ISSN 0101 - 949X

JUSTITIA

Publicada desde 1939

MPSP

A Revista do Ministério Público de São Paulo

213/214/215/216 jan./dez. 2019-2020

JUSTITIA

Publicada desde 1939

Diretora
Aline Jurca Zavaglia Vicente Alves

Conselho Redacional
Alexandre Alberto de Azevedo Magalhães Júnior
Antonio Luiz Benedan
Debora Moretti Fumach
Rafael de Oliveira Costa

Coordenação Geral
Renata Horn Bosco Gozzi
Concepção de Projeto Editorial
Ada Santos Seles
Tradução para Língua Inglesa
Arthur Meibak de Oliveira
Editoração Eletrônica
Marcelo Soares

SUBÁREA DE APOIO TÉCNICO – REVISTA *JUSTITIA*
Rua Senador Feijó, 170/176 - 2º andar - sala 203
CEP: 01006-000 - Centro - São Paulo / SP - Brasil
Telefones: (55 11) 3116 - 0708 e 3116 - 0808
E-mail: revistajustitia@mpsp.mp.br

Solicita-se permuta.

As ideias e conceitos expressos nos trabalhos assinados
são de responsabilidade exclusiva de seus autores.

JUSTITIA

Publicada desde 1939

Publicada pela
Procuradoria-Geral de Justiça em convênio com a Associação Paulista do Ministério Público

ISSN 0101-949X

Justitia	São Paulo	anos 76-77	v. 213/214/215/216	2019-2020	jan./dez. 2019-2020	p. 1-319

JUSTITIA / Ministério Público de São Paulo. São Paulo, SP : Procuradoria-Geral de Justiça, Associação Paulista do Ministério Público, 1939 - .

Semestral

ISSN 0101-949X

1939 – 2018 (1 – 209/210/211/212)

2019 – 2020 (213/214/215/216)

1. Direito – Periódicos. I. São Paulo (Estado) Ministério Público.

CDU – 34(816.1) (05)

JUSTITIA

Publicada desde 1939

Publicada pela
Procuradoria-Geral de Justiça em convênio com a Associação Paulista do Ministério Público

MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO

Procuradoria-Geral de Justiça
Mário Luiz Sarrubo

ASSOCIAÇÃO PAULISTA DO MINISTÉRIO PÚBLICO
Presidente
Paulo Penteado Teixeira Junior

JUSTITIA

Diretor
Aline Jurca Zavaglia Vicente Alves

Conselho Redacional
Alexandre Alberto de Azevedo Magalhães Júnior
Antonio Luiz Benedan
Debora Moretti Fumach
Rafael de Oliveira Costa

Conselho Editorial

António Cluny (Portugal)
Antonio Magalhães Gomes Filho
Antonio Scarance Fernandes
Celso Lafer
Dalmo Dallari
Dirceu de Mello
Eugênio Zaffaroni (Argentina)
Fabio Konder Comparato
Hugo Nigro Mazzilli
Giulio Illuminati (Itália)
Jan Simon (Alemanha)
José Celso de Mello Filho
José Renato Nalini
Jorge Miranda (Portugal)
Jorge Figueiredo Dias (Portugal)
Maria Berenice Dias
Maria Schnebli (Zurique-Suiça)
Ricardo Boscovisch (Miami-EUA)
Roque Antonio Carrazza
Rosa Maria de Andrade Nery

Conselho Consultivo
Carlos Alberto de Salles
Gianpaolo Poggio Smanio
José de Oliveira
Susana Henriques da Costa
Vidal Serrano Nunes Júnior

JUSTITIA

Publicada desde 1939

Publicada pela
Procuradoria-Geral de Justiça em convênio com a Associação Paulista do Ministério Público

MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO

Ano 2019

Procurador-Geral de Justiça
Gianpaolo Poggio Smanio

Subprocuradores-Gerais de Justiça

Jurídica e Competência Originária
Wallace Paiva Martins Júnior

Políticas Criminais e Institucionais
Mário Luiz Sarrubo

Planejamento Institucional
Paulo Sérgio de Oliveira Costa

Corregedora-Geral
Tereza Cristina Maldonado Katurchi Exner

Vice-Corregedor-Geral
Motauri Ciocchetti de Souza

Secretaria Administrativa da Procuradoria Geral
Fernando Pastrelo Kfouri

Secretaria Executiva da Procuradoria Geral
Fabio Ramazzini Bechara

Secretária de Integração
Lídia Helena Ferreira da Costa dos Passos

Diretor-Geral
Ricardo de Barros Leonel

Ouvidor
Gilberto Nonaka

MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO

CONSELHO SUPERIOR DO MINISTÉRIO PÚBLICO
Composição – 2019

Presidente
Procurador-Geral de Justiça
Gianpaolo Poggio Smanio

Corregedora-Geral
Tereza Cristina Maldonado Katurchi Exner

Procuradores de Justiça – Conselheiros

Ana Margarida Machado Junqueira Beneduce
Augusto Eduardo de Souza Rossini
Eduardo Roberto Alcantara Del Campo
Hamilton Alonso Junior
Joiese Filomena Teoto Buffulin Salles
José Roberto Rochel de Oliveira
Olheno Ricardo de Souza Scucuglia, (secretário)
Pedro de Jesus Juliotti
Walter Paulo Sabella

ÓRGÃO ESPECIAL DO COLÉGIO DE PROCURADORES DE JUSTIÇA
Composição – 2019

Presidente
Procurador-Geral de Justiça
Gianpaolo Poggio Smanio

Corregedora-Geral
Tereza Cristina Maldonado Katurchi Exner

Membros Natos

Fernando José Marques
Álvaro Augusto Fonseca de Arruda
Pedro Franco de Campos
José Correia de Arruda Neto
Carlos Augusto Salles Sgarbi
João Machado de Araújo Neto
Antonio de Pádua Bertone Pereira
Oscar Mellim Filho
Jurandir Norberto Marçura
Walter Paulo Sabella
Luiz Cyrillo Ferreira Júnior
Rodrigo César Rebello Pinho
Ana Maria Napolitano de Godoy
Fernando José Martins
João Alves de Souza Campos
Luiz Antonio Guimarães Marrey
Plínio Antonio Brito Gentil
Luís Daniel Pereira Cintra
Pedro Falabella Tavares de Lima
Marcílio Grecco

Membros Eleitos

Liliana Mercadante Mortari
Mônica de Barros Marcondes Desinano
Luiz Antonio de Oliveira Nusdeo
Tiago Cintra Zarif
Eduardo Marcelo Mistrorigo de Freitas
Márcio Sérgio Christino
Walter Tebet Filho
Vidal Serrano Nunes Júnior
João Antonio Garreta Prats
Ana Lúcia Menezes Vieira
Alberto Carlos Dib Júnior
Ruymar de Lima Nucci
Adriano Ricardo Claro
Josely Mara Litrenta de Oliveira Donato
Vânia Ferrari Tropia Padilla
José Kalil de Oliveira e Costa
Beatriz Augusta Pinheiro
Lídia Helena Ferreira da Costa Passos
Wallace Paiva Martins Júnior
Antonio Carlos Fernandes Nery

DIRETORIA DA ASSOCIAÇÃO PAULISTA DO MINISTÉRIO PÚBLICO
Composição – 2019

Presidente
Paulo Penteado Teixeira Junior

1º Vice-Presidente
Paula Castanheira Lamenza
2º Vice-Presidente
Gabriel Bittencourt Perez
1º Secretário
Pedro Eduardo de Camargo Elias
2º Secretária
Dalva Teresa da Silva
1º Tesoureiro
Renato Kim Barbosa
2º Tesoureira
Fabiola Moran Faloppa
Diretor de Aposentados
Gabriel Cesar Zaccaria de Inellas
Diretor de Relações Públicas
Francisco Antonio Gnipper Cirillo
Diretor de Prerrogativas
Salmo Mohmari dos Santos Júnior
Diretor de Patrimônio
André Pascoal da Silva
Diretor de Esportes
Luciano Gomes de Queiroz Coutinho
Diretora APMP Mulher
Maria Gabriela Prado Manssur Trabulsi
Diretor de Saúde
Francisco Ruiz Calejon
Diretor de Previdência
Marcelo Luiz Barone

JUSTITIA

Publicada desde 1939

Publicada pela
Procuradoria-Geral de Justiça em convênio com a Associação Paulista do Ministério Público

MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO

Ano 2020

Procurador-Geral de Justiça
Mário Luiz Sarrubo

Subprocuradores-Gerais de Justiça

Relações Institucionais
Arnaldo Hossepian Junior

Jurídica
Wallace Paiva Martins Júnior

Assessoria de Segurança Institucional
José Roberto Rochel de Oliveira

Corregedora-Geral
Tereza Cristina Maldonado Katurchi Exner

Vice-Corregedor-Geral
Motauri Ciocchetti de Souza

Secretaria Executiva da Procuradoria Geral
Fernando Pereira da Silva

Diretor-Geral
Michel Betenjane Romano

Ouvidor
Gilberto Nonaka

MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO

CONSELHO SUPERIOR DO MINISTÉRIO PÚBLICO
Composição – 2020

Presidente
Procurador-Geral de Justiça
Mário Luiz Sarrubo

Corregedora-Geral
Tereza Cristina Maldonado Katurchi Exner

Procuradores de Justiça – Conselheiros

Antonio Carlos Fernandes Nery
Arual Martins
José Carlos Cosenzo (secretário)
Luiz Antonio de Oliveira Nusdeo
Mônica de Barros Marcondes Desinano
Oscar Mellim Filho
Pedro Henrique Demercian
Tiago Cintra Zarif
Vidal Serrano Nunes Junior

ÓRGÃO ESPECIAL DO COLÉGIO DE PROCURADORES DE JUSTIÇA
Composição – 2020

Presidente
Procurador-Geral de Justiça
Mário Luiz Sarrubo

Corregedor-Geral
Tereza Cristina Maldonado Katurchi Exner

Membros Natos
Álvaro Augusto Fonseca de Arruda
Pedro Franco de Campos
José Correia de Arruda Neto
Carlos Augusto Salles Sgarbi
João Machado de Araújo Neto
Oscar Mellin Filho
Antonio de Pádua Bertone Pereira
Sérgio Neves Coelho
Jurandir Norberto Marçura
Walter Paulo Sabella
Luiz Cyrillo Ferreira Júnior
Rodrigo César Rebello Pinho
Ana Maria Napolitano de Godoy
Fernando José Martins
João Alves de Souza Campos
Luiz Antonio Guimarães Marrey
Plinio Antonio Brito Gentil
Luís Daniel Pereira Cintra
Paulo Afonso Garrido de Paula
Pedro Falabella Tavares de Lima

Membros Eleitos
Juang Yuh Yu
Antonio Calil Filho
Jorge Assaf Maluly
Arthur Medeiros Neto
Edgard Moreira da Silva
Ana Margarida Machado Junqueira Beneduce
Martha de Toledo Machado
Silvia Reiko Kawamoto
Antonio Lopes Monteiro
Marcos Hideki Ihara
Rodrigo Canellas Dias
Pedro de Jesus Juliotti
Mario Antonio de Campos Tebet
José Reynaldo de Almeida
José Roberto Rochel de Oliveira
Cesar Dario Mariano da Silva
Saad Mazloum
Fabio Antonio Pineschi
Aloisio Antonio de Camargo Barros Pupin
Jair Burgui Manzano

DIRETORIA DA ASSOCIAÇÃO PAULISTA DO MINISTÉRIO PÚBLICO
Composição – 2020

Presidente
Paulo Penteado Teixeira Junior

1º Vice-Presidente
Paula Castanheira Lamenza
2º Vice-Presidente
Gabriel Bittencourt Perez
1º Secretário
Pedro Eduardo de Camargo Elias
2º Secretária
Dalva Teresa da Silva
1º Tesoureiro
Renato Kim Barbosa
2º Tesoureira
Fabiola Moran Faloppa
Diretor de Aposentados
Gabriel Cesar Zaccaria de Inellas
Diretora de Relações Públicas
Valeria Maiolini
Diretor de Prerrogativas
Salmo Mohmari dos Santos Júnior
Diretor de Patrimônio
André Pascoal da Silva
Diretor de Esportes
Marcelo Orlando Mendes
Diretora APMP Mulher
Maria Gabriela Prado Manssur Trabulsi
Diretor de Saúde
Francisco Ruiz Calejon
Diretor de Previdência
Marcelo Luiz Barone

EDITORIAL

Prezado Leitor,

Apresentamos com alegria os volumes 213/216 da Revista *Justitia*, correspondentes aos anos de 2019 e 2020.

O material conta com artigos jurídicos qualificados e atuais, com destaque ao conteúdo dedicado à soluções consensuais de conflitos e à preocupações quanto a celeridade de processos judiciais.

O contínuo esforço coletivo dos membros do Ministério Público do Estado de São Paulo, especialmente aqueles que registram seus estudos no formato de artigos jurídicos e encaminham para a Revista, e a dedicação de estudiosos do Direito que destinam seus trabalhos a este periódico, tem sido um grande motor para que a Revista *Justitia* se mantenha viva e aglutinando pensamento jurídico de qualidade.

Com votos de boa leitura,

Aline Jurca Zavaglia Vicente Alves
Promotora de Justiça
Diretora

SUMÁRIO / *CONTENTS*

CRIMINAL / *CRIMINAL*

Do Poder Constitucionalmente Imputado de Investigação do Ministério Público
From the constitutionally imputed power of investigation of the public prosecutor's office
Rocco Antonio Rangel Rosso NELSON 15

Pela estabilidade dos precedentes: análise da presunção de inocência pelo Supremo Tribunal Federal
For the stability of precedents: analysis of the presumption of innocence by the supreme federal court
Andressa de Liz SAMPAIO, João Rafael de OLIVEIRA e William Soares PUGLIESE 44

O Ordenamento Jurídico e seus Atributos sob a Perspectiva de Norberto Bobbio
The Legal Order and its Predicates from the Perspective of Norberto Bobbio
Reis FRIEDE 62

Os Novos Desafios da Justiça Restaurativa em uma Sociedade Globalizada
New Challenges of Restorative Justice in a Global Society
Yago Daltro Ferraro ALMEIDA 81

PIC - Procedimento Investigatório Criminal. Indiciamento e Registro Criminal
Criminal Investigative Procedure. Criminal Indication and Registration.
Fernando Pascoal LUPO..... 100

CÍVEL / *CIVIL*

A Evolução da Tutela Provisória e a (não) Estabilização da Tutela de Evidência no Novo Código de Processo Civil
The Evolution of Provisional Guardianship and the (non) Stabilization of Evidence Guardianship in the New Code of Civil Procedure
André Luís CHAGAS 112

A Análise Institucional Comparativa
The Comparative Institutional Analysis
Matheus Arice Junqueira de PAULA 138

As Interações em Audiências no Juizado de Defesa do Consumidor: Uma Análise à Luz do Direito e da Ecolinguística
The interactions in hearings in the court of defense of the consumer: An analysis in the light of law and Ecolinguistic
Tadeu Luciano Siqueira ANDRADE 154

As pessoas com deficiência e o Ministério Público brasileiro
People with disabilities and the Brazilian Public Ministry
Hugo Nigro MAZZILLI 168

Breve análise crítica do acordo de não persecução cível. Natureza jurídica e requisitos de validade
A Brief Critical Analysis of The Civil Non-Persecution Agreement. Legal Nature and Validity Requirements
José Carlos de Oliveira SAMPAIO 184

Colaboração Premiada Coletiva
Colletive State's Evidence
Sara Zero dos SANTOS 199

O compromisso de dinamização da prova civil
The commitment to optimize the standards of proof for Civil Trials
Cássio Benvenutti de CASTRO 222

O Ministério Público nas Ações de Família: Intervenção na Tutela dos Interesses da Mulher Vítima de Violência Doméstica
State Prosecution Service in Family Law Causes: Women's Rights Protection in Case of Domestic Violence
Mario Moraes MARQUES JUNIOR 266

Recepção, Repristinação, Desconstitucionalização e Mutação Constitucional
Reception, Repristination, Deconstitution and Constitutional Mutation
Reis FRIEDE 278

Reflexões Sobre a Competência no Processo Coletivo
Reflections on collective process competence
Daniel Francisco Nagao MENEZES e Matheus Rodrigues OLIVEIRA 287

MANIFESTAÇÃO PROCESSUAL / *PROCEDURAL MANIFESTATION*
CÍVEL
MUNICÍPIO. CONCESSÃO DE ABONO EM VALORES FIXOS. DISTINÇÃO DE ÍNDICES. SISTEMA DE PRECEDENTES. CONFLITO ENTRE SÚMULAS
Em cumprimento ao sistema de precedentes previsto nos artigos 927 e seguintes do CPC/2015, aplicáveis por compatíveis com o processo trabalhista (arts. 15 do CPC e 769 da CLT), havendo conflito entre Súmulas a jurisprudência do STF deve prevalecer sobre entendimento uniformizado nas Súmulas 68 e 81 do Tribunal Regional. Destarte, com fundamento no inciso IV do artigo 932 do CPC/2015, deve ser mantida integralmente a r. sentença de Origem, que aplicou a Súmula Vinculante 37 do STF para rejeitar o pedido de pagamento de diferenças salariais decorrentes da concessão de abono em valor fixo, adotando como ratio decicendi que a remuneração dos servidores públicos só pode ser fixada ou alterada por lei específica, de iniciativa privativa do Poder Executivo, não cabendo ao Poder Judiciário estender benefício a servidores com fundamento na isonomia, sob pena de atuar como legislador positivo, em afronta à Constituição Federal de 1988.
Tereza Aparecida Asta GEMIGNANI 301

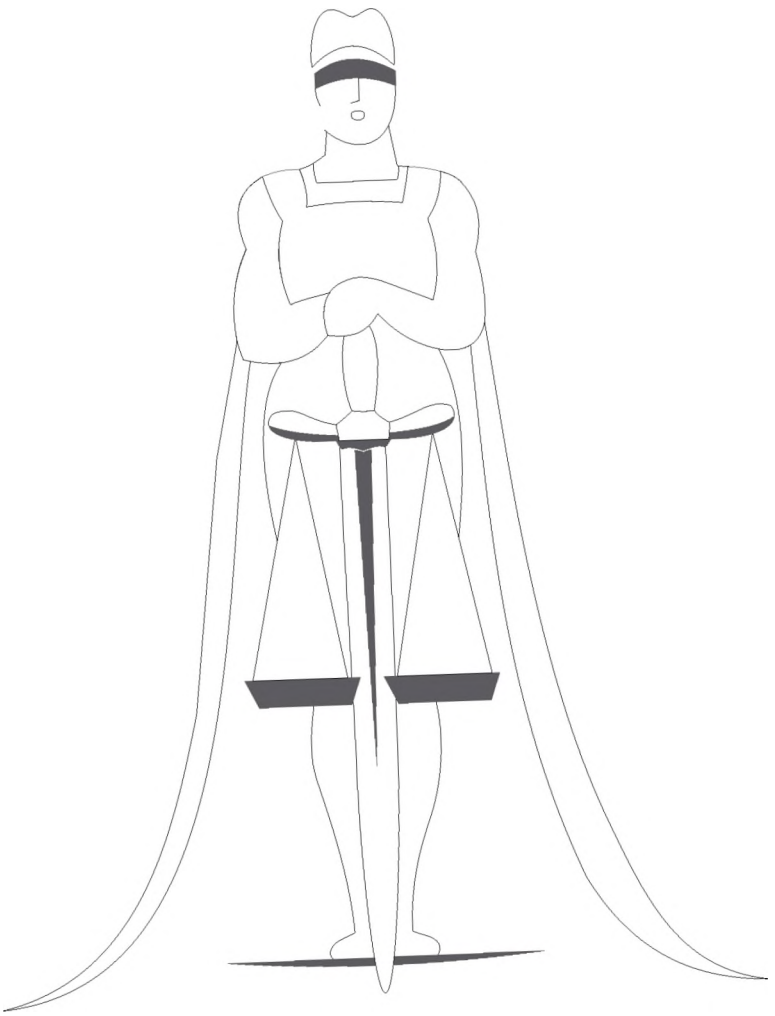
ÍNDICE DE ASSUNTOS 312

SUBJECT INDEX 315

ÍNDICE DE AUTORES/AUTHORS INDEX 318

CRIMINAL

CRIMINAL



Do Poder Constitucionalmente Imputado de Investigação do Ministério Público[1]

Rocco Antonio Rangel Rosso NELSON*

- **SUMÁRIO:** Introdução. 1 Do conteúdo da proposta de Emenda Constitucional nº 37. 2 O poder de investigação do Ministério Público nos Tribunais Superiores. 2.1 No Superior Tribunal Federal. 2.2 No Superior Tribunal de Justiça. 3 A Teoria dos poderes implícitos. 3.1 Enquadramento no fenômeno do transconstitucionalismo. 4 A regulamentação do poder investigatório criminal do Ministério Público. 5 O reconhecimento do poder investigatório do Ministério Público na Lei nº 12.830, de 20 de junho de 2013. 6 Uma análise hipotética da (in) constitucionalidade da PEC nº 37. 6.1 Natureza jurídica do Ministério Público. 6.2 Limites materiais implícitos a reforma da Constituição. 7 A extinção da Proposta de Emenda Constitucional nº 37 por ausência de legitimidade – o acordar do titular do poder. Conclusão. Referências.

- **RESUMO:** O presente estudo tem por escopo sopesar a proposta de Emenda Constitucional nº 37 de 2011, que tramitou na Câmara dos Deputados, o qual propunha acrescentar um décimo parágrafo ao art. 144 da Constituição Federal de 1988, onde institui a exclusividade do processo investigatório criminal as polícias judiciarias. De tal sorte, isso tolheria o titular da ação penal, o Ministério Público, de realizar as investigações que achasse indispensáveis para aferir a justa causa da peça acusatória exordial. Para tanto, utilizar-se-á pesquisa qualitativa desenvolvida em base doutrinária,

* Mestre em Direito Constitucional pela Universidade Federal do Rio Grande do Norte - UFRN. Especialista em Ministério Público, Direito e Cidadania pela Escola Superior do Ministério Público do Rio Grande do Norte. Especialista em Direito Penal e Criminologia pela Universidade Potiguar. Autor do livro Curso de Direito Penal - Teoria Geral do Crime, Curso de Direito Penal - Teoria Geral da Pena. Professor efetivo de Direito do Instituto Federal do Rio Grande do Norte – IFRN, campus Natal-Central.

[1] Artigo de investigação elaborado de estudo desenvolvido na linha de pesquisa "Democracia, Cidadania e Direitos Fundamentais", inscrito no Grupo de Estudo e Pesquisa em Extensão e Responsabilidade Social, do Instituto Federal do Rio Grande do Norte – IFRN, campus Natal-Central, Brasil

normativa e jurisprudencial, abordando-se o tema pelo método hipotético-dedutivo de cunho descritivo e analítico. A partir da Teoria dos Poderes Implícitos, a qual fora sufragada pelo STF, num claro fenômeno do transconstitucionalismo, vislumbra-se, na extinta PEC nº 37/11, um nítido desserviço à persecução criminal no Brasil, ao buscar alijar a instituição do Ministério Público, o qual exerce uma das funções essenciais à justiça. É à luz dessas razões que se perpetra este trabalho.

- **PALAVRAS-CHAVE:** Ministério Público. Proposta de Emenda Constitucional nº 37. Inconstitucionalidade. Teoria dos Poderes Implícitos.

Introdução

A proposta de Emenda Constitucional nº 37, mas do que uma questão jurídica é fruto de um embate político entre a categoria da polícia judiciária e do Ministério Público, onde se questiona a exclusividade ou não da investigação criminal.[2]

Esse é um debate acalorado que se desenvolve há vários anos, seja na seara acadêmica, seja nas lides perante tribunais. Todavia, o tema em questão ressurge de forma "explosiva" com a PEC nº 37, levando a discursão, agora, para a sociedade civil, vindo a se hastear uma bandeira de combate à corrupção, disseminado pelas redes sociais, arrastando a população a protestar em via pública.

É aterrador aferir que por questões de brios feridos, houve uma real ameaça de se alijar a atuação criminal do Ministério Público, o qual, na ordem constitucional vigente, tornou-se um dos principais protagonistas de uma ardorosa esgrimatura contra a criminalidade, tanto em relação aos crimes perpetrados pela classe menos abastados, e, sobretudo, em relação aos delitos de "colarinho branco" cometidos pela "elite" e políticos inescrupulosos.

Deve-se advertir que o presente artigo em nenhum momento visa ostentar os méritos do Ministério Público em demérito a polícia. Ambas são duas instituições fundantes do Estado de Direito, com atribuições constitucionais, os quais devem trabalhar num sistema de cooperação, com o fim de propiciar uma maior eficiência nas suas atuações.

[2] Vale destacar que o autor da PEC nº 37, o deputado Federal Lourival Mendes da Fonseca Filho, é delegado de polícia de classe especial do Maranhão.

O desiderato da dissertação em tela é ofertar argumentos jurídicos que justifiquem a legitimidade do Ministério Público em investigar, vindo a constatar que a PEC nº 37, muito mais que respaldar os interesses uma categoria, é um ato atentatório a "Justiça", por estar retirando uma ferramenta basilar para o desenvolvimento da persecução criminal do titular da ação penal.

1 Do Conteúdo da Proposta de Emenda Constitucional nº 37

A proposta de Emenda Constitucional de nº 37 fora proposto pelo Deputado Federal Lourival Mendes da Fonseca Filho, do PTdoB, apresentada no dia 08 de junho de 2011.

A presente proposta de Emenda Constitucional acrescentaria um décimo paragrafo ao art. 144 da Constituição Federal, o qual teria a seguinte redação:

> Art. 144. A segurança pública, dever do Estado, direito e responsabilidade de todos, é exercida para a preservação da ordem pública e da incolumidade das pessoas e do patrimônio, através dos seguintes órgãos:
>
> .....
>
> **§ 10. A apuração das infrações penais de que trata os §§ 1º e 4º deste artigo, incumbem privativamente às polícias federal e civis dos Estados e do Distrito Federal, respectivamente.**[3] (grifo nosso)

Nos fundamentos que vem por respaldar essa alteração constitucional, apresentados na proposta de emenda supra, destaca-se:

> "A falta de regras claras definindo a atuação dos órgãos de segurança pública neste processo tem causado grandes problemas ao processo jurídico no Brasil. Nessa linha, temos observado procedimentos informais de investigação conduzidos em instrumentos, sem forma, sem controle e sem prazo, condições absolutamente contrárias ao estado de direito vigente.
>
> Dentro desse diapasão, vários processos tem sua instrução prejudicada e sendo questionado o feito

[3] BRASIL. Câmara dos Deputados. **Proposta de Emenda Constitucional Nº 37**. Brasília: 2011 Disponível:<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=969478&filename=PEC+37/2011>. Acessado em: 20 de junho de 2013, p. 1.

> junto aos Tribunais Superiores. Este procedimento realizado pelo Estado, por intermédio exclusivo da polícia civil e federal propiciará às partes – Ministério Público e a defesa, além da indeclinável robustez probatório servível à propositura e exercício da ação penal, também os elementos necessários à defesa, tudo vertido para a efetiva realização da justiça".[4]

Por fim, corroborando com a justificativa apontada na proposta de emenda, é transcrito, apenas, a opinião do Desembargador aposentado Alberto José Tavares Vieira da Silva, explicitado no seu livro "Investigação Criminal: Competência".

Sobreleva o seguinte trecho:

> "Ao Ministério Público nacional são confiadas atribuições multifárias de destacado relevo, ressaindo, entre tantas, a de fiscal da lei. A investigação de crimes, entretanto, não está incluída no círculo de suas competências legais. Apenas um segmento dessa honrada instituição entende em sentido contrário, sem razão.
>
> Não engrandece nem fortalece o Ministério Público o exercício da atividade investigatória de crimes, sem respaldo legal, revelador de perigoso arbítrio, a propiciar o sepultamento de direitos e garantias inalienáveis dos cidadãos.
>
> O êxito das investigações depende de um cabedal de conhecimentos técnico-científicos de que não dispõem os integrantes do Ministério Público e seu corpo funcional. As instituições policiais são as únicas que contam com pessoal capacitado para investigar crimes e, dessarte, cumprir com a missão que lhe outorga o art. 144 da Constituição Federal".[5]

---

[4] BRASIL. Câmara dos Deputados. **Proposta de Emenda Constitucional Nº 37**. Brasília: 2011 Disponível:<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=969478&filename=PEC+37/2011>. Acessado em: 20 de junho de 2013, p. 2-3.

[5] BRASIL. Câmara dos Deputados. **Proposta de Emenda Constitucional Nº 37**. Brasília: 2011 Disponível:<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=969478&filename=PEC+37/2011>. Acessado em: 20 de junho de 2013, p. 3.

E nesses termos, tem-se a exposição de uma proposta de modificação da Constituição Federal do Brasil.

2 O Poder de investigação do Ministério Público nos Tribunais Superiores

2.1. No Superior Tribunal Federal

Por meio do Habeas Corpus de nº 91.661, o qual teve a Ministra Ellen Gracie como relatora, à 2º Turma do STF,[6] acatou a tese de que o Ministério Público poderia investigar baseado na teoria dos poderes implícitos, segundo o qual se a Constituição outorgou os fins, a mesma chancela os meios.

> **HABEAS CORPUS. TRANCAMENTO DE AÇÃO PENAL. FALTA DE JUSTA CAUSA. EXISTÊNCIA DE SUPORTE PROBTATÓRIO MÍNIMO. REEXAME DE FATOS E PROVAS. INADMISSIBILIDADE. POSSIBLIDADE DE INVESTIGAÇÃO PELO MINISTÉRIO PÚBLICO. DELITOS PRATICADOS POR POLICIAIS. ORDEM DENEGADA.** 1. A presente impetração visa o trancamento de ação penal movida em face dos pacientes, sob a alegação de falta de justa causa e de ilicitude da denúncia por estar amparada em depoimentos colhidos pelo ministério público. 2. A denúncia foi lastreada em documentos (termos circunstanciados) e depoimentos de diversas testemunhas, que garantiram suporte probatório mínimo para a deflagração da ação penal em face dos pacientes. 3. A alegação de que os pacientes apenas cumpriram ordem de superior hierárquico ultrapassa os estreitos limites do habeas corpus, eis que envolve, necessariamente, reexame do conjunto fático-probatório. 4. Esta Corte tem orientação pacífica no sentido da incompatibilidade do habeas corpus quando houver necessidade de apurado reexame de fatos e provas (HC nº 89.877/ES, rel. Min. Eros Grau, DJ 15.12.2006), não podendo o remédio constitucional do habeas corpus servir como espécie de recurso que devolva completamente toda a matéria decidida pelas instâncias ordinárias ao Supremo Tribunal Federal. 5. É

[6] Na época, a 2º Turma do STF, era composto pelos Ministros Eros Roberto Grau, Celso de Mello, Joaquim Barbosa, Cesar Peluso e pela ministra Ellen Gracie.

> perfeitamente possível que o órgão do Ministério Público promova a colheita de determinados elementos de prova que demonstrem a existência da autoria e da materialidade de determinado delito. Tal conclusão não significa retirar da Polícia Judiciária as atribuições previstas constitucionalmente, mas apenas harmonizar as normas constitucionais (arts. 129 e 144) de modo a compatibilizá-las para permitir não apenas a correta e regular apuração dos fatos supostamente delituosos, mas também a formação da opinio delicti. 6. O art. 129, inciso I, da Constituição Federal, atribui ao parquet a privatividade na promoção da ação penal pública. Do seu turno, o Código de Processo Penal estabelece que o inquérito policial é dispensável, já que o Ministério Público pode embasar seu pedido em peças de informação que concretizem justa causa para a denúncia. 7. Ora, é princípio basilar da hermenêutica constitucional o dos "poderes implícitos", segundo o qual, quando a Constituição Federal concede os fins, dá os meios. Se a atividade fim - promoção da ação penal pública - foi outorgada ao parquet em foro de privatividade, não se concebe como não lhe oportunizar a colheita de prova para tanto, já que o CPP autoriza que "peças de informação" embasem a denúncia. 8. Cabe ressaltar, que, no presente caso, os delitos descritos na denúncia teriam sido praticados por policiais, o que, também, justifica a colheita dos depoimentos das vítimas pelo Ministério Público. 9. Ante o exposto, denego a ordem de habeas corpus. (**HC 91.661**, Rel. Min. **Ellen Gracie**, julgamento em 10032009, Segunda Turma, DJ de 02042009).[7]

Essa foi uma decisão unânime da turma, o qual seguiu o voto da relatora.[8]

Hoje, essa matéria é pauta do pleno do STF, o qual tem reconhecida a Repercussão Geral dessa temática, sendo discutido no Recurso Extraordiná-

[7] **No mesmo sentido: HC 93.930**, Rel. Min. **Gilmar Mendes**, julgamento em 7122010, Segunda Turma, *DJE* de 322011; **HC 96.638**, Rel. Min. **Ricardo Lewandowski**, julgamento em 2122010, Primeira Turma, *DJE* de 1º22011; **HC 89.837**, Rel. Min. **Celso de Mello**, julgamento em 20102009, Segunda Turma, *DJE* de 20112009.

[8] O ministro Eros Grau estava ausente, justificadamente, a sessão.

rio de nº 593.727, de 2009, proveniente do Estado de Minas Gerais, tendo por relator o Min. Cezar Peluso.

No mérito, desse Recurso Extraordinário, o relator, dissertou longamente, em seu voto, não acolhendo a legitimidade do Ministério Público para o ato de investigação criminal, vislumbrando que o art. 144 § 1º, I e IV, e § 4º, da Constituição Federal, atribuía à exclusividade da apuração de infrações criminosas, as polícias.[9]

Afirmou o Min. relator, que a investigação direta feita pelo Ministério Público produziria consequências que ofenderiam sumamente o devido processo legal:

> Decretou que a investigação direta pelo Ministério Público, no quadro constitucional vigente, não encontraria apoio legal e produziria consectários insuportáveis dentro do sistema governado pelos princípios elementares do devido processo legal: a) não haveria prazo para diligências nem para sua conclusão; b) não se disciplinariam os limites de seu objeto; c) não se submeteria a controle judicial, porque carente de existência jurídica; d) não se assujeitaria à publicidade geral dos atos administrativos, da qual o sigilo seria exceção, ainda assim sempre motivado e fundado em disposição legal; e) não preveria e não garantiria o exercício do direito de defesa, sequer a providência de ser ouvida a vítima; f) não se subjugaria a controle judicial dos atos de arquivamento e de desarquivamento, a criar situação de permanente insegurança para pessoas consideradas suspeitas ou investigadas; g) não conteria regras para produção das provas, nem para aferição de sua consequente validez; h) não proviria sobre o registro e numeração dos autos, tampouco sobre seu destino, quando a investigação já não interessasse ao Ministério Público. Esclareceu que haveria atos instrutórios que, próprios da fase preliminar em processo penal, seriam irrepetíveis e, nessa qualidade, dotados de efeito jurídico processual absoluto. Seriam praticados, na hipótese, à margem da lei.[10]

[9] Cf. Informativo nº 671 do STF, de junho de 2012.

[10] Informativo nº 671 do STF, de junho de 2012.

O voto do Min. Cezar Peluso fora acompanhado pelo Min. Ricardo Lewandowski.

Divergindo dos ministros alhures, o Min. Gilmar Mendes, em seu voto, acompanhado pelos Ministros Celso de Mello, Ayres Britto e Joaquim Barbosa, negou provimento ao recurso, reconhecendo a ilicitude da investigação feita pelo Ministério Público, resgatando os argumentos proferidos no Habeas Corpus de nº 91.661, acima mencionado.[11]

O Min. Celso de Mello vislumbrou a legitimidade do poder investigatório do Ministério Público, tendo em vista que a Constituição outorgara o monopólio da ação penal pública e o controle externo sobre a atividade policial.[12]

O presidente, a época, Ayres Britto, restou que o poder de investigação permitiria um melhor cumprimento das finalidades do Ministério Público, além de destacar, inúmeras leis ordinárias que prescreveriam a atribuição investigativa dessa instituição (Estatuto do Idoso; Estatuto da Criança e do Adolescente - ECA; Lei Maria da Penha; Estatuto de Defesa e Proteção do Consumido).[13]

Em sessão (dezembro de 2012) onde discutia ao presente assunto, o Min. Luiz Fux proferiu o voto tanto no RE nº 593.727 como no HC nº 84.548/SP. O ministro, no RE, negou provimento e em seguida o Min. Marco Aurélio pediu vistas.[14]

Afira, que atualmente, temos uma votação pendendo para o reconhecimento da tese da legitimidade do Ministério Público em investigar, sendo este corolário lógico da titularidade da ação penal pública, conferida pelo constituinte de 1988. Tem-se, em suma, dois votos contra e 5 favoráveis ao Ministério Público.

O Min. Luiz Fux, no Habeas Corpus nº 84.548/SP, proferiu voto a favor do poder de investigação do Ministério Público, onde por meio de uma interpretação sistêmica, o parquet subsidiariamente poderia realizar investigações, não vislumbrando incompatibilidade com os ditames constitucionais.

> Aduziu que a Constituição asseguraria o livre exercício das funções institucionais do Ministério Público, consagradas sua autonomia e independência. Destacou

[11] Cf. Informativo nº 672 do STF, de junho de 2012.

[12] Cf. Informativo nº 672 do STF, de junho de 2012.

[13] Cf. Informativo nº 672 do STF, de junho de 2012.

[14] Cf. Informativo nº 693 do STF, de dezembro de 2012.

> que a ausência de menção, no CPP de 1941, a modelo de investigação preliminar presidida por promotor decorreria da inexistência das garantias asseguradas hoje aos membros do Ministério Público. Pontuou não haver razão para alijar o Ministério Público da condução dos trabalhos que precedessem o exercício da ação penal de que seria titular. Asseverou que, além de compatível com a Constituição, a investigação direta pelo Ministério Público proporcionaria plena observância do princípio da obrigatoriedade, a militar em favor dos direitos fundamentais do sujeito passivo da persecução penal. Em consequência, evitar-se-iam delongas desnecessárias no procedimento prévio e proporcionar-se-ia contato maior do dominus litis com os elementos que informariam seu convencimento.[15]

Destacou, ainda, ser a investigação perpetrada pelo Ministério Público imprescindível quando da apuração de infrações penais acometidos por policiais. Além disso, concluiu que o art. 4º do Código de Processo Penal, ao designar a atribuição à polícia judiciária para apuração dos fatos criminais, não teria excluído que outras autoridades assim o fizessem.

> Assegurar-se-ia, ademais, a independência na condução dos trabalhos investigativos, mormente quando a referida atividade tivesse por escopo a apuração de delitos praticados por policiais. Frisou que a adoção de processo hermenêutico sistemático induziria à conclusão de que o Ministério Público poderia, ainda que em caráter subsidiário e sem o intuito de se substituir à polícia, realizar investigações para fins de instrução criminal. Dessumiu que o art. 144 da CF, conjugado com o art. 4º, parágrafo único, do CPP ("Art. 4º A polícia judiciária será exercida pelas autoridades policiais no território de suas respectivas circunscrições e terá por fim a apuração das infrações penais e da sua autoria. Parágrafo único. A competência definida neste artigo não excluirá a de autoridades administrativas, a quem por lei seja cometida a mesma função"), conduziria à exegese de legitimidade na atuação do órgão ministerial.[16]

[15] Informativo nº 693 do STF, de dezembro de 2012.

[16] Informativo nº 693 do STF, de dezembro de 2012.

Ao final do seu voto, o Min. Luiz Fux, listou uma série de diretrizes para a condução investigatória feita pelo Ministério Público. Sobressai o reforço feito pelo Ministro que a atuação do *parquet* no que tange a atos investigatórios deve ser concomitante ou subsidiária à atuação da polícia.

