉ, Edis (Coord.). *Ação civil pública:* Lei 7.347/1985 - 15 anos. 2. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002.

ROQUE, André Vasconcelos. *Class Actions*: ações coletivas nos Estados Unidos: o que podemos aprender com eles? Salvador: Editora Jus Podivm, 2013.

SÃO PAULO. Conselho Superior do Ministério Público do Estado de São Paulo. Súmula nº 7. Reunião de 20 de junho de 2017. Disponível em: <http://uniesp.edu.br/sites/_biblioteca/revistas/20170725105545.pdf>. Acesso em: 8 out. 2018.

SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo.* 18. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2000.

TOPAN, Luiz Renato. *Ação Coletiva e Adequação da Tutela Jurisdicional.* Belo Horizonte: Del Rey, 1993.

VIGLIAR, José Marcelo Menezes. Ação civil pública ou ação coletiva? In: MILARÉ, Edis. (Org.). *Ação Civil Pública:* Lei 7.347/1985 – 15 anos. 2. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002. pp. 441-457.

Artigo recebido em: 21/8/2018
Artigo aprovado em: 20/9/2018

DOI: 10.5935/1809-8487.20180015

336 - 368
Artigo

# A ESTABILIZAÇÃO DA TUTELA PROVISÓRIA E A PROBLEMÁTICA EM TORNO DA HIPOLEGISLAÇÃO DO NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL

ALEXANDRE PEREIRA BONNA
TOMAZ MANESCHY SEGATTO

# A ESTABILIZAÇÃO DA TUTELA PROVISÓRIA E A PROBLEMÁTICA EM TORNO DA HIPOLEGISLAÇÃO DO NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL

THE STABILIZATION OF THE JUDICIAL DECISION AND THE PROBLEM AROUND THE HYPOLEGISLATION OF THE NEW CIVIL PROCESS CODE

ALEXANDRE PEREIRA BONNA
Professor
Faci-Wyden e CESUPA
alexandrebonna@yahoo.com.br

TOMAZ MANESCHY SEGATTO
Advogado
tomazmaneschy@outlook.com

**SUMÁRIO:** 1. Introdução. 2. A estabilização da tutela provisória no novo código de processo civil. 3. A problemática em torno da hipolegislação do novo código de processo civil. 4. Conclusão. 5. Referências

**RESUMO:** Recém-inserido no ordenamento processual brasileiro com a entrada em vigor da Lei 13.105 (Código de Processo Civil 2015), o objetivo deste trabalho é indicar possíveis soluções práticas em relação à aplicabilidade da estabilização da tutela provisória diante da má regulamentação do CPC/2015. Para tanto, ampla pesquisa bibliográfica busca enfrentar os posicionamentos doutrinários acerca do tema, tendo como referencial teórico a legislação processual introduzida no nosso ordenamento, analisa a regulamentação do instituto da estabilização e, em contrapartida, aponta as lacunas deixadas pela legislação, a qual regulou de forma concisa o art. 304 da novel legislação processual. Desse modo, conclui-se que, para a aplicabilidade plena no direito processual brasileiro da estabilização da tutela provisória, é de suma importância o esforço conjunto entre os doutrinadores, o Poder Legislativo e Judiciário, de dirimir os efeitos negativos da hipolegislação, refletir sobre os meios que garantam aplicabilidade plena, de sorte a evitar insegurança jurídica aos litigantes.

**PALAVRAS-CHAVE:** 1. Tutela provisória. 2. Estabilização da tutela provisória. 3. Novo código de processo civil. 4. Técnica monitória.

**ABSTRACT***: R*ecently inserted in the Brazilian legal system with the entry into force of Law 13,105 (Civil Procedure Code of 2015), the objective of this academic work is to identify possible practical solutions regarding the applicability of the stabilization of interim protection due to the faulty regulation of Civil Procedure Code of 2015. In order to do so, we use extensive bibliographical research, trying to address the gaps left by the legal instrument and present the doctrinal positions concerning the subject. Were considered as a theoretical reference the procedural legislation introduced in our legislation, analyzing the regulations of the stabilization institute, conversely, pointing out the lacunae left by the legislation, which regulated in a concise way the article 304 of the new Civil Procedure Code. Therefore, it is concluded that for the full applicability in the Brazilian procedural law of the stabilization of interim protection, it is of the utmost importance the joint effort between the doctrinaires, the Legislative and Judiciary, in order to seek to resolve the negative effects of hypolegislation, seeking ensure full applicability in order to avoid legal uncertainty for litigants.

**KEYWORDS:** *1.* Interim protection. 2. Stabilization of interim protection. 3. New Civil Procedure Code.4. Monitoring technique.

## 1. Introdução

O Código de Processo Civil de 2015, entre as várias inovações, trouxe ao nosso ordenamento jurídico o instituto da estabilização da tutela provisória. Essa novidade legislativa, regulada pelo art. 304 e incisos do CPC/2015, possibilita que uma tutela provisória concedida em caráter antecedente se torne estável mediante a inércia do réu.

A inovação trazida é, sem dúvida, a mais relevante porquanto permite que uma decisão jurisdicional baseada em cognição sumária tenha seus efeitos perpetuados de maneira definitiva.

A estabilização de tutelas sumárias surgiu no direito processual francês graças ao instituto da *juridiction du référé*. Nessa espécie de procedimento, a parte autora formula um pedido de antecipação de tutela no âmbito da *juridiction du référé*. Diante do requerimento, o juiz receberá a ação e expedirá uma ordem mandamental para que o réu cumpra a obrigação que o autor lhe incube. Nesse momento, se o réu deixar de impugnar essa decisão antecipatória de tutela, ela se tornará imutável, sendo o processo extinto sem julgamento de mérito.

Esse procedimento foi absorvido pelo legislador processual brasileiro. Corporificado nos art. 303 e 304 do CPC, o seu intuito claramente é buscar uma solução de conflitos em um momento processual prematuro, valendo-se de uma cognição sumária para encerrar a lide.

Ocorre que, ao observar os termos do art. 304 do CPC – o qual delimita as normas acerca da estabilização da tutela –, nota-se que a matéria não foi suficientemente legislada, o que vem comprometendo a aplicabilidade plena desse instituto.

Prova disso é que, passados mais de dois anos da entrada em vigor do novo Código de Processo Civil, existem poucos casos em que a

estabilização da tutela provisória foi de fato aplicada, assim como não há qualquer direcionamento dos tribunais acerca do tema.

Quando se trata de estabilização da tutela provisória, o aplicador do direito encontra-se desamparado e em dúvida quanto à sua aplicabilidade, aos resultados que pode produzir, quais os benefícios que podem advir, entre outros.

O CPC/2015 deixou de regulamentar de maneira adequada o instituto da estabilização e, em decorrência disso, este trabalho se propõe a analisar e a responder às seguintes questões:

1. A interposição de recurso é o único meio de impedir a estabilização?
2. No caso de decisão que conceda parcialmente a tutela provisória, poderá ocorrer sua estabilização?
3. Há necessidade de dilação do prazo do autor para aditar a petição inicial?
4. Haverá pagamento de honorários advocatícios e custas sucumbenciais quando ocorrer a estabilização da tutela?
5. Caso o réu seja a Fazenda Pública, poderá ocorrer a estabilização?
6. No caso de estabilizada a tutela, sua execução se dará de maneira provisória ou definitiva?
7. A estabilização deve ser limitada às tutelas de urgência, ou poderá também ocorrer em se tratando de tutela de evidência?

Para tanto, importa que se entenda como a estabilização da tutela está disposta no atual cenário jurídico processual brasileiro e se passe a analisá-la.

## 2. A estabilização da tutela provisória no novo Código de Processo Civil

A estabilização da tutela provisória, a partir de um fenômeno de monitorização do direito processual brasileiro, cria um me-

canismo que, em função da omissão do réu, soluciona conflito mediante cognição sumária, com o oferecimento da prestação jurisdicional a um direito material.

Mas para que ocorra a estabilização, a parte formulará seu pedido urgente em petição inicial antecedente, o magistrado concederá a tutela provisória, e, se o réu deixar de impugná-la, esta passará do *status* de discutível para o patamar da indiscutibilidade.

A tutela provisória requerida em caráter antecedente tem previsão no art. 303 do CPC/2015, o que possibilita ao autor formular uma petição inicial fundamentada apenas no pleito urgente, sem adentrar no debate das outras teses meritórias, as quais podem ser feitas em momento posterior. É desse procedimento que surgirá o instituto da estabilização da tutela provisória.

O artigo 304 do CPC/2015 normatizou o instituto dentro do nosso diploma processual, contudo o legislador optou por limitar a estabilização apenas às hipóteses de tutelas satisfativas requeridas em caráter antecedente. Assim, num primeiro momento, não há que se falar em estabilização quanto às tutelas incidentais e às tutelas de evidência.

> 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 no *caput*, o processo será extinto.
> § 2º Qualquer das partes poderá demandar a outra com o intuito de rever, reformar ou invalidar a tutela antecipada estabilizada nos termos do *caput*.
> § 3º A tutela antecipada conservará seus efeitos enquanto não revista, reformada ou invalidada por decisão de mérito proferida na ação de que trata o § 2º.
> § 4º Qualquer das partes poderá requerer o desarquivamento dos autos em que foi concedida a medida, para instruir a petição inicial da ação a que se refere o § 2º, prevento o juízo em que a tutela antecipada foi concedida.

> § 5º O direito de rever, reformar ou invalidar a tutela antecipada, previsto no § 2º deste artigo, extingue-se após 2 (dois) anos, contados da ciência da decisão que extinguiu o processo, nos termos do § 1º.
> § 6º A decisão que concede a tutela não fará coisa julgada, mas a estabilidade dos respectivos efeitos só será afastada por decisão que a revir, reformar ou invalidar, proferida em ação ajuizada por uma das partes, nos termos do § 2º deste artigo. (BRASIL, 2015, online).

Conforme o CPC/2015, quando o magistrado conceder a tutela satisfativa requerida em caráter antecedente e o réu deixar de interpor o respectivo recurso a fim de combatê-la, essa decisão passará por um fenômeno estabilizatório, tendo seus efeitos perpetuados no tempo. Nesse sentido, Costa (2016, p. 670) ensina que na estabilização de tutela antecipada obtém-se, em caráter definitivo, tutela judicial mandamental ou executiva *secundum eventum defensionis*, embora sob cognição apenas sumária ou incompleta, imputando-se ao réu o ônus da iniciativa do contraditório.

Estabilizada, a decisão concessiva da tutela provisória tornar-se-á indiscutível, sendo o processo extinto por meio de sentença terminativa a fim de declarar a estabilização. Porém, o disposto legal reserva às partes a possibilidade de rediscutirem a decisão em processo autônomo[1], desde que se faça dentro do prazo de dois anos.

Desse modo, a parte que teve contra si a tutela estabilizada poderá requerer a sua revisão, modificação ou extinção, nos termos do § 1º do art. 304 do CPC[2]. Enquanto não houver decisão que a modifique, a tutela provisória preservará seus efeitos (art. 304, § 3º).

Por fim, o inciso 6º do referido dispositivo legal ensina que a decisão estabilizada não fará coisa julgada. Nesse desiderato, cabe destacar a diferença entre a estabilização da tutela provisória e

1 Art. 304. § 2º Qualquer das partes poderá demandar a outra com o intuito de rever, reformar ou invalidar a tutela antecipada estabilizada nos termos do caput. (BRASIL, 2015, online).

2 Art. 304. § 1ºNo caso previsto no caput, o processo será extinto. (BRASIL, 2015, online).

a coisa julgada. A coisa julgada é o fenômeno que petrifica a decisão judicial, que só pode ser rescindida por motivos graves e representa a cognição profunda do Judiciário sobre o conflito, ao passo que a estabilização da tutela provisória é marcada pela cognição superficial sobre provas, fatos e argumentos deduzidos pelas partes, não se petrifica, pois pode ser alterada por qualquer motivo no prazo de dois anos por qualquer razão jurídica, e não apenas em situações mais gravosas, como impedimento, incompetência absoluta e corrupção do juiz[3].

Em outras palavras, o beneficiado pela estabilização da tutela provisória não pode esbravejar aos quatro cantos que "venceu a causa", mas que simplesmente por uma conveniência de aceitação do réu e a concessão de uma tutela satisfativa de urgência analisada perfunctoriamente pelo juiz, a legislação permite que a tutela permaneça produzindo efeitos sem a necessidade de confirmação. Portanto, não se pode falar em coisa julgada se a decisão pode ser modificada por qualquer razão no prazo de dois anos e se a decisão foi calcada em um juízo parco sobre o litígio.

Em suma, toda a regulamentação que o novo código trouxe à estabilização da tutela foi hipolegislada. Em que pese ainda não exista na doutrina unanimidades acerca do procedimento estabilizatório da tutela provisória, subsiste sensação de que o novo CPC deixou de abordar de maneira pertinente uma gama de situações que podem decorrer desse instituto.

3 Art. 304 (...). § 2º-Qualquer das partes poderá demandar a outra com o intuito de rever, reformar ou invalidar a tutela antecipada estabilizada nos termos do *caput*.
§ 3º A tutela antecipada conservará seus efeitos enquanto não revista, reformada ou invalidada por decisão de mérito proferida na ação de que trata o § 2º.
§ 4º Qualquer das partes poderá requerer o desarquivamento dos autos em que foi concedida a medida, para instruir a petição inicial da ação a que se refere o § 2º, prevento o juízo em que a tutela antecipada foi concedida.
§ 5º O direito de rever, reformar ou invalidar a tutela antecipada, previsto no § 2ºdeste artigo, extingue-se após 2 (dois) anos, contados da ciência da decisão que extinguiu o processo, nos termos do § 1º.

## 3. A problemática em torno da hipolegislação do novo Código de Processo Civil

O CPC/2015 é sucinto e incompleto ao regulamentar o instituto da estabilização.

### 3.1. A interposição de recurso é o único meio de impedir a estabilização?

Conforme o *caput* do art. 304 do CPC, caso o réu não interponha o recurso cabível a fim de combater a decisão antecipatória de tutela, essa se estabilizará.

Assim, a primeira indagação que se faz é acerca da obrigatoriedade ou não da interposição de recurso contra a decisão que concede a tutela antecipada.

Há entendimento doutrinário de que o único meio apto a impedir a estabilização da tutela provisória é a interposição do recurso cabível. Alinhado a esse posicionamento, Câmara diz:

> Assim, é de se considerar que só a interposição, pelo demandado, de recurso (agravo de instrumento, quando se trate de processo que tramita na primeira instância; agravo interno quando for o caso de processo de competência originária dos tribunais) é capaz de impedir a estabilização da tutela antecipada de urgência antecedente. O mero fato de o réu oferecer contestação (ou se valer de qualquer outro meio, como – no caso do Poder Público, por exemplo – postular a suspensão da medida liminar) não será suficiente para impedir a estabilização. (CÂMARA, 2017, p. 150).

Do ponto de vista positivista, esse parece ser o melhor entendimento, porquanto o dispositivo legal é claro em apontar o recurso como meio eficaz a afastar a estabilização.

Porém, partindo de uma análise mais ampla dos atos e normas dispostos no CPC/2015, assim como sua base principiológica,

esse entendimento não se mostra o mais adequado. Parece mais razoável que qualquer ato de impugnação do réu seja suficiente para afastar a estabilização, independentemente de ter sido recurso ou qualquer outro meio impugnativo de decisões judiciais.

A exteriorização de vontade do réu em prosseguir o processo pode ser feita por interposição recursal, apresentação antecipada da contestação, impetração de mandado de segurança, pedido de suspensão de liminar – no caso de decisão em face da fazenda pública – ou até mesmo uma simples petição no primeiro grau. Seguindo essa linha, Costa ensina:

> Todavia, a interposição de (a) recurso de agravo (de instrumento ou interno) não é o único meio de opor-se ao preceito contido na decisão antecipatória de tutela; a oposição também pode fazer-se por meio de (b) reclamação, (c) mandado de segurança, (d) suspensão de liminar e (e) pedido de reconsideração. Em (a), (b), (c), (d) e (e), há sinal exteriorizante de resistência à ordem mandamental ou executiva antecipada. Por meio de qualquer um deles se podem obstar os efeitos da tutela antecipada. Todos eles são expressões do contraditório eventual, que caracteriza a técnica monitória e que, por essa razão, obsta a formação do título judicial.(COSTA, 2016, p. 674).

Assim, não parece sensato que o legislador venha a obrigar o réu a interpor um recurso para impedir a estabilização da decisão, desde que esteja expressa sua vontade pelo prosseguimento do feito. A mera interposição de recurso não é elemento que caracterize o desinteresse do réu pela obtenção de tutela definitiva. Nesse sentido:

> Parece-nos que não se adotou a melhor opção nesta questão. Quando se fala em impugnar, podemos admitir a possibilidade de a controvérsia se dar, por exemplo, através da contestação. É possível que a parte não sinta necessidade de recorrer para obter imediata modificação da medida antecipada, mas sem que isso signifique concordância com ela. O seu inconformismo poderia

> ser manifestado no curso normal do processo em que ela foi proferida, sem provocar recurso. (ASSIS, 2016, p. 20).

Deve-se destacar também que o novo Código de Processo Civil, que tanto preza pela redução da recorribilidade direta das decisões interlocutórias evitando o abarrotamento do Judiciário, acabou sujeitando o réu à interposição de recurso apenas para evitar a estabilização da tutela antecipada, pouco importando se a pretensão recursal será de fato provida ou não.

O único intuito desse recurso será o de afastar a estabilização dos efeitos da decisão. Isso geraria um grande aumento de interposições de agravos de instrumento aos tribunais, que já se encontram sobrecarregados. Nesse caso, sendo esse o único meio de evitar a estabilização da tutela, o réu estaria obrigado a recolher custas recursais, efetuar o pagamento de preparo e autuação de um agravo, sem que sequer houvesse interesse no seu provimento[4].

No mais, a interposição ou não de recurso contra a decisão que concede a tutela provisória não é elemento capaz de caracterizar o desinteresse do réu no prosseguimento do feito. Isso porque, tendo sido demandado em juízo, o réu tem direito, se quiser, de obter tutela definitiva da lide. Nessa linha:

> É claro que pode ocorrer de o réu não interpor o agravo de instrumento, mas desde logo oferecer contestação no mesmo prazo – ou, ainda, manifestar-se dentro desse mesmo prazo pela realização da audiência de conciliação ou de mediação. Nessa situação, tem-se que entender que a manifestação do réu no primeiro grau de jurisdição serve tanto quanto a interposição do recurso para evitar a estabilização dos efeitos da tutela. Essa solução tem a vantagem de economizar o recurso de agravo e de emprestar a devida relevância à manifestação de vontade constante da con-

4 O provimento ou não do recurso é irrelevante para afastar a estabilização, bastando que o réu o interponha dentro do prazo.

> testação ou do intento de comparecimento à audiência. Em ambas as manifestações, a vontade do réu é inequívoca no sentido de exaurir o debate com o prosseguimento do procedimento. (MITIDIERO, 2014, p. 17).

De acordo com a sistemática do próprio CPC/2015, seria mais interessante que qualquer ato de impugnação do réu contra a estabilização já fosse capaz de evitá-la. Tal entendimento, inclusive, geraria economia processual, pelo fato de que o réu poderia apresentar manifestação no primeiro grau, mediante simples petição.

Ademais, com o prosseguimento do feito, o réu poderá inclusive apresentar reconvenção contra o autor. Não é porque o réu deixou de recorrer da decisão antecipatória de tutela que ele não tem interesse em obter decisão fundada em cognição exauriente.

Dentro dessa perspectiva, imagina-se que um consumidor ingresse com uma ação pleiteando, a título de tutela provisória, a retirada do seu nome dos órgãos de restrição de crédito; e, como tutela final, o reconhecimento da inexistência do débito. Nessa hipótese, pode ser que o réu não recorra da decisão antecipatória de tutela, pois a retirada do nome do autor dos órgãos de restrição de crédito não lhe aflige. Porém, o réu tem interesse em debater a existência do débito.

Nesse caso, inexiste interesse do réu em recorrer, mas existe interesse em se discutir a tutela final. Logo, não haveria razão para se estabilizar a tutela com base na mera ausência de interposição recursal, desde que o réu exteriorize vontade de prosseguir com o processo.

Ao analisar a sistemática processual trazida pelo CPC/2015, deve-se sempre notar o princípio da isonomia. Logo, não se pode dizer que o direito de obter uma tutela definitiva é exclusivo do autor. O réu também tem direito a buscar uma tutela definitiva. Caso contrário, mais uma vez se estaria diante de violação do princípio da primazia do julgamento do mérito (art. 4º, CPC).

Desse modo, seria imprudente estabilizar-se uma decisão pela mera ausência de interposição de recurso, devendo qualquer manifestação do réu contrária à estabilização servir para evitá-la.

### 3.2 No caso de decisão que conceda parcialmente a tutela provisória, poderá ocorrer sua estabilização?

Ao tratar de estabilização parcial da tutela provisória, cabe observar que se deve estar diante de um cúmulo de pretensões. Destarte, poderá originar duas situações fáticas. A primeira delas seria a hipótese de o juízo conceder parcialmente a tutela urgente. O segundo caso seria quando o réu impugnasse parcialmente a estabilização.

Sabe-se que o magistrado não está obrigado a conceder de plano todos os pedidos formulados pelo autor, do mesmo modo que não está obrigado a só lhe conceder parcialmente. Se o pedido for urgente, surge o questionamento: poderá ocorrer a estabilização apenas quanto à parte concedida?

Analisando-se os preceitos do CPC/2015, não se vislumbra qualquer impedimento quanto à possibilidade de estabilização parcial da tutela provisória.

Uma das características da nova legislação processual é a possibilidade de seccionar o objeto litigioso. O novo Código de Processo Civil, art. 356[5], prevê julgamento parcial de mérito. Isso implica dizer que estando o magistrado diante de pedido demonstrado incontroverso, ou de pedido que estiver em condições de ser apreciado (incisos I e II do art. 356), poderá julgar

5 Art. 356. O juiz decidirá parcialmente o mérito quando um ou mais dos pedidos formulados ou parcela deles:
I - mostrar-se incontroverso;
II - estiver em condições de imediato julgamento, nos termos do art. 355. (BRASIL, 2015, online).

parcialmente o mérito, de maneira antecipada. Nessa hipótese, a parte do litígio que foi julgada antecipadamente será desmembrada do restante da lide, o que permite a execução. Quanto aos demais pedidos, o processo seguirá normalmente.

> Considerando-se que o novo Código o amplia as hipóteses de desmembramento do objeto litigioso – em especial acolhendo textualmente o julgamento parcial de mérito (art. 356) – não há razões para recusar a estabilização parcial, com a redução do objeto litigioso que será submetido ao julgamento fundado em cognição exauriente. (SICA, 2016, p. 245).

Do mesmo modo acontecerá com a estabilização da tutela. Caso o magistrado conceda um ou mais pedidos formulados em sede de tutela provisória, ou o fizer parcialmente, havendo omissão do réu em interpor recurso contra essa decisão, ela se estabilizará. Aqui, o processo será extinto quanto ao pedido estabilizado, seguindo-se até cognição exauriente quanto às demais teses meritórias.

Mesmo se houver uma decisão final desfavorável ao autor, não haverá contradição no plano jurídico.

> Há, decerto, o risco de a decisão final ser desfavorável ao autor, e se produzir certa contradição com a decisão antecipatória estabilizada. Mas trata-se de mera contradição lógica (não jurídica) que é assumida como natural pelo sistema todas as vezes em que não há o *simultaneus processos.* (SICA, 2016, p. 245).

O que importa destacar é que na cumulação de pedidos nem sempre poderá ocorrer a estabilização. Costa ensina que a cumulação pode ser própria (quando todos os pedidos podem ser acolhidos) ou imprópria (quando somente um dos pedidos pode ser acolhido). Dentro disso, a cumulação própria poderá ser simples, quando os pedidos forem totalmente autônomos entre si[6], ou su-

6 A exemplo, Costa (2016) cita uma ação de indenização por danos morais cumulada com pedido de indenização por danos materiais.

cessiva, "quando a análise do pedido posterior depende da análise do pedido anterior (ex.: reintegração de posse + indenização; investigação de paternidade + alimentos)" .(COSTA, 2016, p. 681).

Já em relação à cumulação de pedidos imprópria, esta poderá ser eventual, quando o pedido posterior só será analisado ante a improcedência do anterior[7]; ou alternativa, quando o autor se satisfaz com o acolhimento de qualquer um dos pedidos, sem ordem de predileção, como "troca de produto defeituoso, devolução total do preço pago ou abatimento no preço". Nessa hipótese, qualquer pedido que seja concedido lhe satisfará.

> (a.1) Na cumulação própria simples, se houver tutelas antecipadas estabilizadas em relação a todos os pedidos, o processo será extinto; porém, se houver tutelas antecipadas estabilizadas apenas em relação a alguns dos pedidos, o processo terá de seguir para que se resolvam os remanescentes. (a.2) Na cumulação própria sucessiva, não se pode estabilizar tutela antecipada de pedido sucessivo (ex.: condenação em alimentos) ante a pendência do pedido principal (ex.: reconhecimento de paternidade). Da mesma forma, não se pode estabilizar tutela antecipada de pedido principal (ex.: reintegração de posse), pois ele contém a questão prévia sem a qual não se consegue apreciar o pedido sucessivo (ex.: condenação em pagamento de indenização por danos materiais). A estabilização é incompatível com a figura da prejudicialidade, pois. (b.1) Na cumulação imprópria sucessiva e (b.2) na cumulação imprópria alternativa, basta que se antecipe a tutela em relação a um dos pedidos para que se viabilize a estabilização e, com isso, o processo seja extinto.(COSTA, 2016, p. 681).

Outra hipótese para esse fenômeno seria quando houvesse a impugnação parcial do réu, a qual ocorreria de uma decisão concessiva a mais de um pedido de tutela provisória em que o réu deixasse de impugnar um ou mais deles, conforme o entendimento de Talamini.

7 A exemplo, Costa (2016) cita um pedido de nulificação total do contrato, caso não seja assim entendido, a nulificação apenas de uma cláusula contratual específica.

> Quando houver cumulação de comandos concessivos de medidas urgentes, a formulação de impugnação apenas impedirá a estabilização dos efeitos relativos aos capítulos decisórios efetivamente impugnados. Exemplificando: no processo urgente preparatório, deferiram-se liminarmente duas providências antecipatórias independentes entre si. Se o réu impugna apenas uma delas, estabilizam-se os efeitos da outra. Idêntica diretriz será aplicável às hipóteses em que a providência urgente for quantitativamente decomponível, e o réu impugnar apenas uma fração dela (por exemplo: determina-se o sequestro de cinco bens; o réu impugna a determinação da medida apenas no que tange a três deles). Estabilizar-se-ão os efeitos da parcela não impugnada. (TALAMINI, 2012, p. 30)

Diante de uma decisão mandamental com mais de uma ordem provisória, o réu deverá impugnar cada uma delas, sob pena de ocorrer a estabilização parcial da tutela quanto ao pedido não atacado e seguindo o processo em relação aos demais.

Isso posto, poderá sim ocorrer a estabilização parcial da tutela provisória.

### 3.3. Há necessidade de dilação do prazo do autor para aditar a petição inicial?

No caso do procedimento da tutela requerida em caráter antecedente, depois de concedida a tutela provisória, o autor será intimado a aditar a inicial e o réu será citado e intimado acerca da decisão, inaugurando seu prazo para a interposição de recurso.

Nesse aspecto, surge um problema. Pela leitura dos arts. 303 e 304 do CPC nota-se que, concedida a tutela provisória, o autor será intimado a aditar a petição inicial no prazo de quinze dias, ou em outro maior que poderá ser fixado pelo juiz, sob pena de extinção do processo e cassação da liminar (art. 303, I); e o réu será citado e intimado da decisão (art. 303, II), momento em que

também começará a contar seu prazo para recorrer da decisão. Aliás, nos termos do art. 304, *caput*, se o réu não interpuser recurso, a tutela tornar-se-á estável.

Desse modo, considerando que a decisão concessiva de tutela é uma decisão interlocutória, o recurso cabível para combatê-la será o de agravo de instrumento (art. 1.015, CPC), o qual tem o prazo de quinze dias para interposição.

Partindo-se dessa lógica e observando a data de início da contagem dos prazos processuais (art. 231, CPC), poderão ocorrer três diferentes situações: a) o prazo do autor comece a contar depois do prazo do réu; b) o prazo do autor comece a contar antes do prazo do réu; e c) o prazo do autor e o do réu comecem a contar no mesmo dia.

Na primeira situação, em que o prazo do autor começará a correr depois do prazo do réu (em qualquer uma das hipóteses do art. 231[8]), não haveria nenhum problema, tendo em vista que, optando o autor pela estabilização, e caso o réu não tenha interposto recurso, o processo seria extinto sem resolução do mérito, estabilizando-se a decisão antecipatória de tutela. Logo, não haveria necessidade de o autor aditar a petição inicial. Caso o réu

8 Art. 231. Salvo disposição em sentido diverso, considera-se dia do começo do prazo:
I - a data de juntada aos autos do aviso de recebimento, quando a citação ou a intimação for pelo correio;
II - a data de juntada aos autos do mandado cumprido, quando a citação ou a intimação for por oficial de justiça;
III - a data de ocorrência da citação ou da intimação, quando ela se der por ato do escrivão ou do chefe de secretaria;
IV - o dia útil seguinte ao fim da dilação assinada pelo juiz, quando a citação ou a intimação for por edital;
V - o dia útil seguinte à consulta ao teor da citação ou da intimação ou ao término do prazo para que a consulta se dê quando a citação ou a intimação for eletrônica;
VI - a data de juntada do comunicado de que trata o art. 232 ou, não havendo esse, a data de juntada da carta aos autos de origem devidamente cumprida, quando a citação ou a intimação se realizar em cumprimento de carta;
VII - a data de publicação, quando a intimação se der pelo Diário da Justiça impresso ou eletrônico;
VIII - o dia da carga, quando a intimação se der por meio da retirada dos autos, em carga, do cartório ou da secretaria. (BRASIL, 2015, online).

interponha o recurso, o autor já estará ciente de que não ocorrerá a estabilização, mas sim a formulação de sua tutela definitiva.