> Propôs diretrizes para o procedimento investigativo conduzido diretamente pelo parquet, que deve: **a) observar, no que couber, os preceitos que disciplinam o inquérito policial e os procedimentos administrativos sancionatórios; b) ser identificado, autuado, numerado, registrado, distribuído livremente e, salvo nas hipóteses do art. 5º, XXXIII e LX, da CF, público.** A decisão pela manutenção do sigilo deve conter fundamentação; e **c) ser controlado pelo Poder Judiciário e haver pertinência entre o sujeito investigado com a base territorial e com a natureza do fato investigado.** Ademais, o ato de instauração deve: **a) formalizar o ato investigativo, delimitados objeto e razões que o fundamentem; e b) ser comunicado imediata e formalmente ao Procurador-Chefe ou ao Procurador-Geral.** Além dessas diretivas: **a) devem ser juntados e formalizados todos os atos e fatos processuais, em ordem cronológica, principalmente diligências, provas coligidas, oitivas; b) deve ser assegurado o pleno conhecimento dos atos de investigação à parte e ao seu advogado, nos termos da Súmula Vinculante 14** ("É direito do defensor, no interesse do representado, ter acesso amplo aos elementos de prova que, já documentados em procedimento investigatório realizado por órgão com competência de polícia judiciária, digam respeito ao exercício do direito de defesa"); e **c) deve haver prazo para conclusão do procedimento investigativo e controle judicial quanto ao arquivamento.** Por último, enfatizou que a atuação do Ministério Público deve ser concorrente ou subsidiária e ocorrer quando não for possível ou recomendável a atuação da própria polícia. [17] (grifos nossos)

[17] Informativo nº 693 do STF, de dezembro de 2012.

Nesses termos, agora, só resta esperar o deslinde da matéria com o julgamento do RE nº 593.727, para pôr fim aos entraves processuais penais que essa matéria tem gerado.

Lembrar, que por se tratar de matéria ensejadora de Repercussão Geral, inúmeros/milhares de processos de natureza penal estão suspensos, aguardando uma posição definitiva da Suprema Corte Federal. Esse Recurso Extraordinário vem se arrastando desde outubro de 2008.[18]

2.2. No Superior Tribunal de Justiça

Essa matéria é há muito pacífica no STJ, sendo fruto da consolidação de sua jurisprudência a súmula nº 234 "A participação de membro do Ministério Público na fase investigatória criminal não acarreta o seu impedimento ou suspeição para o oferecimento da denúncia".[19]

É decisão recente, tal posicionamento é reiterado:

> HABEAS CORPUS IMPETRADO EM SUBSTITUIÇÃO AO RECURSO PREVISTO NO ORDENAMENTO JURÍDICO. 1. NÃO CABIMENTO. MODIFICAÇÃO DE ENTENDIMENTO JURISPRUDENCIAL. RESTRIÇÃO DO REMÉDIO CONSTITUCIONAL. EXAME EXCEPCIONAL QUE VISA PRIVILEGIAR A AMPLA DEFESA E O DEVIDO PROCESSO
>
> LEGAL. 2. TORTURA. ART. 1º, INCISO I, DA LEI N.º 9.455/1997. CRIME COMUM. RECEBIMENTO DA DENÚNCIA SEM NOTIFICAÇÃO PARA APRESENTAÇÃO DE DEFESA PRÉVIA. AUSÊNCIA DE CONSTRANGIMENTO ILEGAL EVIDENTE. PROCEDIMENTO ESPECIAL RESTRITO AOS CRIMES FUNCIONAIS TÍPICOS. 3. INVESTIGAÇÃO PELO MINISTÉRIO PÚBLICO. REITERAÇÃO DE PEDIDO. 4. INTERCEPTAÇÃO TELEFÔNICA. CERCEAMENTO DE DEFESA. NÃO OCORRÊNCIA. MÍDIAS JUNTADAS AO PROCESSO

[18] Andamento do RE nº 593.727. Acessado em: 15 de junho de 2013. Disponível em: < http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?numero=593727&classe=RE&origem=AP&recurso=0&tipoJulgamento=M>.

[19] **STJ Súmula nº 234** - 13/12/1999 - DJ 07.02.2000.

ANTES DO OFERECIMENTO DAS ALEGAÇÕES FINAIS. PREJUÍZO NÃO APONTADO. 5. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO.

4. A tese relativa à ofensa aos princípios do contraditório e da ampla defesa, **tendo em vista ter sido a diligência de interceptação telefônica conduzida pelo Ministério Público**, já foi apreciada pelo Superior Tribunal de Justiça - HC n. 32.586/MG - oportunidade **em que se reconheceu a legitimidade do Ministério Público para o procedimento preliminar de investigação.**[20] (grifos nossos)

3 A Teoria dos poderes implícitos

Essa teoria tem sua origem no sistema constitucional americano, desenvolvido no caso McCulloch v. Maryland, julgado pela suprema corte americana em 1819.

O caso tratava-se do fretamento em relação ao segundo banco dos Estados Unidos, feito pelo Congresso Nacional americano, onde o mesmo era depositário de reservas federais, emitia notas, bem como emprestava dinheiro ao governo federal em troca dos impostos.

Em decorrência de uma depressão financeira, em 1818, o Estado de Maryland baixou uma lei criando um imposto que afetaria todos os bancos não fretados pelo respectivo Estado. O único banco não fretado pelo Estado era o banco fretado pelo Congresso Nacional. O presidente do banco, no Estado de Maryland, era James McCulloch, o qual se negou a pagar a alta carga tributária, tendo em vista os privilégios outorgados pelo Congresso Nacional. O Estado de Maryland adentrou com uma ação de cobrança fiscal contra McCulloch.

O tribunal do Estado de Maryland e o tribunal de apelações deram ganho de causa ao Estado de Maryland. O McCulloch recorre à suprema corte americana impugnando a constitucionalidade da lei tributária.

Em decisão unânime, proferida pelo chefe de justiça John Marshall, a suprema corte reconheceu a inconstitucionalidade da lei de Maryland, afirmando a legitimidade do banco fretado pelo Congresso, em decorrência da norma constitucional que permite o Congresso criar leis necessárias e ade-

[20] STJ, HC 167503, Rel. Min. Marco Aurélio Bellizze, julgamento em 21052013, quinta turma, DJe 29/05/2013.

quadas para execução dos poderes enumerados na própria Constituição, dentre eles regular o comércio interestadual, recolher impostos, e realizar a feitura de empréstimo de dinheiro.[21]

Segundo o Juiz Black "tudo o que for necessário para fazer efetiva alguma disposição constitucional envolvendo proibição ou restrição ou garantia a um poder, deve ser julgado implícito e entendido na própria disposição".[22]

Essa teoria é assim conceituada por Marcelo Caetano: "A teoria dos poderes implícitos é a de que os órgãos federais têm competência para fazer tudo quanto seja necessário ou útil para se desempenharem cabalmente das atribuições que a Constituição lhes confere".[23]

Outro precedente sobre a teoria dos poderes implícitos tem-se o caso Myers v. Estado Unidos (US 272 - 1926), onde se discutia a constitucionalidade do presidente da república em demitir os funcionários do Poder Executivo, tendo em vista que a Constituição Federal só tratava do processo de admissão, sendo omisso em relação à demissão.

A suprema corte reconheceu a dispensabilidade de tal previsão na Constituição, sendo essa omissão proposital, tendo em vista que se fora dado o poder para nomeação de agentes públicos do Poder Executivo ao Presidente da República, implicitamente o mesmo poderia exonerar esses funcionários, não precisando de autorização ou ratificação dos Poderes Legislativos ou do Judiciário.

Como preleciona Marcelo Caetano, as normas constitucionais permitem uma interpretação extensiva de forma a manter atual com a dinamicidade social do momento, fazendo uso, para tanto, da teoria dos poderes implícitos.

> O texto pode ser explorado logicamente de modo a dele se extraírem todos os sentidos que contenha e assim o manter atual.
>
> ...

---

[21] "... a Constituição não diz que o governo federal pode criar bancos; mas se dá à União o poder de emitir moeda, implicitamente lhe permite que crie bancos emissores. É que toda a lei que reconhece um direito legitima os meios adequados para o seu exercício. Ou por outras palavras: quem quer os fins tem de querer os 'meios idôneos para os alcançar". (CAETANO, Marcelo. **Direito Constitucional**. 2º ed. Rio de Janeiro: Forense, 1987. V. I, p. 99).

[22] LIMA, Renato Brasileiro. **Manual de Processo Penal**. Rio de Janeiro: Impetus. V. I, p. 213.

[23] CAETANO, Marcelo. **Direito Constitucional**. 2º ed. Rio de Janeiro: Forense,1987. V. I, p. 99.

> Em relação aos poderes dos órgãos ou das pessoas físicas ou jurídicas, **admite-se, por exemplo, a interpretação extensiva, sobretudo pela determinação dos poderes que estejam implícitos** noutros expressamente atribuídos. É o que **se contém nas regras tradicionais de que quem quer os fins, quer os meios; quem pode o mais, pode o menos**; e de que se a lei confere um direito legitima o uso dos meios indispensáveis ao seu exercício.[24] (Grifos nossos)

3.1. Enquadramento no fenômeno do transconstitucionalismo

No momento em que a Suprema Corte Federal, com o fito de solucionar a lide apresentada sobre a constitucionalidade ou não do poder de investigar do Ministério Público, faz uso, como um dos seus fundamentos jurídicos, a teoria dos poderes implícitos, o qual fora desenvolvida no ordenamento jurídico americano, constata uma transversalidade[25] entre os ordenamentos jurídicos postos, apresentando o fenômeno chamado pelo professor Marcelo Neves de transconstitucionalismo.

Ou seja, os dois ordenamentos jurídicos possuem "pontes de transição",[26] no qual se desenvolve "diálogos/conversação"[27] entre si para a solução de problemas constitucionais semelhantes, relacionados com direitos fundamentais ou controle e limitação do poder.[28]

Marcelo Neves constata que o sistema jurídico é multicêntrico, onde o centro de uma constitui a periferia de outra, havendo uma "relação de observação mútua, no contexto da qual se desenvolvem formas de aprendiza-

---

[24] CAETANO, Marcelo. **Direito Constitucional**. 2º ed. Rio de Janeiro: Forense, 1987. V. II, p. 12-13.

[25] Cf. NEVES, Marcelo. **Transconstitucionalismo**. São Paulo: Martins Fontes, 2009, p.115.

[26] Cf. NEVES, Marcelo. **Transconstitucionalismo**. São Paulo: Martins Fontes, 2009, p.117. "O novo, nos entrelaçamentos entre uma pluralidade de ordens jurídicas na sociedade mundial do presente, é a sua relativa independência das formas de intermediação política mediante tratados jurídico-internacionais t legislação estatal. As formas em que ocorrem relacionamentos formais c informais entre atores governamentais e ia governamentais multiplicam-se no âmbito do direito. Essa situação ganha relevância quando se considera que, em ande parte, as "pontes de transição" entre ordens jurídicas desenvolvem-se diretamente a partir dos seus respectivos centros, ou seja, os seus juízes e tribunais". (NEVES, Marcelo. **Transconstitucionalismo**. São Paulo: Martins Fontes, 2009, p.116 -117).

[27] Cf. NEVES, Marcelo. **Transconstitucionalismo**. São Paulo: Martins Fontes, 2009, p.117/122.

[28] Cf. NEVES, Marcelo. **Transconstitucionalismo**. São Paulo: Martins Fontes, 2009, p. XXI.

do e intercambio, sem que se possa definir o primado definitivo de uma das ordens, uma *ultima ratio* jurídica".[29]

O autor supra, explicita que esse entrelaçamento nem sempre ocorre entre tribunais, podendo se dar por meio da "reinterpretação da própria ordem a que está vinculado o tribunal",[30] no qual o mesmo incorpora "sentidos normativos extraídos de outras ordens jurídicas".[31]

A partir do transconstitucionalismo procura-se respaldar a legitimidade da incorporação da teoria dos poderes implícitos no ordenamento jurídico brasileiro, posto à existência de uma pluralidade de centros jurídicos, ao contrário da formação de uma unidade jurídico global, no qual esses centros de comunicam, seja cooperativamente, seja conflituosamente, em prol de uma construção normativa, a partir dessas conversações mutuas, adequado e satisfatório aos problemas constitucionais.

4 A regulamentação do poder investigatório criminal do Ministério Público

Quando se argumenta em prol do poder de investigação do Ministério Público, não se estar por sufragar um poder absoluto, alheio aos ditames constitucionais do baluarte do devido processo legal, sendo realizado segundo o alvitre "ditatorial" do membro do parquet.

Atento ao respeito dos direitos fundamentais do investigado,[32] o Conselho Superior do Ministério Público, em 2006, publicou a Resolução nº 13 que regulamenta a instauração e tramitação do procedimento investigatório criminal.

A investigação criminal realizada pelo parquet dar-se-á por meio de uma portaria, a qual justificará a razão do procedimento, sendo registrada e autuada, indicando o fato o ser investigado e quando possível o possível

[29] NEVES, Marcelo. **Transconstitucionalismo**. São Paulo: Martins Fontes, 2009, p.117.

[30] NEVES, Marcelo. **Transconstitucionalismo**. São Paulo: Martins Fontes, 2009, p.118.

[31] NEVES, Marcelo. **Transconstitucionalismo**. São Paulo: Martins Fontes, 2009, p.118. "No caso do transconstitucionalismo, as ordens se inter-relacionam no plano reflexivo de suas estruturas normativas que são autovinculantes e dispõem de primazia. Trata-se de uma "conversação constitucional", ... Ou seja, não cabe falar de uma estrutura hierárquica ente ordens: a incorporação recíproca de conteúdos implica uma releitura de sentido à luza da ordem receptora.". (NEVES, Marcelo. **Transconstitucionalismo**. São Paulo: Martins Fontes, 2009, p.118).

[32] Art. 17 da Resolução nº 13 do CNMP.

autor, bem como as diligências iniciais.[33] Percebe-se a semelhança com as regras procedimentais do inquérito policial prescrito no Código de Processo Penal.

Chama-se atenção a obrigatoriedade de comunicação imediata e por escrito ao chefe do Ministério Público quando da instauração do procedimento investigatório criminal.[34]

O parquet poderá notificar o autor do fato investigado, onde o mesmo tem a faculdade de ser acompanhado por advogado, apresentando as informações que achar pertinente. Será realizado auto circunstanciado das feituras das diligências.

Esse processo investigatório possui prazo para conclusão, o qual é de 90 dias, permitida prorrogações, desde que fundamentadas.

Os atos investigatórios são públicos, podendo o investigado, vítima ou terceiro interessado, salvo, é claro, razões de interesse público ou conveniência da investigação.[35] Em caso de decretação de sigilo para o bem das elucidações dos fatos ou interesse público, o mesmo será fundamentado.[36]

Sendo hipóteses de concluir pelo arquivamento do processo investigatório, o parquet, o fara motivadamente, solicitando o arquivamento a autoridade judicial ou superior interno responsável por sua apreciação.[37]

Percebe-se com uma clareza solar que o Ministério Público, caso necessite realizar alguma investigação criminal para subsidiar a ação penal pública, essa investigação é regrada pelo próprio CNMP, tendo em vista dos preceitos constitucionais e legais, sobressaindo, na Resolução nº 13, o princípio da publicidade, do controle da atividade pelo judiciário e pelo órgão superior do Ministério Público, a necessidade de motivação de todos os atos, prazo para conclusão. Em suma um conjunto normativo formador de arcabouço em defesa do devido processo legal.

O conteúdo da Resolução nº 13 do CNMP, como explicitado, adequa-se com perfeição com as diretrizes apresentadas pelo Min. Luiz Fux, em seu voto no HC nº 84.548/SP, como transcrito alhures.

[33] Art. 4º da Resolução nº 13 do CNMP.
[34] Art. 5º da Resolução nº 13 do CNMP.
[35] Art. 13 da Resolução nº 13 do CNMP.
[36] Art. 14 da Resolução nº 13 do CNMP.
[37] Art. 15 da Resolução nº 13 do CNMP.

Desse modo, não se coaduna com os argumentos do insigne Min. Cezar Peluso, em seu voto, quando afirmar que "a investigação direta pelo Ministério Público, no quadro constitucional vigente, não encontraria apoio legal e produziria consectários insuportáveis dentro do sistema governado pelos princípios elementares do devido processo legal...", no RE de nº 593.727.

5 O reconhecimento do poder investigatório do Ministério Público na Lei nº 12.830, de 20 de junho de 2013

Em 20 de junho de 2013 foi publicada a Lei nº 12.830, o qual dispõe sobre a investigação criminal conduzida pelo delegado de polícia.[38]

No art. 2º, §3º, da novíssima produção legislativa, fora emitido veto presidencial. Sua redação no projeto de lei era: "O delegado de polícia conduzirá a investigação criminal de acordo com seu livre convencimento técnico-jurídico, com isenção e imparcialidade".

As razões do veto têm seu embasamento no fato de que a forma como fora redigida o presente enunciado normativo poderia gerar conflitos de atribuições entre as instituições partícipes da persecução penal.[39]

Com esse veto, tem-se o indicativo por parte da Presidência da República, bem como da Advocacia Geral da União, os quais reconhecem, a priori, o poder de investigação criminal do Ministério Público, não sendo de exclusividade do delegado de polícia.

6 Uma análise hipotética da (in) constitucionalidade da PEC nº 37

Adverte-se, em absoluto, que não está levantando a bandeira de que o Ministério Público tenha como atribuição o dever de investigação, mas sim

[38] BRASIL. Lei nº 12.830, de 20 de junho de 2013. Dispõe sobre a investigação criminal conduzida pelo delegado de polícia. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, 21 de junho de 2013. Disponível: < http://www.planalto.gov.br/CCIVIL_03/_Ato2011-2014/2013/Lei/L12830.htm>. Acesso em: dia 28 de junho de 2013.

[39] "Da forma como o dispositivo foi redigido, a referência ao convencimento técnico-jurídico poderia sugerir um conflito com as atribuições investigativas de outras instituições, previstas na Constituição Federal e no Código de Processo Penal. Desta forma, é preciso buscar uma solução redacional que assegure as prerrogativas funcionais dos delegados de polícias e a convivência harmoniosa entre as instituições responsáveis pela persecução pena." (BRASIL. Mensagem nº 251, de 20 de junho de 2013. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, 21 de junho de 2013. Disponível: < http://www.planalto.gov.br/CCIVIL_03/_Ato2011-2014/2013/Msg/VEP-251.htm>. Acesso em: dia 28 de junho de 2013).

uma faculdade quando da necessidade do caso concreto, o qual seria um reforço ao cumprimento do seu desiderato. De tal sorte, que poder-se-ia dizer que seria uma função atípica do seu mister,[40] um "poder" implícito, uma faculdade decorrente da sua missão constitucional.[41]

Uma interpretação diversa ensejaria a quebra da independência do Ministério Público, pois ficaria preso ao conteúdo probatório e a atividade desenvolvida pela polícia, entidade do Poder Executivo,[42] ensejando uma vinculação direta do conteúdo da denúncia com as conclusões do inquérito policial.

Como corolário normativo, qualquer atividade do Ministério Público na fase pré-processual da persecução criminal, dará ensejo à ruptura do devido processo legal, configurando prova ilícita.

A faculdade de investigar do Ministério Público seria uma forma de reforço de sua independência em face dos três poderes, podendo ser dito como um instrumento para o *"checks and balances"* inerente ao princípio da separação dos poderes.[43]

---

[40] Faz aqui uma analogia com as funções típicas e atípicas no caso da tripartição dos poderes.

[41] Canotilho utiliza a mesma lógica na seguinte afirmação: "... De salientar que a já referida participação Ministério Público (cfr. L 60/98, de 27-8, Estatuto do Ministério Público, art. 1º) na execução da política criminal definida pelos órgãos de soberania, embora se possa considerar um "corolário lógico" das competências constitucionais do Ministério Público, (...)". (CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional**. 7º ed. Coimbra: Livraria Almedina, 2003, p. 685).

[42] "A especialização funcional inclui a titularidade, por cada poder, de determinadas competências privativas. A independência orgânica demanda, na conformação da experiência presidencialista brasileira atual, três requisitos: (i) uma mesma pessoa não poderá ser membro de mais de um Poder ao mesmo tempo, (ii) um Poder não pode destituir os integrantes outro por força de decisão exclusivamente política; e (iii) a cada Poder são atribuídas, além das funções típicas ou privativas, outras funções (chamadas normalmente de atípicas), como reforço de sua independência frente aos demais Poderes". (BARROSO, Luís Roberto. **Curso de Direito Constitucional Contemporâneo**. 2º ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 175).

[43] "Ressalva-se, contudo, que, porque uma separação orgânico-funcional rígida não é viável na prática, a independência entre os vários órgãos não pode ser absoluta, antes devendo existir entre eles mecanismos de coordenação e interdependência - o que, em última análise, reforçará a fiscalização e o controlo recíprocos". (PIÇARRA, Nuno. **A Separação dos Poderes como Doutrina e Princípio Constitucional - Um Contributo para o Estudo das Suas Origens e Evolução**. Coimbra: Editora Coimbra, 1989, p. 13).

Poder-se-ia alegar, que essa interpretação esposada seria uma interpretação muito além do conteúdo nuclear intangível da cláusula pétrea da separação dos poderes.[44]

Acreditamos que não. É ululante que o conteúdo normativo da PEC nº 37 tinha por deslinde a transferência, com exclusividade, para uma entidade do Poder Executivo, a função de investigação criminal. Destarte, em qualquer processo que se constatasse indícios de fatos criminosos o mesmo terá que ser remetido a instâncias policiais.

Exsurge, assim, o morticínio do princípio da separação dos poderes, pois está havendo a concentração da função de investigação criminal em um único poder.[45]

Ressalta-se, que não se adentrará, de forma profícua, no mérito da discussão se o Ministério Público seria ou não um poder, mas fica tangível que com a proposta de emenda supra proporciona um esvaziamento a atribuição típica da ação penal, no qual o Ministério Público é o "dominus litis", bem como interfere em sua independência.

Por mais que se interceda pela não configuração de uma poder, o Ministério Público, sem dúvida é um importante protagonista na manutenção na harmonia dos três poderes, onde sua função é uma função estatal constitucionalmente adequada[46] na busca da concretização dos ditames constitu-

---

[44] "Pois bem. Na linha do que já se expôs acima, é evidente que a cláusula pétrea de que trata o art. 60, § 4º, III, não imobiliza os quase 100 (cem) artigos da Constituição que, direta ou indiretamente, delineiam determinada forma de relacionamento entre Executivo, Legislativo e Judiciário. Muito diversa-lente, apenas haverá violação às cláusulas pétrea da separação de Poderes se o seu conteúdo nuclear de sentido tiver sido afetado. Isto é: em primeiro lugar, e a modificação provocar uma concentração de funções em um poder ou consagrar, na expressão do STF, uma "instância hegemônica de poder"; e, secundariamente, se a inovação introduzida no sistema esvaziar a independência orgânica dos Poderes ou suas competências típicas". (BARROSO, Luís Roberto. **Curso de Direito Constitucional Contemporâneo**. 2º ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 175).

[45] A única exceção seria a hipótese do poder de investigação da CPI's, realizado pelo Poder Legislativo.

[46] "A falência daquela tripartição, como classificação universal e intemporalmente válida das funções estaduais, e, sobretudo, o progressivo esbatimento de fronteiras entre as diversas funções do Estado e a fluidez e relatividade dos critérios de caracterização material e de diferenciação entre elas, tem levado a doutrina a desinteressar-se progressivamente da elaboração de uma teoria geral das funções estaduais como elemento essencial do princípio

cionais, em face da dinâmica social vigente.

Dissenso, afetar a independência dessa entidade política vindo simultaneamente a concentrar a função de investigação criminal em um único poder acarretará o comprometimento do equilíbrio supra,[47] afetando, diretamente, o núcleo da cláusula pétrea da separação dos poderes.[48]

---

da separação dos poderes, para se fixar numa análise das funções do Estado constitucionalmente adequada, no quadro de uma constituição concreta. (...). Esta evolução está, aliás, em consonância com a progressiva transição de um método abstracto-dedutívo para um método normativo-concreto na abordagem e no tratamento dogmático do princípio da separação dos poderes. Ele, tende hoje a construir-se a partir da ordenação de competências jurídico-constitucionais concreta". (PIÇARRA, Nuno. **A Separação dos Poderes como Doutrina e Princípio Constitucional - Um Contributo para o Estudo das Suas Origens e Evolução**. Coimbra: Editora Coimbra, 1989, p. 264). "No direito constitucional brasileiro a crise que analisamos é mais ampla e de efeitos mais prejudiciais. Em matéria de separação de poderes nosso constitucionalismo é ortodoxo e tanto o direito positivo como a doutrina dominante se apegam à ilusão de que, em meados do século vinte, câmaras numerosas e multipartidárias ainda possam exercer o monopólio da elaboração das leis. Aferramo-nos a Montesquieu, como se ele fosse o revelador de um dogma imutável e fechamos os olhos à revisão crítica que já afastou como inteiramente inútil uma teoria que Marcel de La Bigne de Villeneuve qualifica de mal construída, mal denominada, pior interpretada, e considera mesmo uma manifestação da crise do senso comum". (TRIGUEIRO, Oswaldo. **Problemas do governo democrático**. Brasília: Senado Federal, 1976, p. 17.)

[47] Nuno Piçarra, ao dissertar sobre a tripartição dos poderes menciona que o instituo tem sido tomado em diversas acepções, vindo a enumerar algumas. Chama-se atenção a quarta acepção: "participação de dois ou mais órgãos, independentes entre si, na mesma função estadual, em ordem à prática de um acto imputável a todos". (PIÇARRA, Nuno. **A Separação dos Poderes como Doutrina e Princípio Constitucional - Um Contributo para o Estudo das Suas Origens e Evolução**. Coimbra: Editora Coimbra, 1989, p. 12). Afira a terminologia órgão (ao invés de poder) independente, o qual exercita mais de uma função. Isso permite evitar a concentração de função/poder numa única entidade.

[48] "... Aqui, explica-se que o princípio pressupõe urna distinção material dias funções estaduais, devendo o desempenho de caída uma delas caber a um órgão ou grupo de órgãos específico, independentemente dos demais: que esta distinção material das funções estaduais e a separação orgânico-pessoal ne1a fundada se pautam não só par preocupações de ordem jurídico-dogmática mas também ou, sobretudo, por preocupações garantísticas: pretende-se que nenhum desses órgãos chegue a controlar, por si só, a ·totalidade do poder do Estado: que a entrega de cada uma das fracções em que o poder político seja dividido a diversos órgãos há-de fazer com que cada um constitua perante o outro um freio e simultaneamente um contrapeso, prevenindo-se assim a concentração e o abuso do poder,

6.1. Natureza jurídica do Ministério Público

Não se adentrará, sobremaneira, em um estudo de profundidade em relação à posição institucional do Ministério Público, todavia, em face das ilações acima faz necessário algumas ponderações.

Deve se advertir que não se vislumbra o Ministério Público como um quarto poder[49], mas sim como uma entidade promovente do equilíbrio entre a interlocução dos três poderes.[50]

Não se pode galgar raciocínio que enquadre o mesmo em um órgão que integre os quadros do Poder Executivo, como outrora foi.[51]

A Constituição Federal de 1988 conferiu a essa entidade a independência, de forma a não ser subjugada ou sofre ingerências externas por qualquer dos poderes, isso, com o fito de garantir o bem exercer das suas árduas atribuições constitucionais, sendo incumbindo à defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis.[52]

---

a favor da liberdade individual". (PIÇARRA, Nuno. **A Separação dos Poderes como Doutrina e Princípio Constitucional - Um Contributo para o Estudo das Suas Origens e Evolução**. Coimbra: Editora Coimbra, 1989, p. 12-13).

[49] BULOS, Uadi Lammêgo. **Curso de Direito Constitucional**. 5º ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p.1367. "Não é um quarto poder do Estado, mas a Constituição coloca o Ministério Público a salvo de ingerências dos outros Poderes, assegurando aos seus membros independência no exercício de suas funções. Com efeito, Ministério Público e conceituado pela Constituição como instituição permanente, essencial à função jurisdicional do Estado, incumbindo-lhe a defesa da ordem jurídica, regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis". (CARVALHO, Kildare Gonçalves. **Direito Constitucional**. 12º ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2006, p. 941). Cf. SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 22º ed. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 582.

[50] Em Portugal o Ministério Público é um órgão do poder judicial. Destaca Canotilho: "Ministério Público é um poder autónomo do Estado, dotado de independência institucional em relação a qualquer outro poder incluindo os juízes".

[51] "Já foi lembrada, aqui, a observação de Montesquieu sobre o aperfeiçoamento político que representou a criação, no regime monárquico, do cargo de oficial do rei, encarregado de exercer em cada tribunal o ofício de acusação nos processos-crimes". (COMPARATO, Fábio Konder. **Ética – Direito, moral e religião no mundo moderno**. 3º ed. São Paulo: Companha das Letras, 2011, p. 678).

[52] "...Globalmente consideradas, as funções do Ministério Público têm, em geral, como denominador comum, o serem exercidas no interesse do "Estado-comunidade" e não do "Estado-pessoa". (CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional**. 7º ed. Coimbra: Livraria Almedina, 2003, p. 685).

Tornar-se pertinente as palavras do professor Fabio Konder Comparato, que corrobora com as afirmações acima, quando disserta sobre especialização e controle recíproco dos órgãos do Estado, tecendo considerações sobre o Ministério Público:

> Resta dizer algumas palavras sobre o Ministério Público.
>
> ...
>
> Sucedeu, porém, que a superação das monarquias absolutas não conseguiu apagar os traços genéticos dessa primitiva vinculação do Ministério Público ao chefe de Estado, ou ao chefe do governo. A situação é tão absurda, nos sistemas presidenciais de governo, que o chefe do órgão, nomeado pelo presidente, e portanto a ele pessoalmente grato, aparece, em geral, como o único agente público) competente para denunciá-lo em processos criminais.
>
> **Hoje, quando o Ministério Público dispõe de poderes ampliados, notadamente para a defesa dos chamados direitos difusos ou transindividuais, e para a responsabilização pessoal de todos os agentes públicos por condutas imorais ou lesivas ao bem comum, esse resquício de ligação do órgão com o Poder Executivo é preocupante**. o Ministério Público serve, não raras vezes, os interesses político-partidários do governo, propondo, a pedido deste, ações de inconstitucionalidade de leis, julgadas inconvenientes ao Executivo ou à maioria parlamentar. Outras vezes, as instâncias superiores do órgão deixam de agir com o necessário zelo contra membros do governo, sob o curioso pretexto de que o assunto é de natureza político-partidária.
>
> **Ora, a denominação do órgão indica, já por si, a natureza das suas atribuições. Trata-se de um servidor do povo, não de um dependente ou agregado governamental. Para que o Ministério Público possa, portanto, defender com absoluta autonomia o bem comum do povo, é indispensável desvincular totalmente o órgão do Poder Executivo**, retirando-se deste a atribuição de nomear qualquer dos seus integrantes.[53] (grifos nossos)

[53] COMPARATO, Fábio Konder. **Ética – Direito, moral e religião no mundo moderno**. 3º ed. São Paulo: Companha das Letras, 2011, p. 678-679. Cf. BULOS, Uadi Lammêgo. **Curso de Di-**

Salienta-se a posição constitucional da entidade do sistema português. Em Portugal o Ministério Público é um órgão que compõe o Poder Judiciário, não tendo natureza administrativa.[54]

Apesar de compor o Poder Judiciário, sua independência e autonomia são patentes do ordenamento português, vinculado às disposições legais.[55] Destaca Canotilho: "... Ministério Público é um poder autónomo do Estado, dotado de independência institucional em relação a qualquer outro poder incluindo os juízes".[56]

6.2. Limites materiais implícitos a reforma da Constituição

Vislumbrando o comprometimento direto da cláusula pétrea da separação dos poderes, pela PEC nº 37, em face de uma interpretação restritiva e gramatical, associado à controvérsia sobre a natureza jurídica do Ministério Público, poder-se defender que o projeto em tela, viola os limites materiais implícitos[57] da Constituição Federal.

Mas por que entrever o poder de investigação criminal como um limite material implícito?

---

reito Constitucional. 5º ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p.1367.

[54] Cf. CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional**. 7º ed. Coimbra: Livraria Almedina, 2003, p. 684.

[55] CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional**. 7º ed. Coimbra: Livraria Almedina, 2003, p. 684.

[56] CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional**. 7º ed. Coimbra: Livraria Almedina, 2003, p. 684.

[57] "Também no Brasil a doutrina majoritária reconhece a existência - para além dos limites expressamente positivados na Constituição - de limites materiais implícitos à reforma constitucional, não se registrando, contudo, unanimidade a respeito de quais sejam exatamente estes limites". (SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. **Curso de Direito Constitucional**. 2º ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, p. 136). Cf. BARROSO, Luís Roberto. **Curso de Direito Constitucional Contemporâneo**. 2º ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 166. "Outras vezes, as constituições não contem quaisquer preceitos limitativos do poder de revisão, mas entende-se que há limites não articulados ou tacitos, vinculativos do pdoer de revisão. Esses limites podem ainda desdobrar-se em limites texttuais implicitos, deduzidos do proprio texto constitucional, e limites tácitos imanentes numa ordem de valores pré-positiva, vinculativa da ordem constitucional concreta". (CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional**. 7º ed. Coimbra: Livraria Almedina, 2003, p. 1064).

Pois o mesmo é corolário para o bom cumprimento do desiderato constitucional atribuído ao órgão, evitando, de tal sorte, a concentração do poder de investigação, tão somente, nas mãos do Poder Executivo, contribuindo com a função estabilizadora entre os poderes.

7 A extinção da Proposta de Emenda Constitucional nº 37 por ausência de legitimidade – o acordar do titular do poder

Entre o mês de maio e junho do corrente ano, as ruas do Brasil são invadidas pelos cidadãos, em ato de protesto gerado em decorrência da indignação em relação ao aumento das tarifas de ônibus.

E em um furor, há tempos não visto (desde as "Diretas-já"), o povo brasileiro passa a questionar, não só o aumento das tarifas de transporte público, mas sim um conjunto de descasos públicos e arbitrariedades dos dirigentes estatais, desde a saúde, a educação, a segurança pública, os gastos exorbitantes com os eventos da Copa das Confederações e Copa do mundo, os escândalos com corrupção, dentre outros.

Em pouco mais de um mês, instaura-se na República Federativa do Brasil uma verdadeira crise de legitimidade,[58] onde os representantes do povo têm sua posição em cheque pela omissão em concretizar os pleitos sociais.[59]

Os atos políticos e legislativos passam a ser questionados, não em relação à técnica-formal jurídica, mas sim em relação a sua legitimidade, pois no momento que se tem uma série de atos que vão de encontro aos anseios do povo, o qual é o detentor do poder, o ato cai na iniquidade e aquele representante do povo passa a carecer do poder da representação.

No seio dos protestos que se desenvolvem, principalmente, nas capitais dos Estados e no Distrito Federal, há insurgência da bandeira em rela-

[58] "A classe dominante perdeu em grande parte a legitimidade do seu atual modelo de exercício da autoridade, sendo patente o hiato entre a vontade dos que governam e a vontade dos que são governados". (BONAVIDES, Paulo. **A Constituição Aberta.** 3º ed. São Paulo: Malheiros, 2004, p. 29).

[59] "Observa-se uma ruptura entre o Estado e a Sociedade, entre governantes e governados, entre o representante e o cidadão, tudo em proporções nunca vistas, acentuadas, ao mesmo passo, por um estado geral de desconfiança e descrença e até mesmo menosprezo da cidadania em relação aos titulares do poder". (BONAVIDES, Paulo. **A Constituição Aberta**. 3º ed. São Paulo: Malheiros, 2004, p. 29).

ção a PEC nº 37, onde o povo questiona o alijamento do Ministério Público, ao proibir a entidade em exercer o poder investigatório na seara criminal.

O cidadão brasileiro ver nessa proposta de alteração a Constituição Federal, um impecílio ao processo de persecução criminal, e consequentemente da promoção da "justiça", a qual tanta anseia.[60] Ter-se-ia, mais um obstáculo à segurança pública, em sentido lato.

A partir dessas manifestações, os quais estão parando o país, os "representantes do povo", depois de instados, deram uma resposta a esse pleito, com uma celeridade digna dos preceitos constitucionais.

No dia 25 de junho de 2013,[61] em pauta de sessão extraordinária, o pleno da Câmara dos Deputados deliberou sobre a PEC nº 37, sendo a mesma rejeitada, de forma esmagadora, pelo voto de 430 deputados federais, manifestando, apenas, 9 parlamentares em favor da alteração constitucional.

O consectário dessa votação fora o arquivamento da proposta de alteração constitucional nº 37 de 2011.

Muito além de todos os argumentos outrora apresentados justificantes do poder de investigação do Ministério Público para embasar uma ação penal púbica, não olvidando ser essa uma função constitucional, também das forças policiais, perpassando pelas decisões dos tribunais superiores, pelas teorias do ordenamento jurídico americano, alegações de violação de cláusulas pétreas, além da regulação da matéria em Resolução do CNMP, comprova-se, cabalmente que a Proposta de Emenda Constitucional n º 37 não é detentora de legitimidade, não possuindo respaldo do titular do poder, o povo.

Nesses termos, ovaciona as palavras de Paulo Bonavides:

---

[60] "Num tema tão sensível e caro à efetiva realização da justiça, não pode haver espaço para ingenuidades. A tese da impossibilidade da investigação direta pelo Parquet tem sido levada aos tribunais, via de regra, pela defesa de acusados alto coturno: políticos, grandes empresários, agentes públicos com notável poder dentro da estrutura do Estado, muitos dos quais com direito a foro por prerrogativa de função (...)". (CALABRICH, Bruno. Investigação criminal pelo Ministério Público: uma renitente e brasileira polêmica. IN: FARIAS, Cristiano Chaves; ALVES, Leonardo Barreto Moreira; ROSENVALD, Nelson (coords). **Temas atuais do Ministério Público**. 4º ed. Salvador: Editora Juspodivm, 2013, p. 795).

[61] Tem-se a votação da matéria com menos de um mês em que as manifestações populares passam a questionar a representatividade do governo, indo além dos reclames sobre o aumento das passagens de ônibus.

> Uma organização institucional que não coloque os Poderes políticos – Legislativo e Executivo – da União, dos Estados e dos Municípios debaixo do controle direto, imediato e diuturno da vontade popular, jamais há de levar a cabo, bem-sucedida, a cruzada de anticorrupção administrativa deque tanto precisa o País.[62]

Conclusão

É imanente que a Proposta de Emenda Constitucional nº 37 de 2011, que procurou garantir exclusividade da atividade investigativa criminal, apenas as forças policiais judiciais, estava embebecida em um viés, unicamente, política, alheio aos interesses sociais, aos argumentos e implicações jurídicas.[63]

Aferiu-se o profícuo debate do tema pelo plenário do STF, em face da repercussão geral do tema, constatando uma tendência para o reconhecimento da legitimidade do Ministério Público em investigar, como outrora decidira por unanimidade a 2º Turma do Egrégio tribunal. Nos votos dos ministros destacou-se a necessidade de impor limitações a esse poder de investigação com fulcro a respeitar as garantias básicas do investigado.

No que tange ao Superior Tribunal de Justiça, a matéria é pacífica, onde reconhece a legitimidade investigatória do Ministério Público, sendo a matéria sumulada nesse tribunal, no enunciado nº 234.

Destarte, contata-se que a tessitura redacional da Resolução nº 13 do Conselho Superior do Ministério Público, normatiza suficientemente processo investigatório criminal, quando da sua feitura pelo membro do "parquet", vindo a instrumentalizar os meios ao desenvolvimento do devido processo legal, coadunando-se com os votos já proferidos no citado RE nº 593.727.

A chancela do poder de investigativo criminal do Ministério Público tem por ponto nodal a teoria dos poderes implícitos, onde se sufraga que

---

[62] BONAVIDES, Paulo. **A Constituição Aberta**. 3º ed. São Paulo: Malheiros, 2004, p. 29.

[63] "Fala-se aqui em pudor porquanto o cerne da tese contrária, tal qual veiculada - centrada, via de regra, no argumento da exclusividade da investigação criminal pelas polícias, com base no art. 144 da CF/88 -, é de uma fragilidade incrível. (...)". (CALABRICH, Bruno. Investigação criminal pelo Ministério Público: uma renitente e brasileira polêmica. IN: FARIAS, Cristiano Chaves; ALVES, Leonardo Barreto Moreira; ROSENVALD, Nelson (coords). **Temas atuais do Ministério Público**. 4º ed. Salvador: Editora Juspodivm, 2013, p. 796).

se a carta constitucional instituiu o membro do "parquet" como o único titular da ação penal pública, ficando implícito os poderes necessários para o bem cumprir do desiderato constitucional, limitado esses poderes, é claro, as demais normatividades constitucionais.