Na segunda situação, em que o prazo do autor começaria a contar antes do prazo do réu, surge um problema prático para a estabilização: o prazo do autor para aditar a inicial findaria antes do término do prazo do réu para interpor o recurso e, para não ver o processo ser extinto nos termos do art. 303, I, o autor estaria obrigado a aditar a petição inicial. Assim, mesmo contra sua vontade, acaba impedindo a estabilização da tutela. Nessa hipótese, sequer seria possível a estabilização. Caso o autor deixe de promover o aditamento, o processo é extinto sem resolução do mérito. Ao mesmo tempo, ainda não transcorrido o prazo para recorrer da decisão, impossível o preenchimento do requisito da ausência de impugnação por parte do réu.

Uma parte da doutrina aponta que uma possível solução seria que o aditamento da inicial advinda do autor se desse com cláusula resolutiva, ou seja, só efetivada caso o réu interponha o recurso. Havendo a omissão, o aditamento seria desconsiderado, e a tutela se estabilizaria.

Esse não parece ser o melhor entendimento, tendo em vista que obrigaria o autor a praticar um ato porventura desnecessário. Estando diante de um diploma legal que prima pela economia processual e redução de procedimentos, tal exigência iria de encontro à proposta do código.

Aqui, o mais salutar parece ser que a intimação do autor para aditar a inicial só ocorra pós-impugnação do réu, momento em que não restem mais dúvidas acerca da estabilização ou não. Seria uma interpretação do art. 139, VI do CPC[9], o qual possibilita

9 Art. 139. O juiz dirigirá o processo conforme as disposições deste Código, incumbindo-lhe: [...] VI - dilatar os prazos processuais e alterar a ordem de produção dos meios de prova, adequando-os às necessidades do conflito de modo a conferir maior efetividade à tutela do direito; (BRASIL, 2015, online).

ao magistrado dilatar os prazos processuais de modo a adequar o procedimento.

A mesma dúvida acontecerá na terceira situação, em que os prazos do autor e do réu se iniciariam no mesmo dia. Aqui o problema é: caso autor e réu deixem para protocolar suas devidas petições no último dia do prazo, tanto um quanto o outro estariam às cegas, sem saber ao certo se o seu ato ocasionará a estabilização da tutela.

Assim, para evitar qualquer insegurança, convém que se adote a mesma medida sugerida na segunda situação, reservando-se ao autor a oportunidade de formular o seu pedido final depois de transcorrido o prazo do réu.

Nessa esteira de pensamento, o Fórum Permanente de Processualistas Civis (FPPC) emitiu o Enunciado 581 nos seguintes termos: "O poder de dilação do prazo, previsto no inciso VI do art. 139 e no inciso I do §1º do art. 303, abrange a fixação do termo final para aditar o pedido inicial posteriormente ao prazo para recorrer da tutela antecipada antecedente."

Posto isso, há necessidade de dilação do prazo do autor para aditar a inicial, a fim de evitar dúvidas quanto à ocorrência ou não da estabilização.

### 3.4. Haverá pagamento de honorários advocatícios e de custas sucumbenciais quando ocorrer a estabilização da tutela?

Diante da omissão normativa do CPC/2015 em relação ao pagamento de honorários advocatícios e de custas de sucumbência quando a decisão antecipatória de tutela for estabilizada, deve-se atentar para dois marcos mandamentais diferentes: a) a decisão antecipatória de tutela; e b) a sentença terminativa que decreta a estabilização.

A decisão antecipatória de tutela – interlocutória baseada em cognição sumária –, por óbvio, não tratará acerca de verbas sucumbenciais. Logo, essa condenação ficaria a cargo da sentença terminativa que, constatada a ausência de recurso, reconhece a estabilização da tutela provisória. Aqui, cabe o ensinamento de Sica.

> Ante o silêncio do novo CPC a esse respeito, a solução exige algum esforço de interpretação, que há de recair sobre dois elementos. O primeiro é o de que a decisão antecipatória, obviamente, nada disporá acerca de responsabilidade pelas verbas sucumbenciais. O segundo é o de que a constatação do juiz de que o réu não interpôs e recurso contra a decisão antecipatória gerará uma sentença terminativa, a partir da qual a decisão antecipatória restará estável. Ora, não há qualquer ressalva no novo CPC no sentido de que essa particular hipótese de sentença terminativa não conteria a fixação da responsabilidade pelas verbas da sucumbência, sendo de rigor reconhecer que o réu será condenado a pagá-las. (SICA, 2016, p. 246-247).

Sobre a questão se o réu estará ou não obrigado ao pagamento das custas e dos honorários, a resposta parece simples. Sim, o réu deverá pagar custas sucumbências e honorários advocatícios por um único motivo: no ajuizamento da ação, mesmo que seja de um procedimento autônomo e sumário, o Poder Judiciário é movimentado, há a incidência de custas iniciais, expedição de mandados, gastos com contratação de advogados. Logo, seria inconcebível desonerar o réu que deu causa ao ajuizamento da ação – e que teve contra si a tutela estabilizada – do pagamento dessas despesas.

Uma segunda questão correlata ao tema é como incidiria a cobrança de custas, caso haja, porquanto a técnica estabilizatória de decisões sumárias advém de um fenômeno de monitorização do processo. Por conta disso, o CPC/2015 instituiu um microssistema de tutelas monitórias (procedimento especial monitório e a estabilização da tutela provisória). Partindo desse pressuposto, e diante das lacunas normativas em relação ao instituto da esta-

bilização da tutela, pode ser aplicado por analogia o regramento da sucumbência do procedimento especial monitório.

Ante a omissão do art. 304 quanto ao pagamento de custas e honorários, deve ser aplicado o disposto no artigo 701, *caput* e § 1º do CPC[10].

> Na estabilização de tutela antecipada, embora a cognição só tenha sido incompleta, obtém-se em definitivo mandamento ou execução *secundum eventuam defensionis*. Nesse sentido, está diante de manifesta expressão da técnica monitória. Com isso se pode sustentar que o CPC/2015 instituiu autêntico microssistema normativo de tutela de direitos subjetivos pela técnica monitória: de um lado está a (a) estabilização de tutela antecipada (art. 304); de outro, a (b) ação de procedimento especial monitório (arts. 700 a 702). Noutros termos: entre (a) e (b) – em razão da afinidade eletiva material – existe um regime jurídico único. Por isso, na estabilização de tutela antecipada, cabe a condenação do réu em honorários de advogado, os quais serão arbitrados na sentença terminativa. (COSTA, 2016, p. 684-685).

Aplicando-se o que é disposto no procedimento monitório, depois da sentença terminativa que reconhece a estabilização, o requerido seria intimado a que, em quinze dias, cumpra a decisão estabilizada e efetue o pagamento de honorários advocatícios em cinco por cento. Fazendo-o no prazo, ficaria isento do pagamento das custas processuais.

> Assim, se o réu, no caso da tutela provisória satisfativa de urgência requerida em caráter antecedente, cumpre espontaneamente a decisão e não interpõe recurso, não estará sujeito ao pagamento de custas (CPC, art. 701, § 1º), arcando com honorários de

10 Art. 701. Sendo evidente o direito do autor, o juiz deferirá a expedição de mandado de pagamento, de entrega de coisa ou para execução de obrigação de fazer ou de não fazer, concedendo ao réu prazo de 15 (quinze) dias para o cumprimento e o pagamento de honorários advocatícios de cinco por cento do valor atribuído à causa.
§ 1º O réu será isento do pagamento de custas processuais se cumprir o mandado no prazo. (BRASIL, 2015, online).

> sucumbência de apenas 5% (cinco por cento) (CPC, art. 701, caput).[CUNHA, 2017, p. 321).

Entendimento semelhante é o do Enunciado 18 da Escola Nacional de Formação e Aperfeiçoamento de Magistrados (ENFAM), o qual foi aprovado com os seguintes dizeres: "Na estabilização da tutela antecipada, o réu ficará isento do pagamento das custas, e os honorários deverão ser fixados no percentual de 5% sobre o valor da causa (art. 304, *caput*, c/c o art. 701, caput, do CPC/2015)."

Noutro ponto, destaca-se que não é a mera ausência de combate do réu que gera a benesse, e sim o cumprimento da obrigação no prazo. Não poderia o réu ser beneficiado, por exemplo, se perdesse o prazo para impugnar a decisão. Assim, o elemento formador do incentivo é o cumprimento da obrigação, e não a ausência de impugnação.

Além da necessidade de regulamentar de maneira clara o instituto da estabilização, aplicar essa medida é importante porque pode tornar a estabilização da tutela atraente ao réu. Ora, estando diante de uma situação em que o direito do autor esteja claro, e que o réu esteja ciente da sua ilicitude, parece sensato que este opte pela estabilização. É o que ensina Didier Jr.:

> A dúvida que surge é a seguinte: há vantagem para o réu em permanecer silente, no caso da estabilização da tutela antecipada? Sim, há: diminuição do custo do processo. Por não opor resistência, não pagará as custas processuais (aplicação analógica do disposto no §1º do art. 701 do CPC) e pagará apenas 5% de honorários advocatícios de sucumbência (art. 701, *caput*, CPC, também aplicado por analogia). (DIDIER JR., 2015, p. 605).

Do mesmo modo que ocorre no procedimento monitório, essa técnica busca recompensar o réu que economizou o trabalho jurisdicional. Além do que é uma medida importante para reduzir as demandas judiciais, assim como a excessiva duração dos processos.

### 3.5. Caso a ré seja a Fazenda Pública, poderá ocorrer a estabilização?

Quando se trata do instituto da estabilização da tutela provisória, a dúvida é quanto à sua aplicação em face da Fazenda Pública. Sabe-se que o ordenamento jurídico prevê privilégios à Fazenda Pública quando esta está em litígio.

A estabilização, como técnica de monitorização processual, proverá ao autor o seu direito material mediante cognição sumária, dispensando o contraditório pleno. Assim como muito se discutiu acerca da aplicação do procedimento especial monitório, há de se questionar se poderá ocorrer a estabilização contra a Fazenda Pública.

Quanto à aplicação da técnica de resolução processual monitória em face do poder público, já vem sendo travada desde o surgimento da ação monitória (regulada no novo CPC pelo art. 700 e seguintes). Hoje, não restam mais dúvidas. Tanto é que o próprio CPC/2015 em seu art. 700, § 6º[11], prevê expressamente que a ação monitória poderá ser requerida em face da Fazenda Pública.

Desse modo, tendo o CPC/2015 instituído um microssistema de tutela monitória, aplicar-se-ão as regras da ação monitória, por analogia, para suprir as lacunas normativas quanto à estabilização a ser aplicada em face do poder público:

> Não há razão para que a tutela antecipada não se estabilize contra a Fazenda Pública. Embora o interesse público justifique o tratamento diferenciado à Fazenda em juízo, os privilégios daí decorrentes devem estar expressamente discriminados em lei, visto que excepcionais ao princípio da isonomia entre as partes; assim, devem interpretar-se restritivamente [*exceptiones sunt strictissimæ interpretationis*]. (COSTA, 2016, p. 683).

11 Art. 700. A ação monitória pode ser proposta por aquele que afirmar, com base em prova escrita sem eficácia de título executivo, ter direito de exigir do devedor capaz:
[...]
§ 6º É admissível ação monitória em face da Fazenda Pública. (BRASIL, 2015, online).

Seguindo esse entendimento, o FPPC também publicou, quanto ao tema, o disposto Enunciado 582 (arts. 304, *caput*; 5º, *caput* e inciso XXXV, CF): "Cabe estabilização da tutela antecipada antecedente contra a Fazenda Pública."

No mais, há a possibilidade de a Fazenda Pública ajuizar ação revisional em face da tutela estabilizada, motivo pelo qual tal técnica não tem condão para causar qualquer prejuízo ao poder público-réu, sendo, assim, totalmente aceita.

Superada essa parte, o questionamento que resta a ser esclarecido é em relação à necessidade ou não de remessa necessária da decisão estabilizada. Neste ponto, o artigo 496 do CPC dispõe que "está sujeita ao duplo grau de jurisdição, não produzindo efeito senão depois de confirmada pelo tribunal, a sentença [...] proferida contra a União, os Estados, o Distrito Federal, os Municípios e suas respectivas autarquias e fundações de direito público". (BRASIL, 2015, online).

Assim, para que haja plena eficácia da sentença condenatória contra a Fazenda Pública, é necessário que, independentemente da interposição de recurso, os autos sejam remetidos ao tribunal para que a decisão se sujeite ao reexame necessário.

Ocorre que, conforme prevê a própria legislação processual, existem mitigações em relação à exigência do reexame necessário. A exemplo, o § 3º do art. 496 traz em seu dispositivo hipóteses que dispensam a aplicação do duplo grau de jurisdição:

> Art. 496. § 3ºNão se aplica o disposto neste artigo quando a condenação ou o proveito econômico obtido na causa for de valor certo e líquido inferior a:
> I - 1.000 (mil) salários-mínimos para a União e as respectivas autarquias e fundações de direito público;
> II - 500 (quinhentos) salários-mínimos para os Estados, o Distrito Federal, as respectivas autarquias e fundações de direito público

> e os Municípios que constituam capitais dos Estados;
> III - 100 (cem) salários-mínimos para todos os demais Municípios e respectivas autarquias e fundações de direito público. (BRASIL, 2015, online).

No mais, tal matéria foi apreciada pelo Superior Tribunal de Justiça, que decidiu: "o reexame necessário não é exigência constitucional e nem constitui prerrogativa de caráter absoluto em favor da Fazenda, nada impedindo que a lei o dispense, como aliás o faz em várias situações" (EREsp 345.752/MG, Rel. Ministro Teori Albino Zavascki, Primeira Seção, julgado em 9.11.2005, DJ 5.12.2005, p. 207).

Ressalvadas as hipóteses em que a lei expressamente dispensa o reexame necessário, existe um embate doutrinário travado em torno das demais situações. Costa parte da premissa de que as regras do procedimento monitório se aplicariam analogicamente à estabilização da tutela (microssistema monitório) e, nesse caso, o reexame necessário não poderia ser dispensado:

> Além disso, não se pode olvidar que a estabilização de tutela antecipada e a ação de procedimento especial monitório formam um autêntico microssistema de tutela de direitos pela técnica monitória, pois em ambas há obtenção adiantada em definitivo de mandamento ou execução *secundum eventum defensionis*; portanto, se há remessa necessária quando a Fazenda Pública não apresenta embargos monitórios (art. 701, § 4.º), deve haver remessa necessária quando a Fazenda Pública não recorre da decisão antecipatória de tutela. (COSTA, 2016, p. 684).

Nos termos do § 4º do art. 701[12], o reexame necessário exigido para a formação de título executivo judicial na ação monitória também seria exigido para a estabilização da decisão antecipa-

12 § 4º Sendo ré a Fazenda Pública, não apresentados os embargos previstos no art. 702, aplicar-se-á o disposto no art. 496, observando-se, a seguir, no que couber, o Título II do Livro I da Parte Especial. (BRASIL, 2015, online).

tória de tutela. Assim, o único ponto a ser discutido seria em qual momento ocorreria a remessa dos autos ao tribunal em três possibilidades:

> a) logo após o transcurso in albis do prazo para recorrer da tutela antecipada (i.e., logo após a estabilização); b) logo após a prolação da sentença terminativa que extingue o processo em que estabilizada a tutela antecipada; c) logo após o transcurso in albis do prazo para a revisão, a reforma ou a invalidação da tutela antecipada estabilizada (i.e., logo após a superestabilização). (COSTA, 2016, p. 684).

De outro lado, Cunha diverge de tal entendimento ao expor que o reexame necessário não é aplicado nos casos de estabilização da tutela provisória:

> Há quem diga que, estabilizada a tutela de urgência, é preciso proceder à remessa necessária, a fim de que o tribunal confirme a decisão e se possa, efetivamente, ter a estabilização prevista no art. 304 do CPC. Não é, porém, passível de remessa necessária a decisão que concede a tutela de urgência contra a Fazenda Pública. A estabilização, para ocorrer, não depende de remessa necessária. Isso porque a estabilização, como se viu, não se confunde com a coisa julgada. A remessa necessária é imprescindível para que se produza a coisa julgada. (CUNHA, 2017, p. 323).

Seguindo essa linha, Sica ensina:

> Ora, a decisão que antecipa tutela não é sentença, à luz do conceito acolhido pelo art. 203, §1º, ao passo que a decisão que extingue o processo nos termos do art. 304, §1º, embora se amolde ao conceito positivado de sentença não pode ser considerada propriamente proferida "contra" a Fazenda Pública-ré. (SICA, 2016, p. 247).

Em que pese discordância entre os autores, uma coisa é certa: poderá ocorrer a estabilização da tutela em face da Fazenda Pública, sujeitando-se ou não ao reexame necessário.

### 3.6. A tutela estabilizada será executada de maneira provisória ou definitiva?

Estabilizada a tutela provisória, o processo será extinto. As portas da via executiva se abrirão para o autor. Nesse aspecto, surge um questionamento: a execução da tutela estabilizada se dará de maneira provisória ou definitiva?

Cabem dois entendimentos: a) a execução da tutela estabilizada só se poderá dar de maneira definitiva passados dois anos para o ajuizamento da ação revisional; ou b) desde logo, a execução da tutela estabilizada poderá ser definitiva.

Quanto ao primeiro entendimento, não parece razoável que se condicione ao autor aguardar a preclusão do prazo de ajuizamento da ação autônoma a fim de revisar a decisão estabilizada. Isso porque o principal objetivo da estabilização da tutela provisória é conceder ao demandante, de maneira imediata e mediante redução cognitiva, a satisfação de um direito material. Logo, o meio prático eficaz para possibilitar que o autor frua de forma plena do seu direito é a execução definitiva.

No mais, qualquer tutela sumária provisória será passível de execução provisória, já que os efeitos práticos de uma decisão estabilizada seriam os mesmos de uma decisão que se não estabilizou. Por isso, parece mais apropriado que se permita a execução definitiva desta decisão. Nessa linha:

> A diferença é a de que a tutela ainda não estabilizada enseja execução provisória (art. 297, parágrafo único), ao passo que a tutela estabilizada enseja execução definitiva, tão logo extinto o processo nos termos do art. 304, §1°. Afinal, não faria nenhum sentido criar a estabilização e ao mesmo tempo impedir o autor de efetivar medidas irreversíveis face as amarras do regime do cumprimento provisório de sentença (art. 520 e seguintes), agravadas pela restrição (de duvidosa constitucionalidade) ao uso da penhora eletrônica de aplicações bancárias para efetivação da tutela provisória (art. 297, parágrafo único). (SICA, 2016, p. 351).

Esse entendimento decorre de que a decisão antecipatória de tutela e a decisão antecipatória de tutela estabilizada possuem graus diferentes de força executória. Isso porque uma tutela provisória não estabilizada tem alto grau de mutabilidade em razão de seus efeitos no tempo de forma provisória e precária, podendo ser revogada a qualquer momento do processo.

Já a decisão estabilizada, encontra-se em um patamar superior. Apesar de baseada em cognição sumária, tem seus efeitos perpetuados no tempo, só podendo revogar-se por ação autônoma a ser ajuizada no prazo de dois anos. Logo, possuindo graus diferentes de estabilidade e irreversibilidade, nada mais adequado que os meios executórios nelas utilizados sejam diferenciados.

Desse modo, não seria justo aplicar às duas espécies de decisões a mesma técnica de execução, por se entender que a tutela provisória estabilizada poderá ser executada de maneira definitiva.

### 3.7 A estabilização deve ser limitada às tutelas de urgência, ou poderá também ocorrer em se tratando de tutela de evidência?

Diante da análise do texto legal trazido pelo CPC/2015, nota-se que a estabilização da tutela só se aplica à espécie de urgência satisfativa requerida em caráter antecedente (arts. 303 e 304). Desse modo, parte da doutrina se insurge quanto à impossibilidade da expansão do instituto nos outros meios de tutela provisória regulados pelo CPC, em especial o da tutela de evidência.

Em um primeiro ponto, atenta-se que a inaplicabilidade decerto se dá ao se tratar de tutelas cautelares. Isso se dá pelo fato de que esta espécie de provimento jurisdicional possui mera intenção conservativa. Implica dizer que não há lógica em estabilizar uma decisão cautelar, pelo simples motivo de que ela não concede ao demandante sua pretensão final.

A exemplo, uma tutela cautelar que busca apreender um bem tem de ser eficaz para evitar que o bem venha a sofrer depreciação ou até mesmo seja vendido. Porém, de nada serve ao autor que esse bem fique apreendido para sempre. Aliás, inexiste razão em estabilizar a tutela cautelar, pois ela não satisfaz a pretensão do demandante. A esse respeito, Neves explica:

> Compreendo a opção do legislador em não ter incluído na regra da estabilização a tutela cautelar, afinal, essa espécie de tutela provisória de urgência tem natureza meramente conservativa, criando uma nova situação fática diferente daquela que seria criada com o acolhimento da pretensão do autor. Ainda que a tutela cautelar não tenha mais autonomia formal, entendo que continua a ser acessória da tutela definitiva, de forma que não teria qualquer sentido lógico ou jurídico a estabilização de uma tutela acessória meramente conservativa. (NEVES, 2017, p. 522).

Em se tratando da tutela de evidência, que possui natureza satisfativa, não se vislumbra um óbice capaz de impedir a sua estabilização. Pelo contrário, ao tratar especificamente da tutela de evidência, entende-se que a estabilização lhe seria aplicada até com mais razão do que nas tutelas de urgência, tendo em vista o elevado grau de probabilidade do direito requerido.

A evidência se trata de um fenômeno fático-jurídico que contempla ao autor a possibilidade de gozar do seu direito de maneira antecipada. Em outras palavras, a evidência de um direito é capaz de proporcionar a concessão de uma tutela provisória.

Tal contemplação foi reconhecida pelo legislador ao normatizar esse instituto no art. 311 do CPC. Essa espécie de concessão antecipada se baseia tão somente na evidência do direito requerido, ou seja, na alta probabilidade de confirmação do pedido depois de cognição exauriente. Aqui, não se leva em conta o perigo de dano e nem o risco ao resultado útil do processo (*caput* do art. 311). Costa ensina:

> Poder-se-ia admitir a estabilização da tutela de evidência, já que ela não passa de uma tutela antecipada, conquanto sem o pressuposto do *periculum in mora*. Aliás, haveria maior razão para a tutela de evidência estabilizar-se, haja vista a quase certeza da existência da pretensão material afirmada pelo autor. (COSTA, 2016, p. 670-671).

Diante dessa análise, não parece haver justificativa hábil para impedir que a tutela de evidência se estabilize. Ao tratar do tema, Neves explica: "Nesse caso o legislador parece ter dito menos do que deveria, porque as mesmas razões que o levaram a criar a estabilização da tutela antecipada indiscutivelmente aplicam-se à tutela de evidência". (NEVES, 2017, p. 522).

Logo, já que o legislador permite que uma tutela de urgência se estabilize, por que não permitir que o mesmo ocorra quando se estiver diante de um direito material evidente? Nesse sentido, Marinoni, Arenhart e Mitidiero (2017, p. 146) insurgem-se contra vedação legal:

> [...] o pedido de tutela antecipada antecedente está, segundo o texto legal, limitado à urgência à propositura da ação, ficando excluída a possibilidade de tutela antecipada antecedente – e, portanto, estável – nos casos de tutela da evidência. Do ponto de vista técnico, nada obstaria a possibilidade de tutela da evidência antecedente, como mostra a experiência do référé provision francês (art. 809, Code de Procédure Civile); porém, intencionalmente ou não, nosso legislador parece ter optado por limitar a tutela antecipada antecedente aos casos de urgência. A opção, por óbvio, não merece respaldo. O ônus do tempo do processo não pode ser atribuído àquele que aparentemente tem razão. Por isso, examinando o regime da tutela antecipada antecedente à luz da garantia fundamental da tempestividade da jurisdição, evidencia-se a necessidade de se interpretar extensivamente o contido no art. 303, do CPC, de modo a abarcar também, por analogia, as tutelas da evidência.

Ainda vale destacar que a tutela de urgência se baseia tão somente no perigo de dano ou risco ao resultado útil do processo, numa análise superficial quanto à probabilidade do direito, situação que se agrava quando se trata da tutela requerida em caráter antecedente, porquanto caracteriza ainda mais a urgência do requerimento. Aqui, claramente se está diante de uma hipótese em que o legislador privilegia a gravidade e a urgência do direito, em face da sua certeza.

Tal situação até geraria certa insegurança ao se falar de estabilização, tendo em vista que os efeitos de uma decisão, com exame raso acerca da probabilidade do direito, poderiam se tornar imutáveis, concretizando sua eficácia.

O contrário ocorre com a tutela de evidência. Aqui, o direito material do autor é tão claro que possibilita ao magistrado concedê-lo de maneira antecipada, aplicando desde já seus efeitos práticos. Nesse caso, menor seria a insegurança em caso de estabilização porque a probabilidade de essa pretensão ser concedida ao final do processo é grande.

Os únicos requisitos para a estabilização da tutela seriam: a) a concessão da medida; e b) o desinteresse bilateral das partes. "Não será de espantar-se, porém, se os tribunais transpuserem os limites da letra da lei e permitirem aos poucos a estabilização da tutela de evidência. Afinal, o fenômeno estabilizatório produz economia de serviço; daí a sua irrefreável força expansiva." (COSTA, 2016, p. 671).

O efeito expansivo da técnica de estabilização das tutelas provisórias deve ser levado em conta. Por se tratar de mecanismo que permite economia de trabalho jurisdicional, a tendência é que, com o tempo, passe a haver estabilização entre as outras espécies de tutela provisória.

## 4. Conclusão

A busca por soluções práticas para enfrentar a hipolegislação do novo Código de Processo Civil possibilita tornar o instituto da estabilização da tutela provisória útil aos jurisdicionados.

Por se tratar de técnica de resolução sumária de conflitos, a falta de normatização torna-se ainda mais grave. Sem que as partes do processo saibam ao certo quais os efeitos da estabilização, gera-se um estremecimento dos advogados e aplicadores do direito em pleitearem a estabilização da tutela porque não podem assegurar aos seus clientes o que acontecerá depois. Tal insegurança acaba levando a uma fatal consequência: o desuso do instituto no nosso ordenamento.

Apesar de o esforço doutrinário ser importante para se buscarem soluções práticas à aplicação da técnica estabilizatória, desde a entrada em vigor do CPC/2015, existem pouquíssimas decisões judiciais que tratem o assunto, nenhum entendimento sumulado, tampouco posicionamentos jurisprudenciais pacíficos.

Posto isso, é fundamental que o próprio Poder Judiciário seja capaz de uniformizar seus posicionamentos, a fim de evitar insegurança jurídica, e, no caso da estabilização da tutela provisória, também possa pronunciar entendimentos que busquem solucionar as omissões.

Por fim, não se pode descartar uma atuação do Poder Legislativo. Tantos são os questionamentos acerca da estabilização da tutela provisória, que não restam dúvidas que a lei processual foi omissa.

Desse modo, a complementação legal em relação ao instituto também é de suma importância. Além de suprir as omissões legislativas, confere-se maior segurança aos jurisdicionados que optem por requerer a estabilização da tutela provisória.

## 5. Referências

BRASIL, Lei nº 13.105 de 16 de março de 2015. *Código de Processo Civil.* Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm>. Acesso em: 19 set. 2017.

CÂMARA, Alexandre. *O novo processo civil brasileiro.* 3. ed. São Paulo: Atlas, 2017.

COSTA, Eduardo José da Fonseca. *Da tutela provisória. Art. 300.* In: STRECK, Lenio Luiz. NUNES, Dierle. CUNHA, Leonardo Carneira da. (orgs.) FREIRE, Alexandre (coord. exec.). *Comentários ao Código de Processo Civil.* São Paulo: Saraiva, 2016.

CUNHA, Leonardo Carneiro da. *A Fazenda Pública em juízo.* 14. ed. rev., atual e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2017.

DIDIER JR., Fredie. *Curso de direito processual civil. Vol. 2.* 10 ed. Salvador: Juspodivm, 2015.

MARINONI, Luiz Guilherme. ARENHART, Sérgio Cruz. MITIDIERO, Daniel. *Novo curso de processo civil. Vol. 2.* 3. ed. São Paulo: Revistas dos Tribunais, 2017.

MITIDIERO, Daniel. *Autonomia e estabilização da antecipação da tutela no novo código de processo civil.* Revista Magister de Direito Civil e Processual Civil. Ano XI – N.º 63. Nov/dez 2014.

NEVES, Daniel Amorim Assumpção. *Manual de direito processual civil. Volume.* 9. ed. Salvador: Juspodivm, 2017.

SICA, Heitor Victor Mendonça**.** *Doze problemas e onze soluções quanto à chamada "estabilização da tutela antecipada".* In: DIDIER JR, FREDIE (coord.) *Grandes temas do Novo CPC, v. 6:* tutela provisória. Salvador: Juspodivm, 2016.

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, n.º 209, v.37, p.13- 34, jul/2012.

Artigo recebido em: 28/8/2018
Artigo aprovado em: 30/10/2018

DOI: 10.5935/1809-8487.20180016

369 - 387
Artigo

# A TESE DA DUPLA NATUREZA DO DIREITO DE ROBERT ALEXY

MARCIO AYALA PEREIRA FILHO

# A TESE DA DUPLA NATUREZA DO DIREITO DE ROBERT ALEXY

THE DUAL NATURE THESIS OF THE LAW BY ROBERT ALEXY

MARCIO AYALA PEREIRA FILHO
Promotor de Justiça
Ministério Público de Minas Gerais
marcioayala@mpmg.mp.br

**RESUMO:** Análise crítica e descritiva acerca da natureza dupla do Direito, conforme a teoria de Robert Alexy. Assim, a norma compreende a óptica de uma dimensão factual e outra de uma dimensão ideal. O Direito possui características de eficácia social, de autoridade e de coerção dentro de seu plano positivo, ao mesmo tempo que comporta elementos de pretensão de correção moral, no plano ideal. O artigo desenvolve o tema a partir do conceito-base de institucionalização da razão.

**PALAVRAS-CHAVE:** Direitos Fundamentais; Pretensão de correção; Pós-positivismo.

**ABSTRACT:** This article develops a critical and descriptive analysis of the dual-nature thesis of the Law, such as described by Robert Alexy. Thus, the Law includes the perspective of a factual dimension and another of an ideal dimension. The law has characteristics of social effectiveness, authority and enforcement within its positive plan, while that entail the elements of the claim to correctness in the ideal dimension. The paper develops the theme of the institutionalization of reason and tries to set the basis of the solution of the problem of legal positivism.

**KEYWORDS:** Fundamental rights; Claim to correctness; legal positivism.

## 1. Introdução

Tanto do ponto de vista da teoria do Direito quanto da prática dos tribunais, é possível afirmar que o Direito brasileiro vem sofrendo profundas mudanças nos últimos anos. Apesar de ainda atrair muita desconfiança acerca do seu verdadeiro sentido e alcance, ao "neoconstitucionalismo" é atribuída a vocação de servir como causa principal para uma fundamental alteração na forma de se pensar e de se praticar o Direito.

Muito embora, do ponto de vista teórico, não seja possível afirmar que exista um consenso acerca das várias definições do fenômeno, já que os adeptos do neoconstitucionalismo buscam embasamento no pensamento de juristas que se filiam a linhas bastante hete-

rogêneas, como Ronald Dworkin, Robert Alexy, Alfonso Figueroa, Luís Prieto Sanchis, Manoel Atienza, entre outros, é possível afirmar que esse paradigma, no caso brasileiro, principalmente com o advento da Constituição de 1988, deflagrou uma série de novos pensamentos, assim sintetizados por Daniel Sarmento[1]:

> (a) no reconhecimento da força normativa dos princípios constitucionais[2]; (b) na rejeição ao formalismo, com advento de métodos mais abertos de raciocínio jurídico[3], como ponderação[4], tópica[5] etc.; (c) na constitucionalização do Direito, sobretudo com a irradiação dos direitos fundamentais para todos os ramos do Direito[6]; (d) na reaproximação do Direito com a Moral, com a penetração da filosofia do Direito nos debates jurídicos[7]; e (e) no processo de judicialização da política, com significativo deslocamento de poder da esfera do Legislativo para o Poder Judiciário[8].

Essa nova realidade indica que não é acertado afirmar que se trata de uma mera releitura de antigos conceitos, ou mesmo de um modismo performático típico do discurso constitucional[9]. Muitas

1 SARMENTO, Daniel. **O neoconstitucionalismo no Brasil**: riscos e possibilidades. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

2 HESSE, Konrad. **Força Normativa da Constituição**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1991.

3 CAMARGO, Margarida Maria Lacombe. **Hermenêutica e Argumentação**: Uma contribuição ao estudo do Direito. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

4 ALEXY, Robert. **Teoria da Argumentação Jurídica**. 3. Ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013.

5 VIEHWEG, Theodor. **Tópica e Jurisprudência.** Brasília: Sergio Antonio Fabris, 2008.

6 BODIN, Maria Celina. **Dilemas de Direito Civil Constitucional**. São Paulo: Renovar, 2012.

7 MOREIRA, Eduardo. **Neoconstitucionalismo**: A invasão da Constituição. São Paulo: Método, 2008.

8 BARROSO, Luís Roberto. **Judicialização, Ativismo Judicial e Legitimidade Democrática**. Atualidades Jurídicas. Revista Eletrônica do Conselho Federal da OAB. n.4. Jan/Fev. 2009. Disponível em: http://www.oab.org.br/editora/revista/users/revista/1235066670174218181901.pdf. Acesso em: 13 maio 2014.

9 Ana Paula de Barcellos sintetiza o discurso tradicional do constitucionalismo a seguir: "O constitucionalismo, como se sabe, veicula a técnica, até aqui vitoriosa em boa parte do mundo, por meio da qual se conseguiu fazer coexistir ao menos três bens altamente desejáveis:

diferentes impressões desse fenômeno têm tomado o cenário da teoria do Direito, pois há quem corrobore de forma entusiasmada esse novo cenário, mas há também quem o critique.

O termo neoconstitucionalismo[10], vago do ponto de vista semântico e com propostas teóricas divergentes, é objeto de estudos críticos que não se conformam com a denominação de um mesmo constructo para situações diversas[11]. É grande o número de objeções às implicações das mudanças propostas pelo neoconstitucionalismo[12], as quais apontam principalmente os riscos à democracia e seus desenhos institucionais, principalmente com a transferência das instâncias de deliberação do Poder Legislativo para o Poder Judiciário[13].

---

a limitação do poder político (inclusive das maiorias), a proteção (e em alguns casos até a promoção) dos direitos fundamentais e a consagração da democracia como regra geral no que diz respeito ao exercício do poder político. Há, entretanto, uma série de dificuldades que a enunciação relativamente simples que se acaba de fazer não revela à primeira vista (...)". BARCELLOS, Ana Paula de. **Um debate para o neoconstitucionalismo. Papéis do direito constitucional no fomento do controle social democrático:** algumas propostas sobre o tema da informação. Disponível em: http://www.bfbm.com.br/shared/download/artigo-papeis-direito-constitucional-fomento-controle-socia-democratico.pdf. Acesso em: 13 maio 2014.

10 Nesse cenário de críticas à definição do que seja neoconstitucionalismo, Lenio Streck preleciona que a adoção do *nomen juris* neoconstitucionalismo certamente é motivo de ambiguidades teóricas e até de mal-entendidos. Porém, em um primeiro momento, foi de importância estratégica a importação do termo e de algumas das propostas trabalhadas pelos autores da Europa Ibérica. Isso porque o Brasil ingressou tardiamente nesse "novo mundo constitucional", fator que, aliás, é similar à realidade europeia, que, antes da segunda metade do século XX, não conhecia o conceito de constituição normativa já consideravelmente decantada no ambiente constitucional estadunidense. Portanto, falar de *neoconstitucionalismo* implicava ir além de um constitucionalismo de feições liberais – que, no Brasil, sempre foi um simulacro em anos intercalados por regimes autoritários – em direção a um constitucionalismo compromissório, de feições dirigentes, que possibilitasse, em todos os níveis, a efetivação de um regime democrático em *terrae brasilis*. STRECK, Lênio. **Contra o Neoconstitucionalismo.** Constituição, Economia e Desenvolvimento: Revista da Academia Brasileira de Direito Constitucional. Curitiba, 2011, n. 4, Jan/Jun. p. 9-27.

11 FERRAJOLI, Luigi. **Constitucionalismo Garantista e Neoconstitucionalismo.** Anais do IX Simpósio Nacional de Direito Constitucional.

12 Humberto Ávila, por exemplo, tem sido, no contexto da teoria brasileira, um fervoroso crítico do neoconstitucionalismo, pois sustenta que seria absolutamente inadequado à realidade brasileira, já que privilegia princípios, e a Constituição de 1988 seria muito mais intervencionista e regulatória do que propriamente principiológica. Ver em: ÁVILA, Humberto. **Teoria dos Princípios**. 13 ed. São Paulo: Malheiros, 2012.

13 TATE; VALLINDER. **The Global Expansion of Judicial Power**. New York: New York University Press, 1995.

É nesse cenário de releituras na forma de se praticar o Direito que se estabelece uma preocupação com aspectos fundamentais do processo de argumentação jurídica. O juiz, na construção do seu processo decisório, tem o dever de internalizar racionalmente critérios objetivos, compromissados com a razão. De igual maneira, o promotor de Justiça precisa recorrer a critérios de racionalidade na sua atuação profissional, de forma a não incorrer em casuísmos e em particularidades, evitando inclusive ares de seletividade. Portanto, por motivos teóricos e práticos, o dever de racionalidade argumentativa passa a ser a tônica do manejo do discurso do Direito.

Neste *locus* de teoria em vias de transformação, a obra de Robert Alexy é rica nos aspectos práticos e teóricos, pois oferece instrumentos argumentativos valiosos para o que o autor chamou de *institucionalização da razão*. Segundo o autor, é por meio do discurso racional que se revelam as dimensões possíveis da norma jurídica, gerando as suas leituras possíveis.

Muito além do que simplesmente diagnosticar a insuficiência do positivismo na aplicação e efetivação do Direito, Robert Alexy, na "dupla natureza do Direito"[14], pretende demonstrar que sua visão dualista da norma jurídica é a questão central do próprio Direito. E, ao sugerir que a separação do Direito com a Moral[15] pelo positivismo não seria suficiente para a revelação do Direito em todas as suas possibilidades, Alexy sustenta que o ponto nodal ínsito a toda norma jurídica é a sua pretensão de correção[16].

Desde já, para fins essencialmente metodológicos, na linha do que já se indicou sobre a tendência neoconstitucional, para se admitir esse viés de correção moral na estrutura da ordem jurídica, é preciso destacar que tal forma de se pensar e de se praticar

14 De início, ainda que se admitam diferenças semânticas da tradução de "Law" como "Direito" ou "norma", o presente artigo sustenta as nomenclaturas como equivalentes, uma vez que indiferentes para a ideia geral.

15 KELSEN, Hans. **A teoria pura do Direito**. Martins Fontes. São Paulo: 2012.

16 ALEXY, Robert. **The Dual Nature of Law**. USA, Blackwell Publishing, Ratio Juris, Vol. 23, Issue 2, p. 167-182, June 2010.

o Direito pressupõe um modelo não positivista, pois essa ideia de correção moral residiria no próprio conteúdo da norma jurídica como sua característica mais embrionária[17].

Consoante a natureza dual do Direito, a norma jurídica possuiria uma natureza dúplice, de maneira que ela precisa ser analisada sob a óptica de uma *dimensão factual* e uma *dimensão ideal*. Segundo a lição de Alexy, o Direito possui características de eficácia social, de autoridade e de coerção dentro de seu plano positivo, ao mesmo tempo que comporta elementos de pretensão de correção moral, no plano ideal.

Na ideia central de Alexy, a teoria da dupla natureza permanece abstrata e formal[18], mas necessita ser estudada dentro de um paradigma sistêmico que revele sentido e alcance num contexto de funcionamento do próprio Direito.

Portanto, o conceito-base desse sistema é a chamada *institucionalização da razão*[19], que se consubstancia por meio do sistema político do constitucionalismo democrático. Sem a admissão apriorística desse referencial teórico, a ideia de dualidade da norma jurídica proposta por Alexy perde riqueza conceitual e viabilidade.

O sistema em que se desenvolveria a teoria proposta é constituído de três etapas fundamentais: *(i) o argumento a favor do reconhecimento da dimensão real do Direito*[20]*; (ii) o argumento a favor da*

17 Id. **Teoria da Argumentação Jurídica**. 3. Ed. Rio de Janeiro: Forense: 2011.

18 ALEXY, Robert. **The Dual Nature of Law**. USA, Blackwell Publishing, Ratio Juris, Vol. 23, Issue 2, p. 167-182, June 2010.

19 *In order to bring about the institutionalization of reason, not only does the problem of the confrontation of positivity and correctness at the border have to be resolved, but also positivity and correctness have to be connected inside the legal system. This is only possible in the political form of democratic or discursive constitutionalism.* ALEXY, Robert. **The Dual Nature of Law**. USA, Blackwell Publishing, Ratio Juris, Vol. 23, Issue 2, pp. 167-182, June 2010.

20 Construção teórica que não seria negada nem mesmo pelos positivistas mais inclusivos. Nesse sentido, ver: HART. H.L.a. **O Conceito do Direito**. Martins Fontes. São Paulo: 2009.

*dimensão ideal do Direito; e (iii) a síntese desses dois argumentos, que pretende promover a conciliação do ideal com o real.*

Seguindo um difícil esforço de síntese, o objetivo da teoria de Robert Alexy na "dupla natureza do Direito" é demonstrar que a norma, e em última análise a própria ordem jurídica, conteria uma dimensão ideal construída mediante argumentação jurídica. Com isso, o autor pretende apresentar bases para a comprovação da insuficiência do modelo positivista[21] na revelação do conteúdo do próprio Direito.

## 2. A dimensão ideal do Direito

A dimensão ideal do Direito se evidencia pela pretensão de correção que uma norma necessita para que seja plenamente válida. O argumento gira em torno da tese de que a norma levanta necessariamente uma pretensão de correção moral, e que esta reivindicação compreende uma função moduladora de uma razão moral advinda dos agentes do Direito.

É exatamente dessa pretensão de correção que reside a relação necessária entre o Direito e a Moral[22] tão combalida pelo ideal

21 É certo que o modelo positivista não pode ser reduzido a uma homogênea corrente do pensamento jurídico. Contudo, para os objetivos metodológicos deste trabalho, admitir-se-á tratá-lo sem considerar as várias correntes teóricas que o compõem. Assim, para um maior aprofundamento sobre o referencial teórico, verificar HART. H.L.a. **O Conceito do Direito**. Martins Fontes. São Paulo: 2009; KELSEN, Hans. **A teoria pura do Direito**. Martins Fontes. São Paulo: 2012; BOBBIO, Norberto. **Teoria do Ordenamento Jurídico.** Edipro. São Paulo: 2014; e FERRAZ JR., Tercio Sampaio. **Introdução ao estudo do Direito**. Atlas, São Paulo. 2007.

22 A obra de Robert Alexy é muito utilizada como base teórica para o desenvolvimento da teoria neoconstitucionalista. Em termos sucintos, o neoconstitucionalismo, conforme preleciona Daniel Sarmento, possui suas características sintetizadas nos seguintes tópicos: (a) no reconhecimento da força normativa dos princípios constitucionais; (b) na rejeição ao formalismo, com advento de métodos mais abertos de raciocínio jurídico, como ponderação, tópica, etc.; (c) na constitucionalização do Direito, sobretudo com a irradiação dos direitos fundamentais para todos os ramos do Direito; (d) reaproximação do Direito com a Moral, com a penetração da filosofia do direito nos debates jurídicos; e (e) a judicialização da política, com significativo deslocamento de poder da esfera do Legislativo para o Poder Judiciário. Para um melhor entendimento, ver: SARMENTO, Daniel. **O neoconstitucionalismo no Brasil**: riscos e possibilidades. Lumen Juris, Rio de Janeiro: 2009.

positivista. Para Robert Alexy, a pretensão de correção está necessariamente contida em qualquer norma jurídica, pois a pretensão de ser justa deve ser entendida como sua vocação mínima essencial. Trata-se de admitir essa pretensão de correção como pressuposto inarredável da razão de existir de qualquer norma, sem a qual a ordem jurídica não seria válida.

Extrai-se daí a noção de que a dimensão ideal do Direito comunicada à norma jurídica se traduz na sua pretensão de correção, que deve ser interpretada como uma vocação indeclinável para a promoção de uma ordem justa que norteia a padronização de um sistema jurídico. Entretanto, essa posição não está imune a críticas.

A norma jurídica, como simples "ordem normativa", não deduz nenhuma pretensão, pois é um mero "estado de coisas" que não emana ou deduz nenhuma pretensão[23], ou mesmo intenções ou reivindicações. Contudo, Alexy admite que a norma jurídica, tal como é, não traz consigo demandas ou pretensões. Essas intenções são deflagradas pelos intérpretes e aplicadores do Direito, os quais, ao extraírem esse conteúdo intrínseco da norma jurídica, tornam-se seus representantes. [24] | [25]

Outra crítica possível à teoria diz respeito à necessariedade da pretensão de correção como conteúdo da norma jurídica. Pondera-se que não há qualquer pretensão de correção como elemento marcante do Direito, de forma que essa questão seria uma questão empírica (tese de contingência).

Para Alexy, a melhor forma de responder a esse questionamento é lançar mão do método da contradição performativa. Se determinada Constituição, por exemplo, traz em seu conteúdo que o Estado

23 MACCORMICK, Neil. 2007. **Why Law Makes No Claims**. In *Law, Rights and Discourse*. Ed. George Pavlakos, p. 59–67. Oxford: Hart.

24 ALEXY, Robert. **The Dual Nature of Law**. USA, Blackwell Publishing, Ratio Juris, Vol. 23, Issue 2, p. 167-182, June 2010.

25 Id. Ibid.

será "soberano, federativo e injusto", essa assertiva traz consigo a demonstração evidente de sua invalidade, por contradizer a ideia primordial de um texto constitucional, isto é, que ele seja justo.

A conexão essencial provada por meio desse método de que o Direito tem necessariamente *a priori* a existência de uma dimensão ideal guiada por uma pretensão de correção não deve ser reduzida a casos específicos, como a legislação constitucional, a elaboração de princípios genéricos, a definição de Justiça. Essa conexão está presente em todo o sistema jurídico, e pode ser observada em decisões judiciais defeituosas como a sentença: "O acusado condenado à prisão perpétua, que é uma interpretação incorreta da legislação vigente".

E essa contradição conduz à noção de que a pretensão de correção pertence, sim, ao Direito e não se trata de algo contingencial ou meramente especulativo. Dessa forma, decisões judiciais e leis absurdas estão fora do conceito apriorístico do Direito. Casos de extrema injustiça, portanto, não servem para compor a órbita do Direito, em razão da sua imanente pretensão de correção.

Alexy exemplifica que a sentença "*Em nome do povo, condena-se o senhor N a dez anos de privação de liberdade, mesmo que não haja boas razões para isso*"[26]. Esse dispositivo, ainda que produza efeitos isoladamente, possui distorções claras. Questão diversa é a análise sobre em que medida a pretensão de correção é levada a sério e com quanta qualidade ela é concebida nas decisões judiciais[27].

A perspectiva ideal da pretensão de correção tem a intenção de ser universal. Destinada a todos que operam ou estudam o Direito, deve

26 ALEXY, Robert. **Teoria da argumentação jurídica**. 3. Ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013, p .213.

27 Em outra oportunidade, Robert Alexy afirmou que: "a exigência de fundamentação e a pretensão de correção ligada a ela podem fundamentar-se também, ao menos no que concerne às decisões judiciais, mediante o direito positivo. Segundo o direito vigente na República Federal da Alemanha e talvez na maior parte dos Estados, os juízes estão obrigados a fundamentar suas decisões.". Id. Ibid.P.212.

ser entendida do mesmo modo que uma pretensão à verdade. Nesse sentido, uma alegação que é dirigida a todos é, ao mesmo tempo, uma perspectiva de objetividade. Essa objetividade, não obstante o seu caráter formal, aponta para a dimensão ideal de direito.

A objetividade existe a partir do momento em que se assume o argumento da pretensão de correção como elemento essencial ao conceito de Direito, uma vez mais evidenciando abstração e universalidade a qualquer observador de uma conexão conceitualmente necessária entre o Direito e a Moral.

Essa afirmação se torna clara nos casos em que há mais de um fundamento para as decisões judiciais[28]. O argumento com o qual Alexy tenta balizar como fundamento a união entre Direito e Moral - uma vez que a pretensão de correção é vista como pretensão de Justiça - é o da insuficiência do poder de regular todas as possibilidades dentro do direito positivo, já que a indeterminação necessita de interpretação especificamente de problemas de lacunas e de colisão de normas[29].

Em situações de várias possibilidades, a decisão é uma questão normativa que não pode ser baseada em normas de direito positivo. Assim, quando uma decisão singular não segue as normas pressupostas nem os enunciados de um sistema e seus precedentes, bem como não se fundamenta por regras de metodolo-

28 Ronald Dworkin assevera que o Direito pode ser compreendido a partir de um conceito interpretativo. No entanto, esta teoria da interpretação, ou seja, a atividade de interpretar o Direito é uma dinâmica não uniforme. Assim, determinados juízes e aplicadores do direito interpretam de forma diversa o direito, por meio de decisões e argumentações em casos considerados difíceis. Nesse contexto, verificar: DWORKIN, Ronald. **O Império do Direito**. Martins Fontes, São Paulo: 2010.

29 Mesmo no positivismo jurídico existe a possibilidade de antinomias e momentos em que a mera subsunção não apresenta resultados satisfatórios, de forma que estas questões devem ser solucionadas mediante a admissão de que o ordenamento jurídico deve ser dotado de unidade, completude e coerência. Nesse diapasão, Norberto Bobbio, na sua teoria do ordenamento jurídico, discorre sobre as técnicas para a solução das antinomias, por meio dos critérios cronológico, hierárquico e da especialidade. BOBBIO, Norberto. **Teoria do ordenamento jurídico.** Edipro. São Paulo: 2014.

gia jurídica (como os cânones de interpretação), caberá ao intérprete, por meio de um juízo de valor (uma espécie de valoração), a escolha entre várias soluções não determinadas ulteriormente, sendo a função do aplicador do Direito valorar autonomamente a norma vigente e decidir como colegislador.

No entanto, essa posição de *colegislador* necessita ser baseada em um padrão, pois, do contrário, será considerada uma decisão arbitrária, que se estabelece em contradição com a pretensão de correção. Essas decisões judiciais se referem regularmente a questões de distribuição e compensação, que são, em sua essência, a busca pelo conceito de Justiça. Nesse contexto, percebe-se que as questões de justiça são essencialmente questões morais.

Para o pensamento de Alexy, a textura aberta de determinadas normas implica que a pretensão de correção se refira ao real ou factual da decisão judicial e à dimensão ideal e crítica. Isso demonstra que a pretensão de correção do Direito tem sempre relação não somente com os fatos sociais, mas também com questões sobre moralidade.

Os julgamentos sobre o que é moralmente obrigatório, proibido ou permitido, ou sobre o que é moralmente justo ou injusto, são julgamentos subjetivos, relativos e ponderáveis, ou resultados de meras decisões circunstanciais. Portanto, a crítica aponta para a dificuldade de se fundamentarem racionalmente essas escolhas, sobretudo diante do perigo possível de se causar insegurança jurídica ou até mesmo de aumento da discricionariedade do intérprete em determinado caso concreto.

A resposta a essa crítica foi elaborar uma teoria de argumentação jurídica que se concentra no desenvolvimento da teoria do discurso, que é uma teoria processual da racionalidade prática. De acordo com a teoria do discurso de Alexy, uma proposta prática ou normativa está correta (ou é verdadeira) se, e somente se, ela puder ser o resultado de um discurso prático racional. As condições

de racionalidade discursiva são um conjunto de princípios, regras e formas que compõem um sistema de discurso prático geral[30].

Na tentativa de demonstração da estrutura racional que compõe o discurso jurídico, Alexy afirma que este é um caso especial da teoria do discurso jurídico, que é uma parte singular do discurso prático geral, mas ambos são correção de enunciados normativos. O primeiro se diferencia na medida em que se desenvolve sob uma série de condições limitadoras: sujeição à lei, aos precedentes e à doutrina. Assim, ao se fundamentar racionalmente um enunciado jurídico, é necessário que se esteja de acordo com essas limitações.

Portanto, o discurso jurídico se baseia em questões práticas sobre o que pode ser feito, omitido ou necessita da pretensão de correção. Diante das condições de limitação, esse tipo de discurso pode ser analisado em duas bases fundamentais.

A pretensão de correção não é sempre acionada na aplicação do Direito, uma vez que, na grande maioria dos casos, o direito positivo resolve a questão sobre a incidência da norma pela simples subsunção, com razoável sensação de racionalidade, objetividade e justiça, sem lacunas e ponderação de interesses. No entanto, deve-se compreender que a pretensão de correção é elemento constitutivo da práxis da fundamentação e da decisão jurídica. A exigência da pretensão de correção está na necessidade de fundamentação das decisões judiciais mediante a utilização do direito positivo, ainda que de fácil aplicação concreta.

Isso permite inferir que quem pretende fundamentar algo deseja que a sua fundamentação seja acertada e esteja correta. Ademais, mesmo que possam existir algumas decisões judiciais válidas com falta de pretensão de correção, elas são necessariamente defeituosas.

Além disso, cabe analisar a segunda ponderação à tese da teoria do caso especial, no que concerne especificamente à possibili-

30 Ver. ALEXY, Robert. **Teoria da argumentação jurídica**. 3. Ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013.

dade de caracterizar as limitações vigentes na discussão jurídica como mero "discurso". Assim, seria possível negar que as limitações existentes nas discussões jurídicas se relacionem com as formas específicas de discurso no âmbito do Direito.

Em um litígio, por exemplo, as partes não procuram necessariamente um juízo correto ou justo, mas um juízo vantajoso para elas. Nos discursos, ainda que apenas persigam interesses subjetivos, os advogados pretendem que toda pessoa racional possa ou deva estar de acordo com suas assertivas. Logo, necessitam fundamentá-las com certa pretensão de correção.

Portanto, o objetivo da teoria da argumentação jurídica é apresentar instrumentos suficientes para que um juiz decida sem arbitrariedades ou casuísmos. A pretensão de correção da decisão do juiz ou do promotor de Justiça precisa se referir, ainda que num plano ideal, a todos os outros casos de mesma natureza, de maneira objetiva e clara, sempre ancorado em precedentes, na doutrina e no direito positivo.

Na dupla natureza do Direito, deve-se observar tanto a *dimensão ideal* quanto a *dimensão real*. Depois de analisar a etapa da dimensão ideal do que se entende pelo conceito de Direito dentro de uma perspectiva dicotômica, é necessário prosseguir. Na segunda fase, os procedimentos legalmente regulados asseguram o cumprimento de uma decisão, garantem aplicação e eficácia, identifica o direito positivo e suas características de eficácia social e poder de coerção, demonstra que a insuficiência da dimensão ideal exige como seu complemento a existência do real, isto é, a dimensão positiva do Direito.

No entanto, a necessidade da dimensão real do Direito não anula a pretensão de correção inerente, pois ela não desaparece, uma vez que a lei é institucionalizada, sendo essa a base da afirmação contida no artigo de Alexy [31].

31 The problem of practical knowledge requires that one leave the first stage, defined exclusively by the ideals of correctness and discourse, and proceed to a second stage, where

A pretensão de justiça continua implícita, mesmo na lei positivada. Segundo Alexy, ainda que a lei civil não tivesse previsto que as partes devem guardar entre si o dever de boa-fé contratual, esse dever jurídico exsurge da dimensão ideal do Direito, ainda que os seus aspectos coercitivos se materializem na tipificação.

A aplicação da norma jurídica em questões judiciais envolve dois mecanismos básicos: subsunção e balanceamento de interesses (colisão e ponderação de princípios). A legitimidade do balanceamento de interesses reside na percepção da racionalidade da escolha entre os princípios envolvidos no caso concreto. Logo, quanto mais racional for o balanceamento de interesses em uma deliberação jurídica, maior a sua legitimidade. Princípios exigem que algo seja realizado com o mais alto grau possível em relação a ambas as possibilidades factuais e jurídicas.

Nesse sentido, a adequação de um princípio se refere às possibilidades factuais e circunstanciais. A lógica do balanceamento de interesses mostra que o equilíbrio pode ser dividido em três etapas. A primeira envolve estabelecer o grau de não satisfação do primeiro princípio. A segunda, a importância de satisfazer o princípio concorrente que está também em jogo. A terceira refere-se a compreender se é importante satisfazer o último princípio em detrimento do primeiro princípio ou não [32].

O estudo focado na institucionalização da razão baseia-se, em primeiro momento, no seu aspecto substancial, que leva em con-

legally regulated procedures, first, guarantee the achievement of a decision and, second, provide for their enforcement. This is the step to positivity as defined by authoritative issuance and social efficacy (Alexy 2002a, 3). The insufficiency of the ideal dimension *qua* decision procedure necessitates as its complement the existence of the real, that is, the positive dimension of law. This necessity stems from the moral requirements of avoiding the costs of anarchy and civil war and achieving the advantages of social coordination and cooperation. ALEXY, Robert. **The Dual Nature of Law**. USA, Blackwell Publishing, Ratio Juris, Vol. 23, Issue 2, p. 167-182, June 2010.

32 Essa lei do balanceamento faz parte dos estudos de Alexy, ver: ALEXY, Robert. **The Weight Formula. Studies on Philosophy of Law – Frontiers of the economic analyses of Law,** Poland, Krakow, Uniwersytetu Jagiellonskiego, 2007.

ta a tese sobre o limite externo do Direito. Robert Alexy faz referência à tese de que "i*njustiça extrema não pode ser lei*" [33].

O neoconstitucionalismo considera-se compatível com a natureza dual do Direito, pois essa corrente de pensamento pressupõe que nem todos os defeitos morais retiram a validade jurídica de uma norma. Ao mesmo tempo, a depender das circunstâncias concretas, essa validade pode sim estar em risco. Alexy descreve a necessidade de se operar o Direito em um sistema político propício para a instrumentalização da razão. Isso só é possível na forma política de constitucionalismo democrático ou discursivo, sendo a democracia e os direitos constitucionais os principais elementos desse regime.