A utilização dessa construção normativa a partir do sistema jurídico americano configura o fenômeno do transconstitucionalismo, no qual os multicentros jurídicos "dialogam", seja em cooperação ou em conflito, para a solução de problemas jurídicos comuns.

Ousamos, numa análise hipotética de constitucionalidade do respectivo propostade emenda constitucional, argumentar pela inconstitucionalidade da mesma, por violação da clausula pétrea da separação dos poderes (limitação material ao poder de reformar), em decorrência da concentração exclusiva do poder de investigação no Poder Executivo, o que feriria o núcleo intangível dessa cláusula.[64]

Atento ao fato que essa afirmação levasse a discussão da natureza institucional do Ministério Público, onde não coadunamos com a tese de ser um quarto poder, fora elaborada a ilação de que caso não se vislumbrasse a violação da cláusula pétrea da separação dos poderes, de forma direta, construiu-se o raciocínio de que o poder de investigação do Ministério Público seria uma cláusula pétrea implícita, tendo em vista que o órgão alhures é um protagonista fundante na dinâmica do *"checks and balances"* entre os poderes.

Não obstante aos argumentos dissertados em prol do poder de investigação do Ministério Público, ocorreu o arquivamento da Proposta de Emenda Constitucional nº 37, no dia 25 de junho de 2013. Isso decorrente de uma das reinvindicações clamado pelo povo, que tomara as ruas do Brasil de assalto. Mais do que uma PEC contrária à sistemática normativa brasileira, tem-se uma proposta carecedor de legitimidade popular.

NELSON, R. A. R. R., From the constitutionally imputed power of investigation of the public prosecutor's office. *Justitia*, São Paulo, v. 213/214/215/216, p.15-43, Jan./Dec. 2019-2020.

[64] "Na sua dimensão orgânico-funcional, o princípio da separação dos poderes deve continuar a ser encarado como princípio de moderação, racionalização e limitação do poder político-estadual no interesse da liberdade. Tal constitui seguramente o seu núcleo imutável". (PIÇARRA, Nuno. **A Separação dos Poderes como Doutrina e Princípio Constitucional - Um Contributo para o Estudo das Suas Origens e Evolução.** Coimbra: Editora Coimbra, 1989, p. 26).

- **ABSTRACT:** The objective of this study is to analyze the proposal for the Constitutional Amendment No 37/2011, which was submitted to the House of Representatives. Such Amendment would add a tenth paragraph to the art. 144 of the 1988 Federal Constitution, in order to establish that the judicial police would have the exclusive right to act in criminal investigative processes. In fact, such change would make it difficult for the Public Prosecutor's Office to carry out the necessary investigations to evaluate the just cause of the exordial accusation. We adopted the qualitative research developed on a doctrinal, normative and jurisprudential as the basis for promoting the object of study. Also, we adopted the methodology of hypothetical-deductive method of a descriptive and analytical nature. The extinction of PEC No. 37/11 restricts the Public Prosecutor's Office, which performs one of the essential functions of justice. Such adjustment is based upon the Implied Powers Doctrine. Moreover, it was endorsed by the STF in a clear phenomenon of transconstitutionalism, and undermines the criminal prosecution in Brazil. This article is developed in the light of the above mentioned reasons.

- **KEYWORDS:** Public Prosecutor's Office. Constitutional Amendment No 37. Unconstitutionality. Implied Powers Doctrine.

Referências

BARROSO, Luís Roberto. **Curso de Direito Constitucional Contemporâneo.** 2º ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

BONAVIDES, Paulo. **A Constituição Aberta**. 3º ed. São Paulo: Malheiros, 2004.

BRASIL. Lei nº 12.830, de 20 de junho de 2013. Dispõe sobre a investigação criminal conduzida pelo delegado de polícia. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, 21 de junho de 2013. Disponível: <http://www.planalto.gov.br/CCIVIL_03/_Ato2011-2014/2013/Lei/L12830.htm>. Acesso em: dia 28 de junho de 2019.

BRASIL. Mensagem nº 251, de 20 de junho de 2013. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, 21 de junho de 2013. Disponível: < http://www.planalto.gov.br/CCIVIL_03/_Ato2011-2014/2013/Msg/VEP-251.htm>. Acesso em: dia 28 de junho de 2019.

BULOS, Uadi Lammêgo. **Curso de Direito Constitucional**. 5º ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

CAETANO, Marcelo. **Direito Constitucional**. 2º ed. Rio de Janeiro: Forense, 1987. V. I.

CAETANO, Marcelo. **Direito Constitucional**. 2º ed. Rio de Janeiro: Forense, 1987. V. II.

COMPARATO, Fábio Konder. **Ética – Direito, moral e religião no mundo moderno**. 3º ed. São Paulo: Companha das Letras, 2011.

CALABRICH, Bruno. Investigação criminal pelo Ministério Público: uma renitente e brasileira polêmica. IN: FARIAS, Cristiano Chaves; ALVES, Leonardo Barreto Moreira; ROSENVALD, Nelson (coords). **Temas atuais do Ministério Público**. 4º ed. Salvador: Editora Juspodivm, 2013.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional.** 7º ed. Coimbra: Livraria Almedina, 2003.

CARVALHO, Kildare Gonçalves. Direito Constitucional. 12º ed. Belo Horizonte: DelRey, 2006.

LIMA, Renato Brasileiro. **Manual de Processo Penal**. Rio de Janeiro: Impetus. V. I.

NEVES, Marcelo. **Transconstitucionalismo.** São Paulo: Martins Fontes, 2009.

PIÇARRA, Nuno. **A Separação dos Poderes como Doutrina e Princípio Constitucional - Um Contributo para o Estudo das Suas Origens e Evolução.** Coimbra: Editora Coimbra, 1989.

SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. **Curso de Direito Constitucional.** 2º ed. São Paulo: Revista dos Tribunais.

SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 22º ed. São Paulo: Malheiros, 2003.

TRIGUEIRO, Oswaldo. **Problemas do governo democrático**. Brasília: Senado Federal, 1976.

Pela Estabilidade dos Precedentes: Análise da Presunção de Inocência pelo Supremo Tribunal Federal

Andressa de Liz SAMPAIO*
João Rafael de OLIVEIRA**
William Soares PUGLIESE***

- **SUMÁRIO:** Introdução. 1 Coerência, integridade e estabilidade das decisões judiciais: o dever de uniformização da jurisprudência. 2 O papel do Supremo Tribunal Federal no julgamento de casos que servirão de precedentes. 3 O julgamento das ADC's 43, 44 e 54 e o cenário jurídico atual frente à teoria dos precedentes. Conclusão. Referências.

- **RESUMO:** O cenário jurídico é dinâmico e vive em constante alteração, motivo pelo qual as leis não são suficientes para regular a vida em sociedade. A tradição que o Brasil segue é a romano-germânica, ou seja, o direito brasileiro é pautado na *civil law*, que tem a lei como meio de solução de con-

* Mestranda em Direitos Fundamentais e Democracia pelo Centro Universitário Autônomo do Brasil – UniBrasil; Especialista em Direito Processual Civil pelo UniCuritiba; Bacharel em Direito pelo Centro Universitário Autônomo do Brasil – UniBrasil; Membro do Instituto Brasileiro de Direito Processual Civil – IBDP; Advogada Sócia-fundadora do Escritório Valle & Sampaio Advocacia e Consultoria Jurídica; Membro da Comissão de Gestão Pública e Controle da Administração da OAB/PR.

** Doutorando em Direito pelo Instituto Brasiliense de Direito Público. Mestre em Direito do Estado com ênfase em Direito Processual Penal pela Universidade Federal do Paraná - UFPR. Especialista em Direito e Processo Penal pela Academia Brasileira de Direito Constitucional - ABDCONST e graduado em Direito - Unibrasil (2010), atuando principalmente nos seguintes temas: Direito e Processo Penal. Professor de Direito Processual Penal na UNIBRASIL e coordenador adjunto da pós-graduação em direito penal e processual penal da ABDCONST. Advogado Criminalista no escritório Monteiro Rocha Advogados

*** Pós-Doutor pela Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Doutor e Mestre em Direito pelo Programa de Pós-Graduação da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Paraná. Professor do Programa de Pós-Graduação em Direito da Unibrasil (Mestrado e Doutorado). Coordenador da Pós-Graduação em Direito Processual Civil (Novo CPC) da Academia Brasileira de Direito Constitucional (ABDConst). Membro da Comissão de Estudos Constitucionais da OAB/PR. Advogado.

flito aplicada pelo magistrado ao caso concreto. O Código de Processo Civil de 2015, por sua vez, trouxe deveres ao magistrado de modo a construir entendimentos dos tribunais que possam servir de fundamentos para outras decisões em casos semelhantes. São os chamados precedentes. O Supremo Tribunal Federal tem importante papel na formação de precedentes e recentemente, em decisão em controle concentrado de constitucionalidade, firmou novo precedente acerca da presunção de inocência, revogando precedente anterior de 2016 que possibilitava a execução da pena após condenação em segundo grau de jurisdição. Essa decisão retoma o respeito à Constituição Federal de 1988, mas traz à tona questões importantes como segurança jurídica e unidade do Direito, que serão trabalhadas neste artigo.

- **PALAVRAS-CHAVE:** Precedentes. Segurança Jurídica. Supremo Tribunal Federal. Princípio da presunção de Inocência. Decisões.

Introdução

O Código de Processo Civil de 2015 inovou ao determinar a uniformização da jurisprudência e conferir aos tribunais a tarefa de mantê-la estável, íntegra e coerente. Essa disposição está expressa no art. 926, do Código de Processo Civil, como medida imposta ao magistrado e aos tribunais de modo a garantir a segurança jurídica no ambiente jurisdicional, em consonância com o art. 5.o, inciso XXXVI da Constituição Federal. A atividade de uniformização depende, essencialmente, da prática reiterada de decisões pelos órgãos julgadores, pois esta é a técnica mais tradicional pela qual o Poder Judiciário se predica. A tomada de decisões também é objeto de tratamento legal, pelo art. 489, do referido Código, na medida em que as decisões devem conter relatório, fundamentação e dispositivo e que a fundamentação deve ter requisitos específicos.

Estas regras contribuem, ainda, para a construção de uma teoria dos precedentes no ordenamento jurídico brasileiro. Neste aspecto, os tribunais têm sido essenciais para esta empreitada, principalmente o Supremo Tribunal Federal. A corte constitucional tem, com frequência, destacado a importância de suas decisões anteriores para a apreciação de novos casos.

A questão que se pretende enfrentar neste artigo, porém, é a possibilidade, ou não, de a formação de um precedente ultrapasse os limites impostos pela Constituição Federal. Parte-se, para examinar este problema, de decisão de 2016 na qual o Plenário do Supremo Tribunal Federal, em julga-

mento do Habeas Corpus n.o 126.292-SP, de Relatoria do Ministro Teori Zavascki, decidiu, por maioria de votos, pela possibilidade de execução da sentença condenatória antes do seu trânsito em julgado, viabilizando a prisão em segunda instância.

Esse entendimento orientou toda a execução penal brasileira até que sobreveio novo pedido, por meio de Ações Declaratórias de Constitucionalidade, que trouxeram a questão novamente ao debate da Corte Constitucional. Com isso, em outubro de 2019, sobreveio a decisão no julgamento das ADC's 44, 45 e 54, de Relatoria do Ministro Marco Aurélio, que revisitou a interpretação constitucional e julgou, por seis votos a cinco, pela constitucionalidade do disposto no art. 283 do Código de Processo Penal, determinando a impossibilidade da execução da pena em segunda instância, devendo o réu ser considerado culpado, com as consequência daí decorrente, apenas após o transito em julgado da sentença penal condenatória.

Esse contexto de mudança de orientação jurisprudencial em breve espaço de tempo dá ensejo a diversos questionamentos, teóricos e práticos, como: como ficam aqueles réus que, no período de vigência da orientação firmada em fevereiro de 2016, foram presos após o julgamento de recurso em segunda instância? O Estado se responsabilizará em caso de julgamento final pela inocência do réu que ficou preso? E, especialmente, questões processuais, como: o precedente de 2016 serviu como meio para aprisionamento de réus após o julgamento de recurso em segunda instância, em desacordo com a Constituição Federal, e em 2019 foi superado, pelo mesma Suprema Corte, mediante análise da mesma norma constitucional. Logo, a teoria dos precedentes está preparada para ser aplicada nos julgamentos pelas Cortes Superiores no Brasil?

O presente estudo objetiva, portanto, analisar a teoria dos precedentes a partir da instabilidade das decisões proferidas pelo Supremo Tribunal Federal, através da análise dos julgamentos do Habeas Corpus n.o 126.292, de 2016 e das ADC's 44, 45 e 54 de 2019.

1 Coerência, integridade e estabilidade das decisões judiciais: o dever de uniformização da jurisprudência

O Código de Processo Civil de 2015 trouxe, como uma de suas principais discussões, o dever de uniformizar a jurisprudência, a fim de mantê-la coerente, íntegra e estável. Acontece que o legislador ordinário não definiu os adjetivos atribuídos à letra da lei do art. 926 do referido Código, ficando a função de dar sentido à norma para a doutrina e para a própria jurisprudência.

É certo que as decisões judiciais devem ser justificadas e, a partir disso, merecem atenção quanto ao grau de coerência que será empregado na sua fundamentação, "desde que tais decisões tenham resultado de processos de otimização da coerência que considerem o contexto e sejam realizados por decisores epistemologicamente responsáveis".[1]

A coerência deve servir para tornar uma decisão compreensível, factível do ponto de vista do receptor da mensagem empregada no conteúdo decisório. Uma das principais vozes a respeito do tema, Neil MacCormick traduz a coerência como um compilado de normas que devem fazer sentido entre si, e explica que:

"Portanto, a coerência de normas (consideradas como um conjunto de algum tipo), depende de que elas 'façam sentido' em virtude de serem racionalmente relacionadas como um conjunto instrumental ou intrinsecamente voltado para a realização de alguns valores comuns. [...] Para que os princípios e valores sejam coerentes em si mesmos, exige-se que, na sua totalidade, eles possam expressar uma forma de vida satisfatória, ou seja, uma forma de vida pela qual seria possível serem humanos, tais como são os seres humanos, viverem juntos em razoável harmonia e com alguma percepção de uma bem comum do qual todos participam. Em resumo, a coerência de um conjunto de normas é a função de sua justificabilidade sob princípios e valores de ordem superior, desde que os princípios e valores de ordem superior ou suprema pareçam aceitáveis, quando tomados em conjunto, no delineamento de uma forma de vida satisfatória".[2],[3]

Há a necessidade, ao que se nota, de buscar o melhor argumento possível para expressar o sentido da decisão, já que a ideia é preservar o sentido do ordenamento jurídico quando o Poder Judiciário é provocado por seus jurisdicionados.

No que diz respeito ao dever de integridade, não há como deixar de registrar o aprofundamento do estudo realizado por Ronald Dworkin em *O Império do Direito*, no qual o autor traduz a integridade como elemento do direito, na medida em que os princípios da justiça, equidade e do devido pro-

---

[1] PUGLIESE, William Soares. *Princípios da jurisprudência*. Belo Horizonte: Arraes, 2017. p.86.

[2] MACCORMICK, Neil. *Retórica e o estado de direito*. Tradução de Conrado Hubner Mendes. Rio de Janeiro: Elsevier, 2008. p.252-253.

[3] Registre-se que o autor trabalha a coerência normativa neste tópico, diferentemente da coerência fática, trabalhada pela doutrina da Amalia Amaya.

cesso legal são elementos essenciais para manter o direito como integridade, afastando-se do convencionalismo e do pragmatismo jurídico[4], de modo que cumpre aos juízes decidir os casos com base na melhor interpretação extraída da norma.[5]

Seguindo a linha do mencionado autor, o direito como integridade é dever de atribuição de sentido da norma, inclusive extraindo e trabalhando princípios que dela advenham, a fim de justificar uma decisão e mantê-la íntegra no ordenamento jurídico, cumprindo com sua função.

Trazendo essa brevíssima análise da integridade do direito é possível propor a compreensão de integridade como elemento capaz de compor um julgado que servirá de base para decidir outro igual, nos termos do que o legislador ordinário previu quando escreveu a letra do art. 926 do Código de Processo Civil.

As decisões judiciais devem manter a integridade do direito, não podendo romper com o ordenamento jurídico, excetuando-se as hipóteses de melhor interpretação sobre um caso já decidido. De resto, as decisões judiciais devem se manter íntegras até mesmo por que servem como meio para manutenção da segurança jurídica tanto aos jurisdicionados, quanto à sociedade em geral, que guarda respeito ao Poder Judiciário.

Já no que diz respeito ao dever de manutenção da estabilidade das decisões há que se considerar os fundamentos do sistema judicial brasileiro, já que o legislador deixou ainda mais obscuro o que quis dizer com "mantê-la estável". Deste modo, como não há um pensamento jurídico acerca do conceito de "estabilidade", necessário se faz revolver a tradição jurídica que o Brasil aderiu para então correlacioná-lo à intenção do legislador na atribuição da estabilidade como elemento formador de precedente.

---

[4] Para Dworkin, o convencionalismo exige que os juízes estudem os repertórios jurídicos e os registros parlamentares para descobrir que decisões foram tomadas pelas instituições às quais convencionalmente se atribui poder legislativo. Uma vez aceito o convencionalismo, o juiz não terá novas ocasiões de interpretar o registro legislativo como um todo quando for decidir um caso específico. Já o pragmatismo jurídico representa o modo instrumental de pensar do Juiz sobre as melhores regras para o futuro. Ele nega que as pessoas tenham direitos com base em decisões políticas do passado.

[5] DWORKIN, Ronald Myles. *O império do direito*. Tradução de Jeferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 2014.

Duas tradições jurídicas são comumente conhecidas no ambiente jurídico: a *common law e a civil law*. A tradição da *common law* se desenvolveu partindo da preocupação com a análise dos casos em si e com a aplicação do chamado "direito comum" que regulava a sociedade, pois não havia codificação. A função do magistrado anglo-saxônico é partir da premissa do fato que lhe fora colocado, examinando-o e aplicando uma regra para solucioná-lo da melhor forma possível.[6]

Já na tradição *civil law*, o centro do ordenamento são os códigos e, portanto, a lei. Cabe ao magistrado aplicar a lei ao caso, pela lógica da subsunção[7]. A premissa da tradição romano-germânica a disposição legal e não as disposições do fato, como na *common law.*

Ao que se percebe, portanto, é que a principal diferença entre as tradições é o método de aplicação do direito de modo a solucionar o caso.[8]

Pois bem, vencida a breve explanação acerca das tradições jurídicas é possível prosseguir e afirmar que o Brasil aderiu à tradição romano-germânica, ou seja, a *civil law*, na qual os magistrados partem da aplicação da lei ao caso concreto. Todavia, essa opção não inviabiliza que se utilize da teoria dos precedentes no direito brasileiro mas, ao contrário, permite que ela seja amadurecida frente à previsão que o Código de Processo Civil de 2015 trouxe a seara jurisdicional.

A estabilidade das decisões está, portanto, diretamente ligada ao modelo que o Código Processual buscou aplicar partindo da premissa de aplicação da teoria dos precedentes num ambiente de civil law, pois "o que a estabilidade sugere é que as próprias cortes tenham cuidado de preservar os entendimentos que devem ser preservados e que realize as alterações com o maior cuidado".[9]

A estabilidade de uma decisão não pode significar que ela seja para sempre aplicada[10]. Ao contrário, ela deve ser entendida como forma de ga-

---

[6] Ver, nesse sentido, MARINONI, Luiz Guilherme. *Precedentes obrigatórios*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

[7] Sobre a relação entre o magistrado e a norma, ver MITIDIERO, Daniel. *Precedentes*: da persuasão à vinculação. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

[8] PUGLIESE, William Soares. *Precedentes e a civil law brasileira*: interpretação e aplicação do novo Código de Processo Civil. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016. p.21-38.

[9] PUGLIESE, William Soares. *Princípios da jurisprudência*. Belo Horizonte: Arraes, 2017. p.135.

[10] MARINONI, Luiz Guilherme. *Precedentes obrigatórios*. 6.ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2019.

rantia de unidade do direito, de segurança ao jurisdicionado, que tem o direito de se antever ao que será decidido em seu caso, de modo a evitar que haja dois ou mais casos iguais, com soluções distintas, podendo, por certo, serem adequadas de acordo com as alterações sociais e, por que não, legais.

Todos esses três elementos levam à construção da uniformização do Direito. A formação legislativa acerca do texto da lei não é e não pode ser suficiente para buscar essa uniformidade, na medida em que o legislador não é capaz de prever todas as situações passíveis de conflitos. Logo, entra em cena a necessidade de criação e formação de decisões judiciais que, após longa análise do caso e da lei que será aplicada ao caso, garanta um ambiente uniforme e seguro de solução de conflito.

2 O papel do Supremo Tribunal Federal no julgamento de casos que servirão de precedentes

Vencida a etapa de análise dos elementos atribuídos ao art. 926, do Código de Processo Civil, para formação de precedentes, imperioso se faz, antes de adentrar na constitucionalidade do princípio da inocência, entender o papel do Supremo Tribunal Federal enquanto Corte de Precedentes.

O estudo se voltará apenas ao Supremo Tribunal Federal e não ao Superior Tribunal de Justiça pois é a partir da decisão daquele, enquanto Corte Constitucional, que surgiu a discussão da constitucionalidade ou não da prisão em segunda instância e a mitigação do princípio constitucional da inocência.[11]

Pois bem, os precedentes, ainda que não sejam novidade no ordenamento jurídico brasileiro, agora ganharam *status* legal neste ambiente, pois a previsão do art. 926 do Código de Processo Civil é expressa e representa a positivação do direito numa tradição *civil law*.[12]

A Constituição já previu, antes do regramento processual, a competência do Supremo Tribunal Federal para processar e julgar recursos que tenham

[11] MARINONI, Luiz Guilherme. *O STJ enquanto corte de precedentes*: recompensa do sistema processual da Corte Suprema. 3. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017.

[12] MARINONI, Luiz Guilherme. *A ética dos precedentes:* justificativa do novo CPC. 2.ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

repercussão geral e outras ações de competência originária ou em grau recursal proveniente do Superior Tribunal de Justiça.[13]

[13] Letra do art. 102 da Constituição Federal, que prevê: Art. 102. Compete ao Supremo Tribunal Federal, precipuamente, a guarda da Constituição, cabendo-lhe: I - processar e julgar, originariamente: a) a ação direta de inconstitucionalidade de lei ou ato normativo federal ou estadual e a ação declaratória de constitucionalidade de lei ou ato normativo federal; b) nas infrações penais comuns, o Presidente da República, o Vice-Presidente, os membros do Congresso Nacional, seus próprios Ministros e o Procurador-Geral da República; c) nas infrações penais comuns e nos crimes de responsabilidade, os Ministros de Estado e os Comandantes da Marinha, do Exército e da Aeronáutica, ressalvado o disposto no art. 52, I, os membros dos Tribunais Superiores, os do Tribunal de Contas da União e os chefes de missão diplomática de caráter permanente; d) o *habeas corpus*, sendo paciente qualquer das pessoas referidas nas alíneas anteriores; o mandado de segurança e o habeas data contra atos do Presidente da República, das Mesas da Câmara dos Deputados e do Senado Federal, do Tribunal de Contas da União, do Procurador-Geral da República e do próprio Supremo Tribunal Federal; e) o litígio entre Estado estrangeiro ou organismo internacional e a União, o Estado, o Distrito Federal ou o Território; f) as causas e os conflitos entre a União e os Estados, a União e o Distrito Federal, ou entre uns e outros, inclusive as respectivas entidades da administração indireta; g) a extradição solicitada por Estado estrangeiro; h) (Revogado pela Emenda Constitucional n.o 45, de 2004); i) o ***habeas corpus***, quando o coator for Tribunal Superior ou quando o coator ou o paciente for autoridade ou funcionário cujos atos estejam sujeitos diretamente à jurisdição do Supremo Tribunal Federal, ou se trate de crime sujeito à mesma jurisdição em uma única instância; j) a revisão criminal e a ação rescisória de seus julgados; l) a reclamação para a preservação de sua competência e garantia da autoridade de suas decisões; m) a execução de sentença nas causas de sua competência originária, facultada a delegação de atribuições para a prática de atos processuais; n) a ação em que todos os membros da magistratura sejam direta ou indiretamente interessados, e aquela em que mais da metade dos membros do tribunal de origem estejam impedidos ou sejam direta ou indiretamente interessados; o) os conflitos de competência entre o Superior Tribunal de Justiça e quaisquer tribunais, entre Tribunais Superiores, ou entre estes e qualquer outro tribunal; p) o pedido de medida cautelar das ações diretas de inconstitucionalidade; q) o mandado de injunção, quando a elaboração da norma regulamentadora for atribuição do Presidente da República, do Congresso Nacional, da Câmara dos Deputados, do Senado Federal, das Mesas de uma dessas Casas Legislativas, do Tribunal de Contas da União, de um dos Tribunais Superiores, ou do próprio Supremo Tribunal Federal; r) as ações contra o Conselho Nacional de Justiça e contra o Conselho Nacional do Ministério Público; II - julgar, em recurso ordinário: a) o *habeas corpus*, o mandado de segurança, o habeas data e o mandado de injunção decididos em única instância pelos Tribunais Superiores, se denegatória a decisão; b) o crime político; III - julgar, mediante recurso extraordinário, as causas decididas em única ou última instância, quando a decisão recorrida: a) contrariar dispositivo desta Constituição; b) declarar a inconstitucionalidade de tratado ou lei federal; c) julgar válida lei ou ato de governo local contestado em face desta Constituição; d) julgar válida lei local contestada em face de lei federal.

Portanto, a competência do Supremo é delineada por norma constitucional e suas decisões têm efeitos que podem surtir entre as partes ou se estender à toda a sociedade, mas especialmente, suas decisões têm o dever de exprimir a interpretação da lei atribuindo sentido à norma constitucional e, a partir disso, criar precedentes.

Luiz Guilherme Marinoni ensina que "o direito modelado pela Corte Suprema tem que ter estabilidade, de modo que os precedentes obrigatórios se tornam indispensáveis para garantir a igualdade e a liberdade, as quais não mais dependam apenas da lei".[14] E continua explicando que "a força obrigatória do precedente não se destina a garantir a uniformidade da aplicação do direito objetivo, mas a preservar a igualdade perante o direito proclamado pela Corte Suprema".[15]

O papel do Supremo Tribunal Federal enquanto Corte de Precedente é amplo e não pode ser deixado de lado frente ao papel de garantidor da Constituição. Não é possível pensar que somente os recursos extraordinários com repercussão geral, ações de controle concentrado de constitucionalidade, ou recursos repetitivos criam precedentes pois "a eficácia obrigatória das *rationes decidendi* das decisões das Cortes Supremas é algo que logicamente deflui da leitura da Constituição à luz da teoria do direito".[16]

Há um dever de lealdade às normas constitucionais, mas há também um dever de garantia da segurança jurídica. "Se um ambiente jurídico capaz de proporcionar segurança entre as pessoas, é impossível conceber um espaço para que se possam fazer escolhas juridicamente orientadas. Sem um ambiente jurídico seguro, é do mesmo modo impossível reconhecer qual o Direito vigente e que deve ser aplicado para todos *uniformemente*".[17]

A segurança jurídica das decisões do Supremo Tribunal Federal está intrínseca ao seu exercício e é o mínimo que se espera de suas *rationes decidendi*, motivo pelo qual não é concebível imaginar que o Supremo tome po-

[14] MARINONI, Luiz Guilherme. *Julgamento nas Cortes Supremas*: precedente e decisão do recurso diante do novo CPC. 2.ed. rev. atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017. p.18-19.

[15] MARINONI, Luiz Guilherme. *Julgamento nas Cortes Supremas*: precedente e decisão do recurso diante do novo CPC. 2.ed. rev. atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017. p.18-19.

[16] MARINONI, Luiz Guilherme. *Julgamento nas Cortes Supremas*: precedente e decisão do recurso diante do novo CPC. 2.ed. rev. atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017. p.24.

[17] MITIDIERO, Daniel. *Precedentes:* da persuasão à vinculação. 3.ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2018. p.24-25.

sições distintas frente à situações semelhantes ou, pior, tome posições distintas frente à mesma situação de fato que lhe fora trazida.

O papel do Supremo não é o de causar instabilidade mas, ao contrário, deve atribuir sentido ao Direito, garantindo unidade do sistema, sob pena de tonar um caos nas decisões e nos movimentos dos jurisdicionados que não sentirão a segurança jurídica necessária para asseguramento da dignidade humana e da obtenção da justiça.[18]

As decisões tomadas pelos Ministros também têm aberto um ambiente de grandes discussões na doutrina, uma vez que o princípio da colegialidade também fora mitigado, tendo o relator poderes legais para decidir determinada questão sozinho. Contudo, essa abertura ao princípio colegiado não significa que o Supremo deva assim proceder mas, ao contrário, é necessário observar o julgamento por maioria até mesmo para que se abra a discussão sobre os fatos e o direito a ser aplicado, de modo a garantir abertura e participação ao debate.

Desta abertura "espera-se dos julgadores uma efetiva participação na discussão das questões que permeiam o raciocínio decisório do colegiado, uma vez que a decisão a ser tomada, mais do que resolver o caso, constituirá critério para o julgamento dos casos futuros, o que atribui uma outra dimensão de responsabilidade aos partícipes da Corte".[19]

E este é o ponto que será abordado no tópico a seguir, ou seja, até onde o debate entre os julgadores do Supremo Tribunal Federal pode gerar instabilidade na segurança jurídica, a partir de decisões (in)constitucionais ou de decisões que alteram a interpretação tradicional a respeito da constitucionalidade de dispositivos legais.

3 O julgamento das adc's 43, 44 e 54 e o cenário jurídico atual frente à teoria dos precedentes

Em 07 de novembro de 2019 o Supremo Tribunal Federal encerrou o julgamento das Ações Declaratórias de Constitucionalidade n.os 43, 44 e 54

[18] MITIDIERO, Daniel. *Precedentes:* da persuasão à vinculação. 3.ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2018.

[19] MARINONI, Luiz Guilherme. *Julgamento nas Cortes Supremas*: precedente e decisão do recurso diante do novo CPC. 2.ed. rev. atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017. p.28.

que serviram de paradigma para análise da constitucionalidade do disposto no art. 283 do Código de Processo Penal.[20]

Antes de adentrar no mérito do cenário atual frente a essa decisão, cumpre salientar que, em 2016, no julgamento do Habeas Corpus 126.292 São Paulo, o Supremo Tribunal Federal, por maioria de votos, firmou entendimento de que é possível que haja prisão de réu considerado culpado em segunda instância, ou seja, antes do trânsito em julgado da sentença condenatória, sob o fundamento de que "a possibilidade da execução provisória da pena privativa de liberdade era orientação que prevalecia na jurisprudência do STF, mesmo na vigência da Constituição Federal de 1988".[21]

Neste julgamento, o Supremo, por sete votos a quatro, imprimiu interpretação criativa à norma constitucional prevista no art. 5.o, inciso LVII, que prevê que "ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória", ou seja, presumem-se inocentes os réus que ainda não tenha o trânsito em julgado da sentença que assentou-lhes a culpa.

Num breve retrospecto, é possível perceber que o Supremo Tribunal Federal já havia se pronunciado em decisões isoladas acerca da possibilidade da prisão em segunda instância (HC 74.983, Rel. Min. Carlos Velloso, julgado em 1997; HC 91.675, Rel. Min. Carmem Lucia, julgado em 2007; HC 71.723, Rel. Min. Ilmar Galvão, julgado em 1995, dentre outros).

Em 2008, por ocasião do julgamento do HC 84.078, de relatoria do então Ministro Eros Grau, o Pleno da Suprema Corte assentou entendimento consentâneo com a expressamente prevista no artigo 5.o, LVII, da Constituição da República, e passou a não permitir a chamada execução provisória da pena decorrente de acórdão condenatório proferido em segundo grau de jurisdição.

Contudo, após alguns anos, por meio do referido HC 126.292, de 2016, assentou-se precedente para que todas as condenações em segunda instân-

[20] Art. 283 do CPP: Ninguém poderá ser preso senão em flagrante delito ou por ordem escrita e fundamentada da autoridade judiciária competente, em decorrência de sentença condenatória transitada em julgado ou, no curso da investigação ou do processo, em virtude de prisão temporária ou prisão preventiva.

[21] BRASIL. Supremo Tribunal Federal. HC 126.292/SP. Trecho do voto do Relator Ministro Teori Zavascki. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10964246>. Acesso em: 03 dez. 2019.

cia pudessem a produzir eficácia independentemente da interposição de recursos, e assim, ser decretada a prisão para início de cumprimento de pena, o que causou um verdadeiro caos na jurisprudência brasileira, com doutrinas e decisões criticando o precedente, principalmente em virtude da gritante diferença entre a norma e a interpretação conferida pelo STF.[22]e[23]

Esse ambiente se estabilizou e por três anos se seguiu o precedente firmado pelo Habeas Corpus 126.292/SP, determinando-se a prisão do réu considerado culpado ainda em segunda instância, sem trânsito em julgado.

Inevitável não reparar que a força da decisão proferida pelo Supremo é tamanha, enquanto Corte de precedente, que gerou a prisão de milhares de réus considerados culpados ainda em segunda instância, entre eles a prisão do ex-presidente Luiz Inácio Lula da Silva, que ficou conhecida mundialmente em decorrência de sua figura pública e do escândalo lançado pela operação lava-jato.

Assim permaneceu a situação até que foram pautadas as Ações Declaratórias de Constitucionalidade n.os 44, 45 e 54, ajuizadas ainda no ano de 2016, logo após a publicação do acórdão do HC 126.292/SP. Elas serviram de paradigmas para o julgamento do Supremo a fim de trazer à tona novamente, agora em sede de controle concentrado de constitucionalidade, o princípio da presunção de inocência e a constitucionalidade do disposto no art. 283 do Código de Processo Penal.

A letra do mencionado artigo 283, do Código de Processo Penal, dispõe sobre quais as medidas restritivas de liberdade poderão ser tomadas em face de réu submetido à persecução penal, a saber: prisão em flagrante delito, prisão cautelar (temporária ou preventiva) ou em virtude de condenação penal transitada em julgado. A leitura desse artigo, por elementar, deve ser realizada a partir das garantias individuais positivadas no rol do artigo 5.o da

[22] GLOBO.COM. Por 6 votos a 5, STF muda de posição e decide contra prisão após condenação em 2.a instância. G1, 07 nov. 2019. Disponível em: <https://g1.globo.com/politica/ao-vivo/stf-julgamento-prisao-de-condenados-segunda-instancia.ghtml>. Acesso em: 03 dez. 2019.

[23] JULGAMENTO histórico: STF muda jurisprudência e permite prisão a partir de decisão de segunda instância. *Migalhas*, 17 fev. 2016. Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/Quentes/17,MI234107,51045-JULGAMENTO+HISTORICO+STF+muda+jurisprudencia+e+permite+prisao+a>. Acesso em: 03 dez. 2019.

Constituição Federal, dentre os quais, a regra do estado de inocência[24] (5.o, LVII, CR/88).

Partindo dessa premissa, no momento em que o Supremo se pronunciou no sentido de permitir a prisão em segunda instância, no julgamento do HC 126.292/SP em 2016, a discussão era sobre a leitura inconstitucional do art. 283 do CPP realizada pelo Guardião da Constituição.

Fato é que a partir desse julgamento, inúmeros casos foram julgados pelo efeito do precedente e vários réus foram presos e, passados 3 anos, o Supremo superou o precedente e atribuiu nova interpretação conforme à Constituição, sob a ótica da constitucionalidade do mencionado art. 283 do CPP lido à luz do inciso LVII, do art. 5.o da Constituição Federal. No entanto, deixou de se posicionar acerca dos efeitos da superação, de modo que várias pessoas que ficaram sob custódia podem vir a ter sentença absolutória, restando questionável a responsabilidade do Estado frente ao tempo de prisão, trazendo para a mesa a discussão sobre dignidade da pessoa humana.

A propósito, inevitável apontar a doutrina do próprio Ministro Gilmar Ferreira Mendes[25] acerca da consideração do princípio da dignidade da pessoa humana:

"Não se pode conceber como compatível com o princípio constitucional da presunção de inocência qualquer antecipação de cumprimento de pena. Aplicação de sanção antecipada não se compadece com a ausência de decisão condenatória transitada em julgado.

Outros fundamentos há que se autorizar as prisão cautelar (*vide* art. 312 do Código de Processo Penal). No entanto, o cerceamento preventivo da

[24] Sobre presunção de inocência, confira-se: MORAES, Maurício Zanoide. *Presunção de inocência no processo penal brasileiro*: análise de sua estrutura normativa para elaboração legislativa e para a decisão judicial. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010; CORDERO, Franco. *Procedimiento penal*. Tradução de Jorge Guerrero. Bogotá: Temis, 2000. Tomo I; FERRAJOLI, Luigi. *Direito e razão*: teoria do garantismo penal. 4.ed. Tradução de Ana Paula Zomer Sica, Fauzi Hassan Choukr, Juarez Tavars, Luis Flávio Gomes. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. p.513 e segs; BOVINO, Alberto; BIGLIANI, Paola. *Encarcelamiento preventivo y estandares del sistema interamericano*. Ciudad Autónoma de Buenos Aires: Del Puerto, 2011.

[25] Registre que tanto no julgamento do HC 126.292/SP, quanto no julgamento das ADC's 43,44 e 54 o Min. Gilmar Mendes votou pela constitucionalidade do art. 283 do CPP, entendendo pela inconstitucionalidade da prisão em segunda instância, salvo enquanto medida cautelar, legalmente autorizada.

liberdade não pode constituir um castigo àquele que sequer possui uma condenação definitiva contra si.

Parece evidente, outrossim, que uma execução antecipada em matéria penal configuraria grave atentado contra a própria ideia de dignidade humana. Se entender, como enfaticamente destacam a doutrina e a jurisprudência, que o princípio da dignidade humana não permite que o ser humano se convole em objeto da ação estatal, não há como compatibilizar semelhante ideia com a execução penal antecipada".[26]

Portanto, essa falta de consideração aos princípios constitucionais da presunção de inocência e da dignidade da pessoa humana causa, certamente, insegurança jurídica e gera um mar de discussões acerca da responsabilidade atribuída ao Estado pelas prisões inconstitucionais de réus considerados inocentes após o trânsito em julgado da sentença penal, já que no acórdão das ADC's 43, 44 e 54, o Supremo nada falou sobre o efeito da revogação do precedente.

Diante de todo esse imbróglio acerca da constitucionalidade ou não do art. 283 do Código de Processo Penal, da leitura do art. 5.o, inciso LVII da Constituição Federal, conclui-se que ainda há um longo caminho a se percorrer quanto à familiarização dos tribunais com o instituto dos precedentes. O sistema de precedentes é criado para uma jurisdição eficaz, célere e mais segura, não podendo tornar o ambiente jurídico instável.

É necessário assegurar as garantias constitucionais e elas são responsáveis por um processo e uma decisão justa, lida à luz dos ditames constitucionais e garantidas por Tribunal competente.[27]

Essas garantias constitucionais, bem como os princípios nela estampados, guardam ligação direta com o devido processo legal, na medida em que um processo justo não é aquele que tramita mais rápido, mas sim aquele que é resolvido de forma eficaz de acordo com as normas constitucionalmente adequadas. Logo, cumpre aos envolvidos no processo a tarefa de assegurar as garantias constitucionais.

Esses dois julgamentos sobre situações de direito idênticas, mas com decisões distintas e, mais, com fundamentos absolutamente contraditórios entre uma decisão e outra, gera uma zona de descrença no Judiciário e não

[26] MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de direito constitucional.* São Paulo: Saraiva, 2007. p.601.