A democracia é o elemento mais importante sob o prisma processual da institucionalização da razão e pode ser concebida, ao mesmo tempo, como um *processo de decisão* e como um *processo de argumentação*. Sob uma perspectiva de dupla natureza, a democracia, pelo lado real, traduz o processo de decisão nos moldes do princípio da maioria. Pela faceta ideal, é todo o processo de argumentação e deliberação de ideias e conceitos na arena democrática.

Nesse viés teórico, Alexy sustenta que a única possibilidade para a realização política dos ideais da teoria do discurso é a institucionalização de uma democracia que una ambos os lados. O nome dessa unidade é "democracia deliberativa"[34].

Ao se descrever o sistema político ideal para a institucionalização do constitucionalismo democrático, os direitos constitucionais

33 **The Dual Nature of Law**. USA, Blackwell Publishing, Ratio Juris, Vol. 23, Issue 2, p. 167-182, June 2010.

34 No original: The only possibility for the political realization of the ideals of discourse theory is the institutionalization of a democracy that unites both sides. The name of this unity is "deliberative democracy." **The Dual Nature of Law**. USA, Blackwell Publishing, Ratio Juris, Vol. 23, Issue 2, p. 167-182, June 2010.

exercem o principal papel: o de efetivar a transformação dos direitos em lei positivada.

Simultaneamente, a pretensão de justiça e o princípio de segurança jurídica estão em potencial colisão dentro da dimensão real do Direito. A natureza dúplice da norma obriga o intérprete a buscar a proporção correta entre os dois princípios em equilíbrio. A partir desse pressuposto teórico, os direitos humanos são compreendidos como morais, universais, fundamentais, abstratos e têm prioridade sobre todas as outras normas e fontes de direito. A validade, contudo, depende da sua fundamentação, e só existem se são justificáveis. Portanto, os direitos humanos e os direitos morais pertencem exclusivamente à dimensão ideal de direito.

Quando se concebe a sua transformação em direitos constitucionais, ocorre o processo de reconciliação entre a dimensão ideal e a dimensão real. Segundo Alexy, em uma democracia ideal, o processo democrático sempre mostrará respeito suficiente pelos direitos constitucionais. Logo, não haverá, em princípio, conflito entre a democracia e os direitos constitucionais, uma vez que esse diálogo institucional será fomentado pela argumentação e pelo pluralismo de ideias.

## 3. Conclusões

Na "dupla natureza do Direito", Alexy desenvolveu uma concepção dualística da natureza do Direito que só pode ser utilizada devidamente se estudada dentro de uma lógica sistêmica singular que tenha a finalidade de institucionalizar a razão. Nesse sentido, todo o esforço intelectual da teoria deve ser empreendido com o objetivo de evidenciar a conexão entre Direito e Moral de forma racional, por meio da pretensão de correção.

Sem qualquer ufanista pretensão de síntese sobre a extensa obra do autor, e referendando a posição de esgotamento do modelo

positivista, Alexy analisa os critérios de argumentação que precisam estar inseridos no debate democrático, o que possibilita a harmonização do direito positivado com aspectos fundamentais sobre a moral.

Portanto, as decisões judiciais e políticas, no *locus* de uma democracia constitucional, devem refletir a ponderação entre os interesses e argumentos possíveis dentro do discurso jurídico[35].

O instrumento da argumentação jurídica deve aperfeiçoar o mecanismo de escolha entre a pretensão natural de justiça ideal e a situação fática específica. Nesse verdadeiro embate entre o ideal de justiça e o princípio de segurança jurídica, verifica-se novamente a natureza dupla do Direito na distinção entre as regras positivadas e princípios como expressão de sua contraparte ideal.

A reaproximação do Direito com a Moral e a rejeição do formalismo, desdobramentos inevitáveis do modelo pós-positivista, sugeriram, num aspecto defeituoso de suas concepções, uma indeterminação de métodos capazes de fomentar o casuísmo e a arbitrariedade, sobretudo nas decisões judiciais. Entretanto, a teoria do discurso e a argumentação jurídica, baseadas na institucionalização da razão, oferecem um instrumental teórico fundamental para a objetividade, previsibilidade e clareza da aplicação do Direito.

## 4. Referências

ALEXY, Robert. *Teoria da Argumentação Jurídica,* Rio de Janeiro: Ed. Forense, 2013.

35 O Núcleo da tese do caso especial consiste em sustentar que a pretensão de correção também se formula no discurso jurídico; mas esta pretensão, diferentemente do que ocorre no discurso prático geral, não se refere à racionalidade das proposições normativas em questão, mas somente a que, no ordenamento jurídico vigente, possa ser racionalmente fundamentada. ALEXY, Robert. **Teoria da argumentação jurídica**. 3. Ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013, p. 217.

_____. ALEXY, Robert. *The Dual Nature of Law*. USA, Blackwell Publishing, Ratio Juris, Vol. 23, Issue 2, p. 167-182, June 2010.

_____. ALEXY, Robert. *The Weight Formula. Studies on Philosophy of Law – Frontiers of the economic analyses of Law,* Poland, Krakow, Uniwersytetu Jagiellonskiego, 2007.

BARROSO, Luís Roberto. *Judicialização, Ativismo Judicial e Legitimidade Democrática*. Atualidades Jurídicas. Revista Eletrônica do Conselho Federal da OAB. n.4. Jan/Fev. 2009.

BOBBIO, Norberto. *Teoria do Ordenamento Jurídico*. Edipro. São Paulo: 2014.

CAMARGO, Margarida Maria Lacombe. *Hermenêutica e Argumentação*: Uma contribuição ao estudo do Direito. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

BODIN, Maria Celina. *Dilemas de Direito Civil Constitucional*. São Paulo: Renovar, 2012.

FERRAJOLI, Luigi. *Constitucionalismo Garantista e Neoconstitucionalismo.* Anais do IX Simpósio Nacional de Direito Constitucional.

FERRAZ JUNIOR, Tercio Sampaio. *Introdução ao estudo do Direito.* 5. ed. São Paulo: 2007.

HART. H.L.a. *O Conceito do Direito*. Martins Fontes. São Paulo: 2009.

_____. MACCORMICK, Neil. 2007. *Why Law Makes No Claims*. In *Law, Rights and Discourse*. Ed. George Pavlakos, 59–67. Oxford: Hart.

KELSEN, Hans. *A teoria pura do Direito*. Martins Fontes. São Paulo: 2012.

MOREIRA, Eduardo. *Neoconstitucionalismo*: A invasão da Constituição. São Paulo: Método, 2008.

SARMENTO, Daniel. *O neoconstitucionalismo no Brasil*: riscos e possibilidades. Lumen Juris, Rio de Janeiro: 2009.

HABERLE, Peter. *Hermenêutica Constitucional*. Sergio Antonio Fabris Editor: Porto Alegre, 2002.

HESSE, Konrad. *Força normativa da Constituição*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1991.

VIEHWEG, Theodor. *Tópica e Jurisprudência*. Brasília: Sergio Antonio Fabris, 2008.

Artigo recebido em: 12/9/2018
Artigo aprovado em: 30/10/2018

DOI: 10.5935/1809-8487.20180017

388 - 427
Artigo

# DO INCIDENTE DE RESOLUÇÃO DE DEMANDAS REPETITIVAS: UMA ANÁLISE EMPÍRICA A PARTIR DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SÃO PAULO, DO TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 3ª REGIÃO E DAS PARTICULARIDADES DO INSTITUTO NO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

BIANCA MENDES PEREIRA RICHTER
ENRICO GOMES PEREIRA
FERNANDA FARIAS GARCIA
GABRIEL DE FREITAS GOUVEIA
MARCUS VINICIUS CAVICCHIOLI
THAIS FELIX
VERÔNICA NAVARRO ALMENARA
VICTOR LUIS PORTELA ROCHA
VINICIUS CESAR VICENTE LEITE

# DO INCIDENTE DE RESOLUÇÃO DE DEMANDAS REPETITIVAS: UMA ANÁLISE EMPÍRICA A PARTIR DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SÃO PAULO, DO TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 3ª REGIÃO E DAS PARTICULARIDADES DO INSTITUTO NO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

**GROUP LITIGATION IN REPETITIVE LAWSUITS: AN EMPIRICAL STUDY FROM THE SÃO PAULO STATE COURT, THE FEDERAL DISTRICT COURT AND THE BRAZILIAN SUPERIOR COURT OF JUSTICE**

BIANCA MENDES PEREIRA RICHTER
Professora
Faculdade de Direito de São Bernardo do Campo
bianca.richter@gmail.com

ENRICO GOMES PEREIRA
Graduando
Faculdade de Direito de São Bernardo do Campo
enrico.pereira@direitosbc.br

FERNANDA FARIAS GARCIA
Graduanda
Faculdade de Direito de São Bernardo do Campo
fernandagarcia.fs@hotmail.com

GABRIEL DE FREITAS GOUVEIA
Graduando
Faculdade de Direito de São Bernardo do Campo
gabrielfreitasgouveia@gmail.com

MARCUS VINICIUS CAVICCHIOLI
Advogado
Faculdade de Direito de São Bernardo do Campo
marcuscavicc@gmail.com

THAIS FELIX
Advogada
Instituto de Previdencia dos Servidor Municipal de Diadema
thais-felix@uol.com.br

VERÔNICA NAVARRO ALMENARA
Advogada
Faculdade de Direito de São Bernardo do Campo
veronica_n_almenara@hotmail.com

VICTOR LUIS PORTELA ROCHA
Graduando
Faculdade de Direito de São Bernardo do Campo
victorlportela2@gmail.com

VINICIUS CESAR VICENTE LEITE
Graduando
Faculdade de Direito de São Bernardo do Campo
viroq@hotmail.com

**RESUMO:** Este trabalho apresenta pesquisa teórica e predominantemente empírica realizada no Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, no Tribunal Regional Federal da 3ª Região e no Superior Tribunal de Justiça em relação ao Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas. Tais dados foram levantados a partir da provocação dos Tribunais para admissão desses incidentes. O objetivo é analisar e decifrar quais têm sido os critérios para (i) (in)admissão desses incidentes de resolução de demandas repetitivas; (ii) quem têm sido os legitimados a provocar a atuação dos Tribunais nessa seara; e, por fim, (iii) a (não) participação de terceiros na condição de *amici curiae* para a formação de teses jurídicas. Os dados são apresentados após breve apanhado teórico sobre cada tema. Além disso, conclusões são levantadas para que se possa aprimorar o uso de tal instrumento pelo Poder Judiciário brasileiro. Diante de algumas peculiaridades que o incidente em análise assume no Superior Tribunal de Justiça, opta-se por trazer esses pontos em tópicos em separado.

**PALAVRAS-CHAVE:** precedentes; pesquisa empírica; incidente de resolução de demandas repetitivas; tribunais.

**ABSTRACT:** This paper brings an empirical research promoted at the two Courts located in the state of São Paulo, both of State law and Federal law. Also, the empirical study involved the Superior Court of Justice, regarding the repetitive lawsuits. The aim is to analyse the criteria to: (i) admit the incident to judge those repetitive lawsuits; (ii) who has been provoking the action of the Court; and, (iii) the eventual participation of amici curiae. The collected data is presented after a brief theoretical demonstration about each subject. Therefore, conclusions are brought to improve the use of the institution by Brazilian Judicial Power.

**KEYWORDS:** precedents; empirical study; repetitive lawsuits; Courts.

**SUMÁRIO:** Introdução; 1 Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas; 2 Pressupostos de instauração; 2.1 Tribunal de Justiça de São Paulo; 2.2 Tribunal Regional Federal da 3ª Região; 2.3 Superior Tribunal de Justiça; 3 Legitimidade; 3.1 Tribunal de Justiça de São Paulo; 3.2 Tribunal Regional Federal da 3ª Região; 3.3 Superior Tribunal de Justiça; 4 Amicus Curiae; 4.1 Tribunal de Justiça de São Paulo; 4.2 Tribunal Regional Federal da 3ª Região; 4.3 Superior Tribunal de Justiça; 5 Conclusões; 6 Referências.

## Introdução

Com o incremento do consumo e a pasteurização de muitas relações sociais[1], a repetição percebida nas relações de direito material trouxe reflexos para o processo. Assim, demandas únicas e artesanais são exceção diante da repetição de contratos, padrões de consumo e atos ilícitos em grandes centros urbanos, por exemplo. Diante dessa situação, a resolução de questões repetitivas pode se dar através do processo coletivo[2], quando um representante adequado levará a lide transindividual ao Poder Judiciário para que se alcance a coisa julgada coletiva[3] ou através de técnicas de resolução de demandas repetitivas. Dentre estas, têm-se os recursos extraordinários em sentido *lato* repetitivos e o incidente de resolução de demandas repetitivas (IRDR), que é o objeto do presente estudo.

Por ser tema novo, introduzido no ordenamento jurídico pátrio com o Novo Código de Processo Civil (CPC), optou-se por examinar o instituto a partir de uma análise empírica após dois anos e meio de vigência do novo Código.

O IRDR é tratado a partir de um breve referencial teórico em relação a três pontos de destaque, quais sejam: (i) seus pressu-

1 Sobre o tema, cf. GARCIA, Leonardo de Medeiros. *Consumo sustentável*: a proteção do meio ambiente no Código de Defesa do Consumidor. Salvador: JusPodivm, 2016, *passim*.

2 Essa não foi a opção do CPC, como as razões de veto ao art. 333, que trazia o incidente de coletivização de demandas repetitivas, deixam claro ao determinar que: "Da forma como foi redigido, o dispositivo poderia levar à conversão de ação individual em ação coletiva de maneira pouco criteriosa, inclusive em detrimento do interesse das partes. O tema exige disciplina própria para garantir a plena eficácia do instituto. Além disso, o novo Código já contempla mecanismos para tratar demandas repetitivas. No sentido do veto manifestou-se também a Ordem dos Advogados do Brasil - OAB.". Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2015-mar-17/leia-razoes-sete-vetos-dilma-rousseff-cpc>. Acesso em: 20 de junho de 2018.

3 Sobre o tema, cf. LEONEL, Ricardo de Barros. *Manual do processo coletivo*. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2017, *passim*. Ainda, cf. CABRAL, Antonio do Passo. O novo procedimento-modelo (*Musterverfahren*) alemão: uma alternativa às ações coletivas. *Revista de Processo*, n. 147, ano 32, maio, 2007, "Com efeito, para garantir a efetiva proteção dos direitos transindividuais, os ordenamentos processuais estabeleceram "procedimentos representativos", permitindo que certos sujeitos postulem em nome da coletividade atingida, através da técnica da legitimidade extraordinária. A ela acrescem-se acompanhada de ficções de extensão da coisa julgada aos indivíduos membros da classe que não participaram do julgamento, mas que, por força da lei, vinculam-se ao que foi decidido.", p. 2, versão *online*.

postos de instauração e a suspensão ou não dos processos com a mesma questão de direito; (ii) a legitimidade para a provocação; e, (iii) a participação de *amici curiae* em seu procedimento.

Tais temas foram selecionados em razão do estudo empírico feito do instituto perante o Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo (TJSP), o Tribunal Regional Federal da 3ª Região (TRF3) e o Superior Tribunal de Justiça (STJ). A escolha desses tribunais justifica-se na esfera de atuação regional de seus autores, com algumas questões que chegam ao STJ. Por isso, também, a inclusão desta Corte Superior ao estudo. Entretanto, diante das peculiaridades que o IRDR pode assumir quando no STJ, optou-se por tratar do tema em tópicos separados.

O estudo empírico consistiu na análise das decisões dos tribunais selecionados para traçar parâmetros e padrões quanto aos três temas previamente destacados. Espera-se delinear quais têm sido os legitimados a provocar a instauração do incidente perante esses tribunais, qual tem sido a fundamentação para (in)admissão dos incidentes no que se refere aos conceitos jurídicos indeterminados e se há participação efetiva de *amicus curiae* no procedimento.

A partir das constatações feitas e expostas, espera-se facilitar a prática do operador do direito para visualizar em breves páginas o panorama do IRDR nos tribunais locais de São Paulo e, também, no STJ. A segunda proposta deste trabalho, mais ambiciosa, é trazer conclusões e sugestões na pretensão de incrementar a efetividade desse novo instituto do ordenamento jurídico brasileiro.

## 1. Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas: aspectos introdutórios, conceito e função

Diante da repetição de casos no Poder Judiciário brasileiro[4], bus-

4 Importante pontuar que esse problema não é exclusivo do Brasil. Sobre o tema, cf. NIEVA-FENOLL, Jordi. El modelo anglosajón en las cortes supremas: ¿Solución o elusión del problema de la casación? *Revista de Processo*, vol. 219, ano 2013, p. 185- 204, Maio/2013, "Con todo, hay algo en lo que sin duda coinciden ambos tribunales: los dos tienen un problema con el volumen de asuntos que les llega a su jurisdicción, lo que ha provocado históricamente retrasos de hasta 8

ca-se valorizar precedentes judiciais através de determinação legal[5]. Não é o caso de afirmar que se está caminhando em direção ao sistema da *common law*[6], visto que lá volta-se "[...] ao passado para investigar a existência de algum caso decidido que seja igual ao novo."[7].

O que o ordenamento jurídico nacional tem valorizado são os precedentes construídos através de "[...] julgamento por amostragem, destinados não apenas a repetir decisões do passado, mas a formular no julgamento de caso atual tese de direito que sirva de base para julgamentos futuros."[8]. Assim, o IRDR é um incidente em que determinada questão de direito[9], seja ela de direito material ou processual, será julgada através da técnica de amostragem para que a tese fixada valha para os processos presentes em trâmite e para os processos do porvir[10]. Dessa maneira, a cognição judicial dos casos que contenham questão repetitiva acaba por ser dividida, já que a repetição é resolvida por incidente próprio, o IRDR, e as peculiaridades do caso são anali-

años en el Tribunal Supremo, y de más de 10 en el Tribunal Constitucional. Ambos han ingeniado estrategias para hacer frente a ese volumen de asuntos, o al menos han favorecido que el legislador creara algunas soluciones ciertamente discutibles, en ocasiones.", p. 4, versão *online*.

5 CPC, art. 927.

6 Cf. sobre os esquemas jurídicos o que apontam Teresa Arruda Alvim e Bruno Dantas que: "O fato é que há uma tendência mundial de ruptura dos esquemas jurídicos clássicos.". (ARRUDA ALVIM; DANTAS, 2016, p. 320).

7 THEODORO JR., 2016, p. 454.

8 THEODORO JR., 2016, p. 455.

9 O IRDR retoma antigo debate acerca da distinção entre questões de fato e de direito. Acerca do que seja "questão de direito", afirma Sofia Temer (2016, p. 69) que: "Não se analisam questões de fato e questões de direito heterogêneas, o que impede que se possa falar em julgamento da demanda, que depende necessariamente da análise da causa de pedir e do pedido."

10 Sobre o tema, cf. CABRAL, Antonio do Passo. O novo procedimento-modelo (*Musterverfabren*) alemão: uma alternativa às ações coletivas. *Revista de Processo*, n. 147, ano 32, maio, 2007, "É a idéia de resolver coletivamente questões comuns a inúmeros processos em que se discutam *pretensões isomórficas*, evitando-se os problemas de mecanismos representativos de tutela coletiva como a legitimidade extraordinária e as ficções de extensão da coisa julgada.", p. 4, versão *online*.

sadas pelo magistrado da causa[11]. Entretanto, destaca-se que tal conclusão não é retirada com facilidade do texto legal. Sobre o tema, aponta Sofia Temer:

> Diverge-se sobre a circunstância de haver, em razão do incidente, uma cisão cognitiva e decisória, ou não. Discute-se se o IRDR leva ao julgamento da demanda (pretensão) ou se apenas fixa tese jurídica, sem resolver a "lide". Permeia tal discussão a referência aos modelos da "causa-piloto" e do "procedimento-modelo", empregados para identificar a unidade cognitiva e decisória ou sua cisão, respectivamente.[12]

Partindo da premissa de que se trata de técnica de procedimento-modelo[13], pretende-se fixar tese jurídica que valerá para processos no presente e no futuro. Por ter o presente estudo foco predominantemente empírico, separam-se alguns pontos de análise em relação ao procedimento do IRDR em três tribunais. Inicia-se por seus pressupostos de instauração.

## 2. Pressupostos de instauração

Traçadas breves linhas introdutórias acerca do IRDR, convém destacar alguns pontos acerca de seus pressupostos de instauração, que devem estar presentes concomitantemente para a admissão do respectivo incidente.

Os pressupostos podem ser divididos em positivos e negativos de acordo com a lei[14]. Quantos aos positivos, o art. 976 do CPC

11 Ao falar sobre o procedimento-modelo na Alemanha, CABRAL, Antonio do Passo. O novo procedimento-modelo (*Musterverfahren*) alemão: uma alternativa às ações coletivas. *Revista de Processo*, n. 147, ano 32, maio, 2007, p. 3-4, versão *online*.

12 TEMER, 2016, p. 66.

13 Sequer a desistência impede o exame da tese, nos termos do art. 976, §1º, CPC: "A desistência ou o abandono do processo não impede o exame de mérito do incidente."

14 CAVALCANTI, 2016.

prevê: (i) a efetiva repetição de processos que contenham controvérsia sobre a mesma questão unicamente de direito; e (ii) o risco de ofensa à isonomia e à segurança jurídica. Em relação ao pressuposto negativo, há a exigência legal (CPC, art. 976, §4º) de que não tenha sido afetado recurso para definição de tese sobre questão de direito material ou processual repetitiva.

O estudo dos pressupostos de instauração apresenta-se como elemento essencial para o entendimento dos limites e das possibilidades do IRDR sob uma perspectiva empírica[15]. Assim, passa-se a analisar cada um dos pressupostos listados.

O primeiro pressuposto positivo de instauração, qual seja, a *efetiva repetição de processos*, está previsto no art. 976, I, CPC, nos seguintes termos: "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".

Deve-se observar que o legislador destaca a necessidade da *efetiva* repetição de processos, afastando a possibilidade de instalação do incidente com natureza preventiva. Em outras palavras, ao exigir a existência de considerável número de processos como pressuposto de instauração, o CPC impossibilita a instauração do incidente a fim de sanar eventual divergência jurisprudencial ou de impedir a multiplicação[16] de processos[17].

No que tange à configuração do que seja efetivamente a repetição, ressalta-se que a lei não fixa número mínimo de processos para a sua verificação. Nesta perspectiva, o que se exige é a existência de número hábil a tornar conveniente a utilização do inci-

15 SILVA, 2017.

16 Para este objetivo, tem-se o instituto do incidente de assunção de competência (IAC) previsto no art. 947, CPC. Sobre o tema, cf. LEMOS, 2018.

17 SILVA, 2017.

dente[18]. Sobre o tema, o Enunciado n. 87 do Fórum Permanente de Processualistas Civis (FPPC) dispõe que "a instauração do incidente de resolução de demandas repetitivas não pressupõe a existência de grande quantidade de processos versando sobre a mesma questão, mas preponderantemente o risco de quebra da isonomia e de ofensa à segurança jurídica"[19].

A *contrario sensu*, eventual instauração prematura do IRDR poderia acarretar sucessivas revisões da tese fixada através do incidente, implicando em nova violação da isonomia e da segurança jurídica, desvirtuando, assim, a *mens legis* do instituto. A ideia é que a questão já tenha sido amadurecida através dos sucessivos debates nas instâncias inferiores e, por vezes, já nas superiores. Tal requisito, no direito estadunidense, é conhecido como *percolation*[20] e funciona como um dos parâmetros de admissão do *writ of certiorari*[21].

Assim, objetiva-se apresentar, na análise empírica feita no presente estudo, o que tem sido considerado como efetiva repetição para fins de (in)admissão do IRDR nos tribunais analisados.

Ainda sobre o primeiro pressuposto para admissão do IRDR, o inciso I do art. 976, CPC, exige que a controvérsia acerca da questão repetitiva seja *unicamente de direito* para o cabimento do incidente objeto deste estudo[22]. Deste modo, depreende-se que pelo regime adotado pelo Código, a identidade de questão

18 CAVALCANTI, 2016.

19 Enunciados do fórum permanente de processualistas civis. Florianópolis, 2017.

20 "Justices like the smell of well-percolated cases. A case that has not percolated through various courts will usually be considered uncertworthy. The concept is one well known in jurisprudence. The Supreme Court exists primarily to clarify the law. Once it speaks, however, its interpretation is final, so justices want to make sure that when they do speak, they can do so as intelligently as possible.", p. 230-231. PERRY JR., H. W. *Deciding to decide*: *agenda setting in the United States Supreme Court.* Cambridge: Harvard University Press, 1994.

21 Sobre o *writ of certiorari*, cf. ALMEIDA, 2017, p. 483-515.

22 MENDES, 2017, p. 111-113.

unicamente fática não ensejará a instauração do incidente[23]. Sobre o tema, ensina Humberto Theodoro Jr.:

> O exame dos diversos feitos, em suas peculiaridades fático-jurídicas continuará a ser realizado, caso a caso, de modo que o julgamento de cada um deles, mesmo aplicando a tese de direito uniformizada através da solução do recurso paradigma, poderá chegar a resultado concreto diverso daquele onde a tese de direito se estabeleceu.
>
> Justamente porque no decisório por amostragem não entra em cogitação a questão fático-jurídica própria de cada uma das diversas causas similares, mas apenas a interpretação que se deva dar à norma jurídica aplicável a todas e a cada uma delas, sem perder de vista as peculiaridades que as individualizam.[24]

Embora esteja delimitado como objeto do incidente questões unicamente de direito, não se limita a controvérsia a questões exclusivamente de natureza material ou processual. Assim, não havendo limitação legal quanto às questões de direito que podem ser suscitadas, as duas possibilidades são admitidas[25]. Não obstante, também não há limitação no que tange à reunião de

23 Acerca da diferenciação entre questão de direito e questão de fato, cf. MARINONI, Luiz Guilherme. *Incidente de resolução de demandas repetitivas*: decisão de questão idêntica x precedente. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016. "O incidente supõe a individualização ou o isolamento de uma questão de direito que embora possa estar claramente apoiada em fatos, não pode exigir investigação probatória. Fatos incontroversos abrem oportunidade para o surgimento de uma mesma questão de direito. Mas há situação distinta quando, para a solução de uma questão jurídica, fatos devem ser elucidados. O art. 976, ao falar em questão unicamente de direito, está aberto à solução de questões de direito fundadas em fatos incontroversos, mas rejeita as questões que exigem produção de prova. Portanto, há "questão unicamente de direito", para efeito de incidente de resolução, quando a questão reclama mera interpretação de norma ou solução jurídica com base em substrato fático incontroverso. Assim, por exemplo, o incidente pode ser instaurado quando se discute a respeito da legalidade de um ato ou quando se indaga sobre a responsabilidade de uma empresa em vista da prática de fatos sobre os quais não pende controvérsia.". / MEDINA, José Miguel Garcia. *Novo Código de Processo Civil comentado* [livro eletrônico]: com remissões e notas comparativas ao CPC/73. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016.

24 THEODORO JR., 2016, p. 457.

25 Neste sentido, o Enunciado n. 327 do FPPC dispõe que: "Os precedentes vinculantes podem ter por objeto questão de direito material ou processual". Enunciados do fórum permanente de processualistas civis, 2017.

mais de uma questão de direito no incidente[26] | [27]. Por fim, acerca da organização para julgamento dos incidentes, Aluisio Gonçalves de Castro Mendes explica:

> Parece ser possível também, a título de técnica aplicável, a utilização de subclasses, como praticado no direito coletivo norte-americano. Desse modo, se há questões comuns relacionadas, mas que podem ser metodologicamente separadas, com o objetivo de facilitar o julgamento do incidente ou dos processos pendentes, realiza-se a divisão das questões em subgrupos, o que pode contribuir também para a melhor delimitação das teses e a posterior aplicação aos casos concretos, nos processos suspensos.[28]

O segundo pressuposto positivo para admissão do IRDR, qual seja, o *risco de ofensa à isonomia e à segurança jurídica,* está previsto no art. 976, II, CPC. Esse risco mencionado pelo legislador processual pode ser caracterizado pela existência de diversos processos em tramitação perante órgãos judiciais, potencializando o risco de decisões conflitantes, e oportunizando-se, assim, a possibilidade de quebra da isonomia[29] e da segurança jurídica[30].

A isonomia tem seu rompimento verificado através de decisões divergentes acerca de uma mesma situação fática[31], o que, consequentemente, compromete a segurança jurídica, prejudicando o grau de previsibilidade e de confiança da população na Justiça[32].

26 SILVA, 2017.

27 Acerca do tema, Enunciado n. 88 do FPPC: "Não existe limitação de matérias de direito passíveis de gerar a instauração do incidente de resolução de demandas repetitivas e, por isso, não é admissível qualquer interpretação que, por tal fundamento, restrinja seu cabimento". Enunciados do fórum permanente de processualistas civis. Florianópolis, 2017.

28 MENDES, 2017, p. 113.

29 BANDEIRA DE MELLO, 2017, p. 45: "O que se encarece, neste passo, é que a isonomia se consagra como o maior dos princípios garantidores dos direitos individuais".

30 Nesse sentido, cf. LEONEL, Ricardo de Barros, 2012. v.1. p. 173-185.

31 DANTAS, 2016, *livro eletrônico*.

32 Sobre o índice de confiança da população nas instituições, cf. pesquisa realizada pela

O pressuposto negativo consiste na *não afetação de questão jurídica em recurso especial ou extraordinário repetitivo*, conforme dispõe o diploma processual civil, em seu artigo 976, §4º[33]. Tal pressuposto justifica-se no fato de que qualquer tribunal de 2ª instância pode admitir IRDR, o que geraria risco de decisões conflitantes entre os tribunais. Uma vez admitido o repetitivo no tribunal superior, a decisão valerá para todo o território nacional, dispensando a necessidade de resolução de questões repetitivas de forma segmentada em cada tribunal local.

Assim, quando da instauração do IRDR, a não verificação simultânea dos pressupostos de admissibilidade acarretará na inadmissão do incidente[34].

Feitas essas breves considerações teóricas acerca dos pressupostos de instauração do IRDR, passa-se a apresentar os dados coletados nos tribunais analisados.

## 2.1. Tribunal de Justiça de São Paulo

Destaca-se que na Corte Paulista, apenas os incidentes admitidos foram objeto da presente análise, uma vez que o sítio eletrônico do Tribunal não disponibiliza os incidentes não admitidos. O pressuposto da *efetiva repetição de processos*, que contenham controvérsia sobre a mesma questão unicamente de direito, traz grande carga de indefinição ao se analisar os incidentes já admitidos. Tal indefinição tem origem na falta de determinação legal, como já

Fundação Getúlio Vargas. Disponível em: <https://portal.fgv.br/noticias/icjbrasil-2017-confianca-populacao-instituicoes-cai>. Acesso em: 17 de junho de 2018.

33 CPC, 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."

34 Conquanto, essa inadmissibilidade inicial não obsta nova propositura do incidente suscitado, ainda que no mesmo processo, após a satisfação dos requisitos legais.

apontada, pelo CPC. O que se nota ao analisar os vinte e dois incidentes já admitidos atualmente pelo TJSP é que as Turmas[35] preferem não precisar a quantidade limite para admissão do incidente, utilizando-se de termos genéricos como "inúmeros", "expressiva quantidade" e "pluralidade", que mantêm os parâmetros do Tribunal flexíveis. Assim, a prática até o momento não delimita os conceitos abertos trazidos pelo legislador de 2015.

Chamam a atenção dois incidentes analisados de relatoria do Desembargador Torres de Carvalho[36] em que se admitiu a possibilidade de repetição no futuro como pressuposto suficiente para admissão do IRDR. De outro modo, não seria necessária a repetição atual, bastando a possibilidade de esta vir a existir[37]. Tal entendimento pode gerar uma aproximação entre dois institutos diferentes, o IRDR e o Incidente de Assunção de Competência (IAC), o que claramente não era o objetivo do legislador de 2015 ao criar esses dois institutos.

Indo de encontro a esse entendimento e seguindo o quanto dispõe o CPC, no IRDR n. 0025690-41.2017.8.26.0000[38], cita-se

35 O Regimento Interno do TJSP ao regulamentar o instituto atribui a competência para processar e julgar os IRDR´s entre o Órgão Especial e as Turmas Especiais, a depender da matéria (RITJSP, art. 13, I, 'm' e 32, I).

36 TJ-SP 0026150-28.2017.8.26.0000, Relator: Torres de Carvalho, Data de admissibilidade: 15/12/2017, Turma Especial - Público; TJ-SP 0037860-45.2017.8.26.0000, Relator: Torres de Carvalho, Data de admissibilidade: 15/12/2017, Turma Especial - Público.

37 Argumentação utilizada pelo referido relator: "IRDR. Repetição de demandas. A Turma Especial debruçou-se sobre o requisito de 'repetição' em casos anteriores, sem chegar a uma conclusão; sabe-se apenas, de acordo com trabalhos doutrinários e com a discussão havida, que a lei não estabelece um número mínimo de demandas. A 'repetição de processos' não se refere apenas às demandas propostas, mas também às demandas potenciais ou futuras, assim como a 'controvérsia' refere-se ao momento presente e ao momento futuro, ao que acontece hoje e pode acontecer amanhã não só nos processos ou nos fóruns, mas no dia a dia da sociedade; não casos particulares, isolados, de rara ocorrência, mas controvérsias com o potencial de repetição. É por isso que tenho adotado uma visão mais flexível, ampliada, dos requisitos do inciso I". TJ-SP 0026150-28.2017.8.26.0000, Relator: Torres de Carvalho, Data de admissibilidade: 15/12/2017, Turma Especial - Público; TJ-SP 0037860-45.2017.8.26.0000, Relator: Torres de Carvalho, Data de admissibilidade: 15/12/2017, Turma Especial – Público.

38 TJ-SP 0025690-41.2017.8.26.0000, Relator: Flora Maria Nesi Tossi Silva, Data de admissão:

Humberto Theodoro Júnior para determinar a função repressiva do IRDR, não preventiva, exigindo-se pluralidade atual de processos para admissão do incidente.

Em alguns incidentes analisados[39], grande relevância foi conferida ao requisito do *risco à isonomia e à segurança jurídica*, sendo considerado suficiente para perfazer o pressuposto da efetiva repetição, por considerarem ambos os pressupostos extremamente interligados e, assim, admitir os incidentes mencionados.

Neste sentido é o enunciado n. 87 do FPPC, citado inclusive em alguns dos acórdãos mencionados[40], com a seguinte redação: "A instauração do incidente de resolução de demandas repetitivas não pressupõe a existência de grande quantidade de processos versando sobre a mesma questão, mas preponderantemente o risco de quebra da isonomia e de ofensa à segurança jurídica."[41].

15/09/2017, Turma Especial - Público. A obra citada do autor é: *Curso de direito processual civil*: teoria geral do direito processual civil, processo de conhecimento e procedimento comum. V. III. 47. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016, p. 914.

39 TJ-SP 0055880-21.2016.8.26.0000, Relator: Jarbas Gomes, Data de admissão: 02/12/2016, Turma Especial - Público; TJ-SP 0056229-24.2016.8.26.0000, Relator: Moreira de Carvalho, Data de admissão: 10/02/2017, Turma Especial - Público; TJ-SP 0034345-02.2017.8.26.0000, Relator: Paulo Barcellos Gatti, Data de admissão: 04/08/2017, Turma Especial - Público; TJ-SP 0036675-69.2017.8.26.0000, Relator: Jarbas Gomes, Data de admissão: 15/02/2017, Turma Especial - Público.

40 "Registre-se, ainda, o enunciado interpretativo obtido no Fórum Permanente de Processualistas Civis, nº 87: Enunciado n.º 87: A instauração do incidente de resolução de demandas repetitivas não pressupõe a existência de grande quantidade de processos versando sobre a mesma questão, mas preponderantemente o risco de quebra da isonomia e de ofensa à segurança jurídica."; "Sobre o tema, veja-se o Enunciado n. 87, aprovado no I Encontro do Fórum Permanente de Processualistas Civis: Enunciado nº 87. (art. 976, II) A instauração do incidente de resolução de demandas repetitivas não pressupõe a existência de grande quantidade de processos versando sobre a mesma questão, mas preponderantemente o risco de quebra da isonomia e de ofensa à segurança jurídica.(Grupo:Recursos Extraordinários e Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas). In casu, respeitado entendimento contrário, observa-se existir grave insegurança jurídica, porquanto não raro são encontradas decisões conflitantes proferidas por esta C. Corte de Justiça.Com efeito, é possível observar que não há uma unanimidade entre as diversas Câmaras de Direito Público deste E. Tribunal de Justiça [...]". TJ-SP 0034345-02.2017.8.26.0000, Relator: Paulo Barcellos Gatti, Data de Julgamento: 04/08/2017, Turma Especial - Público, Data de Publicação: 09/08/2017; TJ-SP 0055880-21.2016.8.26.0000, Relator: Jarbas Gomes, Data de admissão: 02/12/2016, Turma Especial - Público.

41 Grifo nosso.

Além disso, o requisito da quebra da isonomia que gera risco à segurança jurídica estaria presente na divergência interna no próprio tribunal[42]. Contudo, em um caso específico[43], destacou o relator, vencido, que, naquele caso, não haveria divergência "razoável" no Tribunal, a qual não chegava a ultrapassar dez magistrados.

Em um IRDR[44] suscitado por magistrado, discutiu-se a legitimidade deste para provocar a instauração do incidente quando não houvesse processo em trâmite perante o tribunal. O debate origina-se do quanto previsto no art. 977, I, CPC, que confere legitimidade ao juiz para pedir a instauração do incidente em estudo, e no art. 978, parágrafo único, CPC, que determina 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."[45]. Do acórdão, extrai-se:

> A lei não é clara e permite três leituras: uma, com resposta positiva a partir do art. 977, I, pois apenas em processo no primeiro grau pode o incidente ser arguido pelo juiz ('pelo juiz ou pelo relator, por ofício'); outra, com resposta negativa a partir do art. 978, § único, pois cabe ao órgão competente julgar 'o recurso, a remessa necessária ou o processo de competência originária de onde se originou o incidente', sem mencionar a prolação de sentença; outra ainda, da leitura conjunta dos dois dispositivos,com resposta positiva, mas com uma diferença: o órgão competente aprecia o incidente e fixa a tese jurídica (art. 978, § único), mas devolve o processo ao primeiro grau para que o juiz, cuja competência foi preservada, prossiga no

42 TJ-SP 0038758-92.2016.8.26.0000, Relator: Coimbra Schmidt, Data de admissão: 26/08/2016, Turma Especial - Público; TJ-SP 0036675-69.2017.8.26.0000, Relator: Jarbas Gomes, Data de admissão: 15/02/2017, Turma Especial - Público.

43 TJ-SP 0055880-21.2016.8.26.0000, Relator: Jarbas Gomes, Data de admissão: 02/12/2016, Turma Especial - Público.

44 TJ-SP 0037860-45.2017.8.26.0000, Relator: Torres de Carvalho, Data de admissão: 15/12/2017, Turma Especial - Público.

45 Grifo nosso.

> julgamento e aplique, nos termos do art. 985, a tese fixada, a molde da antiga uniformização de jurisprudência.[46]

Nesse caso, adotou-se a terceira corrente apontada diante da preocupação em uniformizar a jurisprudência no caso que tratava da competência para julgamento dos feitos na hipótese de litisconsórcio ativo facultativo, cujo valor da causa tomado individualmente não ultrapassasse o teto legal de sessenta salários mínimos do Juizado Especial da Fazenda Pública.

Acerca da mesma polêmica, qual seja, da (des)necessidade da pendência de processo no tribunal, tem-se outro IRDR[47], em que foram citados, inclusive, enunciados nos dois sentidos: de um lado o Enunciado n. 22 da Escola Nacional de Formação e Aperfeiçoamento de Magistrados[48], pela desnecessidade de existir processo pendente no Tribunal; e do outro, Enunciado n. 344 do FPPC[49], condicionando o IRDR à existência de processo tramitando no Tribunal. A relatora, vencida, se filiou à segunda corrente, pela qual é necessário existir processo pendente no Tribunal[50].

Quanto à suspensão dos processos pendentes que discutam a mesma questão de direito objeto do incidente, conforme previ-

46 TJ-SP 0037860-45.2017.8.26.0000, Relator: Torres de Carvalho, Data de admissão: 15/12/2017, Turma Especial - Público.

47 TJ-SP 0025690-41.2017.8.26.0000, Relator: Flora Maria Nesi Tossi Silva, Data de admissão: 15/09/2017, Turma Especial – Público.

48 Redação do Enunciado mencionado: "A instauração do IRDR não pressupõe a existência de processo pendente no respectivo tribunal.".

49 Redação do Enunciado mencionado: "A instauração do incidente pressupõe a existência de processo pendente no respectivo tribunal.".

50 Sobre o tema, convém destacar o trecho de Marcos de Araújo Cavalcanti (2016): "A legitimidade do juiz foi restabelecida no texto final do CPC talvez pela ideia inicial de se excluir a necessidade de pendência de causa no tribunal como pressuposto para instauração e julgamento do IRDR [...]. Esta ideia, como se viu, não vingará, tendo em vista que outros dispositivos fazem exigência expressa de recurso, remessa necessária ou processo de competência originária como pressuposto para instauração e julgamento do IRDR. De todo modo, deve ser elogiada a possibilidade de o juiz suscitar a instauração do IRDR, já que a primeira instância é a principal porta de entrada das demandas repetitivas no Poder Judiciário."

são do artigo 982, I, CPC, há ampla aplicação no âmbito do TJSP. Entretanto, há exceções a essa regra procedimental.

A fundamentação para deixar de utilizar a suspensão na jurisdição do tribunal foram diversas. Em relação ao IRDR que examina a competência para julgamento dos feitos na hipótese de litisconsórcio ativo facultativo cujo valor da causa tomado individualmente não ultrapasse o teto legal de sessenta salários mínimos do Juizado Especial da Fazenda Pública, foi determinada a não suspensão, pelo fundamento de que: "[...] a paralisação das demandas por tempo prolongado implicará em ônus desnecessário às partes, anotando que as decisões de um ou de outro juízo são válidas até que definida a questão"[51].

Em outro incidente versando sobre adicional aos servidores militares, o fundamento foi a desnecessidade em razão da divergência se resumir a uma das Câmaras da Seção de Direito Público[52]. Houve mais um caso, versando sobre a determinação da base de cálculo o Imposto de Transmissão de Bem Imóvel, pautou-se no entendimento visando "(...) que não se vede o acesso à jurisdição ante a rapidez com que os negócios imobiliários se realizam.[53]".

## 2.2. Tribunal Regional Federal da 3ª Região

Para tratar dos pressupostos de instauração no TRF3, é importante destacar alguns breves pontos do regimento interno desta Corte. O IRDR é encaminhado para julgamento de acordo com a

51 TJ-SP- Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas: SP 0037860-45.2017.8.26.0000, Relator: Torres de Carvalho, Data de Julgamento: 15/12/2017, Turma Especial - Público, Data de Publicação: 16/12/2017.

52 TJ-SP - Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas: SP 2151535-83.2016.8.26.0000, Relator: Moreira de Carvalho, Data de Julgamento: 11/11/2016, Turma Especial - Público, Data de Publicação: 30/11/2016.

53 TJ-SP - Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas: SP 2243516-62.2017.8.26.0000, Relator: Torres de Carvalho, Data de Julgamento: 13/04/2018, Turma Especial - Público, Data de Publicação: 03/05/2018.

matéria versada[54]. O tribunal é composto por quatro seções que, quando julgam algum incidente, são presididas pelo vice-presidente do tribunal[55]. No entanto, quando houver matéria comum entre as seções do tribunal, a demanda será direcionada ao órgão especial, que é coordenado pelo presidente[56].

De cinco incidentes analisados, quatro não foram admitidos por diferentes motivos, que passam a ser expostos. Neste tribunal, todos os incidentes foram analisados, admitidos ou não.

O primeiro incidente analisado[57] não foi admitido, pois o processo em que suscitado já havia sido julgado. Assim, com base no art. 978, parágrafo único, CPC, inadmitiu-se o incidente em questão[58]. Interessante destacar que o processo julgado versava sobre matéria penal. Embora destacada a necessidade de realização de debates quanto ao cabimento de IRDR nessa seara, o incidente foi inadmitido em razão do julgamento do recurso em que suscitado.

Na mesma toada, inadmitiu-se outro IRDR em matéria cível[59], uma vez que os processos já transitaram em julgado, não servin-

54 Regimento Interno TRF3, 2017. Art. 12. *Compete às Seções processar e julgar: VIII – os incidentes de resolução de demandas repetitivas, no âmbito das respectivas áreas de especialização.*

55 Regimento Interno TRF3, 2017. Art. 2º. *O Tribunal funciona: § 3º - Há, no Tribunal, quatro Seções, integradas, cada uma, pelos componentes das Turmas das respectivas áreas de especialização (arts. 8º e 10). As Seções são presididas pelo Vice-Presidente.*

56 Regimento Interno TRF3, 2017. Art. 11. *Compete: Parágrafo único - Compete, ainda, ao Órgão Especial processar e julgar: k) os incidentes de resolução de demandas repetitivas quando a matéria for comum a mais de uma Seção.*

57 TRF 3ª Região, QUARTA SEÇÃO, INCRESDEMR - INCIDENTE DE RESOLUÇÃO DE DEMANDAS REPETITIVAS - 13 - 0003361-10.2017.4.03.0000, Rel. DESEMBARGADOR FEDERAL PAULO FONTES, julgado em 19/10/2017, e-DJF3 Judicial 1 DATA:27/10/2017.

58 CPC, 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."

59 TRF 3ª Região, PRIMEIRA SEÇÃO, INCRESDEMR - INCIDENTE DE RESOLUÇÃO DE DEMANDAS REPETITIVAS - 4 - 0013662-50.2016.4.03.0000, Rel. DESEMBARGADOR FEDERAL COTRIM GUIMARÃES, julgado em 03/08/2017, e-DJF3 Judicial 1 DATA:17/08/2017.

do o instituto de resolução de demandas repetitivas como sucedâneo rescisório[60]. Vale destacar, em relação aos pressupostos de admissão do IRDR que, no voto vista, o Desembargador Wilson Zauhy discordou do relator do caso em relação à quantidade de processos para configurar a efetiva repetição de processos, nos seguintes termos:

> De início, não vejo óbice ao conhecimento deste incidente o fato de terem os requerentes indicado apenas três processos nos quais se vislumbre controvérsia sobre a mesma questão de direito, haja vista que o artigo 976 do Código de Processo Civil/2015 não condiciona a instauração do incidente à existência de determinado número de processos, bastante a verificação do efetivo debate sobre determinada questão jurídica.

Entretanto, houve concordância da Seção em relação à impossibilidade do uso do IRDR como sucedâneo rescisório, motivo pelo qual o incidente em questão foi inadmitido.

No incidente suscitado no processo de n. 0004063-53.2017.4.03.0000[61], buscava-se a fixação de tese acerca de matéria previdenciária. Entendeu a Corte Federal que a matéria tratada no caso não era unicamente de direito, uma vez que demandava análise do conjunto probatório. Assim, o incidente não foi admitido.

60 Ponto II da ementa do julgado: "II - O incidente de resolução de demandas repetitivas não pode ser utilizado como sucedâneo da ação rescisória ou para a exclusiva satisfação de pretensão pessoal, referente a caso específico, uma vez que o inciso I do artigo 976 do Código de Processo Civil requer a existência de efetiva repetição de processos que contenham a mesma questão unicamente de direito.".

61 TRF 3ª Região, TERCEIRA SEÇÃO, IncResDemR - INCIDENTE DE RESOLUÇÃO DE DEMANDAS REPETITIVAS - 14 - 0004063-53.2017.4.03.0000, Rel. DESEMBARGADOR FEDERAL BAPTISTA PEREIRA, julgado em 10/05/2018, e-DJF3 Judicial 1 DATA:18/05/2018. "Nas causas que versam sobre benefícios por incapacidade, a análise do preenchimento do requisitos, inclusive no que diz respeito à manutenção da qualidade de segurado, no caso em que o trabalhador deixa de contribuir em razão da eclosão de moléstia incapacitante em momento anterior à eventual perda daquela condição, impõe o exame do conjunto probatório carreado aos autos, bem como a análise da efetiva incapacidade para o desempenho de atividade profissional, levando-se em consideração as suas condições pessoais, tais como aptidões, habilidades, grau de instrução e limitações físicas."

Abordou-se matéria criminal em mais um IRDR[62], que também não foi admitido. Entretanto, novo fundamento foi aventado para inadmitir o incidente:

> O Código de Processo Civil pode ser aplicado subsidiariamente ao processo penal, por força do que dispõe o art. 3º do Código de Processo Penal: "Art. 3º A lei processual penal admitirá interpretação extensiva e aplicação analógica, bem como o suplemento dos princípios gerais do direito".
>
> No entanto, o incidente de resolução de demandas repetitivas, recente instituído no âmbito do processo civil, não se mostra compatível com o processo penal.
>
> Nos termos do artigo 982, I, do Código de Processo Civil de 2015, a admissão do incidente determina a suspensão dos feitos pendentes, consequência que é incompatível com os processos criminais, pois tal providência, por não se encontrar prevista na lei penal como causa interruptiva da fluência do prazo prescricional, poderá ocasionar a extinção da punibilidade em diversos feitos.
>
> Não se pode olvidar, ainda, que em diversos processos criminais há, por estarem presentes os pressupostos legais, réus ou investigados presos cautelarmente, situação que não pode, também, admitir a simples suspensão do feito.[63]

Foi analisada, também, a decisão em um agravo regimental[64] interposto pela parte depois do indeferimento do IRDR versando

62 TRF 3ª Região, QUARTA SEÇÃO, INCRESDEMR - INCIDENTE DE RESOLUÇÃO DE DEMANDAS REPETITIVAS - 5 - 0016124-77.2016.4.03.0000, Rel. DESEMBARGADOR FEDERAL MAURICIO KATO, julgado em 20/04/2017, e-DJF3 Judicial 1 DATA:05/05/2017.

63 Trecho retirado do inteiro teor. TRF 3ª Região, QUARTA SEÇÃO, INCRESDEMR - INCIDENTE DE RESOLUÇÃO DE DEMANDAS REPETITIVAS - 5 - 0016124-77.2016.4.03.0000, Rel. DESEMBARGADOR FEDERAL MAURICIO KATO, julgado em 20/04/2017, e-DJF3 Judicial 1 DATA:05/05/2017.

64 TRF 3ª Região, TERCEIRA SEÇÃO, IncResDemR - INCIDENTE DE RESOLUÇÃO DE DEMANDAS REPETITIVAS - 9 - 0000097-82.2017.4.03.0000, Rel. DESEMBARGADORA FEDERAL ANA PEZARINI, julgado em 14/06/2018, e-DJF3 Judicial 1 DATA:26/06/2018, "Em substância: malgrado a pouca transparência da irresignação, ressai a ausência de qualquer enfrentamento à motivação do provimento jurisdicional recorrido, sendo factível extrair, apenas, a intenção do pretendente em angariar o próprio bem da vida a que acredita fazer jus, é falar, a outorga de aposentadoria por idade (na modalidade mista), tudo a empecer o processamento da insurgência recursal."

sobre matéria de direito previdenciário. Convém destacar que a desembargadora relatora seguiu a recomendação ministerial de envio de ofício à Ordem dos Advogados do Brasil (OAB) em razão da atecnia do advogado diante de sua atuação naquele IRDR.

O único incidente admitido versa sobre desconsideração da personalidade jurídica na execução fiscal[65]. O incidente foi admitido com base na repetição de processos que geram risco à segurança jurídica e quebra de isonomia. Para demonstrar a repetição, uma dezena de processos foram mencionados no voto. Deu-se a suspensão dos processos pendentes que versam sobre a mesma questão de direito.

## 2.3. Superior Tribunal de Justiça

Acerca do IRDR no STJ, antes de tratar do IRDR em si e sua análise empírica, convém traçar algumas linhas da causa da existência de certa polêmica no que se refere à aplicação do incidente neste Tribunal, que é uma Corte de Vértice, no sentido de que menos importa o *ius litigatoris* e mais o *ius constitutionis*. Ou seja, este tribunal não é uma "terceira instância"[66]. O STJ exerce função uniformizadora em relação à aplicação da legislação infraconstitucional no Brasil. Sobre essa função, explicam Teresa Arruda Alvim e Bruno Dantas:

> Essa função orienta-se à conformação da manutenção de forma sistemática do direito e à garantia do respeito aos princípios da igualdade perante a lei e da legalidade. Em outras palavras, busca-se que haja uniformidade na aplicação e interpretação das regras e princípios jurídicos em todo o território submetido à sua vigência[67].

65 TRF 3ª Região, ORGÃO ESPECIAL, INCRESDEMR - INCIDENTE DE RESOLUÇÃO DE DEMANDAS REPETITIVAS - 6 - 0017610-97.2016.4.03.0000, Rel. DESEMBARGADOR FEDERAL BAPTISTA PEREIRA, julgado em 08/02/2017, e-DJF3 Judicial 1 DATA:14/02/2017.

66 ARRUDA ALVIM; DANTAS, 2016, p. 310-311.

67 ARRUDA ALVIM; DANTAS, 2016, p. 311.

Em razão disso, existem polêmicas acerca da possibilidade ou não de o IRDR ter início nesta Corte[68], por exemplo. Sobre o tema, afirma Marcos de Araújo Cavalcanti que: "[..] o IRDR somente pode ser suscitado perante Tribunal de Justiça ou Tribunal Regional Federal. Nesse sentido, o Enunciado 343 do Fórum Permanente de Processualistas Civis: [...]."[69]. Assim, seguindo essa linha, o IRDR não tem início nos tribunais superiores, salvo em casos de competência originária[70], mas pode lá chegar através da interposição de recursos extraordinários em sentido *lato*[71].

Destaca-se que o objetivo do presente estudo não é se debruçar sobre os aspectos doutrinários e legais para apontar saídas a tais controvérsias. Pretende-se, apenas, delinear, dentre os incidentes em trâmite na Corte, seus aspectos práticos.

Assim, estabelecidos esses breves esclarecimentos acerca das peculiaridades do STJ em relação aos tribunais locais analisados, passa-se a traçar algumas observações pertinentes acerca do que determina o seu regimento interno em relação ao IRDR e precedentes em geral. Criou-se a Comissão Gestora de Precedentes[72], que é uma comissão permanente e por sua natureza segue dispositivos próprios elencados no regimento interno do STJ (RISTJ).

68 STJ, Pet. n. 11838/MS (2016/0330305-6), autuado em 14 de dezembro de 2016.

69 CAVALCANTI, 2016.

70 MENDES, 2017, p. 140-141.

71 Sobre o tema, cf. BECKER, Rodrigo; TRIGUEIRO, Victor. *O IRDR no Superior Tribunal de Justiça*: STJ, em causa de competência originária (conflito de competência), por decisão monocrática, permitiu a aplicação da sistemática do IRDR diretamente na Corte. JOTA UOL. Disponível em: <https://jota.info/colunas/coluna-cpc-nos-tribunais/cpc-nos-tribunais-o-irdr-no-superior-tribunal-de-justica-10112016>. Acesso em 25 de junho de 2018.

72 Comissão essa criada pela emenda regimental n. 26 de 2016, "Com a finalidade de padronizar os procedimentos administrativos decorrentes do julgamento de casos repetitivos e de incidente de assunção de competência, previstos no Código de Processo Civil de 2015, no âmbito do Superior Tribunal de Justiça, foi criada a Comissão Gestora de Precedentes, por meio da Emenda Regimental n. 26 de 13 de dezembro de 2016. Acesso através do link "leis e normas".". Disponível em: <http://www.stj.jus.br/sites/STJ/default/pt_BR/Processos/Repetitivos-e-IAC/Saiba-mais/Comiss%C3%A3o-de-Ministros>. Acesso em 26 de junho de 2018.

Sua atuação envolve, por exemplo, a supervisão do Núcleo de Precedentes no que se refere à gestão de casos repetitivos e a identificação de matérias "[...] com potencial de repetitividade ou com relevante questão de direito, de grande repercussão social, aptas a serem submetidas ao Superior Tribunal de Justiça sob a sistemática dos recursos repetitivos e da assunção de competência.", nos termos do art. 46-A do RISTJ. Essa breve exposição faz-se relevante pois o STJ permite que o Ministro presidente da referida comissão decida, monocraticamente, acerca das suspensões dos processos em âmbito nacional quando envolver IRDR[73].

Dos sete temas com pedidos de suspensão em IRDR dirigidos ao STJ, dois estavam vinculados a tema repetitivo[74], quatro tiveram a suspensão indeferida[75] e apenas um teve a suspensão deferida[76].

Quanto aos vinculados a tema já afetado para análise na sistemática de recursos repetitivos, há perda do objeto a justificar o esvaziamento do pedido de suspensão nacional nos termos do art. 976, §4º, CPC. Quanto à suspensão deferida, convém destacar que o pedido foi feito pela União:

> Para demonstrar a ocorrência de violação da segurança jurídica e justificar o seu pedido de suspensão de processos em todo o território nacional em decorrência da admissão do IRDR no TRF da 4ª Região, a requerente apresenta planilha detalhada, com pelo menos 490 ações em tramitação na primeira e segunda instâncias da Justiça Federal. Dentre elas, destaca a existência de ações ordinárias, mandados de segurança e ações civis públicas, algumas com pedido de tutela provisória deferido, outras com pedido pendente, revogado, indeferido ou postergado (e-STJ fls. 48-69). Ressalta, assim, a presença de decisões conflitantes en-

73 Portaria STJ/GP N. 299 de 19 de julho de 2017.

74 SIRDR 1/DF e SIRDR 4/PR.

75 SIRDR 13/RS, SIRDR 9/SC, SIRDR 8/ES e SIRDR 2/SE.

76 SIRDR 7/PR.

> tre diferentes tribunais regionais federais quanto à legalidade ou não da citada Resolução Contran n. 543/2015.[77]

Na fundamentação da decisão, colacionaram-se quatro decisões de diferentes tribunais com entendimentos diversos de forma a justificar a quebra da isonomia e o risco à segurança jurídica.

Em relação aos pedidos de suspensão indeferidos, (i) indeferiu-se a suspensão em âmbito nacional pelo fato de o IRDR na origem, ou seja, no tribunal de segunda instância ainda não ter sido admitido[78], (ii) também indeferiu-se a suspensão nacional dos processos em razão de ainda não estar bem consolidada a questão do cabimento de suspensão pelo STJ quando o IRDR provenha dos Juizados Especiais, que foi o caso Samarco-Mariana[79]. Ainda, neste caso, apesar de os outros incidentes não se originarem dos Juizados, o motivo da suspensão foi por ilegitimidade da parte requerente, que não era parte em nenhum processo afetado pela questão de direito nos demais incidentes[80].