[27] MARINONI, Luiz Guilherme. *A zona de penumbra entre o STJ e o STF*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2019.

repassa aos jurisdicionado a segurança necessária para conferir legitimidade ao exercício do poder jurisdicionalo.

Conclusão

A análise do disposto no art. 283 do Código de Processo Penal, com redação dada pela Lei n.o 12.403/2011 sempre foi feita à luz do art. 5.o, inciso LVII da Constituição Federal que, por sinal, sempre foi objeto de discussão no Supremo Tribunal Federal.

Contudo, a grande questão que se coloca, além da leitura constitucional que o Supremo tem feito do mencionado artigo processual penal, cinge no fato de que há o dever do magistrado em manter o direito uno, coerente, eficaz e efetivo, nos moldes do que determina o art. 926 do Código de Processo Penal.

O que se buscou apresentar foi que, com o julgamento do *Habeas Corpus* 126.292/SP e das ADC's n. 43, 44 e 54, o Supremo Tribunal Federal não está preparado para se valer da teoria dos precedentes para julgar os casos, na medida em que a premissa base dessa teoria é o respeito aos fatos. Contudo, os mesmos fatos, dentro de um lapso temporal curto e já na vigência do Código de Processo Penal, levaram o Supremo a decisões divergentes e, pior, com votos absolutamente diferentes em seus fundamentos, com julgamentos por maioria entre a constitucionalidade ou inconstitucionalidade de um dispositivo que coloca o direito à liberdade do indivíduo em xeque.

A cada composição de julgadores do Supremo Tribunal Federal se tem posicionamentos absolutamente diferentes, o que gera, sem dúvidas, uma insegurança e uma incerteza jurídica, parecendo estarem os jurisdicionados "jogando na loteria" para ver quem tem a "sorte" de ter o entendimento favorável à sua situação.

Essa situação beira o absurdo e, pela pesquisa realizada, ainda que a intenção do legislador ordinário tenha sido a de trazer em voga a teoria dos precedentes, a Corte Suprema de Precedente não definiu os elementos previstos no art. 926 do CPC, tampouco está preparada para manter a jurisprudência una.

Portanto, a conclusão do presente estudo não poderia ser outra senão a necessidade de aprofundamento do tema pelos próprios tribunais, pelos profissionais do direito e, inclusive, pela sociedade, que deve exigir respeito aos precedentes, sob pena de se colocar em risco direitos fundamentais dos cidadãos, afinal, ninguém gostaria de ser preso sem ser culpado.

SAMPAIO, A. de L., OLIVEIRA, J. R. de e PUGLIESE, W. S., For the stability of precedents: analysis of the presumption of innocence by the Supreme Federal Court. *Justitia*, São Paulo, v. 213/214/215/216, p. 44-61, Jan./Dec. 2019-2020.

- **ABSTRACT:** The legal scenario is dynamic and it's constantly changing, which is why laws are not enough to regulate life in society. The tradition that Brazil follows is Roman-Germanic, that is, Brazilian law is based on civil law, which has the law as a means of conflict resolution applied by the magistrate to the specific case. The 2015 Code of Civil Procedure, in turn, brought duties to the magistrate in order to build court understandings that could serve as grounds for other decisions in similar cases. They are the so-called precedents. The Federal Supreme Court has an important role in setting precedents and recently, in a decision on substantiated control of constitutionality, set a new precedent on the presumption of innocence, revoking previous precedent of 2016 that allowed defendants still guilty in the second instance to be arrested. This decision resumes respect for the Federal Constitution of 1988, but brings up important issues such as legal certainty and unity of law, which will be addressed in this article.

- **KEYWORDS:** Precedents. Legal security. Federal Court of Justice. Principle of Innocence. Decisions.

Referências

BOVINO, Alberto; BIGLIANI, Paola. *Encarcelamiento preventivo y estandares del sistema interamericano*. Ciudad Autónoma de Buenos Aires: Del Puerto, 2011.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 03 dez. 2019.

BRASIL. Decreto-lei n.o 3.689, de 3 de outubro de 1941. Código de Processo Penal. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689.htm>. Acesso em: 03 dez. 2019.

BRASIL. Lei n.o 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: 03 dez. 2019.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. HC 126.292/SP. Trecho do voto do Relator Ministro Teori Zavascki. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginador-

pub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10964246>. Acesso em: 03 dez. 2019.
CORDERO, Franco. *Procedimiento penal*. Tradução de Jorge Guerrero. Bogotá: Temis, 2000. Tomo I.
DWORKIN, Ronald Myles. *O império do direito*. Tradução de Jeferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 2014.
FERRAJOLI, Luigi. *Direito e razão:* teoria do garantismo penal. 4.ed. Tradução de Ana Paula Zomer Sica, Fauzi Hassan Choukr, Juarez Tavars, Luis Flávio Gomes. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.
GLOBO.COM. Por 6 votos a 5, STF muda de posição e decide contra prisão após condenação em 2.a instância. G1, 07 nov. 2019. Disponível em: <https://g1.globo.com/politica/ao-vivo/stf-julgamento-prisao-de-condenados-segunda-instancia.ghtml>. Acesso em: 03 dez. 2019.
JULGAMENTO histórico: STF muda jurisprudência e permite prisão a partir de decisão de segunda instância. *Migalhas*, 17 fev. 2016. Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/Quentes/17,MI234107,51045-JULGAMENTO+HISTORICO+STF+muda+jurisprudencia+e+permite+prisao+a>. Acesso em: 03 dez. 2019.
MACCORMICK, Neil. *Retórica e o estado de direito*. Tradução de Conrado Hubner Mendes. Rio de Janeiro: Elsevier, 2008.
MARINONI, Luiz Guilherme. *Precedentes obrigatórios.* São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.
_____. *A ética dos precedentes*: justificativa do novo CPC. 2.ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.
_____. *Julgamento nas Cortes Supremas*: precedente e decisão do recurso diante do novo CPC. 2.ed. rev. atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017.
_____. *O STJ enquanto corte de precedentes*: recompensa do sistema processual da Corte Suprema. 3. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017.
_____. *A zona de penumbra entre o STJ e o STF.* São Paulo: Revista dos Tribunais, 2019.
_____. *Precedentes obrigatórios.* 6.ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2019.
MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de direito constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2007.
MITIDIERO, Daniel. Precedentes: da persuasão à vinculação. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.
_____. *Precedentes:* da persuasão à vinculação. 3.ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2018.
MORAES, Maurício Zanoide. Presunção de inocência no processo penal brasi-

leiro: análise de sua estrutura normativa para elaboração legislativa e para a decisão judicial. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.
PUGLIESE, William Soares. *Precedentes e a civil law brasileira*: interpretação e aplicação do novo Código de Processo Civil. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.
_____. *Princípios da jurisprudência.* Belo Horizonte: Arraes, 2017.

O Ordenamento Jurídico e seus Atributos sob a Perspectiva de Norberto Bobbio

Reis FRIEDE*

- **SUMÁRIO:** Introdução. 1 Ordenamento Jurídico. 2 Atributos do Ordenamento Jurídico. 2.1 Unidade. 2.2 Coerência. 2.3 Completude. 3 O Problema das Antinomias. 3.1 Espécies de Antinomias. 3.2 Critérios Solucionadores das Antinomias. Conclusão. Referências.

- **RESUMO:** o presente artigo discorre sobre o ordenamento jurídico e os atributos pertinentes (unidade, coerência e completude) sob a perspectiva de Norberto Bobbio, enfrentando, ainda, o problema das antinomias e respectivos critérios solucionadores.

- **PALAVRAS-CHAVE:** Ordenamento jurídico. Unidade. Coerência. Completude. Antinomia.

Introdução

Em uma definição preliminar, pode-se afirmar que o ordenamento jurídico constituiu-se em um complexo sistema de normas jurídicas (regras e princípios), significação que denota, desde logo, que as normas em questão não se encontram dispostas isoladamente, mas, ao contrário, relacionam-se umas com as outras, formando um genuíno *sistema* provido de determinados *atributos (unidade, coerência e completude)*, conforme será abordado no presente texto.

1 Ordenamento Jurídico

O ordenamento jurídico, caracterizado por sua complexidade intrínseca, pode ser traduzido, em linhas gerais, como um *conjunto de normas jurídicas*. Não obstante a simplicidade de tal definição, trata-se de expressão que abrange muito mais elementos, independente das diversas naturezas e classificações que se lhe possam atribuir, conforme observa FERRAZ JR.:

* Desembargador Federal. Mestre e Doutor em Direito e Professor e Pesquisador do Programa de Mestrado em Desenvolvimento Local do Centro Universitário Augusto Motta (UNISUAM). Autor do Livro *Teoria do Direito*.

"O ordenamento jurídico brasileiro é o conjunto de todas as suas normas, em que estão incluídas todas as espécies que mencionamos [...]. No entanto, não apenas. Nele estão contidos critérios de classificação, como é o caso das classificações legais das coisas (Código Civil Brasileiro de 1916, arts. 43 ss e Código Civil de 2002, arts. 79 ss) que organizam a matéria, esclarecem as relações de integração, mas não são normas, não constituem imposição vinculante e institucionalizada. Também nele se encontram meras definições (que não se confundem com as definições normativas, isto é, com a imposição compulsória de uma definição) como é, por exemplo, a definição de doação (Código Civil Brasileiro de 1916, art. 1.165; Código Civil de 2002, art. 538): a definição constante do Código é uma orientação, mas que não decide inapelavelmente sobre o sentido, pois a lei pode ter fornecido uma noção que, observando-se o contexto em que se insere (o chamado regime jurídico), pode revelar-se ou como estreito ou demasiadamente abrangente. Descobrir se uma definição é compulsória ou não nem sempre é tarefa fácil, provocando, às vezes, disputas doutrinárias. Há ainda os preâmbulos, exposições oficiais de motivos, em que o legislador esclarece as razões e as intenções pelas quais as normas foram estabelecidas. Nos preâmbulos, aparecem considerações de ordem avaliativa, nomeiam-se valores, indicam-se situações de fato etc. (veja, por exemplo, o Preâmbulo da Constituição de 1988). A própria ordem em que os conceitos aparecem em uma norma é um elemento não normativo, indicando, eventualmente, uma preferência que não precisa ser vinculante. Por exemplo, o art. 4° da Lei de Introdução ao Código Civil Brasileiro [Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro] prescreve: 'Quando a lei for omissa, o juiz decidirá o caso de acordo com a analogia, os costumes e os princípios gerais de direito'. A ordem, na enunciação, pode ser uma orientação – primeiro se

> tenta a analogia, depois, os costumes e, por último, os princípios –, mas ela não é compulsória, não estabelece impositivamente uma relação de superioridade da analogia sobre os costumes e destes sobre os princípios. Um ordenamento, em relação ao qual a pertinência de uma norma a ele é importante para identificá-la como norma válida, além de ser um *conjunto de elementos* normativos (normas) e não normativos, é também uma estrutura, isto é, um *conjunto de regras* que determinam as relações entre os elementos." (FERRAZ JR., 2015, p. 139-140)

No preâmbulo do capítulo I da obra intitulada *Teoria do Ordenamento Jurídico*, BOBBIO (1999, p. 19) menciona uma frase cuja essência sintetiza boa parte do conteúdo teórico a ser desenvolvido no presente texto: "as normas jurídicas nunca existem isoladas, mas sempre em um contexto de normas com relações particulares entre si". A presente citação evidencia, em primeiro lugar, que "as regras jurídicas constituem sempre uma totalidade", isto é, formam um *ordenamento jurídico*, não obstante a existência de normas das mais variadas naturezas temáticas (constitucionais, processuais, penais, civis, administrativas, eleitorais, tributárias, ambientais, etc). Da mesma forma, a referida elocução põe em relevo a importância não apenas do estudo da norma jurídica individualmente considerada (assunto a ser abordado no âmbito da *Teoria da Norma*), mas, também, de sua inter-relação com outras normas integrantes de um dado *sistema*, vocábulo que, segundo argumenta SOARES (2013, p. 111), pode ser *semanticamente* definido como "toda ordenação racional de elementos naturais ou sociais, a qual pode ser decomposta analiticamente em duas dimensões", quais sejam, o *repertório* (elementos que integram o sistema) e a *estrutura* (padrão de organização dos referidos elementos sistêmicos).

BOBBIO, reconhecendo que a norma jurídica era tradicionalmente a única perspectiva através da qual se estudava o Direito, posto que não se concebia o ordenamento jurídico como um objeto *autônomo* de estudo, propõe, na aludida obra, uma teoria destinada a analisá-lo, separada e particularmente. Assim, diante da verificação de que as normas jurídicas não existem, mas, sim, coexistem, é possível afirmar que a *Teoria do Ordenamento Jurídico* constitui-se em uma das mais relevantes contribuições de BOBBIO para a compreensão do fenômeno jurídico no seu aspecto *global*. Afinal, conforme afirma

o autor italiano, o ordenamento jurídico, "além de regular o comportamento das pessoas, *regula também o modo pelo qual se devem produzir as regras*". Igualmente considerando o caráter sistêmico inerente ao ordenamento jurídico, KELSEN (1987, p. 207), na célebre *Teoria Pura do Direito*, assevera que "todas as normas cuja validade pode ser reconduzida a uma e mesma *norma fundamental* formam um *sistema de normas*, uma *ordem normativa*". Nota-se, portanto, que KELSEN e BOBBIO, nas mencionadas obras, procuram demonstrar que o fenômeno jurídico não é representado apenas pela norma particularmente concebida, mas também por um autêntico sistema normativo.

A doutrina nacional também alude a tal caráter sistêmico do ordenamento jurídico, atributo assinalado, por exemplo, por SILVA (2015, p. 35), mormente quando afirma que o Direito é um "fenômeno histórico-cultural, realidade ordenada, ou ordenação normativa da conduta segundo uma conexão de sentido", consistindo, portanto, em um "sistema normativo", fenômeno que se operou ao longo do tempo, conforme explica LAFER:

> "A ideia de sistema constitui um aspecto fundamental da contribuição do Direito Natural à jurisprudência europeia, que deixou de limitar-se à exegese e à interpretação prudencial de textos singulares e passou a ter características de uma estrutura lógico-demonstrativa. Ora, transposta e positivada pelos códigos e pelas constituições a visão jusnaturalista de um Direito racional e sistemático, foi perdendo significado a ideia de outro Direito que não o Direito do Código e da Constituição. Por isso, o fundamento do Direito deixou de ser buscado nos ditames da razão e passou a afirmar-se como a vontade do legislador, independentemente de qualquer juízo sobre a conformidade desta vontade com a razão. Nesse sentido, o processo de laicização e sistematização do Direito terminou por confluir com o fenômeno da crescente positivação do Direito pelo Estado, que é outro processo característico no mundo moderno." (LAFER, 1988, p. 39)

2 Atributos do Ordenamento Jurídico

BOBBIO, em sua *Teoria do Ordenamento Jurídico*, discorre sobre os atributos da unidade, *coerência e completude* do ordenamento jurídico, refle-

tindo a respeito das seguintes questões: a) As normas jurídicas que integram um determinado ordenamento constituem uma unidade? b) O ordenamento jurídico pode ser entendido como um sistema *coerente*? c) E, da mesma forma, pode ser considerado *completo*? As respostas para tais questões serão expostas a seguir.

2.1. Unidade

É cediço que as normas jurídicas que integram o ordenamento jurídico não se encontram isoladas, mas interligadas e entrelaçadas, constituindo um todo harmônico. As normas, como as pessoas, não vivem isoladas, mas em conjunto e, como consequência, formam o que se denomina ordenamento jurídico.

De acordo com KELSEN, um dado conjunto de normas jurídicas, para que possa efetivamente formar um ordenamento jurídico, precisa ser dotado, entre outros predicados, de *unidade*. Assim, segundo tal qualidade, as normas que integram determinado sistema normativo podem ser reconduzidas a uma única norma, aquela que KELSEN denominou de *norma fundamental*, caracterizando o Direito como uma unidade institucional.

> "Como a norma fundamental é fundamento de validade de todas as normas pertencentes a uma mesma ordem jurídica, ela constitui a unidade na pluralidade destas normas. Esta unidade também se exprime na circunstância de uma ordem jurídica poder ser descrita em proposições jurídicas que *não se contradizem*." (KELSEN, 1987, p. 220)

O texto acima transcrito permite inferir que KELSEN considera válida uma norma jurídica quando se fundamenta em outra norma que lhe é *hierarquicamente* superior, ou seja, a norma inferior decorre de uma *derivação* daquela que lhe é superior, concepção da qual se extrai uma visão *hierarquizada e escalonada* do sistema, representado por uma *pirâmide normativa*. Diante de tal pensamento kelseniano, e conforme referido por SOARES (2013, p. 113), "uma norma jurídica não vale somente porque tem determinado conteúdo", vale dizer, "porque seu conteúdo pode ser deduzido materialmente pela via de um raciocínio lógico de um preceito normativo superior, mas porque ela é criada de uma *forma* determinada pela normatividade jurídica superior".

Significa afirmar, pois, que a validade de uma norma jurídica deve ser analisada sob os prismas *material* (o conteúdo da norma inferior deve ser compatível com o que prescreve a norma superior) e *formal* (a norma inferior deve ser produzida de acordo com a forma prescrita pela norma superior, ou seja, pelo órgão competente para elaborá-la, e em conformidade com o procedimento previsto para tal mister). Por exemplo, assevera o art. 5º, inciso XXXIX, da Constituição de 1988 que "não há crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal". Posteriormente, prevê o art. 22, inciso I, da Lei Maior que compete privativamente à União legislar sobre Direito Penal, do que se infere que a validade formal de uma lei penal (norma inferior) exige que sua produção obedeça ao disposto no Texto Magno. Assim, somente ao Congresso Nacional (Senado Federal e Câmara dos Deputados) cabe elaborar uma lei de natureza penal, a ser sancionada pelo Presidente da República, em fiel subordinação ao processo legislativo (conjunto de fases pertinentes à elaboração de textos legais) fixado pela norma superior (a Constituição Federal).

BOBBIO, para quem a dita norma fundamental configura um "termo unificador das normas que compõem um ordenamento jurídico", acolhe, nitidamente, a *Teoria Escalonada* proposta por KELSEN:

> "Aceitamos aqui a teoria da construção escalonada do ordenamento jurídico, elaborada por KELSEN. Essa teoria serve para dar uma explicação da unidade de um ordenamento jurídico complexo. Seu núcleo é que *as normas de um ordenamento jurídico não estão todas num mesmo plano*. Há normas superiores e normas inferiores. As inferiores dependem das superiores. Subindo das normas inferiores àquelas que se encontram mais acima, chega-se a uma norma suprema, que não depende de nenhuma outra norma superior, e sobre a qual repousa a unidade do ordenamento. É essa a norma fundamental. Cada ordenamento tem uma norma fundamental. É essa norma fundamental que dá unidade a todas as outras normas, isto é, faz das normas espalhadas e de várias proveniências um conjunto unitário que pode ser chamado 'ordenamento'." (BOBBIO, 1999, p. 49)

Observa-se, portanto, que a noção de *norma fundamental (Grundnorm)*, categoria extraída da profícua reflexão de KELSEN, configura, para BOBBIO, um dos pontos cardeais, mormente quando o professor italiano afirma que tal *norma fundamental* cumpre justamente o papel de conferir *unidade* às demais normas jurídicas integrantes do sistema, funcionando, deste modo, como um autêntico *ponto de unidade*, sem o qual as normas se constituiriam tão somente em um emaranhado normativo, jamais em um ordenamento. Ademais, consoante explica BOBBIO, as "normas de um ordenamento são dispostas em *ordem hierárquica*", o que resta evidente diante da constatação de que existem normas *superiores e inferiores*.

Em síntese, de acordo com tal princípio, as normas fundam-se em (ou derivam de) outras normas, constituindo uma linha de descendentes sucessivos a partir de um ascendente comum (*a norma fundamental*), em relação à qual as demais normas (*as normas fundadas*) buscam as respectivas validades.

2.2. Coerência

Uma vez constatado que o ordenamento jurídico configura uma *unidade*, o ilustre autor italiano passa a conjecturar a respeito de sua *sistematicidade*, o que significa perquirir se as normas jurídicas que integram um dado sistema são *coerentes* entre si. Para BOBBIO (1999, p. 71) o termo *sistema* pode ser definido como "uma *totalidade ordenada*, um conjunto de entes entre os quais existe uma certa ordem". Por conseguinte, o Direito, enquanto autêntico *sistema normativo*, não condiz com a noção de *antinomia*, ou seja, não admite a existência de normas (pertencentes ao mesmo ordenamento e tendo o mesmo âmbito de validade) incompatíveis entre si.

> "Definimos a antinomia como aquela situação na qual são colocadas em existência duas normas, das quais uma obriga e a outra proíbe, ou uma obriga e a outra permite, ou uma proíbe e a outra permite o mesmo comportamento." (BOBBIO, 1999, p. 86)

Cabe salientar que o próprio BOBBIO (1999, p. 87) reconhece que a definição supra não está completa, razão pela qual adverte que o fenômeno da *antinomia*, para que possa ocorrer no plano fático, requer duas condições, a saber: em primeiro lugar, "as duas normas devem pertencer ao mesmo ordenamento"; e, ainda, ambas as "normas devem ter o mesmo âmbito de validade". A respeito de tal característica e respectiva importância, afirma BOBBIO:

> "A coerência não é condição de validade, mas é sempre condição para a *justiça* do ordenamento. É evidente que quando duas normas contraditórias são ambas válidas, e pode haver indiferentemente a aplicação de uma ou de outra, conforme o livre-arbítrio daqueles que são chamados a aplicá-las, são violadas duas exigências fundamentais em que se inspiram ou tendem a inspirar-se os ordenamentos jurídicos: a exigência da certeza (que corresponde ao valor da paz ou da ordem), e a exigência da justiça (que corresponde ao valor da igualdade). Onde existem duas normas antinômicas, ambas válidas, e portanto ambas aplicáveis, o ordenamento jurídico não consegue garantir nem a certeza, entendida como possibilidade, por parte do cidadão, de prever com exatidão as consequências jurídicas da própria conduta, nem a justiça, entendida como igual tratamento das pessoas que pertencem à mesma categoria." (BOBBIO, 1999, p. 113)

Com efeito, *unidade e coerência* são reconhecidamente dois atributos que devem necessariamente assinalar um dado Ordenamento Jurídico, conforme já decidiu, inclusive, o Supremo Tribunal Federal.

> "Os postulados que informam a teoria do Ordenamento Jurídico e que lhe dão o necessário substrato doutrinário assentam-se na premissa fundamental de que o sistema de direito positivo, além de caracterizar uma *unidade institucional*, constitui um complexo de normas que devem manter entre si um *vínculo de essencial coerência*. O Ato das Disposições Transitórias, promulgado em 1988 pelo legislador constituinte, qualifica-se, juridicamente, como um estatuto de índole constitucional. A estrutura normativa que nele se acha consubstanciada ostenta, em consequência, a rigidez peculiar às regras inscritas no texto básico da Lei Fundamental da República. Disso decorre o reconhecimento de que inexistem, entre as normas inscritas no ADCT e os preceitos constantes da Carta Política, quaisquer desníveis ou desigualdades quanto à intensidade de sua eficácia ou à prevalência

> de sua autoridade. Situam-se, ambos, no mais elevado grau de positividade jurídica, impondo-se, no plano do ordenamento estatal, enquanto categorias normativas subordinantes, à observância compulsória de todos, especialmente dos órgãos que integram o aparelho de Estado."
> (STF, Primeira Turma, Recurso Extraordinário nº 160.486/SP, Rel. Min. CELSO DE MELLO, julgamento em 11.10.1994)

2.3. Completude

Por *completude*, segundo a lição de BOBBIO, "entende-se a propriedade pela qual um ordenamento jurídico tem uma norma para regular qualquer caso". Diante de tal definição preambular, e considerando que a ausência de uma norma é tradicionalmente denominada de *lacuna*, reveladora de uma imperfeição do sistema, o termo *completude*, por conseguinte, traduz exatamente a falta de lacuna.

> "Em outras palavras, um ordenamento é completo quando o juiz pode encontrar nele uma norma para regular qualquer caso que se lhe apresente, ou melhor, não há caso que não possa ser regulado com uma norma tirada do sistema." (BOBBIO, 1999, p. 115)

BOBBIO (1999, p. 116) identifica a existência de um nexo entre os atributos da coerência e da *completude*. Para o autor italiano, a noção de *coerência* exprime a "exclusão de toda situação a qual pertençam ao sistema ambas as normas que se contradizem", ao passo que a *completude* significa a eliminação "de toda situação na qual não pertençam ao sistema nenhuma das duas normas que se contradizem". Deste modo, *incoerente* é o "sistema no qual existem tanto a norma que proíbe um certo comportamento quanto aquela que o permite", enquanto que *incompleto* é o "sistema no qual não existem nem a norma que proíbe um certo comportamento nem aquela que o permite".

Ao analisar historicamente o atributo da *completude*, BOBBIO (1999, p. 119-120) comenta que tal dogma, isto é, "o princípio de que o ordenamento jurídico seja completo para fornecer ao juiz, em cada caso, uma solução sem recorrer à equidade", é considerado, por alguns autores, "como um dos aspectos relevantes do Positivismo Jurídico", sendo fruto, provavelmente, da "tradição românica medieval, dos tempos em que o Direito romano vai sen-

do, aos poucos, considerado como o Direito por excelência, de uma vez por todas enunciado no *Corpus Iuris*", dotado de "regras que dão ao bom intérprete condições de resolver todos os problemas jurídicos apresentados ou por apresentar". Tal dogma, segundo afirma BOBBIO, é objurgado, pela primeira vez, pela designada *Escola do Direito Livre*.

> "Se quisermos criticar o fetichismo legislativo dos juristas, precisaremos em primeiro lugar abolir a crença de que o Direito estatal é completo. A batalha da Escola do Direito Livre contra as várias escolas da exegese é uma batalha pelas lacunas. Os comentadores do Direito constituído acreditavam que o Direito não tivesse lacunas e que o dever do intérprete fosse somente o de tornar explícito aquilo que já estava implícito na mente do legislador. Os sustentadores da nova escola [a Escola do Direito Livre] afirmam que o Direito constituído está cheio de lacunas e, para preenchê-las, é necessário confiar principalmente no poder criativo do juiz, ou seja, naquele que é chamado a resolver os infinitos casos que as relações sociais suscitam, além e fora de toda a regra pré-constituída." (BOBBIO, 1999, p. 123)

Não obstante a crítica acima, os defensores do dogma da completude lançaram mão de uma série de argumentos para combatê-la, sendo o primeiro deles o que BOBBIO convencionou chamar de *espaço jurídico vazio*, assim explicado:

> "Um caso ou está regulado pelo Direito, e então é um caso jurídico ou juridicamente relevante, ou não está regulado pelo Direito, e então pertence àquela esfera de livre desenvolvimento da atividade humana, que é a esfera do *juridicamente irrelevante*. Não há lugar para a lacuna do Direito. [...]. Até onde o Direito alcança com as suas normas, evidentemente não há lacunas; onde não alcança, há espaço jurídico vazio e, portanto, não há lacuna no Direito, mas a atividade indiferente ao Direito." (BOBBIO, 1999, p. 129)

Em síntese, a teoria em questão apregoa que o ordenamento jurídico não possui *lacunas*, notadamente "porque, onde falta o ordenamento jurídico, falta o próprio Direito e, portanto, deve-se falar mais propriamente em *limites* do ordenamento jurídico do que de lacunas" (BOBBIO, 1999, p. 132). O ponto fraco de tal argumento, diz BOBBIO (1999, p. 130), reside no fato de que a teoria do *espaço jurídico vazio* "nasce da falsa identificação do jurídico com o obrigatório", o que levou o mencionado autor a formular a seguinte indagação: "aquilo que não é obrigatório, e, portanto, representa a esfera do permitido e do lícito, deve ser considerado juridicamente irrelevante ou indiferente? Aqui está o erro".

Tendo em vista o insucesso da teoria anterior (que alude à existência de um *espaço jurídico vazio*), os adeptos da ideia de *completude* desenvolveram uma nova proposição, sustentando, da mesma forma, não haver lacunas, "mas pela razão inversa, isto é, pelo fato de que o Direito nunca falta".

> "Uma norma que regula um comportamento não só limita a regulamentação e, portanto, as consequências jurídicas que desta regulamentação derivam para aquele comportamento, mas ao mesmo tempo *exclui* daquela regulamentação todos os outros comportamentos. Uma norma que proíbe fumar exclui da proibição, ou seja, permite, todos os outros comportamentos que não sejam fumar. Todos os comportamentos não-compreendidos na *norma particular* são regulados por uma *norma geral exclusiva*, isto é, pela regra que exclui (por isso é exclusiva) todos os comportamentos (por isso é geral) que não sejam aqueles previstos pela *norma particular.*" (BOBBIO, 1999, p. 133)

BOBBIO (1999, p. 135-136), igualmente, refuta o argumento acima e, para tanto, assevera que no ordenamento jurídico não existem apenas "um conjunto de *normas particulares inclusivas* e uma *norma geral exclusiva* que as acompanha", havendo, também, "um terceiro tipo de norma, que é inclusiva como a primeira e geral como a segunda", chamada por BOBBIO de *norma geral inclusiva*, cuja característica é "regular os casos não-compreendidos na norma particular, mas semelhantes a eles, de *maneira idêntica*"; desta feita, diante de um caso não-regulamentado (havendo, portanto, uma lacuna), utiliza-se a *norma geral inclusiva*.

3 O Problema das Antinomias

Conforme visto anteriormente, a coerência é uma das características do ordenamento jurídico. Assim, segundo BOBBIO (1999, p. 113), "onde existem duas normas antinômicas, ambas válidas, e, portanto, ambas aplicáveis, o ordenamento jurídico não consegue garantir nem a *certeza*, entendida como possibilidade, por parte do cidadão, de prever com exatidão as consequências jurídicas da própria conduta, nem a *justiça*, entendida como igual tratamento das pessoas que pertencem à mesma categoria", fenômeno que demanda uma solução a ser buscada no âmbito do próprio sistema normativo, e que originou uma série de critérios destinados a resolver os quadros antinômicos.

3.1 Classificação das Antinomias

No âmbito de uma abordagem classificatória, DINIZ (2000, p. 470-472) apresenta as antinomias a partir dos seguintes critérios:

a) Quanto à solução: *antinomias aparentes* ("quando os critérios destinados à solução das antinomias forem normas integrantes do próprio ordenamento jurídico") e *antinomias reais* ("quando não houver, na ordem jurídica, qualquer critério normativo apto a solucioná-las, razão pela qual a eliminação do problema demanda a edição de uma nova norma").

b) Quanto ao conteúdo: *antinomias próprias* ("quando uma conduta aparece, ao mesmo tempo, como prescrita e não-prescrita, proibida e não-proibida, prescrita e proibida") e *antinomias impróprias* ("que decorrem do próprio conteúdo material das normas"). *As antinominas impróprias*, por sua vez, desdobram-se em antinomias de princípios ("se houver desarmonia numa ordem jurídica pelo fato de dela fazerem parte diferentes ideias fundamentais"), antinomias valorativas ("quando o legislador não se mostra fiel a uma valoração realizada por ele próprio") e *antinomias teleológicas* ("quando há incompatibilidade entre os fins alvitrados por uma norma e os meios previstos por outra para a consecução dos aludidos fins").

c) Quanto ao âmbito: *antinomias de Direito Interno* ("que ocorrem entre normas de um mesmo ramo do Direito ou mesmo entre aquelas de diferentes ramos jurídicos"), *antinomias de Direito Internacional* ("que aparecem entre convenções internacionais, costumes internacionais, princípios gerais de Direito reconhecidos pelas nações civilizadas, decisões judiciárias, opiniões dos publicistas mais qualificados como meio auxiliar de determinação de normas de Direito, conforme preceitua o art. 38 do Estatuto da Corte Internacional de Justiça, normas criadas pelas organizações internacionais e atos jurídicos unilaterais") e *antinomias de Direito Interno-Internacional* ("que sur-

gem entre uma norma de Direito Interno e uma norma de Direito Internacional, e resumem-se no problema das relações entre dois ordenamentos, da prevalência de um sobre o outro na sua coordenação").

d) Quanto à extensão da contradição: sob tal perspectiva, e segundo categorização proposta por ALF ROSS, citado por DINIZ (2000, p. 471-472), as antinomias podem ser do tipo: *antinomia total-total* ("quando uma das normas não puder ser aplicada, em nenhuma circunstância, sem conflitar com a outra"), *antinomia total-parcial* ("quando uma das normas não puder ser aplicada, em nenhuma hipótese, sem conflitar com a outra, que tem um campo de aplicação conflitante com a anterior apenas em parte") e *antinomia parcial-parcial* ("quando as duas normas tiverem um campo de aplicação que, em parte, entra em conflito com o da outra e, em parte, não").

3.2 Critérios Solucionadores das Antinomias

KELSEN, na sua *Teoria Geral das Normas (Allgemeine Theorie der Normen)*, adverte que o conflito normativo pressupõe a existência de duas normas jurídicas válidas. Destarte, caso uma delas não seja dotada de tal predicado, o fenômeno da antinomia, por consectário lógico, não restará configurado.

Tendo em vista que as antinomias traduzem um nítido conflito aparente de normas, carecem, pois, de critérios que viabilizem a respectiva solução e, em última análise, a manutenção da aludida coerência ínsita ao sistema. Quanto às antinomias e respectivos critérios solucionadores, BOBBIO (1999, p. 92-93) também as distingue entre *antinomias insolúveis* ou *reais* (quando o ordenamento jurídico não contém regra capaz de resolver o conflito diagnosticado, sendo solucionado, portanto, pela doutrina e jurisprudência a partir de decisões casuisticamente pensadas para cada caso) e *antinomias solúveis ou aparentes* (quando o ordenamento jurídico contém regra apta a solucionar o conflito *aparente* de normas, cuja resolução encontra-se nas próprias normas em situação *aparentemente* conflituosa), sendo estas resolvíveis a partir da incidência de um dos seguintes critérios:

a) O critério cronológico (lex posterior derrogat priori; lei posterior derroga lei anterior): de fácil compreensão, o princípio da lex posterior é adotado, no Brasil, pelo art. 2º, parágrafo 1º, da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro (Decreto-Lei nº 4.657/42), segundo o qual a lei posterior revoga a anterior quando entre elas houver incompatibilidade.

b) O *critério hierárquico* (lei *lex superiori derrogat inferiori;* lei superior derroga lei inferior) preconiza que, havendo duas normas incompatíveis, deve

prevalecer a hierarquicamente superior, consequência que se extrai justamente do princípio da hierarquia normativa.

> "Uma das consequências da hierarquia normativa é justamente esta: as normas superiores podem revogar as inferiores, mas as inferiores não podem revogar as superiores. A inferioridade de uma norma em relação a outra consiste na menor força de seu poder normativo; essa menor força se manifesta justamente na incapacidade de estabelecer uma regulamentação que esteja em oposição à regulamentação de uma norma hierarquicamente superior." (BOBBIO, 1999, p. 93)

c) O *critério da especialidade (lex specialis derrogat generali*, lei especial derroga lei geral): de acordo com BOBBIO (1999, p. 93), "a lei especial deve prevalecer sobre a lei geral", posto que "representa um momento ineliminável do desenvolvimento de um ordenamento", de modo que "bloquear a lei especial frente à geral significaria paralisar esse desenvolvimento".

BOBBIO (1999, p. 97) reconhece que os critérios acima referidos são insuficientes para resolver a denominada *antinomia de segundo grau*, na qual o problema não consiste mais em uma incompatibilidade entre *normas*; no caso em particular, incompatíveis são os próprios *critérios* (cronológico, hierárquico e da especialidade) apontados para a solução da questão antinômica.

> "Ao lado do conflito entre as normas, que dá lugar ao problema das antinomias, há o conflito dos critérios para a solução das antinomias, que dá lugar a uma *antinomia de segundo grau*." (BOBBIO, 1999, p. 107)

Resumindo tal insuficiência, BOBBIO assevera que o "critério cronológico serve quando duas normas incompatíveis são sucessivas; o critério hierárquico serve quando duas normas incompatíveis estão em nível diverso; o critério de especialidade serve no choque de uma norma geral com uma norma especial". No entanto, conforme adverte o referido autor, "pode ocorrer antinomia entre duas normas contemporâneas; do mesmo nível e ambas gerais" (BOBBIO, 1999, p. 97). De fato, a chamada *antinomia de segundo grau* revela, na realidade, uma incompatibilidade entre os próprios critérios aplicáveis para a solução do problema. A doutrina, não obstante a existência de

controvérsia sobre o assunto, admite, no confronto entre os mencionados critérios (hierárquico *versus* cronológico, especialidade versus cronológico e hierárquico versus especialidade), as seguintes propostas solucionadoras:

a) Critério hierárquico *versus* critério cronológico: o primeiro prevalece sobre o segundo, ou seja, incide a *norma superior*, eliminando-se, por conseguinte, a *norma inferior*. Assim, "na hipótese de haver conflito entre o critério hierárquico e o cronológico, a meta-regra *lex posterior inferiori non derogat priori superiori,* resolveria o problema, isto é, o critério cronológico não seria aplicável quando a lei nova for inferior à que lhe veio antes", prevalecendo, pois, "o critério hierárquico, por ser mais forte que o cronológico, visto que a competência se apresenta mais sólida do que a sucessão no tempo" (DINIZ, 2000, p. 475).

b) Critério da especialidade *versus* critério cronológico: conforme explica BOBBIO, tal conflito tem lugar quando uma *norma anterior-especial* é incompatível com uma *norma posterior-geral*. Nesta hipótese, o conflito deve ser resolvido em favor da primeira norma, ou seja, a *"lei geral sucessiva não tira do caminho a lei especial precedente"* (BOBBIO, 1999, p. 108). Deste modo, "em caso de antinomia entre o critério de especialidade e o cronológico, valeria o metacritério *lex posterior generalis non derogat priori speciali,* segundo o qual a regra de especialidade prevaleceria sobre a cronológica" (DINIZ, 2000, p. 475). No entanto, conforme adverte a autora, "a meta-regra lex posterior generalis non derogat priori speciali não tem valor absoluto, tendo em vista certas circunstâncias presentes. Não há uma regra definida, pois, conforme o caso, haverá supremacia ora de um, ora de outro critério" (DINIZ, 2000, p. 475).

Assim, o Supremo Tribunal Federal, analisando o conflito existente entre uma *norma anterior-especial* (art. 7º, inciso V, do Estatuto da Advocacia – Lei nº 8.906/94) e uma *norma posterior-geral* (a Lei nº 12.258/01, que alterou o art. 295 do Código de Processo Penal – Decreto-Lei nº 3.689/41), decidiu, para efeito de solução da antinomia, pela incidência do critério da especialidade em detrimento do cronológico.

> "O Estatuto da Advocacia (Lei nº 8.906/94), em norma não derrogada pela Lei nº 10.258/2001 (que alterou o art. 295 do CPP), garante, ao Advogado, enquanto não transitar em julgado a sentença penal que o condenou, o direito de 'não ser recolhido preso [...], senão em sala de Estado-Maior [...] e, na sua falta, em prisão domiciliar' (art. 7º, inciso V). Trata-se de prerrogativa de índole

> profissional – qualificável como direito público subjetivo do Advogado regularmente inscrito na OAB – que não pode ser desrespeitada pelo Poder Público e por seus agentes, muito embora cesse com o trânsito em julgado da condenação penal. Doutrina. Jurisprudência. Essa prerrogativa profissional, contudo, não poderá ser invocada pelo Advogado, se cancelada a sua inscrição (Lei nº 8.906/94, art. 11) ou, então, se suspenso, preventivamente, o exercício de sua atividade profissional, por órgão disciplinar competente (Lei nº 8.906/94, art. 70, § 3º). A inexistência, na comarca ou nas Seções e Subseções Judiciárias, de estabelecimento adequado ao recolhimento prisional do Advogado confere-lhe, antes de consumado o trânsito em julgado da sentença penal condenatória, o direito de beneficiar-se do regime de prisão domiciliar (RTJ 169/271–274 – RTJ 184/640), não lhe sendo aplicável, considerado o princípio da especialidade, a Lei nº 10.258/2001. Existe, entre o art. 7º, inciso V, do Estatuto da Advocacia (norma anterior especial) e a Lei nº 10.258/2001 (norma posterior geral), que alterou o art. 295 do CPP, situação reveladora de típica antinomia de segundo grau, eminentemente solúvel, porque superável pela aplicação do critério da especialidade (*'lex posterior generalis non derogat priori speciali'*), cuja incidência, no caso, tem a virtude de preservar a essencial coerência, integridade e unidade sistêmica do ordenamento positivo (RTJ 172/226-227), permitindo, assim, que coexistam, de modo harmonioso, normas em relação de (aparente) conflito."
> (STF, Segunda Turma, *Habeas Corpus* nº 109.213/SP, Rel. Min. CELSO DE MELLO, julgamento em 28.08.2012)

No julgado acima, a Corte Suprema deliberou a respeito de um conflito entre os critérios da especialidade (*norma anterior-especial*, art. 7º, inciso V, do Estatuto da Advocacia) e cronológico (*norma posterior-geral*, Lei nº 10.258/01, que promoveu alteração no art. 295 do CPP), fazendo prevalecer o especial sobre o cronológico, ou seja, na hipótese examinada, a Lei nº 10.258/01 (*norma geral-posterior*) não derrogou, ou seja, não revogou parcialmente, o aludido dispositivo do Estatuto da Advocacia (*norma anterior-especial*).