No julgamento do tema, referente ao SIRDR 9/SC, entendeu-se pelo indeferimento da suspensão nacional em razão de o IRDR ainda não ter sido julgado no tribunal local e, ainda, pelo fato de que o processo que originou tal pedido ser proveniente dos juizados especiais, destacando-se que:

77 SIRDR 7(2017/0071428-1 - 23/06/2017) - Decisão Monocrática- Ministro PAULO DE TARSO SANSEVERINO, p.2.

78 SIRDR 2(2016/0326409-9 - 01/02/2017) - Decisão Monocrática- Ministro PAULO DE TARSO SANSEVERINO, "O pedido de suspensão em IRDR possui como objeto o requerimento de ampliação da abrangência da suspensão de processos, que, num primeiro momento, com a admissão do IRDR no tribunal local, limita-se ao âmbito do território ou da região, a depender da competência jurisdicional.", p. 3.

79 Sobre esse caso, cf. RICHTER, Bianca Mendes Pereira. Incidentes de Resolução de Demandas Repetitivas e o papel dos Juizados Especiais Cíveis no Caso do Acidente Mariana-Samarco. *Revista Brasileira da Advocacia*, v. 6, p. 143-167, 2017.

80 SIRDR 8/ES, Tema 5.

> Em outras palavras, a indefinição jurídica, no atual momento, a respeito do cabimento do recurso especial contra julgamento de incidente de resolução de demandas repetitivas admitido a partir de processos que tramitam no âmbito dos juizados especiais impedem, sob a minha ótica, o deferimento da ampliação da abrangência de suspensão de processos tal como requerido na inicial.[81]

O mesmo entendimento foi aplicado para indeferir a suspensão nacional para o tema 7 no SIRDR nº 13/RS (2017/0248893-4)[82], observando-se que o pouco tempo da vigência do CPC ainda não permitiria que o STF e o STJ realizasse uma análise aprofundada quanto a aspectos processuais do IRDR, de acordo com o que deseja o novo código[83].

Nos demais julgados analisados, em relação à repetição necessária para apreciação da tese jurídica aventada no IRDR, como o SIRDR nº 7/PR, trata-se da matéria como *um inexpressivo volume de processos*[84], ou ainda tratando de uma *repetitividade que ponha em risco a violação da segurança jurídica*[85] e, também, uma *multiplicidade de processos em que se discute a mesma tese*[86].

81 SIRDR 9(2017/0080392-8 - 02/10/2017) - Decisão Monocrática- Ministro PAULO DE TARSO SANSEVERINO, p. 9.

82 SIRDR Nº 13 - RS (2017/0248893-4), Rel. Ministro Paulo de Tarso Sanseverino, decisão monocrática em 15 de Fevereiro de 2018.

83 "[...] apenas explicitando que o ainda pouco tempo de vigência do novo Código de Processo Civil de 2015 não permitiu que o Supremo Tribunal Federal e o Superior Tribunal de Justiça adentrassem na análise detalhada de aspectos processuais atinentes ao modelo pretendido pelo código para os precedentes judiciais, em especial o incidente de resolução de demandas repetitivas". Trecho retirado do SIRDR Nº 13 - RS (2017/0248893-4), STJ, Rel. Ministro Presidente da Comissão Gestora de precedentes, decisão monocrática em 15 de Fevereiro de 2018.

84 STJ, SUSPENSÃO EM INCIDENTE DE RESOLUÇÃO DE DEMANDAS REPETITIVAS Nº 7 - PR (2017/0071428-1), Rel. Ministro Presidente de Comissão Gestora de Precedentes, decisão em 21 de Junho de 2017.

85 STJ,SUSPENSÃO EM INCIDENTE DE RESOLUÇÃO DE DEMANDAS REPETITIVAS Nº 8 - ES (2017/0073008-1), Rel. Ministro Presidente da Comissão Gestora de Precedentes, decisão em 11 de Dezembro de 2017.

86 STJ,SUSPENSÃO EM INCIDENTE DE RESOLUÇÃO DE DEMANDAS REPETITIVAS Nº 13 - RS (2017/0248893-4), Rel. Ministro Presidente da Comissão Gestora de Precedentes, decisão em 15 de Fevereiro de 2018.

## 3. Legitimidade

Nos termos do art. 977 e seus incisos, do CPC, têm legitimidade para propor a instauração do incidente: o juiz ou relator de ofício, as partes, o Ministério Público ou a Defensoria Pública. Assim, o IRDR poderá ser suscitado por iniciativa do órgão jurisdicional, de sujeitos parciais de processos pendentes e de instituições públicas essenciais à função jurisdicional do Estado[87]. O parágrafo único do art. 977, CPC, ainda prevê que o ofício ou a petição devem estar instruídos de documentos que comprovem o preenchimento dos pressupostos para instauração do incidente. Neste sentido, Bruno Dantas explica:

> (...) deve-se provar, simultaneamente, que há postulações múltiplas, o que se demonstra com cópias de peças processuais relevantes dos diversos processos idênticos ou 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.[88]

A legitimidade do Ministério Público para instauração do incidente decorre da sua atribuição constitucional de defesa da ordem jurídica e de essencialidade à função jurisdicional do Estado, consignada no art. 127, da CF[89]. Em relação à Defensoria Pública, a sua legitimidade está condicionada ao papel que a Constituição lhe atribui, podendo provocar a instauração de IRDR em situações que tenham potencial de afetar o interesse e os direitos dos necessitados, na forma do art. 134, da CF[90].

87 TEMER, Sofia, 2016, p. 102-103.

88 DANTAS, 2016.

89 Sobre a atuação do Ministério Público no IRDR, cf. LEONEL, Ricardo de Barros. Intervenção do Ministério Público no Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas. *Revista Jurídica da Escola Superior do Ministério Público*. Ano 2012. v.1. p. 173-185.

90 ARENHART; MARINONI; MITIDIERO, 2017.

Em relação às partes que podem requerer a instauração do IRDR, depreende-se que não são legitimadas apenas aquelas que são partes na causa pendente no tribunal em si, mas também qualquer das partes dos processos com a mesma questão de direito discutida no âmbito do IRDR, ainda que em tramitação em primeira instância[91].

Sofia Temer[92] aponta que a legitimidade possui natureza jurídica extraordinária, em razão da não vinculação direta do ato que provoca a instauração com conflitos subjetivos, não exigindo, portanto, uma relação intrínseca com os processos que discutam determinada questão jurídica. Traçadas essas breves linhas teóricas a respeito do tema, passa-se à análise empírica nos tribunais selecionados.

## 3.1. Tribunal de Justiça de São Paulo

Grande parte dos incidentes no TJSP foram suscitados por desembargadores[93], representando 40,9% deles, seguidos dos suscitados pela parte[94], que representam 40,9% do total. O restante

91 Nesse sentido: CAVALCANTI, 2016.

92 TEMER, 2016, p. 103.

93 TJ-SP 0055880-21.2016.8.26.0000, Relator: Jarbas Gomes, Data de admissão: 02/12/2016, Turma Especial - Público; TJ-SP 0056229-24.2016.8.26.0000, Relator: Moreira de Carvalho, Data de admissão: 10/02/2017, Turma Especial - Público; TJ-SP 0034345-02.2017.8.26.0000, Relator: Paulo Barcellos Gatti, Data de admissão: 04/08/2017, Turma Especial - Público; TJ-SP 0043940-25.2017.8.26.0000, Relator: Grava Brazil, Data de admissão: 26/10/2017, Turma Especial - Privado 1; TJ-SP 0025690-41.2017.8.26.000, Relatora: Flora Maria Nesi Tossi Silva, Data de admissão: 15/09/2017, Turma Especial - Público; TJ-SP 0054174-66.2017.8.26.0000, Relator: Grava Brazil, Data de admissão: 07/12/2017, Turma Especial - Privado 1; TJ-SP 0026150-28.2017.8.26.0000, Relator: Torres de Carvalho, Data de admissão: 15/12/2017, Turma Especial - Público; TJ-SP 0036675-69.2017.8.26.0000, Relator: Jarbas Gomes, Data de admissão: 15/12/2017, Turma Especial - Público.

94 TJ-SP 2059683-75.2016.8.26.0000, Relator: Ricardo Pessoa de Mello Belli, Data de admissão: 08/06/2016, Turma Especial - Privado 2; TJ-SP 0038758-92.2016.8.26.0000, Relator: Coimbra Schmidt, Data de admissão: 26/08/2016, Turma Especial - Público; TJ-SP 2121567-08.2016.8.26.0000, Relatora: Lígia Araújo Bisogni, Data de admissão: 09/08/2016, Turma Especial - Privado 2; TJ-SP 2210494-47.2016.8.26.0000, Relator: Wanderley José Federighi, Data de admissão: 30/06/2017, Turma Especial - Público; TJ-SP 2187472-23.2017.8.26.0000, Relatora: Luciana Bresciani, Data de admissão: 10/11/2017, Turma Especial - Público; TJ-SP

está dividido entre juízes[95] e a Fazenda do Estado de São Paulo[96], refletindo 9,1% dos processos cada, ou seja, apenas dois incidentes foram suscitados pela Fazenda Estadual; e, outros dois, por juízes. Nestes últimos, discutiu-se a admissibilidade de IRDR suscitado por juiz a partir de processo em trâmite perante o primeiro grau de jurisdição, conforme apontado anteriormente.

Importante destacar que o TJSP apenas divulga os incidentes admitidos. Os inadmitidos são aproximadamente duas dezenas de incidentes.

## 3.2. Tribunal Regional Federal da 3ª Região

Somente o IRDR de n. 0016124-77.2016.4.03.0000[97] foi requerido de ofício. O juiz de primeiro grau propôs a instauração do IRDR. Entretanto, este não foi admitido, pois Mauricio Kato, Desembargador da Seção competente do Tribunal, entendeu o seguinte:

> Os artigos 977, 978 e seu parágrafo único estabelecem que ao julgar o incidente, o órgão competente para tanto, deverá também apreciar o recurso, o reexame necessário ou a ação originária.
>
> Assim, o juiz a que se refere o inciso I do art. 977, não é o magistrado de primeiro grau de jurisdição, mas aquele ao que se encontra submetida à apreciação do recurso, reexame ou ação no

2052404-67.2018.8.26.0000, Relator: Fermino Magnani Filho, Data de admissão: 11/05/2018, Turma Especial - Público; TJ-SP 2243516-62.2017.8.26.0000, Relator: Rodrigues de Aguiar, Data de admissão: 13/04/2018, Turma Especial - Público.

95 TJ-SP - Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas: SP 0023203-35.2016.8.26.0000, Relator: Francisco Loureiro, Data de admissão: 18/08/2016, Turma Especial - Privado 1; TJ-SP Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas 0037860-45.2017.8.26.0000, Relator: Torres de Carvalho, Data de admissão: 15/12/2017, Turma Especial - Público

96 TJ-SP 2246948-26.2016.8.26.0000 Relator: Antonio Carlos Malheiros, Turma Especial - Público; TJSP 2151535-83.2016.8.26.0000 Relator: Moreira de Carvalho, Turma Especial - Público.

97 TRF 3ª Região, QUARTA SEÇÃO, INCRESDEMR - INCIDENTE DE RESOLUÇÃO DE DEMANDAS REPETITIVAS - 5 - 0016124-77.2016.4.03.0000, Rel. DESEMBARGADOR FEDERAL MAURICIO KATO, julgado em 20/04/2017, e-DJF3 Judicial 1 DATA:05/05/2017.

> âmbito do tribunal competente para o julgamento do incidente. Não fosse assim, não poderia, juntamente com o incidente, ser julgado o recurso ou reexame necessário.
>
> O incidente não pode, então, ser instaurado em momento anterior ou posterior àquele em que o recurso ou reexame necessário estiver maduro para julgamento. Daí porque não possui o juiz de primeiro grau de jurisdição legitimidade para formular o pedido de instauração do incidente.

Assim, ventilou-se a mesma questão em relação à ilegitimidade do magistrado de primeira instância para provocar a instauração do incidente.

O único IRDR admitido foi suscitado pela Fazenda Nacional[98], preenchendo todos os requisitos de legitimidade e admissibilidade dispostos no CPC, segundo a Corte. Já os demais incidentes foram suscitados pelas partes e nenhum deles foi admitido pelo Tribunal.[99]

### 3.3. Superior Tribunal de Justiça

Dos sete pedidos de suspensão nacional em IRDR para o STJ, todos foram feitos por partes. Relevante mencionar que a União provocou tal pedido em quatro dos sete incidentes.

## 4. *Amicus Curiae*

A relação processual afetada para o IRDR apresenta-se, assim como qualquer outra, movida por interesses que ultrapassam a esfera jurídica. Na seara das demandas repetitivas, os interesses

98 TRF 3ª Região, ÓRGÃO ESPECIAL, INCRESDEMR - INCIDENTE DE RESOLUÇÃO DE DEMANDAS REPETITIVAS - 2 - 0017610-97.2016.4.03.0000, Rel. DESEMBARGADOR FEDERAL BAPTISTA FERREIRA, julgado em 26/09/2017, e-DJF3 Judicial 1 DATA: 15/02/2017.

99 Destaca-se que o IRDR n 0004063-53.2017.4.03.0000 está indisponível para consulta no sítio eletrônico do TRF3, conforme link: <http://web.trf3.jus.br/acordaos/Acordao/BuscarDocumentoGedpro/6807857>. Acesso em 26 de junho de 2018.

tendem a ser ainda mais intensos, pois se está a lidar com um feixe de interesses paralelos[100], intensificados pelo fato de que a tese firmada será aplicada em inúmeros processos pendentes e futuros, impedindo, inclusive, que mais processos sobre a mesma questão cheguem ao tribunal. É neste contexto de uniformização de precedentes que aparece a figura do *amicus curiae* com o intento de conferir maior força democrática à tese estabelecida através do instrumento do IRDR, como será demonstrado.

No ordenamento jurídico brasileiro, o *amicus curiae* era tratado de forma dispersa[101] até a entrada em vigor do CPC de 2015 que lhe atribui, no art. 138, natureza jurídica de intervenção de terceiros, o que colocou por encerrados os questionamentos acerca de sua natureza jurídica e enfatizou a sua legitimidade de atuação. Nas palavras de Cassio Scarpinella Bueno[102], isso revelou que "a qualidade do interesse que legitima a intervenção do *amicus curiae* em juízo afasta-o da assistência". Acerca do conceito dessa figura:

> Trata-se de sujeito processual primário ou secundário, que participa, de uma relação processual, pelas variadas e assistemáticas razões que o direito positivo reconhece, ou que, com maior ou menor clareza, é possível extrair do sistema processual civil, tendo, consequentemente, legitimidade para a prática de alguns atos correlatos à sua própria razão de estar no processo[103].

O *amicus* é, portanto, pessoa natural ou jurídica, órgão ou entidade especializada, atuando com representatividade adequada[104]

100 MENDES, Aluísio Gonçalves de Castro, p.125.

101 A legislação ainda trouxe de forma pulverizada algumas outras referências ao *amicus curiae*, tal qual o art. 31 da Lei 6.385/76, art. 89 da Lei 8.884/94, art. 49 da Lei 8.906/94 e o art. 57, 118 e 175 da Lei 9.279/96 nos procedimentos relativos à CVM, CADE, OAB e INPI, e principalmente no art.7º, §2º da Lei 9.868/99, admitindo-o em ações do controle concentrado de constitucionalidade, que, no momento, não se faz interessante discutir neste artigo.

102 BUENO,, 2006, p.440.

103 Id. BUENO, 2006, p.426.

104 Sobre o tema: "A qualidade do representante se afere pela capacidade de defender de

pela relevância da matéria, e especificidade do tema com repercussão social da controvérsia, nos termos do art. 138, CPC.

A despeito de sua natureza jurídica de intervenção de terceiros, o *amicus curiae* ainda possui legitimidade recursal limitada aos casos de oposição de embargos de declaração e para recorrer da decisão que fixar a tese no IRDR (art. 138, §§ 1º e 3º, CPC), deixando clara a sua participação no *caput* do art. 983 do CPC[105].

Apesar de a figura do *amicus curiae* ser benévola na discussão, elaboração, julgamento e fixação da tese, seus ideais não são totalmente imparciais. Neste diapasão, Sofia Temer assevera que o seu objetivo precípuo é incrementar o debate e auxiliar na constituição de uma decisão mais justa, todavia, seria inegável que o "amigo da corte" também seja movido por algum interesse[106] próprio, e não uma personificação de um defensor da tutela de uma das partes[107].

Além disso, não há como substituir as partes que tiveram os seus processos suspensos pelo *amicus curiae*[108], devido ao seu interesse decorrer do fato que gerou o IRDR, e este apenas intervir por

forma eficiente os interesses em jogo em âmbito social, administrativo e judicial.", p. 217, RICHTER, Bianca Mendes Pereira. Representatividade adequada: uma comparação entre o modelo norteamericano da class-action e o modelo brasileiro. *Revista Jurídica da Escola Superior do Ministério Público de São Paulo*. v.1, ano 2012, p. 213-230.

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

106 TEMER, 2016, p. 185.

107 Em contrapartida a intervenção facultativa e de interesse do *amicus curiae* está a mandatória do Ministério Público, art.976, §2º do CPC. O MP, neste caso, deverá atuar realmente de forma imparcial, não defendendo interesses, mas como fiscal da ordem jurídica. Além disso, em caso de desistência ou abandono da causa assumirá o lugar da parte diferentemente do instituto do *amicus curiae*.

108 Há autores que consideram o *amicus curiae* como parte. Cf. CASTRO, Natália Goulart; FONTE, Felipe de Melo. *Amicus Curiae*, repercussão geral e o projeto de código de processo civil. In.: FREIRE, Alexandre et al., 2013, p.881.

pedido desta parte ou do órgão julgador – no sentido de dilatar o contraditório e a ampla defesa – ou pelo seu próprio interesse[109].

Portanto, a posição do "amigo da Corte" é institucional, e não a departe no litígio, contribuindo "com a decisão a ser proferida pelo tribunal, seja porque sua atividade está relacionada com o assunto a ser examinado, seja porque desenvolve estudos sobre o tema[110]".

Ademais, o *amicus curiae* em nada se confunde com a função da legitimidade extraordinária por substituição processual[111], utilizado com ênfase na tutela dos direitos coletivos, já que não substitui alguém, mas contribui significativamente para o deslinde da matéria, não buscando a tutela do direito de outrem.

É certo que nos atos de que participar o *amicus curiae* trará maior legitimidade às decisões judiciais, revelando um processo mais democrático e equânime, reduzindo o *déficit de legitimidade*[112]. Em virtude da influência por ele exercida no contraditório com aporte de argumentos, expertise e experiências, ampliando assim, a cognição[113] do julgador, uma vez que alguns elementos não conhecidos pelo último e nem pelas partes são apresentados, aliás, até mesmo pontos tratados de forma rasa, podem ser mais bem discutidos e aprofundados com sua presença.[114]

109 Com relação ao interesse do *amicus curiae* à questão sobrestada, percebe-se a necessidade da intervenção e manifestação das agências reguladoras como tal, pois admiti-las importa em deixar esses órgãos esclarecidos e atentos à questão debatida, considerando sua atuação no ramo em específico, bem como o poder de fiscalização após a tese adotada em sede de IRDR. Nesse sentido, cf. WELSCH, Gisele Mazzoni., 2016, p. 377.

110 CUNHA, 2011.

111 EID, 2016, p.252.

112 CABRAL, 2010, p.111.

113 Sobre a expansão da cognição do órgão julgador, THEODORO JR (2016, p. 458) explica: "Para que não se cogite de inconstitucionalidade nesses expedientes de largo significado no plano da economia processual e no resguardo dos princípios de isonomia e segurança jurídica, basta que se franqueie a participação de entidades legitimadas à tutela dos interesses e direitos coletivos e de amicus curiae, com representatividade adequada à defesa dos interesses individuais homogêneos relacionados com a questão de direito em cogitação".

114 Id. EID, Elie Pierre, p. 247.

Sobre possíveis formas de conferir legitimidade à decisão proferida em sede de IRDR, através do exercício do contraditório, afirma Humberto Theodoro Jr.:

> Pelas características coletivas do incidente, o natural é que os legitimados para a tutela dos direitos individuais homogêneos, nos termos da Lei da Ação Civil Pública e do Código de Defesa do Consumidor, tenham possibilidade de ingressar no incidente de resolução de demandas repetitivas, em defesa dos interesses daqueles a cuja tutela coletiva se acham credenciados.[115]

Portanto, o *amicus curiae* confere ao julgamento de IRDR maior discussão, o que contribui para um processo mais democrático.

## 4.1. Tribunal de Justiça de São Paulo

Ao analisar os incidentes no âmbito do TJSP, a figura do *amicus curiae* não é incomum ou esporádica. A fim de ilustrar tal afirmação, listam-se terceiros admitidos na condição de *amicus curiae*: Federação Brasileira de Bancos[116], M.R.V. Engenharia e Participações S/A, Parque Piazza Navona Incorporações Spe LTDA, Associação Brasileira de Incorporadoras Imobiliárias, Câmara Brasileira da Indústria da Construção, Fundação de Proteção e Defesa do Consumidor do Governo do Estado de São Paulo, Ordem dos Advogados do Brasil - Seção de São Paulo, Sindicato das Empresas de Compra Venda Locação e Administração de Imóveis Residenciais e Comerciais de São Paulo, Sindicato da Indústria da construção Civil de Grandes Estruturas do Estado de São Paulo[117], Sindicato

115 THEODORO JR., 2016, p. 456.

116 TJ-SP - IRDR: SP 2121567-08.2016.8.26.0000, Relator: Lígia Araújo Bisogni, Turma Especial - Privado 2.

117 TJ-SP - IRDR: SP 0023203-35.2016.8.26.0000, Relator: Francisco Loureiro, Turma Especial - Privado 1.

Nacional dos Aposentados Pensionistas e Idosos da Força Sindical, Decio Polli, Nelson Gomes de Souza Filho Sociedade de Advogados, Francisco Terêncio Teixeira Neto, Coats Corrente LTDA[118], OAB/SP (Comissão Especial de Direito à Saúde), Agência Nacional de Saúde Suplementar - ANS, Unimed do Brasil - Confederação Nacional das Cooperativas Médicas, Instituto Brasileiro de Política e Direito do Consumidor - BRASILCON, Federação Nacional de Saúde Suplementar - Fenasaude, Idec - Instituto Brasileiro de Defesa do Consumidor, Fundação de Proteção e Defesa do Consumidor - PROCON - SP, Sindicato dos Trabalhadores em Empresas do Ramo Financeiro do Grande ABC, Unimed Seguros Saúde S/A ("Unimed Seguros")[119], Agência Nacional de Saúde Suplementar - ANS, Associação Civil do Consumidor - Sos Consumidor, Instituto Brasileiro de Defesa do Consumidor - IDEC, Fundação de Proteção e Defesa do Consumidor - PROCON - SP, Sindicato dos Trabalhadores em Empresas do Ramo Financeiro do Grande ABC, Ordem dos Advogados do Brasil Seção de São Paulo[120], Associação dos Funcionários Públicos Municipais de Piracicaba e do Sindicato dos Trabalhadores Municipais de Piracicaba, São Pedro, Águas de São Pedro, Saltinho e Região[121].

Interessante o fundamento utilizado no processo nº 2246948-26.2016.8.26.0000[122] para admitir a intervenção dos terceiros no sentido de que "demonstraram interesse, direto ou indireto, em menor ou maior grau, na solução da questão em debate no

118 TJ-SP - IRDR: SP 2246948-26.2016.8.26.0000 Relator: Antonio Carlos Malheiros, Turma Especial - Público.

119 TJ-SP - IRDR: SP 0043940-25.2017.8.26.0000, Relator: Grava Brazil, Turma Especial - Privado 1.

120 TJ-SP - IRDR: SP 0054174-66.2017.8.26.0000, Relator: Grava Brazil, Turma Especial - Privado 1.

121 TJ-SP - IRDR: SP 002569-41.2017.8.26.0000, Relator: Flora Maria Nesi Tossi Silva, Turma Especial - Público.

122 TJ-SP - IRDR: SP 2246948-26.2016.8.26.0000, Relator: Antonio Carlos Malheiros, Turma Especial - Público.

presente incidente, podendo contribuir para o seu deslinde mediante considerações de natureza jurídica, econômica e social".

Em nenhum caso foi realizada audiência pública, apesar de requerida em dois incidentes, sendo os pedidos negados em ambos. No processo nº 2187472-23.2017.8.26.0000[123], o fundamento foi a farta documentação já juntada e terceiros interessados participando do incidente. Já no processo nº 002569-41.2017.8.26.0000[124], o fundamento para o indeferimento deu-se por ser matéria unicamente de direito, bastando análise dos argumentos por petição escrita, segundo a Corte Paulista.

### 4.2. Tribunal Regional Federal da 3ª Região

É válido ressaltar que, dentre os incidentes suscitados, apenas um foi admitido, tendo sido realizada audiência pública recentemente.

### 4.3. Superior Tribunal de Justiça

Para todos os sete pedidos de suspensão nacional em IRDR, verificou-se o pedido de ingresso de uma pessoa natural na condição de *amicus curiae* no SIRDR nº 1/DF[125], mas sua admissão foi indeferida em razão de não existir representatividade suficiente apta para configurar a presença de *amicus curiae*, e não de interessado apenas.

123 TJ-SP - IRDR: SP 2187472-23.2017.8.26.0000, Relator: Luciana Bresciani, Turma Especial - Público.

124 TJ-SP - IRDR: SP 002569-41.2017.8.26.0000, Relator: Flora Maria Nesi Tossi Silva, Turma Especial - Público.

125 STJ - Suspensão em Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas Nº 1 - Df (2016/0320182-5) Relator: Ministro Presidente Da Comissão Gestora De Precedentes.

## 5. Conclusões

Pelo exposto, pode-se concluir em relação aos pressupostos de instauração que critérios como repetição ficam indefinidos mesmo depois de mais de dois anos de vigência do CPC. Muitos julgados listados e explicados ao longo do presente trabalho apenas falam em aspectos igualmente genéricos, como risco à isonomia e à segurança jurídica, vinculando, assim, esses outros pressupostos de instauração ao da repetição.

Além disso, dentre os julgados analisados, houve unanimidade em não se admitir a instauração do IRDR por pedido de juiz de direito ou juiz federal, já que não haveria processo pendente do Tribunal em si. Passando-se, assim, às conclusões em relação à legitimidade, convém destacar que os pedidos de suspensão nacional para o STJ foram todos feitos pelas partes. Em contrapartida, os incidentes no tribunal estadual local foram provocados majoritariamente por membros da Corte, já a maioria dos pedidos de instauração de IRDR no TRF3 foi feito pelas partes. Aliás, o TRF3 está circundado por situações esdrúxulas, em que pedidos foram feitos com a falta de requisitos mínimos, levando, inclusive, à determinação de expedição de ofício à ordem. Neste ponto, pode-se cogitar se não haveria possível intenção protelatória diante desses pedidos desprovidos da mínima técnica processual.

Em relação à participação de *amici curiae* nos incidentes, houve massiva participação destes nos incidentes suscitados perante o TJSP. Aceitou-se bem a participação de terceiros no incidente como forma de democratização do incidente, não se criando barreiras quanto a isso. Os terceiros intervenientes na condição de *amici curiae* atuaram com petições, laudos, informações e, inclusive, recursos. Entretanto, o que chamou a atenção no TJSP foram os pedidos de audiências públicas indeferidos.

## 6. Referências

ALMEIDA, Ursula Ribeiro de. *Writ of certiorari* do direito estadunidense. *Revista de Processo,* vol. 266, ano 2017, p. 483-515, abril/2017.

ARENHART, Sérgio Cruz; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. *Novo Curso de Processo Civil*: tutela dos direitos mediante procedimento comum. vol. 2. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017.

ARRUDA ALVIM, Teresa; DANTAS, Bruno. *Recurso especial, recurso extraordinário e a nova função dos Tribunais Superiores no Direito Brasileiro*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

_____; DANTAS, Bruno; DIDIER JR., Fredie; TALAMINI, Eduardo. *Breves comentários do Novo Código de Processo Civil*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *O conteúdo jurídico do princípio da igualdade*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2017.

BUENO, Cassio Scarpinella. *Amicus curiae no processo civil brasileiro*: um terceiro enigmático. São Paulo: Saraiva, 2006.

CABRAL, Antonio do Passo. O novo procedimento-modelo (*Musterverfahren*) alemão: uma alternativa às ações coletivas. *Revista de Processo*, n. 147, ano 32, maio, 2007.

_____. *Nulidades no processo moderno*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010.

CASTRO, Natália Goulart; FONTE, Felipe de Melo. *Amicus Curiae*, repercussão geral e o projeto de código de processo civil. In.: FREIRE, Alexandre et al. *Novas tendências do processo civil*. Vol. I. Salvador: Juspodivm, 2013.

CAVALCANTI, Marcos de Araújo. *Incidente de resolução de demandas repetitivas*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

CUNHA, Leonardo Carneiro da. Anotações sobre o incidente de resolução de demandas repetitivas previsto no projeto do novo Código de Processo Civil. *Revista de Processo*, vol. 193, março/2011, versão digital.

EID, Elie Pierre. *Amicus curiae* no novo Código de Processo Civil: interesse e poderes. Jornada de Direito Civil. *Processo em Jornadas* - XI Jornadas Brasileiras de Direito Processual - XXV Jornadas Ibero-americanas de Direito Processual. APRIGLIANO, Ricardo de Carvalho; LUCON, Paulo Henrique dos Santos; ORTHMANN, André; SILVA, João Paulo Hecker da; VASCONCELOS, Ronaldo. (Coord.) Salvador: Editora Juspodivm, 2016.

GARCIA, Leonardo de Medeiros. *Consumo sustentável*: a proteção do meio ambiente no Código de Defesa do Consumidor. Salvador: JusPodivm, 2016.

LEMOS, Vinicius Silva. *O incidente de assunção de competência*: da conceituação à procedimentalidade. Salvador: JusPodivm, 2018.

LEONEL, Ricardo de Barros. Intervenção do Ministério Público no Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas. *Revista Jurídica da Escola Superior do Ministério Público*. Ano 2012. v.1. p. 173-185.

_____. *Manual do processo coletivo*. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2017.

MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Incidente de resolução de demandas repetitivas*: a luta contra a dispersão jurisprudencial excessiva. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

MARINONI, Luiz Guilherme. *Incidente de resolução de demandas repetitivas*: decisão de questão idêntica x precedente. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro. *Incidente de resolução de demandas repetitivas*: sistematização, análise e interpretação do novo instituto processual. Rio de Janeiro: Forense, 2017.

NIEVA-FENOLL, Jordi. *El modelo anglosajón en las cortes supremas: ¿Solución o elusión del problema de la casación? Revista de Processo*, vol. 219, ano 2013.

PERRY JR., H. W. *Deciding to decide*: *agenda setting in the United States Supreme Court.* Cambridge: Harvard University Press, 1994.

RICHTER, Bianca Mendes Pereira. Incidentes de Resolução de Demandas Repetitivas e o papel dos Juizados Especiais Cíveis no Caso do Acidente Mariana-Samarco. *Revista Brasileira da Advocacia*, v. 6, p. 143-167, 2017.

_____. Representatividade adequada: uma comparação entre o modelo norteamericano da class-action e o modelo brasileiro. *Revista Jurídica da Escola Superior do Ministério Público de São Paulo*. v.1, ano 2012, p. 213-230.

SILVA, Ricardo Menezes da. Breves considerações sobre os requisitos de admissibilidade do incidente de resolução de demandas repetitivas. *Revista de Processo Comparado*, v. 6, ano 2017, julho - dezembro/2018.

TEMER, Sofia. *Incidente de resolução de demandas repetitivas*. Salvador: Editora JusPodivm, 2016.

THEODORO JR., Humberto. *Common law* e *civil law*. Aproximação. Papel da jurisprudência e precedentes vinculantes no novo Código de Processo Civil. Demandas Repetitivas. In: *Processo em Jornadas*: XI Jornadas Brasileiras de Direito Processual. XXV Jornadas Ibero-Americanas de Direito Processual. APRIGLIANO, Ricardo de Carvalho; LUCON, Paulo Henrique dos Santos; ORTHMANN, André; SILVA, João Paulo Hecker da; VASCONCELOS, Ronaldo. (Coord.). Salvador: JusPodivm, 2016.

WELSCH, Gisele Mazzoni. Aspectos relevantes e critérios necessários na formação de precedentes vinculantes nas demandas repetitivas. *Processo em Jornadas* - XI Jornadas Brasileiras de Direito

Processual - XXV Jornadas Ibero-americanas de Direito Processual. APRIGLIANO, Ricardo de Carvalho; LUCON, Paulo Henrique dos Santos; ORTHMANN, André; SILVA, João Paulo Hecker da; VASCONCELOS, Ronaldo. (Coord.). Salvador: Editora Juspodivm, 2016.

## Referências eletrônicas

BECKER, Rodrigo; TRIGUEIRO, Victor. *O IRDR no Superior Tribunal de Justiça*: STJ, em causa de competência originária (conflito de competência), por decisão monocrática, permitiu a aplicação da sistemática do IRDR diretamente na Corte. JOTA UOL. Disponível em: <https://jota.info/colunas/coluna-cpc-nos-tribunais/cpc-nos-tribunais-o-irdr-no-superior-tribunal-de-justica-10112016>. Acesso em: 25 jun. 2018.

Conjur. *Leia as razões dos sete vetos de Dilma Rousseff ao Novo CPC*. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2015-mar-17/leia-razoes-sete-vetos-dilma-rousseff-cpc.>. Acesso em 20 jun. 2018.

FÓRUM PERMANENTE DE PROCESSUALISTAS CIVIS (FPPC). Enunciados do fórum permanente de processualistas civis. Florianópolis, 2017. Disponível em: <https://goo.gl/nDzBr6>. Acesso em: 11 jun. 2018.

Fundação Getúlio Vargas. Disponível em: <https://portal.fgv.br/noticias/icjbrasil-2017-confianca-populacao-instituicoes-cai>. Acesso em: 17 jun. 2018.

Artigo recebido em: 17/9/2018
Artigo aprovado em: 7/11/2018

DOI: 10.5935/1809-8487.20180018

428 - 450
Artigo

# A VALIDADE DA PROVA ACIDENTAL COMO PROVA EMPRESTADA NO ÂMBITO PROCESSUAL PENAL E ADMINISTRATIVO

LUIZ ANTÔNIO SASDELLI PRUDENTE

# A VALIDADE DA PROVA ACIDENTAL COMO PROVA EMPRESTADA NO ÂMBITO PROCESSUAL PENAL E ADMINISTRATIVO

THE VALIDITY OF THE ACCIDENTAL PROOF AS PROOF BORROWED OF THE CRIMINAL AND ADMINISTRATIVE PROCEDURE

LUIZ ANTÔNIO SASDELLI PRUDENTE
Procurador de Justiça
Ministério Público do Estado de Minas Gerais, Brasil
sasdelli@mpmg.mp.br

**RESUMO:** Cabendo ao Estado o dever fundamental de persecução penal e de apuração administrativo-funcional para proteção dos direitos fundamentais da coletividade e dos administrados, é de perquirir se a prova colhida acidentalmente em interceptação telefônica autorizada judicialmente, da qual eventual e futuro réu e sindicado originalmente não é polo passivo, tem validade e pode ser aproveitada processualmente. Descrito o problema, o objetivo é enfrentar os conceitos e requisitos legais de prova e da prova emprestada, no âmbito processual penal e administrativo, e anotar as diferenças precípuas entre as respectivas dogmáticas quanto ao tema, alicerçando a pesquisa científica nos métodos analítico-dogmático e crítico-normativo, a fim de culminar em resultado voltado à pertencialidade da prova acidental tomada como prova emprestada no sistema jurídico e legitimamente concluir sobre a respectiva validade.

**PALAVRAS-CHAVE:** prova; prova emprestada; descoberta acidental; aproveitamento.

**ABSTRACT:** The State has the fundamental duty of criminal prosecution and administrative-functional assessment for the protection of the fundamental rights of the collectivity and of the administrated, it is necessary to investigate whether the evidence collected accidentally in telephone interception authorized judicially, of which eventual and future defendant and syndicated originally not a requested party, has validity and can be used procedurally. Described the problem, the objective is to confront the legal concepts and requirements of proof and of the evidence borrowed, in the criminal and administrative procedural scope, and to note the prevailing differences between the respective dogmatic ones on the subject, grounding the scientific research in the analytical-dogmatic and critical-normative methods, to culminate in result oriented to the propriety of the accidental proof taken as evidence borrowed in the legal system and legitimately conclude on the respective validity.

**KEYWORDS:** proof; borrowed evidence; accidental discovery; exploitation.

**SUMÁRIO:** 1. Introdução e problematização. 2. Limites da interceptação telefônica: direito penal primário e direito penal secundário. 3. Requisitos de validade da interceptação e o problema da posição jurídica do afetado pela prova 4. Conceito de prova emprestada no âmbito sistêmico 5. Prova acidental descoberta e validade como prova emprestada 6. Considerações finais 7. Referências bibliográficas.

## 1. Introdução e problematização

Enquanto para muitos o direito é considerado ciência meramente especulativa[1] (simples anexo da filosofia outrora de perfil metafísico, hoje já superado), soa relevante compreender, ao contrário disso, que o sistema jurídico deve ser tópico, isto é, compreendido como conexidade de normas para solução de problemas. Por isso, o mais consentâneo seja tratá-lo como ciência social aplicada[2]. Aliás, a historicidade humana permite à hermenêutica jurídica evoluir e atingir novos resultados, não apenas pelas ferramentas da interpretação e aplicação, como também através da construção, vale dizer: aspecto realista do direito que se edifica pela redescoberta da pessoa e de suas novas atuações sociais[3].

Fazendo o problema[4], inegavelmente, fragmento da pauta cognitiva de fatos e resolutiva de direitos, cumpre aqui enfrentar as seguintes adversidades: é possível no âmbito do processo penal e mesmo da processualidade administrativa valer-se de prova obtida via interceptação telefônica de expediente inquisitorial, do qual

1 LORENZETTI, Ricardo Luís. *Fundamentos de derecho privado*: Código Civil y Código comercial de la Nácion Argentina. Buenos Aires: La Ley, 2016.

2 Cf. NEVES, António Castanheira. *A crise actual da filosofia do direito no contexto da crise global da filosofia: tópicos para a possibilidade de uma reflexiva reabilitação*. Revista Stvdia Jurídica. v. 72. Coimbra: Coimbra Editora, 2003, p. 32. Elucida com a transformação do nome da Faculdade de Direito de Lisboa: "Se na reforma de 1910 dos estudos da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra a designação da anterior cadeira de "Filosofia do Direito' passou a ser de 'Sociologia Geral e Filosofia do Direito', pela reforma de 1911 o lugar era já só para um acervo de ciências sociais ou jurídico-sociais – assim como a fundação em 1913 da Faculdade de Direito de Lisboa o foi sob o título de Faculdade de Estudos Sociais e Direito".

3 DIAS, Jorge Figueiredo. Direito penal e estado de direito material (sobre o método, a construção e o sentido da doutrina geral do crime. In: *Revista de direito penal*. v. 31. Rio de Janeiro, 1981, p. 38-53. Exemplo disso, é a questão da sexualidade e do legislador penal. O autor brinda com o seguinte excerto: "Porque o homem deve ser inteiramente livre no seu pensamento, na sua convicção e na sua mundividência - só deste modo se constituindo uma sociedade verdadeiramente pluralista - ao Estado falece, por inteiro, legitimidade para impor oficial e coactivamente, quaisquer concepções morais, para tutelar a moral ou uma certa moral: neste campo tudo deve ser deixado à livre decisão individual".

4 ABBAGNANO, Nicola. *Dicionario de filosofía*. México: Fondo de cultura económica, 183, p. 954. Com apoio em Kant: "Problemas son proposiciones demonstrables que necesitan pruebas o son tales como para expresar una acción cuyo modo de realización no es inmediatamente cierto".

o polo passivo originalmente dele não participou? A prova ainda assim haveria de valer se o interessado contra quem tomba é membro do Ministério Público e, portanto, somente tangível criminalmente em competência originária por Tribunal de Justiça?

A questão verte-se em densidade axiológica considerando os valores em jogo, conforme adiante haverá enfrentamento. Vale, contudo, desde já fazer a advertência que o presente escrito tem origem em manifestação (voto na qualidade de relator) anteriormente proferida no colegiado recursal do Ministério Público do Estado de Minas Gerais. Isso equivale dizer que, nesta oportunidade, o caminho é inverso: parte-se da *pragmática* com saldo rumo à *dogmática* e, consequentemente, os dados fáticos, pessoais e funcionais serão obviamente substituídos pelas projeções científicas ao caso concreto.

De antemão é necessário relembrar que o Código de Processo Penal, refratário à pós-modernidade e à sociedade da informação, assim como perfilhado a momento de arbitrariedade que anulou as bases democráticas do Estado brasileiro – mesmo diante as inúmeras e necessárias reformas – nada dispõe sobre a admissão (leia-se legalidade e legitimidade) da prova emprestada, estando a discussão fixada na linha doutrinária e jurisprudencial[5]. A disposição

5 STF. HABEAS CORPUS. PROCESSO PENAL. SUBSTITUTIVO DO RECURSO CONSTITUCIONAL. INADEQUAÇÃO DA VIA ELEITA PROVA EMPRESTADA. NULIDADE. INOCORRÊNCIA. TRÁFICO DE DROGAS. DOSIMETRIA DA PENA. CAUSA DE DIMINUIÇÃO DO ART. 33, § 4º, DA LEI 11.343/06. SUBSTITUIÇÃO DA PENA. IMPOSSIBILIDADE. 1. O *habeas corpus* tem uma rica história, constituindo garantia fundamental do cidadão. Ação constitucional que é, não pode ser o *writ* amesquinhado, mas também não é passível de vulgarização, sob pena de restar descaracterizado como remédio heroico. Contra a denegação de habeas corpus por Tribunal Superior prevê a Constituição Federal remédio jurídico expresso, o recurso ordinário. Diante da dicção do art. 102, II, a, da Constituição da República, a impetração de novo habeas corpus em caráter substitutivo escamoteia o instituto recursal próprio, em manifesta burla ao preceito constitucional. Precedentes da Primeira Turma desta Suprema Corte. 2. Não há, em princípio, óbice à utilização de prova emprestada de interceptação telefônica realizada no bojo de outra investigação, desde que franqueado à defesa o acesso a essa prova, garantindo-se o contraditório, como no caso dos autos. 3. Consoante o art. 563 do Código de Processo Penal, não se decreta nulidade sem prejuízo, prejuízo este não demonstrado na hipótese. 4. A dosimetria da pena é matéria sujeita a certa discricionariedade judicial. O Código Penal não estabelece rígidos esquemas matemáticos ou regras absolutamente objetivas para a fixação

havida no código de formas penal é quanto à inadmissibilidade da prova ilícita[6], assim entendidas aquelas obtidas mediante violação da lei ou da Constituição Federal (CPP, art. 157), o que exige construção hermenêutica *conforme* os valores fundamentais.

---

da pena. Cabe às instâncias ordinárias, mais próximas dos fatos e das provas, fixar as penas. Às Cortes Superiores, no exame da dosimetria das penas em grau recursal, compete apenas o controle da legalidade e da constitucionalidade dos critérios empregados, com a correção de eventuais discrepâncias, se gritantes e arbitrárias, nas frações de aumento ou diminuição adotadas pelas instâncias anteriores. Pertinente à dosimetria da pena, encontra-se a aplicação da causa de diminuição da pena objeto do § 4º do art. 33 da Lei 11.343/2006. Cabe às instâncias inferiores decidir sobre a aplicação ou não do benefício e, se aplicável, a fração pertinente, não se mostrando hábil o *habeas corpus* para revisão, salvo se presente manifesta ilegalidade ou arbitrariedade. 5. O Plenário do Supremo Tribunal Federal, no HC 111.840/ES, Rel. Min. Dias Toffoli, julgado em 27.6.2012, reputou inválida, por inconstitucionalidade, a imposição compulsória do regime inicial fechado para crimes de tráfico de drogas. Não reconhecido, contudo, direito automático ao regime menos gravoso, ponto a ser apreciado pelo juiz do processo à luz das regras gerais do arts. 33 do Código Penal, não limitada a fixação ao quantum da reprimenda, mas também ao exame das circunstâncias judiciais do artigo 59 do Código Penal, conforme remissão do § 3º do mencionado art. 33. 6. Habeas corpus extinto sem resolução do mérito, mas com concessão de ofício da ordem para determinar, afastada a vedação legal do § 1º do artigo 2º da Lei 8.072/90, ao Juízo da execução que avalie a possibilidade de fixação de regime mais brando de cumprimento da pena para o paciente. HC: 114074 SC. Relatora: Min. ROSA WEBER publicado 27-05-2013.

6 COSTA. Suzana Henriques. Os poderes do juiz na admissibilidade das provas ilícitas. In: *Doutrinas essenciais de processo civil*. v. 4. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 1.135-11.34. Exorta, para além da teoria dos frutos proibidos (*fruits of the poisonous tree*), outras teorias importantes quanto à admissibilidade de provas ilícitas. Vale a enumeração: "1) Limitação da fonte independente: as provas obtidas através de uma violação a normas de direito material ou processual podem ser apreciadas judicialmente, desde que se prove que elas poderiam ser produzidas por fonte independente, ou seja, não relacionada à prova ilícita. A prova que eventualmente possa ser produzida por fonte independente não sofre influência da prova envenenada, podendo ser utilizada por não derivar diretamente da árvore. 2) Limitação da descoberta inevitável: essa exceção permite que a prova derivada seja utilizada caso se comprove que ela viria a ser descoberta, inevitavelmente, por meios lícitos. Cabe à acusação, contudo, o ônus de provar a descoberta inevitável. 3) Limitação de descontaminação: segundo a qual se permite a utilização da prova ilícita, desde que sobrevenha acontecimento capaz de descontaminá-la. Tal acontecimento tornaria secundário o vínculo da prova derivada com a prova ilícita. A Suprema Corte norte-americana (Brown v. Illinois) já determinou que três seriam as hipóteses de descontaminação: "a existência de largo espaço de tempo entre a ilicitude e a obtenção da prova derivada; a intervenção de fatores independentes e adicionais; e o grau de ilicitude do ato do agente policial. 4) Limitação da Boa-fé: essa é a limitação mais discutida dentre as demais. Segundo ela, poderiam ser utilizadas as provas derivadas, nos casos em que os policiais tivessem realmente crido que sua diligência houvesse sido lícita. Isso porque, como já dito acima, a proibição da utilização dos frutos da árvore envenenada está fundada na tentativa de coibir abusos policiais e, naqueles casos em que os agentes públicos não tenham consciência da ilicitude de seus atos, a razão de ser da vedação se esvai. A prova da boa-fé da conduta policial, todavia, deve ser feita pela acusação. 5) Limitação da expectativa legítima e pessoal: ocorre nos casos em que a vítima não tinha expectativa legítima do direito que foi lesado".

Também na seara da processualidade administrativa a Lei nº 9.784/99 (art. 30) veda a prova obtida por meios ilícitos, estando o órgão responsável pela decisão administrativa vinculado ao dever de recusa de evidência assim comprometida. Portanto, a questão relativa à prova realizada em outro processo administrativo da qual o sindicado ou processado não participou também deriva de forte conteúdo interpretativo e problemático.

Metodologicamente é de propor os tópicos que versam sobre: *i*) autorização da interceptação telefônica como prova excepcional, pela Constituição Federal e o consequente regramento infraconstitucional; *ii*) requisitos de validade de referida prova; *iii*) novas dimensões da prova emprestada nos termos do formalismo valorativo do Código de Processo Civil; *iv*) balanceamento axiológico entre direitos e deveres colidentes frente à integridade do sistema jurídico que permite a prova acidental descoberta como prova emprestada.

## 2. Limites da interceptação telefônica: direito penal primário e direito penal secundário

Já se disse, não sem razão em certos aspectos, que a Constituição Federal de 1988, representou verdadeiro '*totalitarismo normativo*'[7], pois voltada a minúcias, regulando matérias que poderiam

7 REALE, Miguel. Estrutura da Constituição de 1988. In: *Revista de Direito Administrativo*. Rio de Janeiro, 1989, p. 1-8. Justamente quanto à pretensão de tudo regular corre risco de não se adequar à necesidades evolutivas, mediante a participação popular. Observe: "Uma Constituição não é, nem pode ser, a pré-moldagem da sociedade civil, mas sim o enunciado de modelos jurídicos abertos capazes de propiciar-lhe meios e modos para superar inevitáveis conflitos econômicos, políticos ou culturais através do livre jogo dos interesses e das ideias, conforme as futuras opções soberanas do eleitorado. Não é, pois, um rol de soluções compulsórias, mas a garantia de soluções a serem livremente alcançadas na concretude da experiência social, através do debate crítico dos programas políticos e das aspirações de todas as categorias coletivas. Desse modo, quando o legislador se substitui ao povo, impondo-lhe normas rígidas e bloqueando o processo de livre construção de seu próprio caminho, caímos no 'holismo', uma das mais nocivas formas de autoritarismo, e porta aberta ao totalitarismo Daí o dever que tinha a Assembleia Nacional Constituinte de evitar a tentação casuística de tudo regular e tudo resolver, estancando o futuro processo legislativo. A pretexto de defender-se a igualdade, ou o bem-estar social, podemos estar apenas privando a coletividade nacional de seu autônomo poder de escolha em face dos casos concretos, ou da alternância dos partidos políticos no poder, como é próprio de uma sociedade democrática e, por conseguinte, aberta e pluralista".

ser melhor elaboradas em leis infraconstitucionais e sujeitas ao debate público, porquanto estando na cúspide do sistema e sendo altamente analítica passa a ser empeço à mobilidade dos novos valores. Basicamente, isso ocorre quando abandona a plasticidade de modelos jurídicos e passa a dispor sobre diversos temas que, historicamente e para as futuras gerações, poderiam ter novos desfechos. Tratando, *v.g.*, de dano moral (órbita civil), de tipos hediondos (órbita penal), de formas procedimentais (órbita processual), acaba estrangulando novas percepções e evoluções.

Quanto às formas procedimentais, observa-se nitidamente, que a '*partitura constitucional*' (CF, art. 5º, inciso XII) assegurou a possibilidade de produção de prova por meio de interceptação telefônica desde de que com realizabilidade fixada no âmbito processual penal, através de dois modelos formais: *investigação criminal* ou *instrução penal*. Tudo isso em garantia ao jurisdicionado como forma de sopesar o desvalor jurídico *em jogo*, qual seja: apenas nos fatispécies classificados como crimes se admite a intervenção estatal sobre as conversas telefônicas, mitigando o direito fundamental à intimidade e privacidade (CF, art. 5º, inciso X).

É certo que os direitos fundamentais sempre carecem de ampla proteção e promoção. Entretanto, a possibilidade do Estado, através de órgãos legitimamente designados, interceptar conversas telefônicas está ligada à própria tutela fundamental da pessoa, isto porque ao direito penal[8] cumpre precípua função de proteção da sociedade e das pessoas contra ações ou omissões qualificadas pelo potencial do injusto e ofensoras de bens jurídicos constitucionalmente positivados[9].

8 DEMO, Roberto Luís Luchi. Direito penal e outros ramos do direito: interdependência, comunicação, encontros e desencontros: uma visão holística aos diversos planos do direito a partir do direito penal. *Revista Jurídica*, São Paulo, v. 52, n. 324, p. 89-113, out. 2004.

9 SILVA, Jorge Pereira. *Deveres do Estado de protecção de direitos fundamentais: fundamentação e estrutura das relações jusfundamentais triangulares*. Lisboa: Universidade Católica Editora, 2015, p. 350. Confirma: "Assim, começam os cultores do direito penal por sustentar que, na relação entre este ramo jurídico e a Constituição, não se trata apenas de afirmar que o modelo de crime como

Para a interceptação telefônica, portanto, a Constituição Federal exigiu certa sincronia entre o direito penal primário (fixado nas premissas reitoras relacionadas a direitos, liberdades e garantias) e o direito penal secundário (voltado aos direitos econômicos, sociais e culturais). Pelo primeiro adota-se como escopo a proteção da esfera pessoal (mesmo que não individual), pelo segundo o objetivo já é a proteção da esfera de atuação social da pessoa[10]. Está-se ante uma tutela de limites em que a justiça penal tem lugar exatamente porque a atuação social de determinada pessoa está a agredir a esfera de liberdades e garantias da sociedade.

Guardadas as distinções entre *interceptação* (quando os dois interlocutores desconhecem o monitoramento), *escuta* (quando ao menos um sabe do monitoramento e é auxiliado por terceiro) e gravação unilateral ou clandestina (realizada por um dos interlocutores sem a participação de terceiro)[11], pode-se dizer que

ofensa a bens jurídicos tem a categoria e a força vinculante de um princípio constitucional. Nem tão-só de sustentar que a função constitucionalmente adstrita ao ordenamento penal é a de tutela subsidiária (ou de ultima ratio) de bens jurídicos cuja lesão, à luz do princípio da proporcionalidade, se revela digna e necessitada de pena. Bem mais do que isso, trata-se de reconhecer que os bens do sistema social se transformam e se concretizam em bens jurídicos dignos de tutela penal (...) através da ordenação axiológica jurídico-constitucional. Dai a conclusão segundo a qual um em jurídico político-criminalmente tutelável existe ali – e só ali – onde se encontre reflectido num valor jurídico-constitucionalmente reconhecido em nome do sistema total. E também a de que entre a ordem axiológica jurídico-constitucional [onde o bem jurídico preexiste] e a ordem legal – jurídico-penal – dos bens jurídicos, têm de existir uma qualquer relação de mútua referência. Relação que não será de identidade, mas de analogia material, fundada numa essencial correspondência de sentido. Afinal, na perspectiva clássica dos direitos de defesa, os direitos fundamentais protegem frente ao Estado os mesmos bens que o direito penal protege frente aos cidadãos".

10 DIAS, Jorge de Figueiredo. Direito penal: parte geral**.** Questões fundamentais. *A doutrina geral do crime*. Tomo I. Coimbra: Coimbra Editora, 2007, p. 121.

11 É por isso que em algumas situações as gravações unilaterais ou escutas com auxílio de terceiro, que em tese poderiam ser ilícitas nos termos do art. 10 da Lei 9.296/96, são referendas como lícitas pela Excelsa Corte, especialmente quando a situação não é invasiva à privacidade ou intimidade e quando a própria vítima está buscando se defender de ação criminosa constatável em diálogo. A propósito: STF. *Habeas Corpus*. Utilização de gravação de conversa telefônica feita por terceiro com a autorização de um dos interlocutores sem o conhecimento de outro quando há, para essa utilização, excludente de antijuridicidade. Afastada a ilicitude de tal conduta - a de, por legítima defesa, fazer gravar e divulgar conversa telefônica ainda que não haja o conhecimento do terceiro que está praticando o crime -, é ela, por via de conseqüência, lícita e, também consequentemente, essa gravação não pode ser tida como prova ilícita, para invocar-se o art. 5.º, LVI, da CF/1988 com fundamento em que houve violação da intimidade (art. 5.º, X, da CF/1988). *Habeas Corpus* indeferido. HC 74.678/SP, Rel. Min. Moreira Alves, *DJ* 15.08.1997, p. 37.036.

em tais casos a '*ordem pública constitucional*', revelada pela necessidade de proteção da coletividade ou das vítimas *in concreto* quanto aos ilícitos penais, distinguiu-se em relevância e preponderância sobre a proteção da intimidade.[12]

Enfim, se evidentemente a intimidade é *direito fundamental*, há, de lado anverso, os *deveres de proteção do Estado aos direitos fundamentais* (tanto individuais como coletivos), sendo que o âmbito do direito penal tem função essencial nesta modalidade: dever do Estado de proteção: da vida, da integridade física, da honra, e, também, do patrimônio público e da moralidade administrativa, entre outros. A retirada da carga penal para a proteção dos direitos fundamentais nada é mais que puro abolicionismo, do qual nenhuma sociedade se sustenta.

## 3. Requisitos de validade da interceptação e o problema da posição jurídica do afetado pela prova

Permitida, a interceptação telefônica pela Constituição Federal, naquele mesmo Texto Fundamental já se atribuiu ao legislador o dever de regulamentar as condições normativas de realizabilidade do excepcional meio de prova, sendo editada para a Lei federal nº 9.296/96.

A Lei federal nº 9296/96 estabeleceu filtros normativos para a realização de referida prova, a saber: *i*) existência de perspectiva quanto à autoria ou participação delitiva; *ii*) inviabilidade de produção de provas por demais meios; *iii*) fato investigativo consti-

12 GOMES, Camila Paula de Barros; BARROS, Marco Antônio de. Interceptação telefônica emprestada ao processo administrativo disciplinar. In: *Doutrinas essenciais de processo penal*. v. 3. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012, p. 343-365. Concordam: "São, portanto, absolutamente estreitos os limites que legitimam a obtenção dessa prova. Nos moldes em que foi delineada constitucionalmente e posteriormente regulamentada em lei ordinária, a interceptação telefônica só é admitida para prova em investigação criminal e instrução processual penal, por ordem do juiz competente. Sem dúvida, a leitura atenta dos dispositivos contidos na Lei 9.296/1996 e sua combinação com o art. 5.º, XII, da CF revelam a preocupação do legislador em tutelar a inviolabilidade do direito à intimidade, previsto no art. 5.º, X, ainda da Carta Magna".

tuir infração penal cuja pena seja mais gravosa que a detenção; *iv*) abertura de investigação criminal ou ação penal instaurada. É esse, portanto, o estabelecimento específico do *devido processo legal* entre Estado e investigado nos lindes do direito processual penal para a realização da interceptação.

Preservados no *iter* da investigação criminal ou ação penal os requisitos para a intercepção telefônica (como acima enumerados), a prova é válida, ou seja, lícita e em consequência estará apta para a valoração conforme a argumentação jurídica, o diálogo procedimental, vale dizer, 'elemento de convencimento jurisdicional nos exatos termos do ordenamento'.[13] E o expediente que autoriza a interceptação telefônica, destarte, chegará em juízo de forma cautelar. É preparatória quando do âmbito da investigação policial ou ministerial, contudo pode ser incidental na hipótese de já instaurada a ação penal. Importante ter em mente que parte da doutrina trata a interceptação telefônica como medida cautelar imprópria de apreensão.[14]

Atinente à segunda problematização desta pesquisa, pode ser que a interceptação telefônica, de forma acidental, revele pessoa que detenha prerrogativa de foro em instância originária de Tribunal

13 TRF-5. MS. 0034517-79.2005.4.05.0000. CONSTITUCIONAL. PROCESSUAL PENAL. MANDADO DE SEGURANÇA. INTERCEPTAÇÃO TELEFÔNICA. CRIMES DE QUADRILHA E FRAUDE PELA INTERNET. DECISÃO. FUNDAMENTAÇÃO. IMPRESCINDIBILIDADE. Não se pode dizer inane uma decisão judicial que firma seus alicerces em decisão pretérita, devidamente fundamentada, em que o julgador de primeiro grau empreendeu, com suas particulares ponderações, o cotejo da providência requerida pela autoridade policial com a disciplina legal a ela pertinente. Não há o óbice do art. 2.º, II, da Lei n.º 9.296/1996 para o deferimento do pedido de interceptação telefônica quando se demonstrar que a prova que se busca produzir pela diligência somente por ela puder ser obtida. Agravo regimental prejudicado. - Relator: Desembargador Federal Cesar Carvalho.