Da mesma forma, em outra ocasião, o Pretório Excelso conferiu primazia ao critério da especialidade.

> "Não se ignora que a existência de antinomia de primeiro grau, quando solúvel, poderá ser superada pela utilização de critérios vários, entre os quais o da especialidade (*'lex posterior generalis non derogat priori speciali'*), cuja incidência tem a virtude de preservar a essencial coerência, integridade e unidade sistêmicas do ordenamento positivo (RTJ 172/226-227), permitindo, assim, que coexistam, de modo harmonioso, normas em relação de (aparente) conflito. Também não se desconhece que o magistério jurisprudencial dos Tribunais, ao proceder ao exame comparativo entre o art. 1º da Lei nº 8.137/90 e o art. 334 do CP, reconhece a existência de mencionada antinomia, a ser superada mediante utilização do critério da especialidade [...]."
> (STF, Segunda Turma, *Habeas Corpus* nº 105.181/SC, Rel. Min. CELSO DE MELLO, julgamento em 09.04.2013)

No *decisum* anterior, a Corte Magna, ao verificar um conflito entre os critérios da especialidade (*norma anterior-especial*, art. 334 do CP, Decreto-Lei nº 2.848/40) e cronológico (*norma posterior-geral*, art. 1º da Lei nº 8.137/90), corretamente entendeu pela prevalência daquele em relação a este.

c) Critério hierárquico *versus* critério da especialidade: em tal hipótese, constata-se uma incompatibilidade entre dois *critérios fortes* (o hierárquico e o da especialidade), isto é, uma norma *superior-geral* apresenta-se incompatível em relação a uma *norma inferior-especial*. Na presente hipótese, explica BOBBIO que:

> "A gravidade do conflito deriva do fato de que estão em jogo dois valores fundamentais de todo ordenamento jurídico, o do respeito da ordem, que exige o respeito da hierarquia e, portanto, do critério da superioridade, e o da justiça, que exige a adaptação gradual do Direito às necessidades sociais e, portanto, respeito do critério da especialidade".
> (BOBBIO, 1999, p. 107)

Segundo leciona DINIZ (2000, p. 475), "no conflito entre o critério hierárquico e o de especialidade, havendo uma *norma superior-geral* e outra

inferior-especial, não será possível estabelecer uma meta-regra geral dando prevalência ao critério hierárquico, ou vice-versa, sem contrariar a adaptabilidade do Direito. Poder-se-á, então, preferir qualquer um dos critérios, não existindo, portanto, qualquer predominância".

Conclusão

Em sua obra *Teoria do Ordenamento Jurídico*, BOBBIO (1999, p. 19) menciona uma frase cuja essência sintetiza boa parte do conteúdo desenvolvido no presente texto: "as normas jurídicas nunca existem isoladas, mas sempre em um contexto de normas com relações particulares entre si". A presente citação evidencia, em primeiro lugar, que "as regras jurídicas constituem sempre uma totalidade", isto é, formam um *ordenamento jurídico.* Da mesma forma, a referida elocução põe em relevo a importância não apenas do estudo da norma jurídica individualmente considerada, mas, também, de sua inter-relação com outras normas integrantes de um dado *sistema*.

BOBBIO, reconhecendo que a norma jurídica era tradicionalmente a única perspectiva através da qual se estudava o Direito, posto que não se concebia o ordenamento jurídico como um objeto *autônomo* de estudo, propõe, na aludida obra, uma teoria destinada a analisá-lo, separada e particularmente. Assim, diante da verificação de que as normas jurídicas *não existem*, mas, sim, *coexistem*, é possível afirmar que a *Teoria do Ordenamento Jurídico* constitui-se em uma das mais relevantes contribuições de BOBBIO para a compreensão do fenômeno jurídico no seu aspecto *global.*

FRIEDE, R., The Legal Order and its Predicates from the Perspective of Norberto Bobbio. *Justitia*, São Paulo, v. 213/214/215/216, p. 62-80, Jan./Dec. 2019-2020.

• **ABSTRACT:** The current article deals about the legal order and its pertinent predicates (unity, coherence and completeness) from the perspective of Norberto Bobbio, facing, still, the problem regarding the antinomies and their respective solving criteria.

• **KEYWORDS:** Legal order. Unity. Coherence. Completeness. Antinomy.

Referências

BOBBIO, Norberto. *Teoria do Ordenamento Jurídico*, 10ª ed., Brasília, Editora Universidade de Brasília, 1999.

BRASIL. STF, Primeira Turma, Recurso Extraordinário nº 160.486/SP, Rel. Min. Celso de Mello, julgamento em 11.10.1994.

_____. STF, Segunda Turma, *Habeas Corpus* nº 109.213/SP, Rel. Min. Celso de Mello, julgamento em 28.08.2012.

_____. Segunda Turma, *Habeas Corpus* nº 105.181/SC, Rel. Min. Celso de Mello, julgamento em 09.04.2013.

DINIZ, Maria Helena. *Compêndio de Introdução à Ciência do Direito*, 12ª ed., São Paulo, Saraiva, 2000.

FERRAZ JR., Tercio Sampaio. *Introdução ao Estudo do Direito, Técnica, Decisão, Dominação*, 8ª ed., São Paulo, Atlas, 2015.

KELSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito*, 2ª ed., São Paulo, Martins Fontes, 1987.

LAFER, Celso. *A Reconstrução dos Direitos Humanos*: *um Diálogo com o Pensamento de HANNAH ARENDT*, São Paulo, Companhia das letras, 1988.

SOARES, Ricardo M. F. *Elementos de Teoria Geral do Direito*, São Paulo, Saraiva, 2013.

SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*, 38ª ed., São Paulo, Malheiros, 2015.

Os Novos Desafios da Justiça Restaurativa em uma Sociedade Globalizada

Yago Daltro Ferraro ALMEIDA*

- **SUMÁRIO**: Introdução. 1 Brevíssimas considerações sobre a justiça restaurativa. 2 A tutela de novos bens jurídicos e as exigências da sociedade do risco. 3 O direito penal frente a uma nova realidade. 4 As práticas restaurativas no contexto de uma sociedade do risco: a imperiosidade de um aprofundamento teórico quanto os crimes sem vítimas e o cuidado necessário com o eficientismo. Conclusão. Referências.

- **RESUMO:** A globalização e a sociedade do risco ensejaram, por certo, o surgimento de novas realidades e desafios para o Direito Penal contemporâneo, pelo que se pretende analisar, no presente trabalho, as influências desse cenário nas práticas restaurativas. Desse modo, o problema em discussão gravita em torno do questionamento a respeito da possibilidade de a Justiça Restaurativa, que foi tradicionalmente desenvolvida para os crimes que atingem uma vítima concreta e determinada, amoldar-se a um novo contexto, de crimes sem vítimas e de ofensores não marginalizados. Para tanto, formulamos a hipótese de que algumas adaptações seriam necessárias, bem como uma cautela maior na condução das práticas restaurativas seria medida imperiosa, mas a Justiça Restaurativa poderia, sim, ser aplicada a tal mister. Nesse sentido, a metodologia do estudo consiste, eminentemente, na revisão bibliográfica a respeito do tema, propondo a resolução dos conflitos oriundos dos crimes vagos à luz do contexto restaurativo.

- **PALAVRAS-CHAVE**: Crimes vagos. Globalização. Justiça restaurativa. Sociedade do risco.

* Mestre em Direito Público, com ênfase em Direito Penal, pela Universidade Federal da Bahia. Pós Graduado em Direito Constitucional. Bacharel em Direito pela Universidade Federal da Bahia.

Introdução

A justiça restaurativa foi tradicionalmente desenvolvida para os crimes que derivam de ações humanas próximas e definidas e que atingem essencialmente uma vítima concreta, (*e.g.* roubo, homicídio, etc.). Dito de outro modo, ao pensar em Justiça Restaurativa, a primeira associação que se faz é aos delitos para os quais o sistema penal tradicional destina a tutela aos clássicos bens jurídicos, *e.g,* a vida, a integridade física, a dignidade sexual e o patrimônio.

Muitas discussões a respeito do tema são importantes deveras. Entretanto, em razão do limite de laudas, não nos cabe, ao menos nesta oportunidade, analisar os mais diversos aspectos da Justiça Restaurativa (atores, tipos de práticas, valores, histórico, panorama no ordenamento jurídico pátrio, etc.) com a profundidade que a matéria merece.

A questão que tem lugar nesse trabalho concerne a um outro desafio, o qual ganha cada vez mais importância, associada a uma criminalização expansiva dos delitos de vitimização transindividual, decorrente da sociedade de risco e da globalização, bem como dos seus efeitos na Dogmática Penal Tradicional.

Com efeito, o desenvolvimento da técnica, na chamada era industrial, apesar de ter sido responsável por um incremento na qualidade de vida, acabou por promover, de forma nem sempre positiva, uma aceleração da sucessão de acontecimentos, tendo ainda sido responsável pela criação e multiplicação de novos riscos (FERNANDES, 2001, pp. 31 e 32).

Nesse contexto, como verdadeira peculiaridade da sociedade de risco, exsurge a diluição e confusão entre autor e vítima do dano, a exemplo do que ocorre com o meio ambiente, em que todos são, a um só tempo, potenciais agressores do meio ambiente e, por isso mesmo, vítimas potenciais dos resultados das suas próprias ações.

Esse panorama coloca novos problemas a serem enfrentados pelo Direito Penal, requisitando a sua expansão, bem como a modificação e/ou flexibilização de certas categorias vigentes, nomeadamente a título de causalidade, culpabilidade e responsabilidade, além do surgimento de um novo tipo de incriminações, pelo que ele próprio (o Direito Penal) corre também alguns riscos, a saber, a "descaracterização, diluição, relativização, funcionalização, entre outros." (FERNANDES, 2001, p. 70), o que também atinge os bens jurídicos, de nova espécie e que demandam novas abordagens.

Diante desse cenário, o objetivo desse trabalho é analisar se a Justiça Restaurativa, enquanto proposta de modelo alternativo ao Sistema Criminal Tradicional, poderia se amoldar a essa nova realidade de criminalização.

Há de se destacar, portanto, que ao traçarmos alguns contornos da Justiça Restaurativa, não o faremos com caráter descritivo, tampouco analítico, mas eminentemente crítico. Cuidaremos, no primeiro tópico do nosso trabalho, de traçar alguns aspectos de definição da Justiça Restaurativa, mas o faremos em brevíssimas linhas, apenas para ambientar o leitor à discussão proposta, para então, nos tópicos seguintes, estabelecer a relação com o que aqui nos interessa, é dizer, os novos desafios postos à Justiça Restaurativa no contexto de uma sociedade do risco.

Para tanto, formulamos a hipótese de que, se o direito penal, de rigidez jurídico-dogmática destacada, já teve a capacidade de flexibilizar-se, contemplando situações antes não previstas pelo direito penal clássico, seja pelo aparecimento de novos bens jurídicos, ou pela necessidade de tutelar de forma diferenciada alguns já existentes, então, com muito mais razão, pode fazê-lo a Justiça Restaurativa, modelo de caráter sabidamente mais arqueável.

Dessa forma, a *quaestio* a ser desenvolvida é a de que as respostas nessa seara transindividual, poderiam ser albergadas pela Justiça Restaurativa, sem descaracterizá-la, sem desvirtuá-la, sem desviá-la dos princípios que a estruturam, viabilizando uma solução para o conflito, ainda que em um outro aspecto seja necessária uma conformação procedimental.

Com efeito, entende-se que os estudos tradicionalmente desenvolvidos sobre a Justiça Restaurativa, de cunho mais individual, não respondem às exigências postas por ações que, a um só tempo, têm o condão de criar danos ou perigos difusos, supraindividuais, coletivos, ou, inclusive, aqueles de raiz individual, mas multiplicados por vários indivíduos.

Por evidente, o tema aqui tratado é merecedor de profunda reflexão, pelo que não se tem a pretensão de esgotá-lo, neste curto espaço, *brevitatis causa*. Em razão disso, o quanto aqui afirmado não constitui -nem poderia constituir- uma conclusão definitiva. Falar de uma solução, máxime pela recência do modelo restaurativo, seria, por enquanto, no mínimo, precipitado, pelo que o presente trabalho objetiva, em suma, levantar questões a serem devidamente aprofundadas em outras oportunidades, e deixar, ademais, uma proposta para a discussão.

1 Brevíssimas Considerações sobre a Justiça restaurativa

Importante esclarecer, de saída, que o conceito de *Justiça Restaurativa* não pode ser definido com precisão, em razão da sua grande diversidade de orientações, práticas e fins. São muitas as razões para certa indefinição con-

ceitual da justiça restaurativa, mas, em apertada síntese, pode-se fazer referência a questões *temporais* e *espaciais*[1].

Com efeito, diante do seu caráter fluido e continuamente renovado, trata-se, nas palavras de JACCOUD, de um "modelo eclodido" (2005, p. 163), e, como bem destaca Sica, de "uma prática ou, mais precisamente, um conjunto de práticas em busca de uma teoria" (SICA, 2007, p. 10). É esse o mesmo entendimento de Cláudia Cruz Santos, que, ao propor uma reflexão sobre o conceito de justiça restaurativa, afirma, enfaticamente "que *ele não existe,* pelo menos de forma relativamente solidificada e pacífica quanto àqueles que seria os seus elementos essenciais" (SANTOS, 2014, p. 153).

Mesmo com certa indefinição, pode-se afirmar que se projeta, com o que se denomina de justiça restaurativa, a proposta de promover iniciativas de solidariedade entre os envolvidos no conflito penal, estimular a cultura de paz, bem como promover ações que tenham por escopo fazer justiça por meio da reparação do dano causado pelo crime (SICA, 2007, p. 10 e 11). Há, por conseguinte, uma *troca de lentes*[2], consistente em uma redefinição da noção de delito, antes concebido como uma violação contra o Estado e agora visto, sobretudo, como um conflito interpessoal, um ato que acarreta consequência e danos às pessoas, à comunidade e às suas relações.

Efetivamente, a perspectiva de análise sobre o fenômeno delitivo é verdadeira marca distintiva entre a Justiça Restaurativa e a Justiça Penal Tradicional. Isso porque, para esta, o conflito é visto em uma dimensão essencialmente abstrata e coletiva, na medida em que considerado como um atentado aos bens jurídicos[3], é dizer, valores tidos como penalmente rele-

---

[1] No primeiro aspecto, pertinente anotar que, malgrado o termo "restorative justice" já tenha sido usado no final dos anos setenta do século passado, o tema começou a ser debatido de forma mais entusiasmada a partir das décadas seguintes, o que revela a recência doutrinária a respeito da matéria. Por outro lado, no tocante às questões espaciais, nota-se que as práticas restaurativas despontaram não só de um lugar, mas de experiências variadas ao longo do globo, assentando-se em contextos diversos e em práticas distintas -resumidamente agrupadas em mediação, conferências e círculos-, razão pela qual as teorias formadas em seu derredor assumiram, por conseguinte, notas distintas (SANTOS, 2014, p. 154-155).

[2] A expressão *"troca de lentes"*, cunhada neste parágrafo, remete à obra de Howard Zehr, sociólogo e teórico que auxiliou de forma fundamental na difusão do ideal restaurativo a partir da década de 90. (ZEHR, 2008), de leitura obrigatória sobre o tema Justiça Restaurativa.

[3] Não se pretende, a toda evidência, abandonar em absoluto os bons préstimos da teoria

vantes para o Estado; enquanto sob o viés restaurativo, a reflexão sobre o mesmo objeto -o crime- enseja conclusão diametralmente oposta: trata-se de um conflito essencialmente individual e concreto, entre um agente e a sua vítima.

Em suma, não existe uma resposta única, mas várias respostas para a pergunta: *o que é a Justiça Restaurativa*? Pode-se dizer que se trata de um processo de encontro, incluindo os interessados na decisão sobre o que deve ser feito; uma mudança na concepção de justiça, que prefere a reparação à imposição de uma pena ou mesmo uma transformação nas estruturas sociais e na forma de interação entre os indivíduos (PALLAMOLLA, 2009, 59 e 60).

De todo modo, é possível depreender que a proposta restaurativa alberga a reapropriação do conflito, o que consiste em dizer que a decisão não mais será verticalizada e imposta por um terceiro julgador, mas construída pela vítima, ofensor e, quando possível, pela comunidade afetada pelo delito, com a ajuda de um facilitador.

---

do bem jurídico, a qual envolve diversos tópicos da dogmática penal, notadamente no que se refere à possibilidade de delimitar o âmbito do que é legitimamente criminalizável, cuidando de estabelecer limites ao *jus puniendi* do Estado. Contudo, é de se chamar a atenção para o fato de que ela própria -a teoria do bem jurídico- vem sendo debatida -e questionada- no âmbito penal de melhor cepa, e não apenas pelos cultores da Justiça Restaurativa. Conforme assinala VARGAS (2012, 381), há um consenso na doutrina em localizar o início da teoria do bem jurídico em Birnbaum, cuja concepção de delito fez frente a concepção de *lesão de direito anterior ao Estado*, de Feuerbach, para firmar-se a compreensão de que, se toda norma tutela um bem jurídico, o qual é lesado ao infringir o quanto ali disposto, o delito é visto como uma violação do dever de obediência ao Estado; de modo que é possível inferir, a partir dessa construção, que o núcleo do crime é a infração à lei, nada havendo de mais de relevante por trás disso. Inobstante, muito bem salienta o autor que há distintas teorias que recorrem a novos critérios de legitimação: *"relacionado con los problemas de la teoría del bien jurídico para constituirse en un criterio de legitimación del derecho penal, se ha recurrido por la doctrina a nuevos principios y criterios que buscan complementar el rol del bien jurídico en la justificación de las normas penales. Un rol destacado en esto juegan los principios angloamericanos de "daño" y "ofensividad", a los que recurren Feinberg, von Hirsch y HÖRNLE"* (VARGAS, 2012, 407). Fazemos essa breve digressão, portanto, para aclarar ao leitor que o questionamento do bem jurídico enquanto único e exclusivo critério de legitimação da intervenção penal e explicação última do dever de punir não é feito somente pelos cultores da Justiça Restaurativa, mas também por outras tantas correntes de pensamento.

Ocorre que as práticas restaurativas foram tradicionalmente desenvolvidas para os crimes em que há uma vítima definida, pelo que a comunidade assumiria um papel secundário, uma vítima indireta.

Preocupou-se, pois, em um primeiro momento, em analisar a vítima, enquanto sujeito individualmente considerado e as consequências do crime por ele sofridas. Nesse sentido, citamos, a título exemplificativo, o estudo realizado por BORIBOONTHANA (2006, p. 12), que relata, como possíveis consequências para o ofendido, a perda financeira ou patrimonial e os danos físicos e emocionais, que, inclusive, podem durar por muitos anos, reverberando no seu espírito (alguns podem se sentir deprimidos, nervosos e temerosos, dificultando-se, assim, o ajuste à vida normal, em decorrência do trauma experimentado quando do cometimento do crime).

Nesses casos, a bem da verdade, a comunidade é chamada a compor a resolução do conflito, porque o dano causado pelo crime lhe atingiu de forma oblíqua, como repercussão do dano entre os diretamente envolvidos no conflito (ofensor e vítima), não sendo ela, nessas hipóteses, o sujeito principal das práticas restaurativas.

Isso não significa dizer, por evidente, que a comunidade será excluída da resposta restaurativa, mas é preciso compreender que, nos casos de vitimização direta, ela ingressa como agente de suporte e fator de auxílio para o agente do crime e sua vítima.

No presente trabalho, contudo, nos propomos a lançar luzes em um segundo grupo de situações (crimes de vitimização transindividual), na qual a comunidade é interveniente direta no conflito e, como tal, será sujeito principal das práticas restaurativas e intervirá "não como suporte para a resolução do conflito que é de outros, mas no papel central de quem reivindica uma reparação ou de quem assume o dever de a propiciar" (SANTOS, 2007, p. 193).

2 A tutela de novos bens jurídicos e as exigências da sociedade do risco

Os novos interesses, que proporcionam o surgimento dos novos bens jurídicos penais, decorrem de causas distintas, a saber, a conformação de novas realidades, que antes não existiam, ou, se existiam, não o eram no mesmo grau de intensidade; a deterioração de realidades tradicionalmente abundantes, que passaram a se tornar mais escassas, a exemplo do meio ambiente, bem como o incremento de valor a um determinado bem da vida, em razão de evolução cultural e social, *v.g,* o patrimônio histórico e artístico (SILVA SANCHEZ, 2002, p. 28).

Todas essas causas, imiscuídas em um contexto do risco, criam um cenário suscetível a uma expansão considerável do Direito Penal, a ensejar, portanto, a tutela penal desses novos interesses[4]. A relação entre a aparição de novos riscos (ou majoração dos já existentes) e criminalização de novas condutas é, pois, evidente.

Inicialmente, é preciso salientar que os riscos sempre existiram, não sendo um conceito próprio da pós-modernidade[5] ou da chamada sociedade industrial. A expansão marítima, própria da Europa Moderna, quando os recentes Estados europeus lançavam-se ao mar para o Descobrimento das terras do novo mundo era, ela própria, um risco. Contudo, o termo "risco", naquela época, mais se assemelhava a um tom de ousadia, de aventura, de cariz eminentemente pessoal, não configurando situações de ameaça generalizada e global, a exemplo das que surgem para toda a humanidade com uma eventual tragédia radioativa, *exempli gratia.* (BECK, 2011, p. 25).

A aparição de novos riscos ganha dimensão mais alargada em um contexto de densa interação política e econômica entre os países ao redor do globo, na medida em que o processo de governo de cada Estado não mais se limita ao seu próprio espaço, mas repercute em outros países, atingindo escalas internacionais.

[4] Adverte-se ao leitor que o presente trabalho não tem como objetivo analisar a legitimidade da intervenção penal nessa nova seara. É dizer, malgrado não se descure da relevância do estudo a respeito da expansão do Direito Penal, o que envolve o questionamento a respeito da exortação dos limites que deveria se deter, à luz de uma *ultima ratio*, o que se pretende aqui é analisar a Justiça Restaurativa inserida nesse contexto de expansão. Assim, buscamos analisar a evolução do Direito Penal frente a essa nova realidade como um fenômeno posto, que vem ocorrendo, pelo que remetemos ao leitor interessado em uma análise mais crítica a respeito da política criminal expansivista à obra de SILVA SANCHEZ (2002).

[5] O debate a respeito do que viria a ser a pós-modernidade desborda, por evidente, os propósitos do estudo *sub oculi*. Não deixamos, contudo, de delinear breves linhas sobre o tema, recomendando ao leitor, de pronto, a leitura das obras de Zygmunt Bauman, em especial, "O Mal-Estar da Pós-Modernidade" (1998), onde se pode mergulhar com profundidade a respeito da matéria. Ao se referir à pós-modernidade, Bauman assevera que "os homens e as mulheres pós-modernos trocaram um quinhão de suas possibilidades de segurança por um quinhão de felicidade" (1998, p. 08), depreendendo-se que a marca da pós-modernidade - ou seu valor supremo - é a 'vontade de liberdade' que acompanha a velocidade das mudanças econômicas, tecnológicas, culturais e do cotidiano. Daí resulta um mundo vivido como incerto, incontrolável e assustador - bem diverso da segurança projetada em torno de uma vida social estável, ou em torno da ordem, como na modernidade.

Nesse contexto, as avançadas tecnologias de comunicação e informação intensificaram de forma significativa as conexões entre Estados, sociedades e pessoas, permitindo o acesso, em uma escala planetária, a todos os acontecimentos do globo.

A globalização, a bem da verdade, propicia a solidarização do progresso, mas também facilita a propagação dos problemas. A informação facilitada e difundida pode gerar uma sensação de medo, terror e insegurança. Isso porque, no afã sensacionalista, as notícias relacionadas com crimes e tragédias são expostas de maneira repetida, prolongada e por vezes exagerada, fazendo com que o telespectador se imagine como potencial vítima, ensejando um amedrontamento geral.

Efetivamente, a dramatização e a morbidez "com a qual se examinam determinadas notícias atuam como um multiplicador dos ilícitos e catástrofes, gerando uma insegurança subjetiva que não se corresponde com o nível de risco objetivo" (SILVA SÁNCHEZ, 2002, p. 38)[6]. Com isso não se está a dizer, por evidente, que a insegurança e o medo que permeiam a sociedade decorrem, tão só, da divulgação enviesada de informações, mas é preciso pontuar que a sociedade, ao ser atemorizada e ilusoriamente conduzida à conclusão de que nada mais há além de crime e destruição, passa a clamar por um endurecimento da política criminal, na crença de que o Direito Penal é o porto seguro, uma panaceia.

A insegurança permeia a vida do homem hodierno. É a sensação de desproteção que decorre, em parte, das falhas da técnica científica, a qual, malgrado permita minorar os perigos decorrentes de fontes naturais, a exemplo das patologias e catástrofes, mostrou-se falha, pelo que se pode afirmar que o progresso tecnológico conduziu a uma nova dimensão de risco, demasiadamente expandida, trazendo chances concretas de ameaças, inclusive, à vida humana enquanto espécie no Planeta. Dito de outro modo, os avanços tecnológicos criaram *novos riscos,* na medida em que o homem se imiscuiu em áreas nunca antes exploradas (ou exploradas em menor grau), a exemplo da

[6] SILVA SANCHEZ ainda aduz que para além dos meios de comunicação, as próprias instituições públicas transmitem imagens diversas da realidade, contribuindo com a difusão dessa sensação de insegurança. Cita, exemplificativamente, nesse sentido, a forma como são apresentadas as estatísticas de crimes cometidos por jovens filhos de imigrantes na Alemanha (2002, p. 39)

seara nuclear (notadamente a produção de armas nucleares, ou mesmo os desastres notórios, *e.g,* Chernobyl), química, biológica, ambiental (*e.g* desastre em Mariana-MG), informática e de manipulação genética.

Assim, o Direito Penal, historicamente e tradicionalmente desenvolvido como uma reação do Estado aos que atentaram contra o patrimônio, a vida e a dignidade sexual, agora passa a ser visto como um instrumento de defesa da sociedade contra a criminalidade organizada, contra o narcotráfico; terrorismo; pornografia; delitos fiscais; o meio ambiente; as relações de consumo; saúde; interesses econômicos, a corrupção político-administrativa e o abuso de poder.

Nesse contexto, vale a citação dos diplomas normativos que alteraram o ordenamento jurídico-penal para fazê-lo se adaptar a essa nova realidade, a saber, a Lei nº 13.260/2016 (terrorismo); Lei nº 11.343/06 (lei antidrogas); Lei nº 9.605/98 (crimes ambientais); Lei nº 8.666/93 (art. 89 e seguintes, que cuidam dos crimes previstos na lei de licitações); Lei nº 9.613/98 (lei de lavagem de dinheiro); Lei nº 8.137/90 (crimes contra a ordem tributária, econômica e relações de consumo); Lei nº 7.716/89 (lei de combate ao racismo); Lei nº 9.434/97 (tráfico de órgãos); Lei nº 9.807/99 (lei de proteção à testemunha); Lei nº 10.028/2000 (incluiu oito tipos penais ado Decreto-Lei nº 201/67 -incisos XVI a XXIII- que trata dos crimes praticados por Prefeitos); Lei nº 8.078/90 (crimes contra as relações de consumo); Lei nº 12.850/2013 (lei das Organizações Criminosas); Lei nº 8.176/91 (crimes contra a ordem econômica); Lei nº 9.472/97 (lei das telecomunicações) e a Lei nº 11.105/05 (crimes de manipulação genética).

A sociedade de risco é marcada pela tendência de não se aceitar o acidente, o fortuito, na medida em que os *riscos* derivam de decisões humanas, que se baseiam em um cálculo de vantagens e oportunidades e a chance do desastre.

Assim, a tecnociência promoverá um cálculo de riscos e probabilidade de ocorrência de consequências, bem como de vantagens e desvantagens (sobretudo econômicas), a fim de escolher a decisão a ser adotada, ainda que não seja possível controlar ou prever totalmente as consequências. Efetivamente, na sociedade pós-industrial, os riscos, antes localizados e definidos no tempo e no espaço, agora passam a ganhar conotações universais e atemporais, máxime por conta da ramificação de decisões humanas, que acabam por se encadearem e se protraírem no tempo.

Como dito, os riscos não têm cariz nitidamente natural (a exemplo das epidemias, a fome, as tragédias naturais, etc.), eis que pressupõem decisões humanas, sejam comissivas ou omissivas, as quais, por sua vez, conduzem à

tomada de outras tantas, promovendo uma verdadeira ramificação de decisões que podem, elas mesmas, ensejar riscos próprios, "instalando o *caos* da inidentificabilidade dos agressores (e ainda da diluição *ad absurdum* das responsabilidades)" (FERNANDES, 2001, p.59)

Se há uma resistência psicológica em se admitir que os danos decorram do azar, o que se relaciona diretamente com a compreensão de que a maior parte dos perigos decorre das decisões humanas, um terceiro deverá sempre ser responsabilizado por essas consequências.

Essa nova realidade demanda um novo modo de operar do Direito Penal, na medida em que os bens jurídicos clássicos, bem como as regras de imputação, notadamente individualistas, não conseguem responder adequadamente às novas necessidades, razão pela qual, para SILVA SANCHEZ, a expansão da imputação de responsabilidade pode ser tida como uma marca da sociedade contemporânea (2002, pp. 46 e 47).

Com efeito, o discurso penal clássico, fulcrado na imputação individual, seria insuficiente para as exigências da sociedade de risco. Nesse sentido, FERNANDES aduz que "A flexibilização ou diminuição de categorias como as da causalidade, da tentativa e da consumação, da autoria e da participação ou do dolo é também marca desta tendência para a desformalização" (2001, p. 73), o que reflete a tendência de maleabilizar os institutos da dogmática, em favor de um maior indeterminismo que se revela necessário para o Direito Penal de Risco.

Com a eliminação de espaços de risco permitido, há um incremento de delitos culposos e delitos de comissão por omissão, bem como de tipos de perigo, traduzindo, assim, uma verdadeira expansão do Direito Penal.

3 O direito penal frente a uma nova realidade

SANCHEZ descreve que há quem defenda, no seio da própria doutrina jurídico-penal, a possibilidade de modificação das regras do jogo, aludindo à necessidade de abrandamento das garantias político-criminais do Estado de Direito e regras clássicas de imputação, em prol do combate à macrocriminalidade, revelando a limitação da capacidade do Direito Penal clássico de base liberal e dos seus princípios da taxatividade, imputação individual, presunção de inocência, etc. (2002, p. 68).

Nesse contexto, os princípios da culpabilidade, as regras do devido processo legal e a jurisdicionalidade, bem como os demais conceitos da teoria do delito e princípios do Direito Penal, são contemplados como barreiras a uma real solução dos problemas, pelo que prosperam os modelos de justiça nego-

ciada, "nos quais a verdade e a justiça ocupam, quando muito, um segundo plano" (SILVA SANCHEZ, 2002, p. 69), revelando, assim, uma visão do Direito Penal como um mecanismo eficiente de gestão de determinados problemas.

Para além disso, o autor aponta a privatização e a desformalização como uma consequência inevitável da expansão. Isso porque o setor público, naturalmente deficitário, não suporta o crescimento do sistema do Direito Penal (notadamente o sistema penitenciário), razão pela qual surge como alternativa o recurso a instâncias privadas, a exemplo dos discursos que propugnam por prisões privadas e por polícias privadas) (SILVA SANCHEZ, 2002, p. 71).

Efetivamente, a integração supranacional e a globalização são fenômenos que impulsionam a expansão do Direito Penal, de cariz menos garantista, na medida em que busca a atender exigências de uma nova realidade, de uma criminalidade transnacional complexa e organizada, dirigindo o Direito Penal a um pragmatismo declarado, em busca de uma eficiência na abordagem da criminalidade.

A integração supranacional faz gerar uma nova concepção de objeto do delito, abrangendo elementos de organização, transnacionalidade e poder econômico, na medida em que "a integração gera uma delinquência contra os interesses financeiros da comunidade, produto da integração (fraude orçamentária – criminalidade alfandegária -, fraude às subvenções), ao mesmo tempo em que contempla corrupção de funcionários das instituições da integração" (SILVA SANCHEZ, 2002, p. 80).

A criminalidade nos tempos de globalização é, em última análise, organizada, na medida em que nela intervêm um número de pessoas estruturadas hierarquicamente, sendo, do ponto de vista material, uma criminalidade de sujeitos poderosos, caracterizada pela influência econômica, política e social na magnitude dos seus efeitos.

Como dito, o objetivo fundamental do Direito Penal da globalização é eminentemente prático, evitando a conformação de "paraísos jurídico-penais" (SILVA SANCHEZ, 2002, p. 81). Para o autor, a existência desses "paraísos" é deveras problemática, na medida em que se trata de uma modalidade de delinquência na qual os principais responsáveis podem estar significativamente distantes do lugar e do momento dos atos de execução.

Se as interações ganharam conotações cada vez mais globais, assim como a circulação de produtos se estabeleceu em uma escala mundial, o crime também se tornou global, multiplicando-se, de maneira organizada, em redes densificadas, que percorrem todos os setores sociais. Para FERNANDES (2001, p. 36), o crime da era global, por excelência, é o crime econômico. Dito

de outro modo, para o autor, a globalização acabou por multiplicar, em larga escala, circuitos criminosos que envolvem grandes montas financeiras, bem como organizações e pessoas, voltadas à prática delituosa, com o fim de obter lucros vultosos, intensificando-se, assim, sobremaneira, a criminalidade econômica, a delinquência de colarinho branco e a criminalidade dos poderosos.

FERNANDES (2001, pp. 36 e 37) distingue os três tipos de criminalidade, os quais não raramente são tratados como sinônimos. Assim, a criminalidade de colarinho branco se restringiria às classes socioeconômicas detentoras de maior poder econômico, enquanto a criminalidade econômica seria, em verdade, fruto da democratização daquele tipo de criminalidade, agora praticada pelos mais diversos estratos sociais, em razão da facilitação de acesso aos argos que permitiam a prática de determinados crimes (crimes financeiros, e.g). É dizer, a criminalidade econômica não se diferenciaria, na essência, da criminalidade de colarinho branco, dela se distanciando apenas pelo estrato social que ocupa o autor. Por sua vez, a criminalidade dos poderosos consubstancia o conjunto de crimes praticados por agentes que ocupam uma posição especial em um contexto de poder, no intuito de manter ou reforçar o poder político, ou econômico (a exemplo dos crimes de corrupção ativa/passiva, lavagem de capitais, etc.).

4 As práticas restaurativas no contexto de uma sociedade do risco: a imperiosidade de um aprofundamento teórico quanto os crimes sem vítimas e o cuidado necessário com o eficientismo

FERRAJOLI sinaliza para a existência, mesmo nos países de democracia mais avançada, de uma crise crescente e profunda do direito, que se manifesta em múltiplos planos e em diversas formas; a crise da legalidade (ausência ou ineficácia dos controles); a crise do Estado Social (diga-se: crise de adequação estrutural das formas de Direito às funções do *Welfare State*)[7] e

[7] Nesse particular, aduz FERRAJOLI: *"Como se sabe, esta crisis ha sido con frecuencia asociada a una suerte de contradicción entre el paradigma clásico del Estado de derecho, que consiste en un conjunto de límites y prohibiciones impuestos a los poderes públicos de forma cierta, general y abstracta, para la tutela de los derechos de libertad de los ciudadanos, y el Estado social, que, por el contrario, demanda a los propios poderes la satisfacción de derechos sociales mediante prestaciones positivas, no siempre predeterminables de manera general y abstracta y, por tanto, eminentemente discrecionales, contingentes, sustraídas a los principios de certeza y estricta legalidad y confiadas a la intermediación burocrática y partidis-*

a crise do Estado Nacional[8], que se manifesta pela remodulação da noção de soberania, alteração do sistema de fontes e, consequentemente, em um enfraquecimento do constitucionalismo (2001, pp. 15-17)

Quanto à dogmática e à principiologia penal, como visto, a nova realidade decorrente da globalização promoveu significativas mudanças, notadamente quanto aos princípios da legalidade, culpabilidade e proporcionalidade (SILVA SANCHEZ, 2002, p. 94).

Por evidente, os reflexos da mudança também resvalam nas práticas restaurativas. Nesse ponto do nosso trabalho, destacamos duas: a necessidade de aprofundamento teórico quanto aos crimes sem vítimas e o risco do eficientismo.

Quanto ao primeiro ponto, salientamos a seguinte questão: estamos a viver em uma sociedade de enorme complexidade, na qual a interação entre os indivíduos alcançou níveis elevados, seja pelas necessidades de cooperação, seja pela imperiosidade da divisão de funções. Isso porque as esferas individuais de organização não são mais autônomas, tampouco autossuficientes, sendo crescente a interdependência dos indivíduos na vida social.

Inobstante, paradoxalmente, malgrado se possa falar de um incremento da interdependência social, há de se considerar, ao revés, uma "dessolidarização estrutural" (SILVA SÁNCHEZ, 2002, p. 35), consubstanciada num *modus vivendi* marcadamente individualista, na qual a noção de comunidade se esvaece, na medida em que os seus componentes mais se preocupam em satisfazer as suas próprias demandas que os interesses do corpo social.

Assim, um problema a ser pensado e resolvido, quando se pretende aplicar a justiça restaurativa aos delitos transindividuais é: quem dialogará com o ofensor? Esse problema se agudiza quando se tem em conta a própria diversi-

ta." (2004, p. 16) Essa crise se manifestaria através de uma inflação legislativa, inclusive no âmbito penal, provocada pela pressão exercida setorialmente e corporativamente, marcadamente emergencial e excepcional, sem generalidade e abstração, que causa incoerência normativa e ausência de um sistema de garantias dos direitos sociais.

[8] Quanto a este último, refere-se ao processo de integração mundial, que fez com que decisões tradicionalmente reservadas à soberania dos Estados Nacionais (máxime questões militares e de políticas sociais e monetárias) ultrapassasse, cada vez mais, os seus limites e confins. (FERRAJOLI, 2004, p. 16). Essa nova realidade demanda mais que a tradicional hierarquia das fontes, pelo que se está pondo em crise a falta de um constitucionalismo de direito internacionl.

dade e complexidade social, com uma pluralidade de pessoas, de realidades (econômicas, sociais e culturais) distintas, e ausência de uma ordem relativa de valores (ou preferências) generalizáveis, o que se soma, possivelmente, a uma falta de critérios para a decisão sobre o que é bom e o que é mau para a comunidade, constituindo, assim, uma fonte de incertezas e dúvidas.

Efetivamente, quando se está a tratar de Justiça Restaurativa nos crimes vagos, naturalmente se está a atribuir à sociedade civil um novo protagonismo. Daí que se produz uma mudança significativa quanto ao modelo de delito que tradicionalmente serviu de referência à construção da Justiça Restaurativa: em lugar do furto do autor individual, trata-se, *e.g,* de abordar atos de corrupção, *lato sensu,* realizados por um Prefeito, que, por sua vez, comete delitos contra a municipalidade.

A questão se acentua sobremaneira quando o ofensor ocupa o cargo de Prefeito, figura notadamente pública, cujas decisões são alvo de intensa observação e críticas. Com efeito, as decisões de um prefeito não raramente são objeto de matérias jornalísticas, ou, mesmo em comunidades mais interioranas, onde não há uma imprensa escrita ou televisiva desenvolvida, costumam ser divulgadas em rádios locais ou em redes sociais.

Essa cobertura massiva, notadamente quando analisada em um contexto de "revolução das comunicações"[9] (SILVA SÁNCHEZ, 2002, p. 33), pode dar azo a compreensões distorcidas, por vezes exageradas, da real dimensão do conflito, que, por consequência, pode dar lugar a uma insegurança ou aversão à figura do ofensor, a dificultar as práticas restaurativas.

Certamente deve-se alertar, também, sobre o perigo de o fator político distorcer a condução das práticas restaurativas, na medida em que o ofensor *sub examine* ocupa, por óbvio, um cargo eletivo. Dito de outro modo, deve-se buscar evitar que, em função da posição partidária, a resposta ao conflito incorra em excessos ou abrandamentos demasiados (impunidade).

[9] O epíteto foi utilizado por SILVA SÁNCHEZ para designar o fenômeno "que dá lugar a uma perplexidade derivada da falta -sentida e possivelmente real- de domínio do curso dos acontecimentos, que não pode traduzir-se senão em termos de insegurança. Por outro lado, as pessoas se acham ante a dificuldade de obter uma autêntica *informação* fidedigna em uma sociedade -a da economia do conhecimento- caracterizada pela avalancha de intimações. Estas, que de modo não infrequente se mostram contraditórias, fazem em todo caso extremamente difícil sua integração em um contexto significativo que proporcione alguma certeza". (2002, pp. 33 e 34)

Deve-se atentar, também, para que o fator político não distorça o objeto da discussão, ampliando por demasiado o contexto do delito, a fim de evitar que as práticas restaurativas, no contexto de resolução dos crimes previstos no Decreto Lei nº 201/67, se enveredem pela análise de outras condutas, não consideradas contrárias ao Direito, mas reprovadas socialmente (ou ao menos por parte da comunidade) como má gestão, adotando-se contra ela as reações sociais correspondentes. É dizer, deve-se evitar que a Justiça Restaurativa se torne, tão só, palco de críticas ou elogios à atuação política do gestor municipal, esvaindo-se do real motivo que ensejou o seu surgimento (das práticas restaurativas), qual seja, o crime por ele praticado.

Por evidente não se descura que as questões atinentes ao funcionamento da comunidade enquanto tal devem permear as discussões sobre a resolução do conflito, próprias das práticas restaurativas, mas o que se busca evitar é a discussão dos macroproblemas, estruturais ou sistêmicos, de cunho eminentemente político, que desbordam o delito em apuração, que potencialmente tornariam o espaço restaurativo em um terreno de argumentos populistas de puro caráter eleitoreiro.

Quanto ao eficientismo penal, temos por necessário salientar a imprescindibilidade de uma vigilância constante para que a Justiça Restaurativa não se veja imersa em um nítido cariz utilitarista, com viés puramente "esvaziador de prateleiras" do já sobrecarregado judiciário, tampouco se confunda com a barganha ou com a justiça criminal negocial[10]. Não se trata de "fazer justiça rápido", o que, à evidência, não pode -nem deve!- ser atribuído à Justiça Restaurativa. Assim, a celeridade não necessariamente deve permear as práticas restaurativas, porque o fator tempo não é relevante -e muitas vezes pode ser prejudicial- ao acordo eventualmente firmado.

O objetivo maior da Justiça Restaurativa é promover o bem-estar das partes, com a abertura de canais de diálogo outrora bloqueados e restabelecer a paz jurídica, o que pode, por vezes, demandar maior tempo e cuidado.

[10] O limite de laudas nos impede de tecer maiores considerações sobre a matéria, razão pela qual remetemos o leitor à obra de VASCONCELLOS (2015), na qual o autor analisa criticamente a justiça criminal negocial e as tendências de expansão do consenso no processo penal pátrio.

Conclusão

Ao longo de todo o trabalho cuidamos de expor, em breves linhas, as novas realidades advindas de uma sociedade globalizada e pautada pelo risco, salientando a imprevisibilidade dos resultados, a sensação de espanto e medo diante do que não pode ser percebido, bem como pelo destaque que é conferido a essas tragédias pelos meios de comunicação social; além da sua íntima relação com as decisões humanas.

Com efeito, para além de imprevisíveis, os novos riscos podem causar efeitos de perdurabilidade indeterminada, causando a sensação de impotência, ante a incapacidade de dimensionar o possível alcance ou limite desses efeitos e, pior que isso, a incapacidade de controlá-los, ensejando insegurança e terror. E a sensação de insegurança da sociedade, como dito, transmuda-se por um anseio de uma intervenção penal, imaginada como remédio para o caos decorrente da propalada (de forma repetida, extenuante e, não raramente, exagerada) violência, a demandar uma maior intervenção penal.

O tema ganha especial importância quando se tem em conta que no momento atual, o tema no debate social não é a criminalidade dos desvalidos, dos marginalizados (*lower class crime*) que foi objeto da doutrina penal durante os séculos XIX e XX, mas, sim, a criminalidade dos poderosos e das empresas (SILVA SANCHEZ, 2002, pp. 54 e 55). Dito de outro modo, a reflexão jurídico-penal tem avançado para além do estudo de delitos clássicos (o homicídio, delitos passionais e os crimes contra o patrimônio) e se debruçado sobre os delitos qualificados criminologicamente como *crimes of the powerful,* o que também pode ser aplicado à Justiça Restaurativa.

Assim, necessário refletir a respeito da compatibilização dos objetivos e preocupações das práticas restaurativas nesse contexto de bens jurídicos mais plásticos, de crimes vagos, nos quais não há uma vítima concreta e individualizada.

Os novos bens jurídicos não contam com o substrato onto-antropológico definido e sedimentado, ao revés do que ocorre com os bens jurídicos clássicos, a exemplo da vida, da integridade física e da dignidade sexual. São mais plásticos e normativamente orientados para um objetivo político-econômico, mas de importância indiscutível, recorrendo-se muitas vezes, nesse contexto, à técnica de tipificação de condutas de perigo abstrato.

E é importante trazer luzes ao debate do tema, na medida em que o interesses coletivos e difusos, bem como os interesses gerais da comunidade, são tão ou ainda mais valiosos que os interesses individuais, eis que são, a um só tempo, concernentes a um indivíduo e de muitos indivíduos, conferindo um caráter supraindividual.

Entretanto, tradicionalmente, a exaltação das práticas restaurativas tem como destinatária precípua a figura da vítima conhecida e determinada. Ponderamos, todavia, que malgrado a vitimização transindividual não possibilite a determinação concreta do número de ofendidos, não se pode ter como inviável a identificação dos lesados.

Salientamos, em linhas conclusivas, que a aplicação da Justiça Restaurativa aos crimes de vitimização transindividual demanda saber quem, nestes casos, poderá ocupar esse lugar no processo e de que forma isso poderá ser perfectibilizado no plano dos fatos.

A grande questão, quando falamos de comunidade, numa sociedade de globalização, multifacetada e complexa, é justamente a de saber antecipadamente classificar a representação, é prever o imprevisível, quando, na verdade, por mais difícil que seja para admitir, só através de uma prognose é que poderíamos, em alguns casos, evitar a produção de resultados indesejados, tarefa que devemos reconhecer não ser fácil. Este, para nós, é que será o verdadeiro desafio a colocar aos cultores da Justiça Restaurativa. Contudo, isto não impede que respondamos afirmativamente à questão: "A Justiça Restaurativa pode ser aplicada aos crimes transindividuais?".

Compreendemos que mesmo nessa sociedade que carece se consenso sobre determinados valores, as práticas restaurativas surgem como uma alternativa apropriada, imbuída de uma missão fundamental de gerar consenso e reforçar a comunidade. Com efeito, intenta-se que, com a Justiça Restaurativa, na qual a coletividade se autocompreende antes de mais nada como vítima, sejam mais facilmente obtidos a sensação de satisfação com a resolução do conflito e o sentimento de pertencimento.

A proposta, portanto, tem finalidade político-criminal que não se reduz a uma mera consideração utilitarista de eficiência empírica, mas compreende, essencialmente, considerações valorativas que tratam de extrair de um princípio de respeito à participação popular e às garantias do indivíduo.

ALMEIDA, Y. D. F., New Challenges of Restorative Justice in a Global Society. *Justitia,* São Paulo, v. 213/214/215/216, p. 81-99, Jan./Dec. 2019-2020.

- **ABSTRACT** - Globalization and the risk society have certainly led to the emergence of new realities and challenges for the contemporary Criminal Law, so it is intended to analyze, in the present work, the influences of this scenario in restorative practices. In this way, the problem under discussion gravitates towards the questioning of the possibility of Restorative

Justice, which has traditionally been developed for the crimes that affect a concrete and determined victim, to conform to a new context, crimes without victims and Offenders. To that end, we hypothesized that some adaptations would be necessary, and a greater caution in the conduct of restorative practices would be imperative, but Restorative Justice could be applied to such a task. In this sense, the methodology of the study consists, mainly, in the bibliographical revision on the subject, proposing the resolution of the conflicts originating from the vague crimes in the light of the restorative context.

- **KEYWORDS**: Vague crimes. Globalization. Restorative justice. Society of the risk.

Referências

BAUMAN, Zygmunt. **O mal-estar da pós-modernidade.** Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1998.

BECK, Ulrich. **Sociedade de risco: rumo a uma outra modernidade**. Título original: *Risikogesellschaft: auf dem Weg in eine andere Moderne.* São Paulo, Editora 34, 2011.

BORIBOONTHANA, Yossawan. **The effect of restorative justice practices on crime victims: a meta-analysis.** Tese (Doutoramento em Filosofia) – Departamento de Direito da Universidade de Sheffield, 2006.

FERNANDES, Paulo Silva. **Globalização, "Sociedade de Risco" e o futuro do Direito Penal.** Coimbra, Livraria Almedina, 2001.

FERRAJOLI, Luigi. **Derechos y garantías. La ley del más débil.** Editorial Trotta, 2004. Madrid.

JACCOUD, Mylène. **Princípios, Tendências e Procedimentos que Cercam a Justiça Restaurativa**. In: PINTO, Renato Sócrates Gomes et al (org.). Justiça Restaurativa. Coletânea de Artigos. Brasília: Ministério da Justiça e Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento – PNUD, 2005. pp. 163-186.

PALLAMOLLA, Raffaella da Porciuncula. **Justiça restaurativa: da teoria à prática.** São Paulo: IBCCRIM, 2009. 1ª ed.

SANTOS, Cláudia Cruz. **Um crime, dois conflitos (e a questão, revistada, do roubo do conflito pelo estado).** Revista Portuguesa de Ciência Criminal, Coimbra, v. 17, n. 3, p.459-474, jul.set. 2007

_____. **A justiça restaurativa: um modelo de reação ao crime diferente da justiça penal. porquê, para quê e como?** Coimbra: Coimbra Editora, 2014.

SICA, Leonardo. **Justiça Restaurativa e Mediação penal: O Novo Modelo de**

Justiça Criminal e de Gestão do Crime. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2007.

SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. **A expansão do direito penal: aspectos da política criminal nas sociedades pós industriais.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. (Série as ciências criminais no século 21; v. 11).

VARGAS, Frederico León Szczaranski. **Sobre la evolución del bien jurídico penal: un intento de saltar más allá de la propia sombra**. Política Criminal Vol. 7, N° 14, Art. 5, pp. 378 – 453, Santiago, 2012.

VASCONCELLOS, Vinicius Gomes de. **Barganha e justiça criminal negocial: análise das tendências de expansão dos espaços de consenso no processo penal brasileiro**. São Paulo, IBCCRIM, 2015.

PIC - Procedimento Investigatório Criminal. Indiciamento e Registro Criminal

Fernando Pascoal LUPO*

• **RESUMO**: Neste artigo o autor discorre sobre o Procedimento Investigatório Criminal presidido pelo Promotor de Justiça ou Procurador da República, nas investigações sobre crimes comuns ou eleitorais, retratando o indiciamento do suspeito e suas repercussões nos registros criminais. Ele faz um paralelo com a investigação presidida pela autoridade policial civil (estadual ou federal) ou militar, fornecendo conceitos que diferenciam o indiciamento do formal indiciamento e a necessidade de serem observadas medidas administrativas que visam ao devido abastecimento do banco de dados criminais, evitando a impunidade. Ressalta que a ausência de previsão legal sobre os órgãos nos quais benefícios concedidos ou sanções impostas no curso das investigações, do processo penal ou em execução penal acaba favorecendo o suspeito, o réu ou o sentenciado, relevando falhas no sistema de registro criminal. Igualmente, discorre sobre os diversos órgãos estaduais e federal nos quais são armazenadas informações criminais, que acabam levando à deficiência nos registros criminais. Por fim, o autor sugere medida administrativa para suprir as lacunas da lei.

• **PALAVRAS-CHAVE**: PIC. BIC. Indiciamento. Impunidade. Registro criminal.

PIC - Procedimento Investigatório Criminal. Indiciamento e Registro Criminal

O Supremo Tribunal Federal reconheceu a constitucionalidade do poder investigatório do Ministério Público (STF, HC nº 91.661/PE, 2ª Turma, rel. Min. Ellen Gracie, j. em 10.3.2009).

* Promotor de Justiça do Estado de São Paulo desde 1997, foi o Delegado de Polícia mais jovem do país, aos 22 anos de idade, tendo atuado como tal por 12 anos. Também foi dos mais jovens a assumir os cargos de Escrevente-Técnico Judiciário e Oficial de Justiça.

O procedimento investigatório criminal (PIC) foi disciplinado pela Resolução nº 181, de 07.08.2017, com a redação dada pela Resolução nº 183, de 24.01.2018, do Conselho Nacional do Ministério Público – assegurados os direitos e garantias do investigado –, que devem ser observados pelos Promotores de Justiça e Procuradores da República.

À semelhança do inquérito policial ou do termo circunstanciado presidido pela autoridade policial civil (estadual ou federal) ou militar – que realiza diligências de Polícia Judiciária –, cabe ao Ministério Público promover investigação criminal, como o faz quando investiga no inquérito civil na defesa dos interesses difusos, coletivos e individuais homogêneos, ou na tutela de interesses meramente individuais, diante de sua indisponibilidade, por força da Lei da Ação Civil Pública (nº 7.347/85).

A natureza jurídica do PIC se assemelha à do inquérito policial ou do termo circunstanciado. Nestes, visa-se à apuração de uma infração penal e sua autoria, a fim de que o Ministério Público, titular da ação penal, possa ingressar em juízo, enquanto naquele, o próprio *Parquet* investiga e promove a ação penal.

Em que pese a natureza inquisitiva dos procedimentos, a Lei 13.245/16 e a Súmula Vinculante nº 14, do Supremo Tribunal Federal, trouxeram inovações quanto à participação da defesa que pode ter acesso amplo aos elementos de prova, requerer diligências e produzir provas.

Todavia, existe relevante diferença na condução das investigações: enquanto a autoridade policial pode proceder ao formal indiciamento, o Ministério Público simplesmente promove o indiciamento do suspeito. E isso pode ter consequências na ação penal em relação ao registro criminal.

Com efeito, indiciamento e formal indiciamento não se confundem.

Indiciar é apontar alguém como autor, coautor ou partícipe de uma infração penal, administrativa ou civil. Assim, o indiciamento pode ocorrer, por exemplo, no termo circunstanciado, no inquérito policial, no PIC – procedimento investigatório criminal (penal) –, na sindicância ou processo administrativo, no inquérito civil, na representação administrativa, no procedimento preparatório de inquérito civil, na comissão parlamentar de inquérito (civil ou administrativa), dentre outros.

Portanto, no PIC presidido pelo Promotor de Justiça ou Procurador da República, é promovido o indiciamento do suspeito ou investigado.

Já o formal indiciamento é ato privativo da autoridade policial, consistindo em ato administrativo complexo (Lei 12.830/13 – art. 2º, parágrafo 6º).

Com efeito, reunidos os elementos sobre a autoria e materialidade – nas infrações penais que deixam vestígios – a autoridade policial, em despacho fundamentado, irá formalizar o indiciamento, que compreende no ato de interrogar o suspeito, de colher as informações sobre a sua qualificação e vida pregressa, incluir o processo fotográfico, coletar material biológico para a obtenção do perfil genético, obter a identificação dactiloscópica e preencher o BIC – Boletim de Identificação Criminal, este ligado à identidade física do agente.

Como cediço, no BIC, o ser humano é individualizado, pois nele são incluídos dados sobre a qualificação completa do suspeito, como seu nome e nomes dos genitores, alcunha, profissão, naturalidade, data e local de nascimento, residência, lugar de trabalho, estado civil e grau de instrução.

Igualmente, são incluídos, além do número da cédula de identidade do indiciado, a sua assinatura e características cromáticas, tais como a cútis, a cor dos olhos e cabelos, bem como o tipo de cabelo.

No BIC ficarão registradas características físicas do agente, como o sexo e a altura, eventuais deformidades, cicatrizes, amputações, tatuagens e peculiaridades, como o fato de o suspeito ser canhoto, possuir tiques, cacoetes, sotaques estrangeiro ou regional, fala defeituosa ou mudez, ser dentuço ou desdentado, possuir particularidades no andar, lábios leporinos ou deformados.

De igual modo constará eventual característica do indivíduo que personifica o sexo oposto ou dados como ser o indiciado estrábico, bexiguento, possuir olhos orientais, manchas na pele, espinhas, sardas, pintas, sobrancelhas ligadas, uso de peruca, ser albino ou sarará.

Quanto ao crime cometido, na planilha de identificação (BIC) devem constar informações sobre as datas do fato típico, da identificação e da instauração do inquérito policial e da respectiva repartição de polícia. Outrossim, é consignado o nome da vítima, a incidência penal, dados do cúmplice, de parentes do suspeito, os tipos de armas usadas para o cometimento da infração penal, os vestígios internos, o espólio criminal e *modus operandi* usado nos delitos contra o patrimônio.

E como não poderia deixar de ser, no BIC vai ser inserida a identificação datiloscópica do acusado (impressões digitais), somente dispensada se ele apresentar cédula de identidade da mesma Unidade da Federação, não rasurada.

Não se desconhece que além das impressões digitais, a identificação do indivíduo pode ser feita por impressões palmares, plantares, labiais e ungueais, assim como pela sua assinatura.

Da mesma forma, o reconhecimento facial, a íris dos olhos, o desenho dos seios faciais e a arcada dentária servem para identificar a pessoa. A própria voz do indivíduo é marco identificador dele.

Aspectos genéticos e biológicos do ser humano são estudados pela antropometria – ramo da antropologia física ou biológica que estuda as medidas e dimensões das diversas partes do corpo – comparando-os entre si. Ela é utilizada como ferramenta de identificação de criminosos, baseada na descrição do corpo do suspeito, por meio de retrato falado, fotografias (e tatuagens).

Recentemente, uma empresa chinesa desenvolveu método que identifica o ser humano pelo seu modo de caminhar, ainda que esteja de costas, numa distância de até 50 metros (KANG, 2018).

Todavia, tais formas de identificação da pessoa não são inseridas nos BICs, mas constituem importantes ferramentas de individualização do suspeito para que ele seja formalmente indiciado, sendo inseridas em bancos de dados próprios.

E a repercussão do formal indiciamento pela autoridade policial no processo penal pode assim ser resumida, nos termos do art. 23 do Código de Processo Penal:

> Ao fazer a remessa dos autos do inquérito policial ao juiz competente, a autoridade policial oficiará ao Instituto de Identificação e Estatística, ou repartição congênere, mencionando o juízo a que tiverem sido distribuídos, e os dados relativos à infração penal e à pessoa do indiciado (Na prática, significa que o BIC é enviado ao Instituto de Identificação) (BRASIL, 1941, art. 23).

No Estado de São Paulo, compete ao Instituto de Identificação Ricardo Gumbleton Daunt (IIRGD) o armazenamento dos dados criminais dos suspeitos, réus e sentenciados, formalmente indiciados em inquéritos policiais ou processados criminalmente, em relação aos crimes de competência da Justiça Comum Estadual, da Justiça Eleitoral e da Justiça Militar, enquanto cabe ao INFOSEG (repartição congênere) os registros dos crimes de competência da Justiça Federal – mas também compila dados das Unidades da Federação que lhe são enviados em decorrência de convênio. É importante destacar que:

- No âmbito da Justiça Estadual, o denominado 'DVC' – do qual se extrai a folha de antecedentes, necessária para a expedição de certidão

criminal e indispensável para a aplicação da lei penal – é criado ou abastecido pelo envio ao IIRGD do Boletim de Identificação Criminal (BIC) pela autoridade policial quando do formal indiciamento, ou por determinação judicial;

- Nos delitos de pequeno potencial ofensivo de competência do Juizado Especial Criminal da Justiça Estadual, apesar da não realização do formal indiciamento, tampouco do preenchimento do BIC nos termos circunstanciados, a concessão de transação penal ou de suspensão condicional do processo são comunicadas ao IIRGD para a formação ou abastecimento dos 'DVC's por força das Normas de Serviço da Corregedoria Geral da Justiça Paulista, TOMO I, Seção IX, artigo 393, incisos VII e VIII;

- Da mesma maneira, os casos de transação penal e de suspensão condicional do processo-crime eleitoral são comunicados ao IIRGD, em razão das Normas da Corregedoria Eleitoral – TRE/SP, artigos 44.2, 49.1 e 55;

- O acordo de não persecução penal criado pela Lei nº 13.964/19, que alterou o Código de Processo Penal (art. 28-A, parágrafos 2º, III e 12) é comunicado ao IIRGD e ao INFOSEG em virtude de providências administrativas iniciadas pelo Ministério Público de São Paulo;

- No âmbito da Polícia Federal, os BICs elaborados pela autoridade policial são enviados ao NID (Núcleo de Identificação) ou ao GID (Grupo de Identificação nas Delegacias do Interior) que os encaminham para registro no INFOSEG.

Nos PICs, o Ministério Público promove o indiciamento do suspeito, como dito, porém, sem que os dados sobre o crime, como a data do cometimento da infração penal, a qualificação do suspeito correspondente ao número do procedimento e a imputação jurídica sejam enviados ao Instituto de Identificação e Estatística, ou repartição congênere.

Obviamente, as demais características individualizadoras do indiciado deixarão de ser enviadas ao banco de dados.

Caso o procedimento seja arquivado, as informações sobre aquela investigação ficarão restritas aos registros internos da Instituição, desde que os nomes dos suspeitos sejam devidamente inseridos no sistema.

Apenas na hipótese de oferecimento e consequente recebimento da denúncia originária de PIC os dados do indiciado, que pode virar réu, são comunicados ao Instituto de Identificação e Estatísticas ou repartição congênere por conta das Normas de Serviço da Corregedoria Geral de Justiça Paulista.

Frise-se que o prévio preenchimento do BIC e o envio ao banco de dados irá possibilitar o confronto das informações com os registros civis ou criminais do suspeito, individualizando a pessoa do investigado e evitando a ocorrência de homonímia.

Dessa forma, cabe ao Ministério Público, nos casos de indiciamento em PIC, requisitar à autoridade policial o preenchimento do BIC para envio ao Instituto de Identificação e Estatística ou repartição congênere, durante a instrução do procedimento ou requerendo ao juízo na cota introdutória à denúncia.

O mesmo deve ser feito nos casos de investigação eleitoral, prevista na Resolução nº 1.225/2020 – PGJ, de 03.09.20, que regula o Procedimento Investigatório Criminal (PIC ELEITORAL), considerado de natureza administrativa, facultativa e inquisitorial, instaurado no âmbito do Ministério Público Eleitoral, que terá como finalidade apurar a ocorrência de infrações penais eleitorais, servindo de preparação e embasamento para o juízo de propositura, ou não, da respectiva ação penal.

A falta do preenchimento do BIC do suspeito – máxime quando ele não apresente documento de identificação – e a ausência de previsão legal sobre a necessidade de comunicação ao banco de dados comumente leva à deficiência no registro criminal, prejudicando a aplicação de sanções ou viabilizando a concessão de benefícios indevidos.

Por isso, certamente, as Normas da Corregedoria Geral de Justiça de São Paulo determinam a comunicação para registro no Instituto de Identificação e Estatística, nas seguintes hipóteses, não necessariamente associadas ao formal indiciamento com o preenchimento do BIC: recebimento ou rejeição da denúncia ou da queixa; aditamento da inicial; inclusão, nas denúncias, de pessoas não indiciadas nos inquéritos policiais e nos autos de prisão em flagrante delito; a não inclusão, nas denúncias, de pessoas indiciadas nos inquéritos policiais e nos autos de prisão em flagrante delito; o desfecho do inquérito ou da ação penal (arquivamento, absolvição sumária, extinção da punibilidade); pronúncia; impronúncia; condenação; a suspensão do processo do artigo 366 do Código de Processo Penal.

Igualmente, são comunicadas a homologação de transação penal no Juizado Especial Criminal; a suspensão do processo, a revogação ou extinção da punibilidade, previstas no art. 89 da Lei nº 9.099/95; o acordo de não per-

secução penal; as medidas cautelares; a prisão temporária; os incidentes da execução penal, como as condições do regime aberto ou semiaberto; da prisão domiciliar; do livramento condicional; da suspensão condicional da pena; bem como as medidas de segurança, as medidas restritivas de direitos, as medidas protetivas de urgência da Lei Maria da Penha.

Em relação a estas, no Estado de São Paulo, as medidas protetivas são comunicadas ao Instituto de Identificação e Estatística devido ao Comunicado CGJ nº 882/2015 e à Lei Estadual nº 15.425/14.

Nos PICs, os dados dos suspeitos investigados ficam inseridos em sistema eletrônico próprio do Ministério Público, quando poderiam estar disponíveis para consulta no Instituto de Identificação e Estatística ou repartição congênere.

Na verdade, existem Institutos de Identificação em cada Unidade da Federação, com seus registros próprios, a par da repartição congênere, prevista na lei.

A mencionada repartição congênere se trata do INFOSEG, gerenciado pelo Ministério da Justiça. Os núcleos de identificação dos Estados enviam à referida repartição as informações que inicialmente são recepcionadas pelo SINIC (Sistema Nacional de Informações Criminais) que, via sistema, faz com que elas migrem ao INFOSEG, que integra nacionalmente as informações relativas à segurança pública, à identificação civil e criminal, ao controle e fiscalização, à inteligência, à justiça e à defesa civil.

Portanto, o INFOSEG, que pertence ao SINESP SEGURANÇA, constitui uma rede que integra os bancos de dados das secretarias de segurança pública de todos os Estados e Distrito Federal, incluindo termos circunstanciados e mandados de prisão, o sistema de controle de processos do Superior Tribunal de Justiça, o sistema de CPF e CNPJ da Receita Federal, o RENACH (Registro Nacional de Carteira de Habilitação), o RENAVAN (Registro Nacional de Veículos Automotores), o DENATRAN (Departamento Nacional de Trânsito), o SIGMA (Sistema de Gerenciamento Militar de Armas) do Exército, o SINARM (Sistema Nacional de Armas) e o SINIC (Sistema Nacional de Informações Criminais), estes da Polícia Federal.

A falta de previsão em lei sobre a necessidade de inserção de tais dados criminais obviamente acarreta a deficiência dos registros públicos penais que levam à impunidade, na medida em que, por exemplo, benefícios são concedidos comumente pela simples falta de informação e devido ao abastecimento dos órgãos competentes, assim como sanções deixam de ser impostas, como mencionado.

Na condução do PIC pode e deve o Ministério Público, que tem o poder de requisição, promover providências que entender necessárias, consoante o art. 13, II do Código de Processo Penal, requisitando à autoridade policial o preenchimento do BIC e posterior envio ao Instituto de Identificação e Estatística ou repartição congênere.

Assim, não cabe ao Delegado de Polícia se negar ao atendimento da requisição Ministerial embasada em procedimento investigatório criminal regularmente instaurado, ou à requisição judicial no limiar da ação penal.

Caso o suspeito não seja localizado para o preenchimento do BIC, este deverá sê-lo feito de maneira indireta, com base nas informações cadastrais existentes.

Não é cabível, contudo, que o investigado se subtraia da ação da autoridade deixando de comparecer ao ato de interrogatório sem que tivesse sido devidamente identificado. Esta conduta pode ser vencida pela condução coercitiva, tão somente para a sua identificação. Tal direito somente lhe assiste – deixar de comparecer para o ato de interrogatório – quando sua identidade física estiver estabelecida.

Nesse passo, da mesma forma em que o suspeito pode se recusar a dar sua versão no interrogatório ministerial ou policial, permanecendo calado, ele pode deixar de comparecer ao ato, desde que identificado. Porém, o BIC deve ser preenchido, como mencionado, de forma direta ou indireta, e seu conteúdo encaminhado ao Instituto de Identificação e Estatística ou repartição congênere.

À medida que visa ao devido abastecimento do banco de dados, tem o condão de:

> Evitar eventual constrangimento de terceiros por homonímia, assumindo premente função de resguardo da liberdade individual... principalmente de terceiros de boa-fé que, apenas por terem tido a infelicidade de serem seus nomes e dados de qualificação indevidamente utilizados pelos reais autores dos crimes, podem ser incriminados indevidamente (SÃO PAULO, 2019, p. 1).

Com efeito, prossegue o eminente Desembargador Grassi Neto no voto supramencionado: "*destaque-se que mencionado entendimento não conflita de modo algum com a legislação prevendo consistir o indiciamento em ato*

privativo do Delegado de Polícia (Lei nº 12.830/13), uma vez que 'ato privativo' não se confunde com "ato de iniciativa privativa" (SÃO PAULO, 2019, p. 1).

Além do mais, tal providência não viola a convicção da autoridade policial, pois como se frisou, o preenchimento do BIC está relacionado com a identidade física do agente, consistindo em um dos atos do formal indiciamento, não se confundindo com este.

É imperativo que o PIC, como poderoso instrumento de investigação a cargo do Ministério Público, utilizado pelas forças-tarefas das Promotorias de Justiça e Procuradorias da República criminais, bem como pelos grupos especializados no combate ao crime organizado, à lavagem de capitais, etc., seja devidamente instruído, com a verdadeira qualificação do suspeito na garantia do próprio direito de defesa.

E essa garantia atende a princípios constitucionais, dentre os quais o da ampla defesa, possibilitando ao suspeito que tenha conhecimento do seu *status* dentro da persecução penal, na condição de investigado.

O fato é que, como dissemos, a legislação subsequente ao Código de Processo Penal, ao estipular benesses legais e sanções decorrentes de descumprimento de normas, não previu a necessidade do armazenamento de tais informações nos institutos por ela mesma mencionados, dando azo à inconsistência nos dados criminais que comumente são supridas por medidas administrativas, que nem sempre são suficientes para a finalidade almejada.

O ideal, portanto, seria que o Congresso Nacional legislasse neste sentido, compilando os institutos acrescentados pela legislação penal ou processual posterior à vigência do Código de Processo Penal, para que os mesmos constem dos institutos de identificação e estatística ou repartição congênere, para a correta aplicação da lei.

A recente Lei nº 13.964/19, que instituiu o denominado pacote anticrime, ao criar o acordo de não persecução penal, não previu o órgão no qual o benefício legal devesse ser registrado, para fins de consulta e evitar que o acusado pudesse obter nova benesse em prazo inferior ao permitido por lei.

Logo, se a lei não prevê essa situação – como em tantas outras citadas – poderia o Conselho Nacional do Ministério Público, que detém poder normativo primário e para assegurar a existência de registros criminais fidedignos, analisar a possibilidade de alterar Resolução nº 181/17, determinando aos Promotores de Justiça e Procuradores da República que na condução do PIC requisitem à autoridade policial o preenchimento do BIC, assim que forem reunidos elementos sobre autoria e materialidade nas investigações, precedido de despacho fundamentado, para que estes sejam encaminhados ao

Instituto de Identificação e Estatística ou repartição congênere, fazendo com que, posteriormente, o PIC fosse vinculado à ação penal, eternizando os dados criminais para fins de consulta.

LUPO, F. P., PIC - Criminal Investigative Procedure. Criminal Indication and Registration. *Justitia,* São Paulo, v. 213/214/215/216, p. 100-110, Jan./Dec. 2019-2020.

- **ABSTRACT:** In this article, the author discusses the Criminal Investigative Procedure that is leaded either by the Prosecutor or by the Prosecutor General of the Republic, in investigations about general or electoral crimes, by means of depicting the suspect's indictment and its repercussions on criminal records. The author compares it with the investigation of which either the civil or the military police authority is in charge, in state or federal levels, and not only provides concepts to differentiate indicting from formal indicting, but also emphasizes the need to observe the administrative measures to properly supply the criminal database, in order to avoid impunity. He also highlights that the lack of legal provision on the bodies in which the benefits granted or sanctions imposed in the course of investigations and legal proccess shall appear turns out to favour the suspect, defendant or sentenced individual, unveiling flaws in the criminal record system. The author points out that the absence of a legal provision on the bodies in which benefits are granted or sanctions are imposed ends up favoring the suspect, the defendant or the sentenced person, revealing flaws in the criminal record system. Moreover, the author discusses the various state and federal agencies in which criminal information is stored, which implies deficiency in criminal records. Finally, the author suggests an administrative measure to fill the gaps in the law.

- **KEYWORDS:** PIC. BIC. Indictment. Criminal record. Impunity.

Referências

BRASIL. Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941. Código de Processo Penal. **Diário Oficial da União**. Brasília, 3 out. 1941.

BRASIL. Lei nº 12.830, de 20 de junho de 2013. Dispõe sobre a investigação criminal conduzida pelo delegado de polícia. **Diário Oficial da União**. Brasília, 20 jun. 2013.

BRASIL. Lei nº 13.245, de 12 de janeiro de 2016. Altera o art. 7º da Lei nº 8.906, de 4 de julho de 1994 (Estatuto da Ordem dos Advogados do Brasil). **Diário Oficial da União**. Brasília, 12 jan. 2016.

BRASIL. Lei nº 13.964, de 24 de dezembro de 2019. Aperfeiçoa a legislação penal e processual penal. **Diário Oficial da União**. Brasília, 24 dez. 2019.

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. **Diário Oficial da União**. Brasília, 24 jul. 1985.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Súmula Vinculante 14. In: Brasil. **Súmulas vinculantes**: Aplicação e interpretação pelo STF. Brasília: Secretaria de documentação, 2016, p. 79-84.

KANG, Dake. Chinese 'gait recognition' tech IDs people by how they walk. **AP News**, Beijing, 6 nov. 2018. Disponível em: < https://apnews.com/article/bf75dd1c26c947b7826d270a16e2658a>. Acesso em: 23 out. 2020.

SÃO PAULO. Assembleia Legislativa. **Lei Estadual nº 15.425, de 16/05/2014**. Institui o procedimento de inserção, nos sistemas de informação da Secretaria da Segurança Pública, das medidas protetivas de urgência previstas na Lei Federal nº 11.340, de 2006, expedidas pelo Poder Judiciário do Estado. Disponível em: <https://www.al.sp.gov.br/norma/172906>. Acesso em: 02 out. 2020.

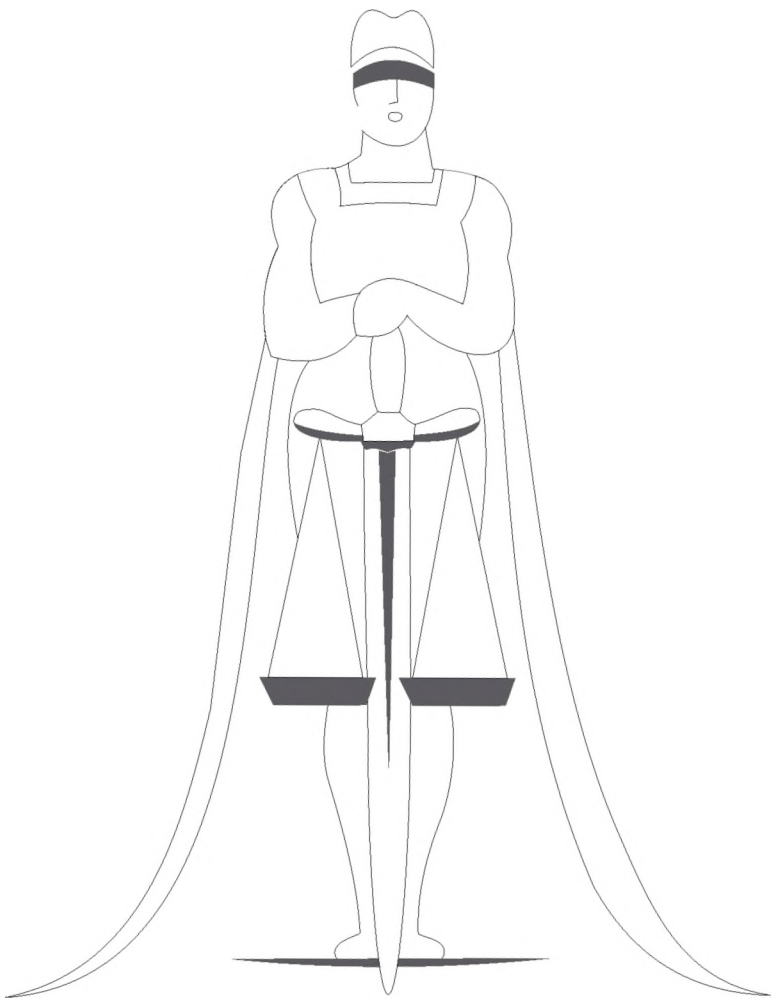
SÃO PAULO. Ministério Público. Procuradoria-Geral de Justiça. **Resolução nº 1.225/2020-PGJ, de 3 de setembro de 2020**. Disciplina a Notícia de fato (NF), Procedimento preparatório eleitoral (PPE), Procedimento investigatório criminal (PIC) e o Procedimento administrativo (PA), no âmbito do Ministério Público do Estado de São Paulo e dá outras providências. Disponível em: <http://biblioteca.mpsp.mp.br/phl_img/resoluções/1225.pdf>. Acesso em: 02 out. 2010.

SÃO PAULO. Tribunal de Justiça. Corregedoria. **Comunicado CGJ nº 882/2015**. 17 jul. 2015. Disponível em: <http://www.tjsp.jus.br/Corregedoria/Comunicados/Comunicado?codigoComunicado=6716>. Acesso em: 02 out. 2020.

SÃO PAULO. Tribunal de Justiça. **TJ-SP – HC: 22448977120188260000 SP 2244897-71.2018.8.26.000**. Relator: Grassi Neto. Data de Julgamento: 21/01/2019. 8ª Câmara de Direito Criminal. Data de Publicação: 05/02/2019.

CÍVEL

CIVIL



A Evolução da Tutela Provisória e a (não) Estabilização da Tutela de Evidência no Novo Código de Processo Civil

André Luís CHAGAS*

- **SUMÁRIO**: Introdução. 1 Breve histórico. 2 O escopo do código de processo civil de 2015. 3 Tutela provisória. 3.1 Tutela provisória antecedente e incidental. 4 A tutela de urgência. 5 A tutela de evidência. 6 A estabilização da tutela antecipada. 7 A aplicação do instituto da estabilização a tutela de evidência. Conclusão. Referências.