14 GOMES, Luiz Flávio. Finalidades da interceptação telefônica e a questão da prova emprestada. In: *IOB - Repertório de Jurisprudência*: civil, processual, penal e comercial. v. 4. São Paulo: IOB, 1997, p. 74-76. Explica: "a ordem judicial necessária exterioriza a autorização para a concretização da medida cautelar; a operação técnica (ato de interceptar, de captar a comunicação telefônica) é o meio executivo da medida cautelar de apreensão imprópria; o auto circunstanciado obrigatório revela a documentação da operação técnica, a gravação da interceptação é o resultado da operação técnica e, desse modo, documentação (materialização) da fonte de prova; a transcrição dessa gravação, como materialização do que foi captado, é o meio probatória (documental) que será levado em conta pelo juiz na sentença final e que serve para afastar o presunção de inocência".

de Justiça por prática de ato criminoso ou ilícito administrativo claramente contrários aos deveres funcionais e que não estava designada inicialmente nos trabalhos de apuração. É a hipótese de conteúdo de interceptação realizada em sede de investigação (PIC), instada por Promotor de Justiça lotado em instância singela que escorreitamente atua na esfera de persecução penal para exame e averiguação de práticas de crimes que ocorram na Comarca onde exerce o múnus, quando se apreende diálogo de outro membro ministerial no desenvolvimento de atos contrários à estatura constitucional que deveria guardar em esfera funcional.

Na vertente somam-se aos demais requisitos acima delineados, dois outros institutos jurídicos externos à interceptação que tomam corpo ao caso concreto: ***i***) o dever de sigilo próprio da interceptação telefônica; ***ii***) a competência relacionada àquele abatido pelo diálogo descortinado.

Quanto ao sigilo, atente-se que o art. 10 da Lei 9.296/1996 trata de impô-lo quanto ao conteúdo colhido, inclusive tratando como tipo penal o compartilhamento. O dever de sigilo, corolário do direito fundamental da privacidade, não é requisito de realização da prova, mas regra jurídica de imposição de limites para preservação da prova e dos sujeitos envolvidos.[15] Destarte, mesmo havendo a imposição de sigilo, aos responsáveis pela apuração, desde que preservado o conteúdo e autorizado pelo juiz, cumpre o envio obrigatório das peças às instâncias de controle e correcionais do Ministério Público para as providências. Trata-se de dever imposto por lei.[16] Observe que o sigilo não é violado, é apenas repassado para as autoridades com atribuição para dar início à apuração.

15 Assim a redação: Art. 10. Constitui crime realizar interceptação de comunicações telefônicas, de informática ou telemática, ou quebrar segredo da Justiça, sem autorização judicial ou com objetivos não autorizados em lei.

16 Lei Complementar 34/94: Art. 67. No exercício de suas funções, o Ministério Público poderá: XI – levar ao conhecimento do Procurador-Geral de Justiça ou do Corregedor-Geral do Ministério Público fatos que possam ensejar processo disciplinar administrativo ou ação penal pública; Art. 110. São deveres dos membros do Ministério Público, além de outros previstos em lei: IX – adotar, nos limites de suas atribuições, as providências cabíveis em face de irregularidade de que tenha conhecimento ou que ocorra nos serviços afetos a seu cargo.

No que respeita a competência, sendo o afetado pela prova acidental descoberta Promotor de Justiça, o órgão com atribuição legal para eventual julgamento em hipótese de tipo penal aberto, como visto, é o Tribunal de Justiça.[17] Já as violações de natureza administrativa são da alçada persecutória da Egrégia Corregedoria do Ministério Público.[18] Via de consequência, como ainda não houve qualquer ato decisório, a não ser aquele primitivo que autorizando interceptação de outro envolvido alcançou acidentalmente autoridade com prerrogativa de foro, para tais instâncias deve ser remetido o conteúdo.

Em suma: a lei infraconstitucional que regula as interceptações telefônicas estabelece não apenas os requisitos de validade para realização, senão fixa limites para o sigilo, assim como é cativa aos pressupostos processuais (como no caso a competência). Contudo, neste último caso não veda o compartilhamento, desde que: ***i***) haja autorização do Juiz responsável pelo deferimento da diligência; ou ***ii***) o objetivo do compartilhamento não seja vedado por lei. Se o positivismo significa redução do Direito à lei, a exegese meramente 'gramatical' desde já permite a compreensão de que a autorização constitucional para a realizabilidade de prova de interceptação telefônica essencialmente depende e está adstrita à produção na ambiência da instância penal, entretanto isso não importa dizer que o compartilhamento esteja vedado.

## 4. Conceito de prova emprestada no âmbito sistêmico

A prova emprestada, na condição de evidência aceita pela jurisprudência e doutrina, não está positivada no âmbito da processualidade penal e administrativa. Todavia, a ausência de dispositivo específico não impediu a respectiva utilização, porque a

17 LOMP. Art. 40, inciso IV.

18 LOMP. Art. 17, inciso V.

noção aberta de prova é essencial como elemento de convicção judicial.[19] À vista do exposto, a prova emprestada acaba sendo situada na análise de eventual licitude frente ao caso concreto, observado o devido processo legal, donde há de vir, ao final, a avaliação quanto ao efeito útil ou mesmo sua precariedade.[20]

Guilherme de Souza Nucci ensina que a

> prova emprestada é aquela produzida em outro processo e, através da reprodução documental, juntada no processo criminal pendente de decisão. O juiz pode levá-la em consideração, embora deva ter a especial cautela de verificar como foi formada no outro feito, de onde foi importada, para saber se houve o indispensável devido processo legal. Essa verificação inclui, naturalmente, o direito indeclinável ao contraditório, razão pela qual abrange o fato de ser constatado se as mesmas partes estavam envolvidas no processo onde a prova foi efetivamente produzida.[21]

Tal forte posicionamento doutrinário deve ser respeitado, muito embora possa ser esclarecido que o festejado autor não citou qualquer dispositivo do Código de Processo Penal que regule o tema. O texto doutrinário fixou a base do comentário precisamente na Constituição Federal, com apoio não aprofundado no novo Código de Processo Civil que regula o tema de maneira pormenorizada.

19 CHIOVENDA, Giuseppe. *Instituições do Direito Processual Civil*. v.3. Campinas: Bookseller, 1998, p. 9. Para quem provar: 'significa formar a consciência do juiz sobre a existência ou não de fatos relevantes no processo'.

20 STF. HC no 67.707. "PROVA EMPRESTADA – INOBSERVÂNCIA DA GARANTIA DO CONTRADITÓRIO – VALOR PRECÁRIO – PROCESSO PENAL CONDENATÓRIO. A prova emprestada, especialmente no processo penal condenatório, tem valor precário, quando produzida sem observância do princípio constitucional do contraditório. Embora admissível, é questionável a sua eficácia jurídica. Inocorre, contudo, cerceamento de defesa, se, inobstante a existência de prova testemunhal emprestada, não foi ela a única a fundamentar a sentença de pronúncia". Rel. Min. Celso de Mello, 1a Turma, v.u., j. 07.11.1989, DJ 14.08.92).

21 NUCCI, Guilherme de Souza. *Código de Processo Penal comentado.* 15. ed. rev., atual. e ampl. - Rio de Janeiro: Forense, 2016. Pág. 388/389.

Ada Pellegrini Grinover[22], ao seu tempo, indica quatro requisitos para utilização da prova emprestada: *i*) a prova que se empresta deve vir de processo onde figuram as mesmas partes; *ii*) deve ser preservado o princípio do juiz natural, portanto, além das mesmas partes o segundo processo deve contar com o mesmo juiz; *iii*) observação dos princípios gerais que regem a prova; *iv*) atenção e não violação aos requisitos da prova documental, porquanto a prova emprestada sempre decorrerá de meio documental.

A mesma saudosa Professora, agora em companhia de reconhecidos doutrinadores, não se opõe especificamente ao empréstimo de interceptação telefônica para outra instância, justamente a considerar o efeito útil da prova, uma vez já rompida a intimidade nada mais há para preservar.[23] Contudo, não é essa a opinião de Eduardo Talamini[24] e Vicente Greco Filho[25], para quem a interceptação telefônica obtida em feito criminal não pode ser transferida para outra instancia, especialmente a administrativa. Interessante, nesse ponto, é posição a 'meio do caminho' que assume a possibilidade de empréstimo da interceptação telefônica, desde que se observem os mesmos requisitos da Lei 9.296/96, sem prejuízo do contraditório.[26]

Imperativo verberar que a maioria dos livros e autores citados são anteriores a dois acontecimentos de relevo no sistema jurídico brasileiro. Em primeiro plano, a operação 'Lava-jato', que

22 GRINOVER, Ada Pellegrini. Prova emprestada. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, v.1, n. 4, p. 60-69, out./dez. 1993.

23 GRINOVER, Ada Pellegrini; GOMES FILHO, Antônio Magalhães; FERNANDES, Antônio Scarance. *As nulidades no processo penal.* 6. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.

24 TALAMINI, Eduardo. Prova emprestada no Processo Civil e Penal. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, v. 35, n. 140, p.145-162, out./dez. 1998.

25 GRECO FILHO, Vicente. *Interceptação telefônica*. São Paulo: Saraiva, 1996, p. 24.

26 SILVA, César Dario Mariano da. *Provas ilícitas.* 2. ed. São Paulo: Liv. e Ed. Universitária de Direito, 2002, p. 120.

desvendou diversos comportamentos ilícitos de natureza penal justamente através de interceptações telefônicas, acessos a contas bancárias no exterior, ações controladas e colaborações premiadas nos termos da legislação vigente, demonstrando à sociedade que o combate às organizações criminosas apenas ganha efetividade se adotadas técnicas que possam anular 'as máscaras das aparências levianas de legalidade'.

Em segundo lugar, o advento do novo Código de Processo Civil, cujo espírito de codificação demonstra assento na escola do *formalismo-valorativo* e na Constituição discursiva e emancipadora.[27] Nesta esteira, em 2015 passou a viger o CPC fixando como estratégia essencial para as mazelas da sociedade brasileira a adoção de um Direito responsivo, democrático, de inclusão e que, sobretudo, deve ser lido à luz dos valores e normas fundamentais.[28] E enquanto o CPP não delimita o campo da prova emprestada, o CPC pioneiramente o faz consoante o dispositivo contido no art. 372.[29]

27 OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro. *Processo Civil brasileiro e codificação*. In: Doutrinas essenciais de processo civil. São Paulo: RT, 2011, p. 1255-1264. Explica*:* "A influência da Carta Política de 1988 e, principalmente, da dimensão conquistada pelo direito constitucional em relação a todos os ramos do direito e na própria hermenêutica jurídica (v.g., 'a interpretação conforme à Constituição'), mostra-se particularmente intensa no que diz respeito ao processo. Tanto é assim que estabeleceu de modo expresso diretivas completas para a formação e o desenvolvimento de um processo justo (juiz imparcial, contraditório, ampla defesa, motivação das decisões judiciais etc.). Não bastasse isso, já não se trata mais de apenas conformar o processo às normas constitucionais, mas de empregá-las no próprio exercício da função jurisdicional, com reflexo direto no seu conteúdo, naquilo que é decidido pelo órgão judicial e na maneira como o processo é por ele conduzido. Tudo isso é potencializado por dois fenômenos fundamentais de nossa época: o afastamento do modelo lógico próprio do positivismo jurídico, com a adoção de lógicas mais aderentes à realidade jurídica, como a dialética e a tópica-retórica, uma hermenêutica de novo tipo, e a consequente intensificação dos princípios, sejam eles decorrentes de texto legal ou constitucional ou até não escrito, mas pressuposto. No sistema jurídico brasileiro, essas ponderações ostentam enorme alcance prático, porque a Constituição de 1988 positivou de forma expressa os direitos fundamentais de primeira, segunda e terceira geração".

28 CPC. Art. 1º O processo civil será ordenado, disciplinado e interpretado conforme os valores e as normas fundamentais estabelecidos na Constituição da República Federativa do Brasil, observando-se as disposições deste Código.

29 CPC. Art. 372. O juiz poderá admitir a utilização de prova produzida em outro processo, atribuindo-lhe o valor que considerar adequado, observado o contraditório.

Destarte, a considerar a necessidade de adoção de interpretação sistemática que busque ponto de equilíbrio entre todas as legislações e codificações, o CPC atual transforma-se em tipo normativo de grande funcionalidade na verificação da licitude ou não de admissão da interceptação telefônica realizada outrora em investigação criminal, especialmente levando-se em consideração a oportunidade de colheita que às vezes jamais se repetirá.[30]

Na adversidade enfrentada nesta pesquisa (diálogo colhido a partir de PIC), com o aviso de que o princípio do contraditório (*base elementar do conceito de prova emprestada*) ainda não tem projeção e, via de consequência, sua invocação não faz sentido[31], até porque pode ser realizado *a posteriori*[32], observe, pois, que a utilidade da prova é matéria essencialmente ligada à 'movimentação' de determinada evidência extraída de expediente rumo aos demais processos e instâncias, pois *somente* naquela oportunidade pôde ser colhida; conseguiu ser materializada; saiu da abstração e se projetou no âmago da contextualização processual. Longe de ser procurado, o fato constatado nas in-

30 MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. *Comentários ao Código de Processo Civil*: artigos 369 ao 380. São Paulo: RT, 2016, p. 215. Advertem: "Prova emprestada é aquela que, produzida em outro processo, é trazida para ser utilizada em processo em que surge interesse em seu uso. Trata-se de evitar, com isso, a repetição inútil de atos processuais, otimizando-se, ao máximo, as provas já produzidas em demanda pendente. Entretanto, não é apenas a ideia de aproveitamento de atos que importa, quando se pensa em prova emprestada. Eventualmente pode acontecer que a prova não possa mais ser colhida, por alguma circunstância, motivo mais que suficiente para autorizar, ao menos em princípio, a tomada de empréstimo da prova já realizada em outro processo".

31 STJ. RHC n. 57.812/PR. "É cediço que o inquérito policial é peça meramente informativa, de modo que o exercício do contraditório e da ampla defesa, garantias que tornam devido o processo legal, não subsistem no âmbito do procedimento administrativo inquisitorial" Quinta Turma. Rel. Min. Felix Fischer – j. em 15.10.2015 – Dje de 22.10.2015.

32 TJRO. Apelação, Processo nº 0007229-52.2015.822.0501. APELAÇÃO CRIMINAL. INTERCEPTAÇÃO TELEFÔNICA. NULIDADE DOS PROCEDIMENTOS. INEXISTÊNCIA. ESPECTOGRAMA. DEGRAVAÇÃO. PERITO. DESNECESSIDADE. PROVA COMPARTILHADA. ILEGALIDADE. CONTRADITÓRIO POSTERGADO. IMPROCEDÊNCIA. A existência de vícios do procedimento de interceptação telefônica deve ser comprovada por meio de provas robustas e não apenas por meras ilações desprovidas de fundamento, sendo desnecessária a realização de espectograma e degravação por perito, conforme entendimento consolidado do STJ. Inexiste ilegalidade no procedimento de interceptação telefônica realizado mediante autorização judicial e posteriormente compartilhado pela autoridade competente, sobretudo quando assegurado, ainda que em momento posterior, o contraditório e ampla defesa. Rel. Des. Valdeci Castellar Citon.

terceptações ingressou no mundo das apurações por acidente, sendo certo que caso investigado diretamente com acompanhamento do afetado, por certo jamais seria consubstanciado. É esse mesmo o entendimento das Cortes nacionais[33].

Nesta perspectiva se pode dizer que a processualidade adotada pelo constitucionalismo discursivo não é aquela de natureza formal-excessiva. A Constituição Federal não pode (e nem deve) ser interpretada por 'tiras' ou 'fatias'. O preceito contido no inciso XII, do art. 5º da Magna Carta deve ser lido em harmonia e unidade com outros cânones fundamentais, especialmente aquele que trata do acesso à justiça, a inafastabilidade do Poder Judiciário (CF, art. 5º, inciso XXXV), a defesa da probidade e moralidade (CF, 5º, inc. LXXVII, 37, *caput*) e os deveres funcionais dos membros do Ministério Público (CF, art. 128, § 5º, inciso II, alínea 'f').

## 5. Prova acidental descoberta e validade como prova emprestada

Em quarto tópico, tomando por base ainda processualidade civil que regula com maior intensidade o eventual empréstimo de prova, e com apoio na mesma doutrina exortada por Marinoni e Arenhart é fácil verificar a possibilidade de aceitação da prova oriunda de outra instância desde que haja a devida ponderação entre os direitos fundamentais em colisão[34].

33 STJ.HC: 144180 DF 2009/0152924-0. PENAL. PROCESSUAL PENAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO ESPECIAL, ORDINÁRIO OU DE REVISÃO CRIMINAL. NÃO CABIMENTO. INTERCEPTAÇÃO TELEFÔNICA. AÇÃO CRIMINOSA DE TERCEIRO. DESCOBERTA ACIDENTAL. VALIDADE. 1. Ressalvada pessoal compreensão diversa, uniformizou o Superior Tribunal de Justiça ser inadequado o writ em substituição a recursos especial e ordinário, ou de revisão criminal, admitindo-se, de ofício, a concessão da ordem ante a constatação de ilegalidade flagrante, abuso de poder ou teratologia. 2. Válido é o resultado probatório por descoberta acidental, no caso ocorrido por utilizar a paciente terminal telefônico com interceptação judicialmente autorizada. 3. Habeas corpus não conhecido. Relator: Ministro NEFI CORDEIRO. Data de Julgamento: 12/05/2015.

34 MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. Comentários ao Código de Processo Civil: artigos 369 ao 380. São Paulo: RT, 2016, p. 215. Comentam: "Por fim, cabe imaginar a situação em que se busca emprestar prova de um processo, em que litigaram A e B, para

É o caso de as pessoas identificadas no processo primitivo e no secundário serem diferentes ou naquela situação em que o contraditório passa ser impossível, até porque oriundo de investigação ainda em curso[35].

Nesse passo restará colisão tanto no que respeitam direitos fundamentais de natureza processual como direitos fundamentais de natureza material. Na órbita jusfundamental processual estariam em conflito o direito ao contraditório *versus* o direito à tutela administrativa; já na esfera jusfundamental material o antagonismo se daria entre o direito à intimidade do afetado e o direito da coletividade ao patrimônio público e moralidade administrativa.

Alivia os conflitos justamente o exercício de ponderação fulcrado na tese de Robert Alexy[36] com base em três critérios estruturais: *i*) ade-

um processo entre A e C, ou para um processo entre C e D. Nessas hipóteses, ou apenas uma das partes é identificada com a do processo em que a prova foi produzida, ou nenhuma das partes é idêntica. Em tais situações, como o contraditório das partes não foi garantido na produção da prova, será necessário examinar se é possível cumprir com tal garantia no processo para o qual se pretende exportar a prova. Sempre que for possível garantir o contraditório – com a mesma eficácia que se teria caso o contraditório houvesse sido observado no processo primitivo – o empréstimo da prova será admissível. Caso contrário, em princípio, a prova emprestada será inviável. De todo modo o contraditório não pode ser o único critério considerado. Eventualmente, ainda que não se consiga mais efetivar o contraditório em relação à prova, haverá situação em que a proibição redundará na impossibilidade de se sustentar certa pretensão em juízo. Imagine-se, por exemplo, caso em que a única prova que se possui foi produzida em processo que o contraditório não possa ser reconstituído (ou porque as partes são distintas, ou porque há elementos não recuperáveis etc.). Ter-se-á, aqui, verdadeiro conflito de direitos fundamentais processuais (entre o direito ao contraditório e o direito à tutela jurisdicional), que evidentemente não preferir, de forma abstrata, uma ou outra posição. Haverá necessidade de ponderar os direitos fundamentais em colisão conforme as circunstâncias do caso concreto, aplicando-se a regra da proporcionalidade".

35 STF. Inquérito no 2.424. Interceptação telefônica e transferência de dados. Excerto do voto: "Tendo isso em conta, embora salientando não ser possível encontrar, como tese de alcance absoluto, esse interesse legitimante nos objetos dos processos meramente civis em que haja disputa sobre bens ou interesses privados e disponíveis, considerou-se não afrontar à Constituição Federal ou à lei o entendimento de que a prova decorrente de interceptação lícita, autorizada e realizada em procedimento criminal, inquérito ou processo-crime, contra certa pessoa, na condição de suspeito, indiciado ou réu, possa ser-lhe oposta, na esfera própria, pelo mesmo Estado, encarnado por órgão administrativo ou judiciário a que esteja o agente submisso, como prova do mesmo ato visto sob a qualificação jurídica de ilícito administrativo ou disciplinar. 20 out. 2011.

36 ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. São Paulo: Malheiros, 2011, p. 90.

quação (*toda intervenção sobre um direito constitucional deve ser idônea e contribuir para um fim constitucional legítimo*); *ii*) necessidade (*a intervenção deve ser feita pelo meio da medida menos gravosa ao direito fundamental restringido*); *iii*) proporcionalidade (*as vantagens obtidas pela intervenção devem compensar os sacrifícios que fustiguem o direito fundamental mitigado*).

A colisão entre os *direitos fundamentais processuais* (contraditório e tutela administrativa) é de fácil solução. Primeiro, porque o contraditório pode e dever ser preservado, mesmo que a despeito disso prova tenha sido colhida em outro expediente – calha aqui a lembrança da licitude da colheita no expediente original (PIC). Segundo, porque há o direito fundamental coletivo à tutela administrativa justa a ser desencadeada pela Corregedoria-Geral do Ministério Público (LCE, 34/94, art. 39, inc. VIII) e que, de forma reflexiva, redunda em dever fundamental para o Corregedor-Geral. Caso não exista processo administrativo sancionatório com a aceitação da prova acidental colhida, o prejuízo será evidentemente maior para o interesse público.

A colisão entre *direitos fundamentais materiais* (intimidade e patrimônio público e moralidade administrativa) não gera polêmica alguma. Inicialmente, é de se recordar que todo membro do Ministério Público tem a esfera de intimidade e privacidade menor se comparada ao particular. É pessoa pública por exigência do exercício do cargo e da missão constitucional assumida. De outro lado, a promoção do patrimônio público e moralidade administrativa é função *mater principalis* do Ministério Público, conforme assentado na Constituição Federal (art. 129, inc. III). Portanto, o exame de ponderação é contrário às pretensão daquele afetado em prova acidental colhida em investigação criminal, mesmo não sendo ele o investigado original[37].

37 Aliás é esse o entendimento do STF: "Prova emprestada. Penal. Interceptação telefônica. Escuta ambiental. Autorização judicial e produção para fim de investigação criminal. Suspeita de delitos cometidos por autoridades e agentes públicos. Dados obtidos em inquérito policial. Uso em procedimento administrativo disciplinar, contra outros servidores, cujos

Há, por fim, concernente à processualidade administrativa certa situação que também pode ensejar o aproveitamento de prova colhida em PIC para o âmbito das Corregedorias. A Lei 9.874/99 possibilita que a Administração utilize fatos e dados registrados em documentos existentes nos respectivos arquivos, inclusive de ofício[38].

Soma-se a isso a premissa de que, nos processos administrativos, ao contrário dos processos judiciais, os responsáveis pela condução dos trabalhos não devem se fiar apenas nas informações constantes dos autos para formar a conclusão, assim como para expedir a decisão necessária. Trata-se da adoção do princípio da verdade material que contribui extremamente para orientação da Administração pública dialógica[39].

## 6. Considerações finais

Não há dúvidas, portanto, de que a prova acidental não apenas é válida, mais que isso: ainda deve ser utilizada como meio idôneo de convicção para decisões de controladorias e corregedorias no âmbito administrativo, mediante exercício de ponderação, sem prejuízo do princípio da verdade material.

eventuais ilícitos administrativos teriam despontado à colheita dessa prova. Admissibilidade. Resposta afirmativa a questão de ordem. Inteligência do art. 5.º, XII, da CF, e do art. 1.º da Lei 9.296/1996. Precedente. Voto vencido. Dados obtidos em interceptação de comunicações telefônicas e em escutas ambientais, judicialmente autorizadas para produção de prova em investigação criminal ou em instrução processual penal, podem ser usados em procedimento administrativo disciplinar, contra a mesma ou as mesmas pessoas em relação às quais foram colhidos, ou contra outros servidores cujos supostos ilícitos teriam despontado à colheita dessa prova", STF, Inq 2424 QO-QO.

38 Art. 37. Quando o interessado declarar que fatos e dados estão registrados em documentos existentes na própria Administração responsável pelo processo ou em outro órgão administrativo, o órgão competente para a instrução proverá, de ofício, à obtenção dos documentos ou das respectivas cópias.

39 FURTADO, Lucas Rocha. *Curso de Direito administrativo*. Belo Horizonte: Fórum, 2016, p. 1041. Explica: "como primeira providência, A administração Pública deve buscar trazer aos autos as informações que lhes são estranhas. Caso esta providência não seja possível em função de limitações materiais ou jurídicas, a formação da convicção do administrador público deve considerar as informações estranha aos autos, não obstante elas possam contrariar aquelas constantes dos autos e, de forma sempre motivada, proferir a decisão mais condizente com a realidade dos fatos".

Evidente que o processo não pode ser tido como uma selva, um caos sem parâmetros. Entretanto, é no caso concreto, à luz do problema, que o direito salta da especulação para dialogicamente a decisão jurídica mais acertada, justificada endoprocessualmente (solvendo conflito entre os interessados) e extraprocessualmente (convencendo a sociedade como instrumento democrático).

## 7. Referências

ABBAGNANO, Nicola. *Dicionario de filosofía*. México: Fondo de cultura económica, 1983.

ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. São Paulo: Malheiros, 2011.

NEVES, António Castanheira. A crise actual da filosofia do direito no contexto da crise global da filosofia: tópicos para a possibilidade de uma reflexiva reabilitação. *Revista Stvdia Jurídica*. v. 72. Coimbra: Coimbra Editora, 2003.

CHIOVENDA, Giuseppe. *Instituições do Direito Processual Civil*. v.3. Campinas: Bookseller, 1998.

COSTA. Suzana Henriques. Os poderes do juiz na admissibilidade das provas ilícitas. In: *Doutrinas essenciais de processo civil*. v. 4. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

DEMO, Roberto Luís Luchi. Direito penal e outros ramos do direito: interdependência, comunicação, encontros e desencontros: uma visão holística aos diversos planos do direito a partir do direito penal. *Revista Jurídica*, São Paulo, v. 52, n. 324, p. 89-113, out. 2004.

DIAS, Jorge de Figueiredo. *Direito penal: parte geral*. Questões fundamentais. A doutrina geral do crime. Tomo I. Coimbra: Coimbra Editora, 2007.

_____. Direito penal e estado de direito material (sobre o método, a construção e o sentido da doutrina geral do crime. In: *Revista de direito penal*. v. 31. Rio de Janeiro, 1981.

FURTADO, Lucas Rocha. *Curso de Direito administrativo*. Belo Horizonte: Fórum, 2016.

GOMES, Camila Paula de Barros; BARROS, Marco Antônio de. Interceptação telefônica emprestada ao processo administrativo disciplinar. In: *Doutrinas essenciais de processo penal*. v. 3. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

GOMES, Luiz Flávio. Finalidades da interceptação telefônica e a questão da prova emprestada. In: *IOB - Repertório de Jurisprudência*: civil, processual, penal e comercial. v. 4. São Paulo: IOB, 1997, p. 74-76.

GRECO FILHO, Vicente. *Interceptação telefônica*. São Paulo: Saraiva, 1996.

GRINOVER, Ada Pellegrini. Prova emprestada. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, v.1, n. 4, p. 60-69, out./dez. 1993.

_____; GOMES FILHO, Antônio Magalhães; FERNANDES, Antônio Scarance. *As nulidades no processo penal*. 6. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.

LORENZETTI, Ricardo Luís. *Fundamentos de derecho privado*: Código Civil y Código comercial de la Nácion Argentina. Buenos Aires: La Ley, 2016.

MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. *Comentários ao Código de Processo Civil*: artigos 369 ao 380. São Paulo: RT, 2016.

NUCCI, Guilherme de Souza. *Código de Processo Penal comentado* - 15. ed. rev., atual. e ampl. - Rio de Janeiro: Forense, 2016.

OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro. Processo Civil brasileiro e codificação. In: *Doutrinas essenciais de processo civil*. São Paulo: RT, 2011.

REALE, Miguel. Estrutura da Constituição de 1988. In: *Revista de Direito Administrativo*. Rio de Janeiro, 1989.

SILVA, César Dario Mariano da. *Provas ilícitas*. 2. ed. São Paulo: Liv. e Ed. Universitária de Direito, 2002.

SILVA, Jorge Pereira. *Deveres do Estado de protecção de direitos fundamentais: fundamentação e estrutura das relações jusfundamentais triangulares*. Lisboa: Universidade Católica Editora, 2015.

TALAMINI, Eduardo. Prova emprestada no Processo Civil e Penal. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, v. 35, n. 140, p.145-162, out./dez. 1998.

Autor convidado.

DOI: 10.5935/1809-8487.20180019

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

Av. Álvares Cabral, 1.740, 3º andar
Santo Agostinho - Belo Horizonte, MG - CEP. 30170-008
www.mpmg.mp.br/dejure | dejure@mpmg.mp.br

DIPE
Diretoria de Produção Editorial