- **RESUMO:** Este artigo é um breve estudo sobre o Livro V (Da Tutela Provisória), Título I (Disposições Gerais) do Novo Código de Processo Civil, promulgado em 18 de março de 2015 (Lei Federal n.º 13. 105/2015). Passa-se por um breve histórico da tutela antecipada, até mesmo como uma obrigação de mostrar um pouco da evolução legislativa nessa seara. Inicia-se com o Código de Processo Civil de 1973, o qual teve diversas alterações legislativas até o novo Código de Processo Civil entrar em vigor. O novo Código de Processo Civil alterou nome de tutela antecipada para tutela provisória. Esse novo diploma processual vem ao encontro dos princípios inseridos na Constituição Federal de 1988 (*v. g.* legalidade, igualdade, segurança jurídica, motivações das decisões, ampla defesa, contraditório, razoável duração do processo e o devido processo legal). O novo diploma processual, na seara das tutelas provisórias trouxe em seu artigo 304 a denominada "estabilização da tutela de urgência". Cabe ressaltar, que este novo instituto passa por críticas por parte da doutrina, porque não poderia ser restrito apenas a tutela de urgência, devendo abranger também a tutela de evidência, mesmo que este instituto esteja dentro do Título III (Tutela

* Especializado em Direito Processual Civil pelo Centro Universitário (UNINTER) Graduado em Direito pela Universidade de Uberaba (UNIUBE). Estagiário da Defensoria Pública do Estado de Minas Gerais (DPMG). Estagiário da Procuradoria do Estado de Minas Gerais. Estagiário a Justiça Federal, em Uberaba, Minas Gerais (TRF1). Estagiário do Ministério Público do Estado de Minas Gerais (MPMG). Assessor de Promotoria de Justiça no Ministério Público do Estado de Goiás (MPGO), por quase 10 anos. Advogado Licenciado.

de Urgência), Capítulo II (Do Procedimento da Tutela Antecipada Requerida em caráter antecedente).

- **PALAVRAS-CHAVE:** Tutela. Provisória. Urgência. Evidência. Novo. Processo. Civil. Estabilização. Constituição. Federal.

Introdução

O novo Código de Processo Civil trouxe diversas modificações em comparação ao diploma processual civil de 1973, principalmente, na parte das tutelas antecipas (provisórias).

A primeira modificação a ser apontada é o título dado ao capítulo que anteriormente era denominado de "Tutela antecipada" (art. 273, CPC/1973) e passou a chamar-se de "Tutelas Provisórias" (artigo 294 e seguintes, CPC/2015).

Já a segunda, pode-se dizer que são as tutelas de urgência, evidência e cautelar. A tutela de urgência apresenta-se de uma forma mais abrangente que as demais. A tutela de evidência é uma das novidades desse novo diploma processual. A tutelar cautelar continua existindo, mas deixou de ter um capítulo especifico

A terceira, na verdade não é uma alteração, mas uma inovação, que é estabilização da tutela de urgência (forma expressa). O novo código processual inseriu esse instituto dentro do Título II (Tutela de Urgência), no artigo 304. Com isso, questiona-se, nesse trabalho, se é possível a aplicação do instituto da estabilização à tutela de evidência.

Assim, esse conciso artigo percorrerá por um breve histórico das tutelas com as suas diversas modificações ao longo do tempo até o novo Código de Processo Civil (Lei Federal n.º 13.105/2015), o qual veio trazer ao caso concreto, melhor prestação jurisdicional e satisfação social por meio de segurança jurídica.

1 Breve Histórico

No Código de Processo Civil de 1973, quando promulgado, não trouxe em seu texto original a previsão da antecipação dos efeitos da sentença satisfativa, pois neste caso, eram situações excepcionais.

No decorrer da década 1990, o diploma processual passou por diversa alterações, na busca de adequar-se à Constituição da República de 1988.

A tutela antecipada surge com a intenção de eliminar o dano que está acontecendo ou que se evite que ele aconteça, assim, não necessitando que espere até o julgamento definitivo, pois sabe-se que a demora para se chegar a sentença não faz justiça. Pode-se denominá-la de tutela de urgência.

Os preceitos constitucionais estão dentro da tutela antecipada, em que o Judiciário deverá ser o mais rápido possível em seus julgamentos, sob pena de se ter uma decisão sem eficácia.

Sempre houve uma necessidade de demonstrar na tutela antecipada a sua urgência e uma decisão judicial preliminar sobre determinado fato, o qual não pode esperar o final do processo, antecipando os seus efeitos de caráter provisório[1], a qual pode ser no total ou parcial.

Sabe-se ainda que para estes fatos, a decisão é precária podendo ser alterada ou casada, a qualquer tempo, até que seja sentença ser proferida nos autos.

Desta forma, o juízo busca a efetividade processual e evitar que a demora processual provoque maiores danos. Neste sentido, o Código de Processo Civil de 1973 foi ao encontro da Constituição Federal de 1988, ao buscar uma agilidade na prestação jurisdicional.

A tutela antecipada tem a finalidade de antecipar os efeitos da sentença, uma vez que que na petição inicial tenha apresentado relevância e urgência do fato apresentado e juízo entenda que nos autos tenha-se verossimilhança e haja o perigo da demora.

Nesta época, as implicações da tutela antecipada poderiam ser satisfativas e cautelares.

Além disso, ressaltava o antigo diploma processual civil de 1973, após passar pela alteração da Lei Federal n.º 8.952, de 13 de dezembro de 1994, deu mais efetividade ao processo judicial, ao permitir a antecipação dos efeitos, nos casos de prejuízo irreparável e abuso de direito.

Com essa reforma nasceu a probabilidade da antecipação da tutela no processo de conhecimento exauriente, abolindo a obrigação de o autor – para obter uma tutela concisa satisfativa.

Essa decisão do juízo, é declarativa, porque ele está diante da probabilidade da existência de um direito e declara haver ameaça e no caso de demora de uma decisão, pode-se ser irreversível.

Em suma, pode-se dizer que a tutela antecipada possui eficácia imediata, com natureza satisfativa e cautelar, podendo ser urgente, mas, princi-

[1] Da Silva (2006; p. 86) explica que a diferença entre provisório e temporário, ao falar que: *"o provisório é sempre preordenado a ser 'trocado' pelo definitivo que goza de mesma natureza" e "o temporário é definitivo, nada virá em seu lugar (de mesma natureza), os seus efeitos são limitados no tempo, e predispostos à cessação".*

palmente, evitar dando irreparável, a decisão sumária pode ser perpetuada na sentença.

2 O escopo do código de processo civil de 2015.

O novo Código de Processo Civil vem ao encontro dos princípios constantes na Constituição Federal de 1988, pois assim expôs A Comissão (2016, p. 248), na exposição de motivos explica que o novo Código de Processo Civil adota direitos:

> Um sistema processual civil que não proporcione à sociedade o reconhecimento e a realização dos direitos, ameaçados ou violados, que têm cada um dos jurisdicionados, não se harmoniza com as garantias constitucionais de um Estado Democrático de Direito. Sendo ineficiente o sistema processual, todo o ordenamento jurídico passa a carecer de real efetividade. De fato, as normas de direito material se transformam em pura ilusão, sem a garantia de sua correlata realização, no mundo empírico, por meio do processo.

Pode-se ainda dizer que o processo é o meio pelo qual as partes, quando em litígio, e o(s) interessado(s), em jurisdição voluntária, buscam um terceiro imparcial, o Estado-Juiz.

Essa busca ao Estado-juiz, não é para este mostrar uma solução, mas propõe meios por princípios, leis e análise do caso concreto, resolverem o presente caso, a fim de dar paz aos espíritos anteriormente irrequietos.

Com isso, alvitra-se a aplicação de forma objetiva, baseados em princípios e leis, na subjetividade dos casos apresentados., conforme citado por professor italiano Concas Alessandra em sua obra Processor Civel:

> "È il processo attraverso il quale un giudice viene di solito investito del compito di risolvere una controversia insorta tra due o più soggetti privati o tra questi e un ente pubblico in relazione a un rapporto privatistico, in genere rapporti patrimoniali, fermo restando che oggetto del processo civile possono essere diverse situazioni o status che hanno anche rilevanza pubblicistica, basti pensare al processo rivolto a ottenere la pronuncia di separazione o di divorzio.
> (...)

La figura del processo è strettamente legata a quella della tutela, essendo questa necessariamente giudiziale ed esaurendo di solito il suo compito nell'apparato processuale con una pronuncia del giudice.
Partendo da questo presupposto, tra le molte considerazioni in dottrina sulla reale funzione del processo ce ne sono due principali.
La più antica vede il processo come lo strumento che assiste il singolo per la realizzazione e l'esercizio di un suo diritto, l'altra, prevalente in quasi l'intero Novecento, considera il processo come una funzione pubblica diretta alla reintegrazione del diritto oggettivo.
Abbandonata la prima impostazione sulla scia anche dell'influenza tedesca, si è capito con il tempo che non faceva coincidere molto il processo con la sua vera funzione originaria, vale a dire lo scopo della tutela dei diritti del singolo. Disciplinando la natura delle varie forme di tutela e lasciando modi e forme al codice di rito, questa sistemazione offre notevoli punti di riflessione ma soprattutto riconosce implicitamente che non è il processo ad offrire in modo esclusivo tutela ai singoli, ma anche altre forme come la trascrizione e la prescrizione.".[2]

[2] É o processo pelo qual um juiz geralmente investe a tarefa de resolver uma disputa que surgiu entre dois ou mais assuntos particulares ou entre eles e um órgão público em relação a um relacionamento privado, geralmente relações de propriedade, sem prejuízo do fato de que elas são objeto do julgamento. civil pode ser situações ou status diferentes que também têm relevância publicitária, basta pensar no processo que visa obter o pronunciamento de separação ou divórcio.(...) A figura do julgamento está intimamente ligada à da proteção, sendo esta necessariamente judicial e geralmente esgotando sua tarefa no aparato processual com um julgamento do juiz. Partindo dessa suposição, entre as muitas considerações da doutrina sobre a real função do processo, há duas principais. O mais velho vê o processo como a ferramenta que auxilia o indivíduo na realização e exercício de seu direito; o outro, predominante em quase todo o século XX, considera o processo como uma função pública voltada para a reintegração do direito objetivo. Tendo abandonado a primeira abordagem após a influência alemã, ficou claro ao longo do tempo que o processo não coincidia muito com sua verdadeira função original, a saber, o objetivo de proteger os direitos do indivíduo. Ao regular a natureza das várias formas de proteção e deixar caminhos e formas para o código ritual, esse arranjo oferece pontos significativos de reflexão, mas acima de tudo reconhece implicitamente que não é o processo que oferece aos indivíduos a proteção exclusiva, mas também outras formas, como a transcrição. e prescrição. (Tradução livre).

Assim, com a revogação do Código de Processo Civil de 1973, busca-se uma melhor satisfação aos anseios sociais, bem como uma prestação jurisdicional mais célere e amparada nos princípios constitucionais, que norteiam o ordenamento jurídico brasileiro.

Tudo isso, é para que as partes possam chegar a um consenso, conformidade das partes ou interessados uma conciliação amigável.

Para isso, as leis atuais disponibilizam da arbitragem e conciliação, bem como as tentativas de conciliação durante as audiências.

Ao modernizar, o novo Código de Processo Civil trouxe a ideia de Sócrates, que é eliminar a ignorância e trazer o conhecimento.

O que isso tem a haver com o processo civil? Tudo.

Primeiro as duas partes entendem que elas têm razão absoluta sobre o objeto que está em conflito.

Neste ponto, deve-se observar o núcleo da discussão, denominada objeto.

Após identificação do objeto central da discussão, deve ser mostrado as partes o que o outro lado estava pensamento.

E em por muito caso, isto bastará para se por fim a pretensa ação, instante em que uma parte reconhecer do direito do outro, com isso, chega-se ao meio termo, a um acordo.

Caso ainda não seja possível o reconhecimento do direito, deve-se mostrar as vantagens da conciliação para as partes. Ademais, necessita esclarecer o poder e limite que elas têm sobre a resolução na forma amigável.

Porém, isso só é possível após eliminar todas as opiniões e ficar apenas o conhecimento sobre o fato (Pessanha, 1987).

> Essa concepção de alma torna compreensível a tese socrática de que virtude é conhecimento e que, por conseguinte, ninguém erra deliberadamente. Só que aquele conhecimento nada teria a ver com as opiniões flutuantes e geralmente infundadas. O conhecimento que Sócrates identifica à aretê é a episteme (ciência), não a doxa (opinião). E essa episteme — que não pode ser ensinada — não constitui uma ciência sobre coisas ou informações voltadas para a obtenção de prestígio ou de riquezas: é o conhecimento de si mesmo, a autoconsciência despertada e mantida em permanente vigília. Bom é, assim, o homem autoconstruído a partir de seu próprio centro e que age de acordo com as exigências de sua almaconsciência: seu oráculo interior finalmente decifrado.

Portanto, o novo Código de Processo Civil tem por finalidade trazer as partes o conhecimento claro do objeto a ser resolvido, na melhor das hipóteses de forma pacífica, ou seja, conciliatória.

3 Tutela provisória[3]

A tutela provisória, em singelas palavras, é a qual o Estado-Juiz tomará uma decisão antes da fase decisória do processo (sentença definitiva).

Logo a situação apresentada pelo requerente/autor é tão grave que não se pode esperar que o processo tramita por todas as suas fases, até atingir o estado de maturação, para ser proferida a sentença.

Noutras palavras, mesmo que esta sentença lhe seja procedente, a demora causada pelo tempo das fases processuais, já lhe provocou ofensa irreparável, que não lhe satisfará mais o direito pretendido.

Nesse sentido, explana Diddier (2016; p. 567) que acrescenta que a tutela não pode esperar a sentença definitiva o momento para se decidir sobre o deferimento ou indeferimento, pois são situações concretas que ardem e não pode esperar o tramite normalmente.

> A principal finalidade da tutela provisória é abrandar os males do tempo e garantir a efetividade da jurisdição (os efeitos da tutela). Serve, então, para redistribuir, em homenagem ao princípio da igualdade, o ônus do tempo do processo, conforme célebre imagem de Luiz Guilherme Marinoni. Se é inexorável que o processo demore, é preciso que o peso do tempo seja repartido entre as partes, e não somente o demandante arque com ele.

A tutela provisória é deflagrada da tutela jurisdicional e se divide em satisfativa (efetiva) e cautelar (não satisfativa; assecuratória).

A princípio, o novo Código de Processo Civil escolheu o termo tutela provisória para definir os pedidos que não podem esperar chegar a sentença. Essa tutela provisória divide-se em urgência (cautelar e antecipada) e de

[3] **"Conceito de liminar.** É medida de antecipação provisória de alguns dos efeitos da tutela pretendida de forma principal (*principaliter*), efeitos estes que repercutem no plano fático. Pode ou não ter caráter cautelar e tem previsão legal para ser concedida em vários tipos de ação (MS, ACP, ação cautelar, ação possessória etc.)". (JÚNIOR NERY, Nelson. Nery, Rosa Maria de. 2018. P. 817)

evidência, no entanto, essa decisão pode ser revogada ou modificada a qualquer tempo.

Nesta seara, o novo Código de Processo Civil, inovou, ao cria uma parte geral para todas as espécies de tutelas.

Como no antigo Código de Processo Civil de 1973, a tutela provisória terá uma decisão sumária alicerçada na probabilidade do direito (*fumus boni iuris*) e aparência do direito pleiteado, caso necessário o juízo poderá definir algumas medidas para a sua efetivação.

O grupo de estudo do Fórum Permanente de Processualistas Civis, em seu enunciado nº 143 (2016; p. 27) explicou que:

> A redação do art. 300, *caput*, superou a distinção entre os requisitos da concessão para a tutela cautelar e para a tutela satisfativa de urgência, erigindo a probabilidade e o perigo na demora a requisitos comuns para a prestação de ambas as tutelas de forma antecipada.

A decisão liminar significar dizer que é uma decisão inicial, mesmo que não haja a citação da parte contrariaria (*inaudita altera parte*) ao dedicar-se as tutelas provisórias.

Assim, pode-se afirmar que a liminar é um sentido genérico para definir as tutelas antecipadas de natureza executiva. Como é usada para generalizar, não há um procedimento específico para ela, pois a não previsão legal para determinar, qual o seu procedimento, ou seja, assim como não houver antevisão de liminar.

Neste caso, a verdade é que se anteceda não é a tutela (prestação jurisdicional), entretanto, a antecipação é dos efeitos da sentença ao caso concreto apresentado na peça inicial.

Ao antagônico, ocorre com a tutela de urgência, que é possível a sua aplicação quando houve expresso na lei o procedimento a ser seguido para a que o requerido possa pleitear.

Já a tutela provisória é específica para conceder medidas de urgência satisfativa. Com a tutela de evidência, essa pode ser tanto liminar, como antecipada, porque coexiste naturezas diferentes, nesse sentido, é a exposição de Neves (2016, p. 411):

> Com a tutela de evidência ocorre fenômeno um pouco distinto, porque mesmo naqueles procedimentos em que há previsão de liminar, será possível sua concessão.

> Afinal, são tutelas que podem coexistir em razão de suas diferentes naturezas. Dessa forma, é possível que a parte, mesmo havendo previsão de liminar no procedimento, não consiga preencher o requisito associado ao "tempo como inimigo", sendo, entretanto possível pleitear a tutela de evidência que não tem entre seus requisitos o perigo do tempo.

Melhores são as palavras do Ministro do Supremo Tribunal Federal Fux (2000, p. 14) sustenta que:

> A previsão na Carta Maior revela a eminência desse poder dever de judicar nos limites do imperioso. Satisfazer tardiamente o interesse da parte em face da evidência significa violar o direito maior ao acesso à justiça e, consectariamente, ao devido processo instrumental à jurisdição requerida. A tutela imediata dos direitos evidentes, antes de infirmar o dogma do *due process of law*, confirma-o, por não postergar a satisfação daquele que demonstra em juízo, de plano, a existência da pretensão que deduz.

Sabe-se, ainda, que o deferimento da decisão provisória, não vinculará o juízo no instante em que for proferir a sentença, pois o julgamento definitivo é de livre convencimento (Nery Júnior, 2004, p. 519).

Contudo, essa decisão sumária possui limites ao julgador, portanto o juízo não tem acesso de todo o fato a ser debatido. Sobre o tema, ilustra Neves (2016, p. 411) que:

> A tutela provisória é preferida mediante cognição sumária, ou seja, o juiz, ao concedê-la, ainda não tem acesso a todos os elementos de convicção a respeito da controvérsia jurídica. Excepcionalmente, entretanto, essa espécie de tutela poderá ser concedida mediante cognição exauriente, quando o juiz a concede em sentença.
> concessão da tutela provisória é fundada em juízo de probabilidade, ou seja, não certeza da existência do direito, mas uma aparência de que esse direito exista. É consequência natural da cognição sumária realizada pelo juiz na convicção dessa espécie de tutela. Se ainda não teve acesso a todos os elementos de convicção sua decisão não será fundada na certeza, mas na mera aparência – ou probabilidade - de o direito existir.

Essas tutelas antecipadas ou provisórias podem ser separas em cautelares, e urgência e evidência. A tutela de urgência é a única que pode ser antecipada, segundo o novo Código de Processo Civil.

Com isso, a tutela provisória se caracteriza por sumariede, precariedade e estabilização.

3.1 Tutela provisória antecedente e incidental

A tutela provisória de urgência, cautelar ou antecipada podem ser pleiteadas na forma antecedente e incidental, enquanto, a tutela de evidência apenas de caráter incidental.

"*A tutela provisória antecedente é aquela que deflagra o processo em que se pretende, no futuro, pedir a tutela definitiva. É requerimento anterior à formulação do pedido de tutela definitiva e tem por objetivo adiantar seus efeitos (...)*". (Diddier, 2016, p. 571).

"*A tutela provisória incidental é requerida dentro do processo em que se pede ou se já pediu a tutela definitiva, no intuito de adiantar seus efeitos (satisfação ou acautelamento)*". (Diddier, 2016, p. 571).

4 A tutela de urgência

O Novo Código de Processo Civil trouxe alterações no instituto da tutela de urgência, além de ressaltar os princípios constitucionais: da duração razoável do processo e celeridade, com a fim de garantir a maior efetividade ao processo (art. 5º, inciso XXXV, da Constituição Federal).

Em especial, no caso da tutela de urgência, de caráter geral, tem por finalidade uma proteção do Estado, em situações que não podem esperar o tramite regular do processo, porque há situações que não podem esperar, tem que ser decidida exatamente naquele momento, sob pena perecer o direito da parte.

Encontra-se dentro, a Lei Federal nº 13.105/2015, na seara: Livro V, "Da Tutela Provisória"; Título II – Da Tutela de Urgência.

Nos termos do artigo 294 e 311 do Novo Código de Processo Civil as tutelas jurisdicionais provisórias, são tutelas não definitivas, concedidas pelo juízo de conhecimento prévio.

> Art. 300. A tutela de urgência será concedida quando houver elementos que evidenciem a probabilidade do direito e o perigo de dano ou o risco ao resultado útil do processo.

> § 1º Para a concessão da tutela de urgência, o juiz pode, conforme o caso, exigir caução real ou fidejussória idônea para ressarcir os danos que a outra parte possa vir a sofrer, podendo a caução ser dispensada se a parte economicamente hipossuficiente não puder oferecê-la.
> § 2º A tutela de urgência pode ser concedida liminarmente ou após justificação prévia.
> § 3º A tutela de urgência de natureza antecipada não será concedida quando houver perigo de irreversibilidade dos efeitos da decisão.
> Art. 301. A tutela de urgência de natureza cautelar pode ser efetivada mediante arresto, sequestro, arrolamento de bens, registro de protesto contra alienação de bem e qualquer outra medida idônea para asseguração do direito.
> Art. 302. Independentemente da reparação por dano processual, a parte responde pelo prejuízo que a efetivação da tutela de urgência causar à parte adversa, se:
> I - a sentença lhe for desfavorável;
> II - obtida liminarmente a tutela em caráter antecedente, não fornecer os meios necessários para a citação do requerido no prazo de 5 (cinco) dias;
> III - ocorrer a cessação da eficácia da medida em qualquer hipótese legal;
> IV - o juiz acolher a alegação de decadência ou prescrição da pretensão do autor.
> Parágrafo único. A indenização será liquidada nos autos em que a medida tiver sido concedida, sempre que possível.

As tutelas jurisdicionais provisórias são gênero, do quais tutela de urgência e tutela de evidência são espécies.

O art. 300 estabelece que: *"a tutela de urgência será concedida quando houver elementos que evidenciam a probabilidade do direito e o perigo de dano ou o risco ao resultado útil do processo"*, diferentemente da tutela de evidência que independe de tais requisitos, vez que a sua concessão independe da demonstração de perigo de dano ou de risco ao resultado útil do processo, conforme estabelece a redação do art. 311 do NCPC.

Impende destacar, que o Novo Código de Processo aplica instituto da tutela antecipada os casos em que não houver perigo de irreversibilidade dos efeitos da decisão art. 300, § 3º.

Ademais, as tutelas provisórias antecipadas buscam garantir a efetividade do direito material, enquanto as cautelares asseguram a efetividade do processo.

Com isso, cabe o autor/requerente demonstra nos autos que, o não deferimento do pedido de tutela provisória, pode prejudicar a efetividade de processo, o que basicamente se resume em exposição dos fatos, sustentação do direito e corroboração nas provas.

Ainda, caso o pedido não seja exposto de forma satisfatória, sendo antes da citação do réu/requerido, poderá ele alterar, complementar com novas provas e reiterando no pedido de confirmação, ao final do processo (artigo 303, § 1º, inciso I, Código de Processo Civil de 2015).

Agora, se houve o indeferimento do pedido de tutela de urgência, o autor/requerente terá o prazo de 5 (cinco) dias, para interpor recurso contra a decisão.

Nesta esteira, o efeito da tutela de urgência antecipada tornar-se estável, se da decisão que conceder a tutela, se não for interposto recurso, de agravo de instrumento, por parte do réu/requerido, nos termos do artigo 304. Neste caso, a tutela de urgência passará a ter características de estabilidade e deixa de ter o caráter provisório.

Neste caso, o deferimento judicial obrigatoriamente dará efeitos estáveis a tutela provisória, se o réu/requerido não impugnar dentro do prazo legal. Com isso, essa estabilidade só poderá ser revogada por outra decisão.

Importante ressaltar, que a conservação do deferimento da tutela de urgência manterá sua eficácia, mesmo que o réu/requerido deixe o prazo *in albis*, resolvendo de forma definitiva o conflito em análise.

É preciso que haja requerimento da parte, pois o juízo é inerte, ou seja, o juízo não age de ofício, sem a devida provocação da parte.

Para a concessão da tutela de urgência, o juiz ainda poderá exigir caução real ou fidejussória idônea para ressarcir os danos que a outra parte possa vir a sofrer, podendo ser dispensada se a parte economicamente hipossuficiente não puder oferecê-la (art. 300, §1º).

Essa disposição se uni ao artigo 302, que institui as possibilidades nas quais, sem prejuízo de eventual indenização por dano processual, a parte favorecida da tutela de urgência contraporá pelas perdas que a efetivação da medida houver causado à outra parte.

Por fim, sobressai que existirá a probabilidade de concretização de defesa prévia para a concessão da tutela de urgência (artigo300, §2º) e, também,

que a "*tutela de urgência de natureza antecipada não será concedida quando houver perigo de irreversibilidade dos efeitos da decisão.*" (§3º).

5 A tutela de evidência

A tutela de evidência é uma das modalidades das tutelas provisórias de natureza satisfativa, com o fim de buscar a evitar a perca demora no julgamento do fato apresentado, antes da sentença definitiva, também conhecida como tutela antecipada não urgente.

Este instituto encontra-se amparado no artigo 311 do diploma processual civil de 2015, no Título III.

> Art. 311. A tutela da evidência será concedida, independentemente da demonstração de perigo de dano ou de risco ao resultado útil do processo, quando:
> I - ficar caracterizado o abuso do direito de defesa ou o manifesto propósito protelatório da parte;
> II - as alegações de fato puderem ser comprovadas apenas documentalmente e houver tese firmada em julgamento de casos repetitivos ou em súmula vinculante;
> III - se tratar de pedido reipersecutório fundado em prova documental adequada do contrato de depósito, caso em que será decretada a ordem de entrega do objeto custodiado, sob cominação de multa;
> IV - a petição inicial for instruída com prova documental suficiente dos fatos constitutivos do direito do autor, a que o réu não oponha prova capaz de gerar dúvida razoável.
> Parágrafo único. Nas hipóteses dos incisos II e III, o juiz poderá decidir liminarmente.

Essa tutela tem a finalidade de uma melhor prestação jurisdicional, aferindo na celeridade e efetividade do processo, com afinco constitucional, de evitar a morosidade da esfera judiciária. É notório que o atraso na prestação jurisdicional não traz a satisfação de direito[4].

[4] "Luiz Fux afirma que a lentidão do processo ordinário, por gerar atraso na satisfação da prestação posta em juízo, pode caracterizar a espera da parte como injusta, caso esta apresente um direito considerado evidente. Sem trabalhar nas circunstâncias de "risco de dano no caso concreto", o autor exemplifica o direito evidente como aquele demonstrável de pronto por meio de prova documental, o direito assentado em fatos incontroversos, notórios,

Este instituto pode ser aplicado no procedimento comum e nos procedimentos especiais.

Este rol exposto acima, também poderá ser aplicado ADI, ADC e ADPF, reguladas pelas Leis nos 9.882/99 e 9.896/99, bem como ações de improbidade administrativa.

Neste caso, há uma demonstração do auto/requerente junto com a peça inicial de verossimilhança e credibilidade da prova documental, sobre a existência do direito pleiteado, com julgados de casos repetitivos ou sumulas vinculantes, como explica o Ministro Ricardo Lewandowski, do Supremo Tribunal Federal – STF – O Guardião da Constituição:

> "(...) a tutela de evidência pode ser deferida liminarmente, independentemente da demonstração de perigo de dano ou de risco ao resultado útil do processo, quando as alegações de fato puderem ser comprovadas apenas documentalmente e houver tese firmada em julgamento de casos repetitivos ou em súmula vinculante (art. 311,caput, parágrafo único, do CPC)". (STF. AO 2482 MC-AgR, Relator(a): RICARDO LEWANDOWSKI, Tribunal Pleno, julgado em 04/05/2020, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-122 DIVULG 15-05-2020 PUBLIC 18-05-2020)

Há de lembrar que não é um julgamento definitivo do mérito, mas uma prévia a análise do juízo dos fatos e fundamentos jurídicos apresentados na peça inicial, com isso, não faz coisa julgada.

Aqui, o julgamento pode ser total ou parcial, em que necessita uma prova meramente documental. Este julgamento pode ser antecipado, sempre que houver demonstração clara do seu direito:

---

o direito a coibir um suposto atuar com base em "manifesta ilegalidade", o direito calcado em questão estritamente jurídica, o direito assentado em fatos confessados noutro processo ou comprovados através de prova emprestada obtida sob contraditório ou em provas produzidas antecipadamente, o direito calcado em fatos sobre os quais incide presunção jure et de jure de existência e em direitos decorrentes da consumação de decadência ou da prescrição". (LAMY. Eduardo. **Tutela provisória**. São Paulo. Atlas, 2018. P. 36 apud FUX, Luiz. **Tutela de segurança e tutela da evidência**. São Paulo: Saraiva, 1996. p. 313-316)

> Enaltece o legislador aquilo a que, na doutrina, se tem chamado de *tutela de evidência sem urgência* ou *tutela de evidência pura*, que corresponde "à tutela de um direito que, de tão claro, impele a uma rápida proteção jurisdicional", hipótese em que, "embora não haja o risco de dano à esfera jurídica do autor (grau nenhum) ou embora este risco seja desprezível (grau mínimo), o juiz decide conceder a tutela em face da certeza ou quase certeza do direito alegado (grau máximo)".
> Algo evidente, a rigor, seria aquilo que não dependeria de prova. Mas na maior parte dos casos descritos no art. 311 do CPC/2015 exige-se prova documental. O sentido com que o legislador emprega a expressão "evidência", assim, é bastante largo. (MEDINA, 2017. p 370/371)

A sua análise será em caráter provisório, motivo qual o Código de Processo Civil de 2015, a fim de possibilitar o deferimento em *inaudita altera parte*.

O Supremo Tribunal Federal (STF) e o Superior Tribunal de Justiça (STJ) tem acatado a aplicação do instituto de tutela de evidência *inaudita altera parte* apenas para os incisos II e II do artigo 311 do CPC.

Ainda, resta a manutenção da fungibilidade das tutelas provisórias, em que o juízo poderá concedê-la nos casos concretos do artigo 297. Além disso, impende lembrar que cabe a reversibilidade dos efeitos da decisão que a concede.

Pode-se resumir nas palavras do Ministro do Supremo Tribunal Federal Luiz Fux (2011, p. 17/18), um breve histórico e explicação sobre o tema em tela, pois ele expõe que sobre o fato não haver mais necessidade de ser ter um capítulo especifico sobre tutela cautelar, com havia no Código de Processo Civil de 1973 e que a tutela de evidência é uma tutela de cautela antecipada:

> A eliminação do livro próprio permitiu conferir o adequado tratamento à tutela cautelar, sendo certo que, quando antecedente, incidia o processo e na mesma relação processual instaura-se a ação principal.
> A tutela de urgência satisfativa, que na sua essência se difere da tutela cautelar pela diversidade do periculum in mora, neste último caso, incidente sobre a utilidade do processo, ao passo que naquele outro o risco é para o direito da parte, por isso que Calamandrei aduzia a instrumentalidade ao quadrado da tutela acautelatória, submete-se ao mesmo regime quando antecedente.

> A novidade também se operou quanto aos direitos líquidos e certos de uma parte em face da outra.
> Entendeu a comissão que nessas hipóteses em que uma parte ostenta direito evidente, não se revelaria justo, ao ângulo do princípio da isonomia, postergar a satisfação daquele que se apresenta no processo com melhor direito, calcado em prova inequívoca, favorecendo a parte que, ao menos prima facie, não tem razão.
> A tutela da evidência não é senão a cautela antecipada que dispensa o risco de dano para ser deferida, na medida em que se funda no direito irretorquível da parte que inicia a demanda.

Abordar, em estreita síntese, de um caso em que o juízo abrevia ao requerente os efeitos da tutela, mesmo não havendo urgência para a sua aquisição, por imediata, o princípio da razoável duração do processo (art. 5º, inciso LXXVIII, da Constituição da República).

O Código de Processo Civil de 2015 expandiu, intensamente, as presunções de tutela da evidência, antes limitada à razão encontrada no artigo 273, inciso II, do Código de Processo Civil de 1973 (abuso do direito de defesa ou manifesto propósito protelatório do réu) e de alguns poucos procedimentos especiais, como a possessória de rito especial (CPC/ 2015, art. 558 e 563).

Em caso prático, o Supremo Tribunal Federal – STF – O Guardião da Constituição -, afirmou no episódio que para as ações civis públicas não se faz necessários a invocação do instituto da urgência, satisfazendo para tanto, a aplicação da tutela de evidência[5].

[5] "Contra a decisão proferida no agravo de instrumento, houve recurso especial, no qual se entendeu, à luz da legislação infraconstitucional, que o decreto de indisponibilidade de bens em ação civil pública constitui tutela de evidência e, portanto, dispensa a comprovação da urgência, sendo suficiente para a concessão da medida a comprovação, em cognição sumária, de que o ato de improbidade causou lesão ao patrimônio público ou ensejou enriquecimento ilícito. (...) Ora, também na tutela de evidência se encontra presente a avaliação subjetiva do magistrado e é inexistente a manifestação conclusiva de procedência. Por óbvio, não se ignora a possibilidade de a decisão prolatada como tutela da evidência transitar em julgado – mas, então, o que se tem é conversão da tutela provisória em tutela definitiva. Ademais, o simples fato de se estar a debater, em grau recursal, o conteúdo da decisão em que se decretou a indisponibilidade de bens evidencia seu caráter provisório, desprovido de definitividade". (STF. RE 944504 AgR, Relator(a): DIAS TOFFOLI, Segunda Turma, julgado em 20/10/2017, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-251 DIVULG 31-10-2017 PUBLIC 06-11-2017)

Observa-se que este instituto não uma inovação do novo diploma processual, mas uma fixação de forma clara o que já previa no antigo Código de Processo Civil.

Diante disso, a Tutela de Evidência aparece como instrumento proposto a aferir maior efetividade na prestação jurisdicional.

6 A estabilização da tutela antecipada

O novo Código de Processo Civil trouxe em seu artigo 304 a estabilização da tutela antecipada de urgência.

Sobre o tema, o professor Diddier (2016, 604) revela que ela pode ser de caráter antecipado e, caso, não seja impugnada pela parte contraria, terá seus efeitos prementes até decisão em sentido contrário:

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

Segundo dispõe o artigo 304, pode a tutela antecipada de urgência tornar-se estável se da decisão que a conceder não for interposto o recurso. Neste caso, não há precisa do aditamento da inicial a que cita o artigo 303, § 1º, inciso I, do Código de Processo Civil de 2015.

No julgamento, em recurso repetitivo, Tema 988, o SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA (STJ – O Tribunal da Cidadania) afirmou que "Apenas a interposição de agravo de instrumento contra a decisão antecipatória dos efeitos da tutela requerida em caráter antecedente é que se revela capaz de impedir a estabilização, nos termos do disposto no art. 304 do Código de Processo Civil."

Desta forma, o STJ pois fim a uma discussão doutrinária em volta do referido artigo. 1.015 do Código de Processo Civil ao afirmar que a decisão que

defere a liminar de evidência e não é impugnada, torna-se estável, ou seja, estabiliza a tutela.

> "A não utilização da via própria – agravo de instrumento – para a impugnação da decisão mediante a qual deferida a antecipação da tutela em caráter antecedente, tornará, indubitavelmente, preclusa a possibilidade de revisão, excetuando a hipótese da ação autônoma. Não merece guarida o argumento de que a estabilidade apenas seria atingida quando a parte ré não apresentasse nenhuma resistência, porque, além de caracterizar o alargamento da hipótese prevista para tal fim, poderia acarretar o esvaziamento desse instituto e a inobservância de outro já completamente arraigado na cultura jurídica, qual seja, a preclusão. Isso porque, embora a apresentação de contestação tenha o condão de demonstrar a resistência em relação à tutela exauriente, tal ato processual não se revela capaz de evitar que a decisão proferida em cognição sumária seja alcançada pela preclusão, considerando que os meios de defesa da parte ré estão arrolados na lei, cada qual com sua finalidade específica, não se revelando coerente a utilização de meio processual diverso para evitar a estabilização, porque os institutos envolvidos – agravo de instrumento e contestação – são inconfundíveis. Interpretação diversa acabaria impondo requisitos cumulativos para o cabimento da estabilização da tutela deferida em caráter antecedente: i) a não interposição de agravo de instrumento; e ii) a não apresentação de contestação. Ora, tal conclusão não se revela razoável, porquanto a ausência de contestação já caracteriza a revelia e, em regra, a presunção de veracidade dos fatos alegados pela parte autora, tornando inócuo o inovador instituto. Outrossim, verifica-se que, durante a tramitação legislativa, optou-se por abandonar expressão mais ampla – "não havendo impugnação" (sem explicitação do meio impugnativo) – e o art. 304 da Lei n. 13.105/2015 adveio contendo expressão diversa – "não for interposto o respectivo recurso". Logo, a interpretação ampliada do conceito caracterizaria indevida extrapolação da função jurisdicional". (STJ - REsp 1.797.365-RS, Rel. Min. Sérgio Kukina, Rel. Acd. Min. Regina Helena Costa, Informativo 658. Primeira Turma, por maioria, julgado em 03/10/2019, DJe 22/10/2019).

> "(...) a petição inicial limitar-se ao requerimento da tutela antecipada fundada em evidência sem urgência (aplicando-se, analogicamente, o art. 303 do CPC/2015) e, nesse caso, concedida a liminar quando "as alegações de fato puderem ser comprovadas apenas documentalmente e houver tese firmada em julgamento de casos repetitivos ou em [enunciado da] súmula vinculante [do STF]" (art. 311, II, do CPC/2015), e não havendo recurso nos termos do art. 304, caput do CPC/2015, a decisão que concede a tutela torna-se estável. (MEDINA, 2017. p. 373)

Estabilizada a medida, as partes terão a oportunidade de propor ação contra a outra, para rever, reformar ou invalidar a tutela antecipada estabilizada, pois ela conserva seus efeitos, enquanto não for proferida a decisão de mérito na ação proposta.

Para essa ação, fica prevento o juízo em que a tutela antecipada foi concedida, mas o direito de rever, reformar ou invalidar a tutela antecipada estabilizada extingue-se após dois anos, contados da ciência da decisão que extinguiu o processo.

Embora se preveja que não fará coisa julgada a decisão que concede a tutela, somente por ação própria e no prazo de dois anos poderá ser revista, reformada ou invalidada.

Estabilizada a tutela antecipada de urgência, não caberá ação rescisória, já que há previsão de ação própria.

Este novo instituto, não se aplica a tutela de cautelar nem a tutela de evidência. Justifica-se a não aplicação da estabilização a tutela cautelar, por ser tutela não-satisfativa, de cunho assecuratório, para conservar o direito afirmado.

> "(...) a tutela de evidência quanto a de urgência (esta, antecipada ou cautelar) poderá ser concedida em caráter antecedente ou incidental, isso é, antes de apresentado o pedido "principal" (cujos efeitos se vão antecipar, ou cuja produção de efeitos se pretende garantir) ou quando já realizado tal pedido. A disciplina prevista no art. 304 do CPC/2015, a nosso ver, também pode aplicar-se à tutela de evidência". (MEDINA, 2017. p.344)

Já em relação à tutela de evidência, a doutrina apresenta crítica, por-

que a lei foi tão restritiva ao aplicar a estabilização apenas a tutela de urgência, uma vez que ela também exibe tutela antecipada de natureza satisfativa.

Leciona Neves (2016, p. 449) que a haverá estabilização apenas nas decisões que deferir a tutela de forma antecipada.

> Das três diferentes espécies de tutela provisória somente a tutela antecipada foi contemplada na forma legal de estabilização consagrada no art. 304 do Novo CPC. Significa dizer que, ao menos pela literalidade da norma, a regra não é aplicável à tutela cautelar e à tutela da evidência. Por outro lado, como o *caput* do art. 304 do Novo CPC faz remissão expressa à tutela antecipada concedida nos termos do artigo legal antecedente (art. 303), também estaria excluída da estabilização tutela antecipada concedida inicialmente.

Após a intimação das partes do deferimento da tutela de urgência (tutela antecipada), tem-se o início do prazo de 15 (quinze) dias para que seja interposto o recurso de agravo de instrumento. Caso neste prazo, não seja interposto o recurso a tutela concedida passa a ser estável e caso o recurso não seja deferido a decisão deverá ser mantida.

7 A aplicação do instituto da estabilização a tutela de evidência

O novo Código de Processo Civil (Lei Federal n.º 13.105/2015) fixou que o instituto da estabilização do deferimento deve ser aplicado apenas a tutela de urgência, conforme artigo 304, *caput*.

A tutela antecipada (provisória satisfativa) cedida e não examinada pode advir por um fato de estabilização, antecipado no artigo 304 do Código de Processo Civil. Essa estabilização da tutela antecipada não se confunde, apesar disso, com a coisa julgada.

Nesse mesmo sentido, Neves (2016, p. 449/450) afirma que:

> (...) não se pode dizer da tutela provisória da evidência, que a exemplo da tutela antecipada tem natureza satisfativa. Nesse caso o legislador parece ter tido 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.
> (...) Partindo-se dessa premissa, a estabilização da tutela da evidência só seria possível nas hipóteses previstas nos incisos II e III do art. 311 do Novo CPC.

Com a devida vênia ao legislador, essa interpretação restritiva, não traz justificativa para excluir a aplicação estabilização à tutela de evidência, em razão dos requisitos exigidos para a tutela antecipada antecedente.

Com o devido respeito, o Código não foi feliz ao recusar a tutela de evidência que é passível de ser prestada na forma antecedente, uma vez que a tutela de evidência apresenta a mesma satisfação fática que a tutela antecipada, consisti em a altercação aos pré-requisitos para a sua concessão.

Assim, instrui Neves (2016, p. 499) como se poderia proceder para pugnar a estabilização na tutela de evidência:

> É claro que, nas duas hipóteses de tutela da evidência em que não cabe sua concessão liminarmente, não haverá possibilidade material de seu pedido ocorrer de forma antecedente: mas nas duas outras, nas quais a concessão pode ou deve ser limitar, é plenamente possível imaginar um pedido de forma antecedente. Como Novo Código de Processo Civil não trata dessa possibilidade, é possível (...) propugnar pela aplicação por analogia do procedimento previsto para o pedido antecedente de tutela antecipada.

Neves (2016, p. 499) continua explicando como o requerente/autor poderá pleitear judicialmente a tutela de evidência, na forma antecedente expondo que:

> Sendo o pedido formulado de forma antecedente, poderá ser elaborado como tópico da petição inicial, ou, após esse momento inicial do procedimento, ser formulado por meio de mera petição a ser juntamente aos autos principais. Ainda que o juiz possa, antes de decidir, intimar a parte contrária para se manifestar sobre o pedido a tutela de evidência pode ser a qualquer momento, concedida mediante contraditório diferido, nos termos do art. 9º, parágrafo único, II, do Novo CPC.

O Ministro do Supremo Tribunal Federal, Luiz Fux (2000, p. 8), de forma clara, defende que:

> (...) demonstrável *prima facie* através de prova documental que o consubstancie líquido e certo, como também o é o direito assentado em fatos incontroversos, notórios, o direito a coibir um suposto atuar do *adversus* com base

> em „manifesta ilegalidade", o direito calcado em questão estritamente jurídica, o direito assentado em fatos confessados noutro processo ou comprovados através de prova emprestada obtida sob contraditório ou em provas produzidas antecipadamente, bem como o direito dependente de questão prejudicial, direito calcado em fatos sobre os quais incide presunção *jure et de jure* de existência e em direitos decorrentes da consumação de decadência ou da prescrição.

Com isso, no caso de se deferida a tutela antecedente de evidência, terá amparo legal do artigo 311 do Código de Processo Civil.

Pode-se afirmar que a estabilização da tutela de evidência pode ser aplicada aos incisos II e III do artigo 311 do Código de Processo Civil, como citado mais ao norte, apenas vem reforçar o cumprimento das decisões dos tribunais superiores.

Veja bem que o inciso II deixa claro que as alegações apontadas baseadas em fatos puderem ser comprovadas apenas documentalmente e houver tese firmada em julgamento de casos repetitivos ou em súmula vinculante

Questiona-se: Se o fato alegado pode ser provado documentalmente e mais ainda esse fato é fundamentado em julgados repetitivos de tribunais superiores ou em súmula vinculante só isso não seria forte o suficiente para o deferimento de uma tutela?

Em comparação com a tutela de urgência, deve-se ter o lastro de hipóteses, como a probabilidade de um direito e a urgência do caso concreto.

Neste caso, deve estilizar a decisão que deferir o pedido de tutela de evidência em caso de não haver interposição de agravo.

O melhor caminho é desmembrar cada instituto desse inciso e expô-lo para clarificar o que a finalidade do próprio inciso II.

A estabilização é uma questão segurança jurídica, em respeito as provas apresentadas nos autos, caso concreto, e respeito aos tribunais superiores.

Não é diferente o pensamento de Diddier (2016, p. 579/580) ao dizer que:

> A tutela provisória de evidência (satisfativa) pode ser concedida liminarmente quando fundada nos incisos II e III do art. 311, porquanto se tenham ali estabelecido hipóteses de evidência robustas o bastante para autorizar a medida antes de o réu ser ouvido. Ou seja, são caso em que a prova dos fatos e/ou o seu enquadramento normativo tem a consistência necessária para permitir a

> providência *in limine litis* em favor do demande. Acrescente-se a isso 'a elevada qualidade do seu direito a reduzida probabilidade de que o réu possa vir a desmenti-la'".

Com isso, "na realidade é plenamente justificável que um pedido de tutela de evidência se faça na forma antecedente, sem qualquer exigência de urgência, ainda mais pela possibilidade de estabilização da tutela provisória nos termos do artigo art. 304 do Novo CPC". (Neves. 2016, p. 414).

Destarte, os professores Marinoni, Arenhart e Mitidiero (2017, p. 224), aduzem que cabe ao intérprete analisar de forma ampla o pensamento restritivo que teve o legislador:

> "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."

Barracho (1996, p. 105) é enfático ao declarar que "a tutela do processo efetiva-se pelo reconhecimento do princípio da supremacia da Constituição sobre as normas processuais. Ela efetua-se (...) como suporte as garantias".

Assim, limitar-se aplicação do instituto da estabilização apenas a tutela de urgência, é restringir o espírito do novo Código de Processo Civil, que trouxe inserido os princípios constitucionais (*verbi gratia* art. 5º, XXXV, Carta Magna), com a finalidade do amplo acesso à justiça.

Conclusão

Como visto ao longo deste trabalho, optou-se por demonstrar de forma singela, que o processo civil, desde 1973 passou por uma evolução até a promulgação da Lei Federal 13.105/2015. Esta lei, alterou por completo o

que se entedia por tutela antecipada. Começando pelo título que passou a chamar-se tutela provisória.

Dentre as alterações, trouxe de forma expressa o instituto da estabilização.

O legislador fixou que este instituto dentro do título da tutela de urgência. As inovações do Código de Processo Civil vieram ao encontro da Constituição da República de 1988.

Desta forma, deve-se ter uma visão ampla do processo, com o escopo de alcançar os princípios processuais constitucionais, principalmente, o do acesso ao judiciário, uma vez que é o fim principal do Novo Código de Processo Civil.

A estabilização da tutela de evidência apresenta força e não há no mundo jurídico elementos para evitar que parágrafo único do artigo 311 do Código de Processo Civil, ao afirmar que o juiz poderá decidir por liminar os incisos II e III.

Com isso, não se pode excluir a aplicação da estabilização à tutela de evidência, uma vez que ela apresenta as mesmas características da tutela de urgência, em um processo constitucional democrático.

CHAGAS, A. L., The Evolution of Provisional Guardianship and the (non) Stabilization of Evidence Guardianship in the New Code of Civil Procedure. *Justitia*, São Paulo, v. 213/214/215/216, p. 112-137, Jan. / Dec. 2019-2020.

- **ABSTRACT:** This article is a brief study on Book V (Provisional Guardianship), Title I (General Provisions) of the New Code of Civil Procedure, promulgated on March 18, 2015 (Federal Law No. 13. 105/2015). It goes through a brief history of early protection, even as an obligation to show a little of the legislative evolution in this area. It begins with the Civil Procedure Code of 1973, which had several legislative changes until the new Civil Procedure Code came into force. The new Civil Procedure Code changed the name from early protection to provisional protection. This new procedural diploma meets the principles inserted in the Federal Constitution of 1988 (see legality, equality, legal certainty, motivations for decisions, broad defense, contradictory, reasonable duration of the process and due legal process). The new procedural law, brought the so-called "stabilization of urgent tutelage" in the Article 304, in the area of provisional tutelage. It should be noted that this new institute is criticized by the doctrine, because it could not be restricted to urgent protection only, and should also cover the protection of evidence, even if this institute is within Title III (Ur-

gent Care), Chapter II (Of the Early Guardianship Procedure Requested in an antecedent character).

- **KEYWORDS**: Guardianship. Provisional. Urgency. Evidence. New. Process. Civil. Stabilization. Constitution. Federal

Referências

A COMISSÃO. **Exposição do Motivos do Código de Processo Civil de 2015.** Vade Mecum. Acadêmico de Direito. Anne Joyce Angher – organizadora. 22º ed. São Paulo. Rideel, 2016.

ALESSANDRA. Concas. **Il Processo Civele**. Disponível em:< https://www.diritto.it/il-processo-civile/#:~:text=Il%20processo%20civile%20%C3%A8%20uno,nel%20codice%20di%20procedura%20civile.>; Acessado em: 29 de Jun. de 2020.

BARACHO. José Alfredo de Oliveira. **Processo Constitucional**. Separata de: Revista Forense. Rio de Janeiro, v. 337. 1996. P. 105-123.

CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988, de 5 de outubro de 1988. Diário Oficial da União. Brasília, 5 de out. de 1988. Disponível em < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>. Acesso em: 25 de jul. de 2020.

DA SILVA, Ovídio A. Baptista. **Processo Cautelar**. 3ª. Rio de Janeiro. Forense, 2006.

DIDIER Jr. Fredie.; BRAGA. P. S.; OLIVEIRA. R. A. **Curso de Direito Processual Civil**: teoria da prova, direito probatório, ações probatórias, decisão, precedente, coisa julgada e antecipação dos efeitos da tutela. v. 2.11ª. Ed. – Salvador: Ed. JusPodivm, 2016.

DIDIER Jr. Fredie; coordenador. 18, 19 e 20 de mar. de 2016 <http://portalprocessual.com/wp-content/uploads/2016/05/Carta-de-S%C3%A3o-Paulo.pdf> Acessado em: 18 de fev. de 2017.

JÚNIOR NERY, Nelson. Nery, Rosa Maria de. **Código de Processo Civil comentado**.3. ed. São Paulo. Thomson Reuters Brasil, 2018.

LEI FEDERAL Nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973. Diário Oficial da União. Brasília, 17 de janeiro de 1973. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L5869.htm> Acesso em: 29 de jan. de 2017.

LEI FEDERAL Nº 13.105, de 18 de março de 2015. Diário Oficial da União. Brasília, 17 de março de 2016. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/L13105.htm> Acesso em: 5 de fev. de 2017.

FUX, Luiz. **O Novo Processo Civil Brasileiro.** Direito em Expectativa**.** Forense, Rio de Janeiro, 2011.

FUX, Luiz. **A tutela dos Direitos Evidentes**. Jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça. < http://bdjur.stj.jus.br/jspui/bitstream/2011/894/A_Tutela_Dos_Direitos_Evidentes.pdf > Brasília, ano 2, número 16, p. 23-43, abril de 2000. Disponível em: Acesso em: 4.fev. 2017.

LAMY. Eduardo. **Tutela provisória.** São Paulo. Atlas, 2018 *apud* FUX, Luiz. **Tutela de segurança e tutela da evidência**. São Paulo: Saraiva, 1996. p. 313-316.

NERY JÚNIOR, Nelson. **Princípios do Processo Civil na Constituição Federal**. 8. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

NEVES. Daniel Amorim Assumpção. **Manual de Direito Processual Civil**. Volume Único. .8ª. Ed. – Salvador: Ed. JusPodivm, 2016

MARINONI. Luiz Guilherme, ARENHART. Sérgio Cruz Arenhart, e MITIDIERO. Daniel. **Novo Curso Processo Civil**, Vol. 2, 3ª ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017, p. 224.

MOUZALAS. De Souza e Silva. **Processo Civil.** Imprenta: Salvador, JusPODIVM, 2011.

PESSANHA. José Américo Motta (seleção de textos). **Os Pensadores.** Platão, 428 ou 7-348 ou 7 A.C. Defesa de Sócrates / Platão. Ditos e feitos memoráveis de Sócrates; Apologia de Sócrates / Xenofonte. As nuvens / Aristófanes; traduções de Jaime Bruna, Libero Rangel de Andrade, Gilda Maria Reale Strazynski. — 4. ed. — São Paulo: Nova Cultural, 1987.

SILVA. R. M. S. **Processo Civil. Volume único**. 4ª ed. Editora jusPodivm. 2011.

SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA – STJ - O Tribunal da Cidadania - DIREITO PROCESSUAL CIVIL - **Tutela antecipada concedida em caráter antecedente. Estabilização. Não interposição de agravo de instrumento. Preclusão. Apresentação de contestação. Irrelevância.** REsp 1.797.365-RS, Informativo nº 0658 Rel. Min. Sérgio Kukina, Rel. Acd. Min. Regina Helena Costa, Primeira Turma, por maioria, julgado em 03/10/2019, DJe 22/10/2019

SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA – STJ – O Tribunal da Cidadania - REsp 1.797.365-RS, Rel. Min. Sérgio Kukina, Rel. Acd. Min. Regina Helena Costa, Informativo 658. Primeira Turma, por maioria, julgado em 03/10/2019, DJe 22/10/2019

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL – STF – O Guardião da Constituição. RE 944504 AgR, Relator(a): DIAS TOFFOLI, Segunda Turma, julgado em 20/10/2017, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-251 DIVULG 31-10-2017 PUBLIC 06-11-2017

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL – STF – O Guardião da Constituição. AO 2482 MC-AgR, Relator(a): RICARDO LEWANDOWSKI, Tribunal Pleno, julgado em 04/05/2020, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-122 DIVULG 15-05-2020 PUBLIC 18-05-2020

A Análise Institucional Comparativa

Matheus Arice Junqueira de PAULA*

- **SUMÁRIO**: Introdução. 1 A análise institucional comparativa. 2 Aplicação do modelo. Conclusão. Referências.

- **RESUMO**: Cada vez mais atuante no cenário de definição e implementação de políticas públicas, o Poder Judiciário tem buscado concretizar direitos individuais e coletivos contidos na Constituição Federal através de suas decisões. Tal atuação, chamada por muitos de "judicialização da política", tem sido alvo de severas críticas por parte de economistas, cientistas políticos e juristas. Vem à tona a discussão acerca da capacidade desse Poder em implementar políticas públicas, tendo em vista suas limitações institucionais. Este trabalho busca demonstrar que a análise não deve ser voltada unicamente sobre as limitações do Poder Judiciário. É necessário ir além. Neil Komesar, professor estadunidense da Universidade de Wisconsin, propõe um novo modelo de aferição de instituições aptas à implementação de políticas públicas: a análise institucional comparativa. Por meio desta, o analista investiga não apenas uma, mas as principais instituições responsáveis pela concretização de políticas públicas, quais sejam, o mercado (processo de trocas), o Poder Judiciário (processo adjudicatório) e os Poderes Executivo e Legislativo (processo político). Assim, à luz de um caso concreto, determinada instituição, ainda que apresente variados defeitos e limitações, pode ser aquela cuja atuação seja a mais adequada a buscar a otimização do interesse público, tendo em vista os defeitos e limitações das demais instituições serem ainda mais graves.

- **PALAVRAS-CHAVE**: Judicialização da política. Políticas públicas. Análise institucional comparativa. Modelo centrado na participação. Escolha racional.

Introdução

Originalmente destinada aos poderes Executivo e Legislativo, a função de definição e efetivação de políticas públicas[1] tem sido cada vez mais exer-

*Advogado

[1] Segundo ensinamento de BUCCI (2006, p. 39), políticas públicas são "o programa de ação

cida pelo Poder Judiciário. Denominada por alguns como "judicialização da política", essa situação, embora obtenha sucesso em alguns casos, nem sempre é bem-vinda. Muitas vezes, por mais que embasada em justas intenções, as decisões judiciais mais prejudicam do que efetivamente colaboram com a consecução do interesse público. Isso decorre do fato de que o Poder Judiciário nem sempre é a instituição mais adequada à implementação de determinada política pública e, ao se colocar no papel de efetivador de certo direito, acaba não atuando da maneira mais adequada quanto seria possível.

O cenário atual é produto das transformações sociais e jurídicas ocorridas no decorrer do século XX. Com a falência do liberalismo econômico (constatada principalmente após a quebra da Bolsa de Nova Iorque, em 1929), os Estados passam a adotar uma política economicamente mais intervencionista e juridicamente mais social.

Emerge o Estado do Bem-Estar Social, muito marcado pela presença de direitos humanos de segunda geração: ao Estado não mais cabe apenas a função de garantir as liberdades públicas, mediante uma atuação majoritariamente contida, mas deve agora governar através de prestações positivas no sentido de regular o mercado e buscar igualdade material entre os indivíduos[2]. Ressalta Duran-Ferreira:

> *A esse fenômeno, acrescenta-se o caráter "dirigente" que muitas das constituições modernas vieram a adquirir, passando a conter extensos róis de direitos de natureza social, que instrumentalizam objetivos e finalidades do sistema político.*[3]

Destarte, passou o Poder Judiciário a ser verdadeiro instrumento de efetivação desses mandamentos constitucionais via ações judiciais dos governados contra o Estado.

---

governamental que resulta de um processo ou um conjunto de processos juridicamente regulados [...] visando coordenar os meios à disposição do Estado e as atividades privadas, para a realização de objetivos socialmente relevantes e politicamente determinados".

[2] BADIN, Arthur Sanchez. *Controle judicial das políticas públicas: contribuição ao estudo do tema da judicialização da política pela abordagem da análise institucional comparada de Neil K. Komesar.* Dissertação de mestrado na Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, sob orientação do Professor Hermes Marcelo Huck, 2011, p. 14.

[3] DURAN-FERREIRA, Camila. O Judiciário e as Políticas de Saúde no Brasil: o caso AIDS. Monografia vencedora do concurso IPEA-CAIXA 2004, p. 7.

O problema é que a escassez de recursos impede a efetivação de todos os direitos individuais e sociais previstos na Constituição. O administrador, em sua função de administrar, se vê forçado a escolher entre asfaltar vias públicas, construir creches, reformar hospitais ou contratar policiais – trata-se da popular expressão "cobertor curto". E quando o Poder Judiciário interfere nesse juízo de oportunidade e conveniência, podem haver problemas decorrentes das próprias limitações desta instituição, os quais serão abordados oportunamente.

Com efeito, a "judicialização da política" trouxe à tona uma importante discussão, talvez ainda mais importante do que se discutir os fins e os meios das políticas públicas: a escolha a respeito de quem deve fazer essas escolhas. Como mostra Badin:

> *[...] subjacente ao debate sobre os limites da revisão judicial das políticas públicas está, consciente ou inconscientemente, a busca por saber qual a instituição mais "capacitada" a decidir sobre as variáveis "fins" e "meios" de forma mais aderente ao "interesse público".*[4]

Essa seleção institucional costuma ser desenvolvida pela doutrina e pelos operadores do direito a partir de uma análise simples, ou seja, uma análise monoinstitucional, que leva em conta os prós e contras de uma só instituição. Trata-se de uma abordagem superficial que pode levar a conclusões equivocadas. Por exemplo: identificar e apontar os defeitos do Poder Judiciário para a implementação de determinada política pública não implica, necessariamente, que o Poder Executivo é a instituição melhor estruturada para satisfatoriamente prestar esse serviço; este pode, inclusive, apresentar defeitos que o torne ainda menos indicado ao mister, os quais não são analisados por referida análise monoinstitucional.

Neil Komesar, professor estadunidense da Universidade de Wisconsin, propõe em sua obra "Imperfect alternatives: choosing institutions in law, economics and public policy" uma seleção diferente. Para Komesar, a "escolha de quem deve fazer as escolhas" deve ser desenvolvida a partir de uma análise

[4] BADIN, Arthur Sanchez. *Controle judicial das políticas públicas: contribuição ao estudo do tema da judicialização da política pela abordagem da análise institucional comparada de Neil K. Komesar.* Dissertação de mestrado na Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, sob orientação do Professor Hermes Marcelo Huck, 2011, p. 17.

institucional comparativa, que leva em consideração não apenas uma, mas as principais instituições existentes e capazes de implementação de políticas públicas, quais sejam: o processo adjudicatório (Poder Judiciário), o processo de trocas (mercado) e o processo político (Poderes Legislativo e Executivo). Somente a partir de uma análise comparativa, analisando as complexidades de cada instituição à luz das peculiaridades do caso concreto, chegaríamos à conclusão de quem seria a mais apta a concretizar determinada política pública. Nesse sentido a lição de Costa:

> *A questão não é "quando a economia funciona melhor que o legislativo" ou "quando o processo judicial atua melhor que a economia", mas, dado um conjunto de circunstâncias, qual das instituições é a mais apta à implementação de determinada política pública.*[5]

Este trabalho buscará, através da análise institucional comparativa proposta por Komesar, propor uma abordagem diferente acerca da efetivação de políticas públicas. Não há a pretensão de indicar o melhor ou o único caminho viável à solução dos complexos problemas sociais e jurídicos brasileiros; trata-se apenas de uma visão ainda pouco difundida no cenário nacional e que, ao menos, enriquece o debate acerca da "judicialização das políticas públicas" e da otimização de sua efetivação.

1 A análise institucional comparativa

Como mencionado acima, mais importante do que escolher qual a melhor política pública para determinado caso concreto é a definição de quem fará essa escolha. Explica Badin que "a depender da instituição que for encarregada de fazer a escolha de políticas públicas (fins, meios e prioridades), teremos diferentes resultados de política pública".[6] Vianna e Burgos ao analisarem o "Caso dos Drogadictos", ilustram essa premissa: em uma ação civil pública movida pelo Ministério Público do Rio de Janeiro em face da Prefei-

[5] COSTA, Rafael de Oliveira. *Entre o Direito, a Política e a Economia: (Re)Construindo a Análise Institucional Comparativa.* Revista da Faculdade de Direito da UFPR, v. 59 (2014), p. 80.

[6] BADIN, Arthur Sanchez. *Controle judicial das políticas públicas: contribuição ao estudo do tema da judicialização da política pela abordagem da análise institucional comparada de Neil K. Komesar.* Dissertação de mestrado na Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, sob orientação do Professor Hermes Marcelo Huck, 2011, p. 89.

tura do Rio de Janeiro, os autores pleiteavam a criação de pelo menos dezesseis leitos em hospitais públicos para crianças e jovens dependentes de drogas. O fundamento do pedido estava na inércia do Poder Público, na batalha do Ministério Público e do Judiciário contra a drogadição de crianças e adolescentes e na utilização da ação como instrumento de transformação social.[7]

Acerca do caso, Viana e Burgos entrevistaram uma pesquisadora da área de saúde pública, que lhes afirmou que "se tivesse de apostar todas as fichas, apostaria na prevenção, pois o problema tem de ser tratado como uma epidemia, o que supõe uma abordagem intensiva e cotidiana". Por sua vez, um funcionário da prefeitura também entrevistado respondeu que não só a ação civil pública em questão seria inexequível, tanto pelo prazo de efetivação quanto pela magnitude dos recursos, como a demanda dos dezesseis leitos é absurda, pois o número é exorbitante: "já não há espaço para doentes em estado terminal em vários hospitais. O programa de atendimento ambulatorial, com profissionais treinados e todos os seus dispositivos, requer uma mobilização muito grande de recursos"[8].

Percebemos nesse caso que, a depender da pessoa encarregada de decidir, o resultado da ação estatal será diverso. Para a pesquisadora, a alocação dos recursos públicos deve ser feita na prevenção do uso de drogas. Para o funcionário da Prefeitura, que enxerga não apenas esse caso, mas também todas as demais demandas na área da saúde, não se trata de um pedido viável, tendo em vista a escassez de recursos públicos. Já os membros do Ministério Público, autores da ação, têm como função a concretização do mandamento constitucional de fornecer saúde e dignidade a todos, e entendem que as criança e adolescentes têm prioridade absoluta na concretização desses direitos.

Assim, é necessário deixar de lado a análise monoinstitucional, que leva em consideração somente os atributos de uma instituição, isoladamente considerada, e abraçar a análise institucional comparativa desenvolvida por Neil Komesar.

---

[7] VIANNA, Luiz Wernek & BURGOS, Marcelo Baumann. *Entre princípios e regras: cinco estudos de caso de Ação Civil Pública*. Rio de Janeiro: Escola da Magistratura do Rio de Janeiro, 2005, p. 38.

[8] VIANNA, Luiz Wernek & BURGOS, Marcelo Baumann. *Entre princípios e regras: cinco estudos de caso de Ação Civil Pública*. Rio de Janeiro: Escola da Magistratura do Rio de Janeiro, 2005, p. 42.

Justificando a utilização de seu trabalho, Komesar adverte:

> *[...] os mesmos fatores que alteram a capacidade de uma instituição em duas situações muitas vezes alteram a capacidade da(s) instituição(ções) alternativa(s) na mesma direção. É muito comum - embora nem sempre – as instituições se moverem juntas. Quando uma instituição está no seu melhor ou pior, as instituições alternativas muitas vezes estão no seu melhor ou pior.*[9]

Firmada a premissa de que as instituições se movem juntas, analisar apenas uma delas, considerando unicamente os seus defeitos e virtudes, não indica que outra seja melhor ou pior diante de determinado caso concreto.

Nas palavras de Komesar, a análise institucional comparativa trata-se de "uma escolha entre alternativas imperfeitas"[10], isto é, nenhuma instituição é perfeita. Da sua análise emergirá, contudo, aquela que mais satisfatoriamente pode atingir a finalidade pública de determinada política.

Ressalta-se que, embora não se trate de uma tarefa simples, a proposta do professor da Universidade de Wisconsin "abarca não apenas a racionalidade e os benefícios das instituições, mas também as suas falibilidades e dificuldades, tornando-a mais complexa e realista".[11]

A análise institucional comparativa propõe uma metodologia chamada de "modelo centrado na participação". Tal metodologia busca prever o grau de eficiência da atividade de determinada instituição a partir de uma variável: quais grupos de interesses (consumidores, fornecedores, lobistas, votantes, litigantes, etc) participam efetivamente do processo de decisão. A interação entre esses atores e a instituição explica e condiciona o resultado da política pública por ela implementada, uma vez que é característica comum entre todas as instituições, servindo assim como perfeito parâmetro de comparação entre elas.[12]

---

[9] KOMESAR, Neil K. *Imperfect alternatives: choosing institutions in law, economics and public policy*. Chicago University Press: Chicago, 1994, p. 23.

[10] KOMESAR, Neil K. Imperfect alternatives: choosing institutions in law, economics and public policy. Chicago University Press: Chicago, 1994, p. 5.

[11] COSTA, Rafael de Oliveira. *Entre o Direito, a Política e a Economia: (Re)Construindo a Análise Institucional Comparativa.* Revista da Faculdade de Direito da UFPR, v. 59 (2014), p. 80.

[12] BADIN, Arthur Sanchez. *Controle judicial das políticas públicas: contribuição ao estudo do*

Essa interação é determinada, sobretudo, pela "escolha racional". Cunhada pelo autor estadunidense, essa expressão representa uma ponderação realizada por esses atores entre os custos e os benefícios de sua participação no processo decisório. Como benefícios entende-se o efetivo ganho dessa participação distribuído entre os membros daquela classe. A análise entende como custos os "custos de participação", que abarcam tanto os custos de informação quanto os custos de organização da classe e os custos de acesso. Os custos de informação são aqueles necessários para se compreender o problema ou o caso, levantar dados que embasem os argumentos utilizados, enfrentar matérias técnicas. Os custos de organização são associados à mobilização de um grupo, à coordenação de seus membros. Finalmente, os custos de acesso estão associados às barreiras de entrada em alguma instituição e ao cálculo da probabilidade de êxito. Esclarece Costa[13]:

> *Assim, o modelo básico de participação institucional tem como fundamento um simples modelo matemático: o grau de participação é determinado pela interação entre os benefícios e os custos da participação (Ibid.). Os benefícios enfocam a distribuição de interesses entre os indivíduos envolvidos. Os aspectos centrais a serem examinados são a média de interesses per capita e a extensão na qual os interesses per capita variam entre os envolvidos (Ibid.). No que concerne aos custos de participação – custos de transações, custos de litígios ou custos de participação no processo político –, temos duas grandes categorias: os custos de organização e os custos de informação (Ibid.). Os custos de organização dizem respeito aos interesses per capita na mobilização de um grupo para a defesa de uma dada política pública. De outro modo, os custos de informação estão presentes em praticamente qualquer análise:*

tema da judicialização da política pela abordagem da análise institucional comparada de Neil K. Komesar. Dissertação de mestrado na Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, sob orientação do Professor Hermes Marcelo Huck, 2011, p. 100.

[13] COSTA, Rafael de Oliveira. *Entre o Direito, a Política e a Economia: (Re)Construindo a Análise Institucional Comparativa.* Revista da Faculdade de Direito da UFPR, v. 59 (2014), p. 81.

> *a organização é em si mesma dependente da informação e, sem ela, não é capaz, sequer, de tomar ciência das medidas necessárias para a implementação de uma dada política pública.*

Frisa-se que, em regra, quanto mais difuso for o interesse, maiores serão os custos de organização, pois a identificação dos indivíduos se torna tarefa complexa. Na mesma esteira, o interesse de cada indivíduo no resultado será menor, e sensivelmente afetado por pequenos acréscimos nos custos de participação. Ainda, em se tratando de interesses altamente técnicos, que demandam tempo e energia para a própria compreensão da informação, haverá acréscimo significativo nos custos de participação.[14] Ilustra essa situação Badin, citando um caso de interesses conflitantes de consumidores e fornecedores em uma consulta pública realizada por uma agência reguladora:

> *Suponhamos, por exemplo, que a consulta pública fosse a respeito de qual índice de correção monetária deveria ser aplicado em determinado ano, um mais favorável às empresas ou outro mais favorável aos consumidores. Para cada uma das empresas individualmente consideradas, o retorno dessa regulação é enorme, pois impacta todo o seu faturamento. Para cada um dos consumidores individualmente considerados, entretanto, o retorno da regulação é desprezível, pois se refere a uma alteração bastante marginal em uma das inúmeras "contas" que têm que pagar ao final do mês. Dessa forma, embora mais numerosos que as empresas, os consumidores tenderiam a "perder a briga" para as empresas. Ainda que o "ganho total da coletividade de consumidores" fosse muito superior ao "ganho total da coletividade de empresas", a regulação estaria fadada a maximizar este em detrimento daquele, gerando resultados agregados sub-ótimos, em razão das condições institucionais que conformam a ação dos indivíduos no processo de decisão. Benefícios individuais baixos e*

[14] KOMESAR, Neil K. *Imperfect alternatives: choosing institutions in law, economics and public policy.* Chicago University Press: Chicago, 1994.

> *altos custos (de informação, de coordenação ou de ação política) desencorajam a atuação de grupos majoritários, ainda que o somatório dos benefícios seja superior à inação.*[15]

Assim, o modelo centrado na participação pressupõe três premissas básicas.

Primeiramente, ao se basear em "escolhas racionais", como dito acima, não é possível que o analista institucional presuma "a perfeição de um mundo imperfeito"[16]. Ou seja, não pode definir a escolha de uma instituição considerando como zero os custos de informação e de organização dos grupos de interesses.

A segunda premissa prega que os processos de tomada de decisão são massivos, complexos e dependentes das interações entre um grande número de participantes. Para Costa:

> *Os resultados, no campo econômico, decorrem das interações entre a massa de consumidores e os fornecedores. A influência dos votantes, lobistas e outros grupos caracteriza o funcionamento do processo político. Até mesmo o Poder Judiciário pode ser concebido como um processo – um processo de prestação jurisdicional -, no qual a dinâmica do litígio determina a forma como os juízes decidem.*[17]

Finalmente, a análise institucional não deve deixar de considerar as limitações estruturais e financeiras de cada instituição.

2 Aplicação do modelo

A análise institucional comparativa de Komesar, contrapondo-se à análise monoinstitucional, impõe a necessidade de se avaliar os prós e os contras das principais instituições responsáveis pela implementação de políticas públicas.

---

[15] BADIN, Arthur Sanchez. *Controle judicial das políticas públicas: contribuição ao estudo do tema da judicialização da política pela abordagem da análise institucional comparada de Neil K. Komesar.* Dissertação de mestrado na Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, sob orientação do Professor Hermes Marcelo Huck, 2011, p. 118.

[16] KOMESAR, Neil K. *Imperfect alternatives: choosing institutions in law, economics and public policy.* Chicago University Press: Chicago, 1994, p. 27.

[17] COSTA, Rafael de Oliveira. *Entre o Direito, a Política e a Economia: (Re)Construindo a Análise Institucional Comparativa.* Revista da Faculdade de Direito da UFPR, v. 59 (2014), p. 83.

Buscando otimizar os resultados, a análise comparativa entende que, mais importante do que a escolha "do que se faz" é a escolha de "quem fará": se a instituição a desenvolver determinada política pública for equivocadamente escolhida, os resultados podem ser desastrosos.

Como visto, esse processo de escolha comparativa baseia-se na metodologia do "modelo centrado na participação", cujo critério para escolha institucional é a participação efetiva de grupos de interesse no processo de decisão, característica comum a todas as instituições. Tal participação é baseada no custo benefício calculado pelos indivíduos integrantes dos grupos de interesse, sendo os benefícios representados pelo efetivo ganho dessa participação distribuído entre os membros daquela classe e os custos, aqueles referentes à informação, organização e acesso. A partir desse denominador comum, a análise fornece elementos que permitem a comparação entre as principais instituições: o processo político (Poderes Executivo e Legislativo), o processo de trocas (mercado) e o processo adjudicatório (Poder Judiciário).

Agora, passa-se à aplicação do modelo.

Inicialmente, o analista deve escolher a política pública que deseja promover.

Após, à luz de referida política, ele avalia a capacidade de cada instituição, segundo o grau de participação provável dos grupos de interesse. A análise, aqui, deve recair sobre a capacidade da instituição de atrair a participação dos atores envolvidos (consumidores, fornecedores, lobistas, votantes, litigantes...), ou seja, o custo benefício dessa participação - que envolve os custos de organização, acesso e informação, e o benefício per capita que pode ser aferido pelos indivíduos - deve ser positivo.

Costa menciona ainda um terceiro estágio: o dever do analista de aferir se a decisão institucional está contida nos limites traçados pelo ordenamento jurídico constitucional. Salienta Costa:

> *Por fim, deve-se analisar se a decisão institucional está contida nos limites traçados pelo ordenamento jurídico para cada instituição. [...] Embora Komesar* não aborde expressamente este terceiro estágio, entendemos tratar-se de etapa fundamental para o modelo, na medida em que é impossível vislumbrar a seleção institucional sem a filtragem da sua compatibilidade com o próprio ordenamento jurídico.[18]

[18] COSTA, Rafael de Oliveira. *Entre o Direito, a Política e a Economia: (Re)Construindo a Análise Institucional Comparativa.* Revista da Faculdade de Direito da UFPR, v. 59 (2014), p. 87.

No mais, ressalta Komesar que a motivação individual dos participantes pouco influencia no comportamento das instituições.[19]

O processo político, termo que abrange as instituições tradicionalmente responsáveis pela definição das políticas públicas, isto é, os Poderes Legislativo e Executivo, tem influência direta do modelo centrado na participação: os indivíduos participarão desse processo segundo um cálculo do custo-benefício dessa participação.

De acordo com Komesar, é decorrência lógica da teoria política do grupo de interesses o fato de que os indivíduos que puderem participar do processo de decisão política farão prevalecer seu ponto de vista e as políticas públicas em que têm interesse.[20] Assim, aquele grupo que tiver custos de organização e informação menores do que os possíveis ganhos com determinada política conseguirão intervir junto ao processo político. Ao revés, quando os custos de informação e organização forem maiores do que os eventuais ganhos per capita, não haverá essa participação no processo político.

Em regra, os grupos majoritários possuem como ponto a seu favor a sua superioridade numérica, enquanto os grupos minoritários têm como forte aliado o seu alto interesse per capita e a maior facilidade em se organizar. Badin complementa:

> *Quanto maior o benefício per capita do grupo majoritário (ainda que menor do que o benefício per capita do grupo minoritário), maior a probabilidade de seus membros incorrerem nos custos envolvidos na ação política. Assim, por exemplo, temas como benefícios previdenciários tendem a contar com maior participação da maioria, pressionando a decisão das instituições políticas (executivo e legislativo). Quanto menor o benefício per capita do grupo majoritário (ainda que no agregado seja superior ao benefício total do grupo minoritário), menor a probabilidade de que seus interesses se façam presentes no processo político. Por exemplo, temas como meio ambiente e*

[19] KOMESAR, Neil K. *Imperfect alternatives: choosing institutions in law, economics and public policy.* Chicago University Press: Chicago, 1994, p. 65.

[20] KOMESAR, Neil K. *Imperfect alternatives: choosing institutions in law, economics and public policy.* Chicago University Press: Chicago, 1994, p. 67.

> *a defesa da concorrência (antitruste) tendem a ser tratados sem a participação da maioria*.[21]

Da mesma forma que o processo político, a eficiência do processo de trocas (mercado) na implementação de políticas públicas é determinada pela participação de consumidores e fornecedores. Tem como premissas básicas a propriedade privada, o *pacta sunt servanda* e a livre iniciativa. No modelo capitalista clássico de mercado, que previa o livre comércio sem intervenção estatal, tais premissas garantiriam uma interação saudável entre consumidor e fornecedor, promovendo uma alocação eficiente de recursos e maximizando o bem-estar geral. Contudo, no mundo dos fatos, esse modelo foi deturpado pelas chamadas "falhas de mercado": monopólios, oligopólios, assimetria de informação (quando apenas um dos contratantes detém a grande maioria das informações), "free ride" em bens coletivos, poder de mercado, dentre outras, são limitações institucionais que engessam essa instituição e justificam, em muitos casos, a substituição do mercado por outra instituição. Para Badin:

> *A presença de altos custos de transação, por exemplo, pode impedir que uma troca desejada pelas partes seja realizada, frustrando o incremento de bem-estar. Do mesmo modo, a existência de monopólio natural impede a entrada de novos ofertantes no mercado, sujeitando os consumidores a preços mais elevados e excluindo uma parcela dos consumidores de participar do mercado*.[22]

Diante dessas imperfeições do processo de trocas, autores como Richard Posner pregam a necessidade de substituição do processo de trocas pelo processo político, ou seja, uma intervenção do Estado por meio de políticas públicas.[23] Todavia, trata-se de uma análise monoinstitucional que, como

---

[21] BADIN, Arthur Sanchez. *Controle judicial das políticas públicas: contribuição ao estudo do tema da judicialização da política pela abordagem da análise institucional comparada de Neil K. Komesar.* Dissertação de mestrado na Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, sob orientação do Professor Hermes Marcelo Huck, 2011, p. 121.

[22] BADIN, Arthur Sanchez. *Controle judicial das políticas públicas: contribuição ao estudo do tema da judicialização da política pela abordagem da análise institucional comparada de Neil K. Komesar.* Dissertação de mestrado na Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, sob orientação do Professor Hermes Marcelo Huck, 2011, p. 125.

[23] POSNER, Richard A. *Economic analysis of law.* 6ª ed. Chicago: Aspen, 2002.

já visto, é criticada por Komesar: para este, os mesmos fatores que impõem limitações ao funcionamento do processo de trocas podem também limitar as outras instituições.

Finalmente, o processo adjudicatório também pode ter sua análise reduzida ao mínimo denominador comum proposto por Komesar, qual seja, a participação dos litigantes. Se comparado às outras instituições, o Poder Judiciário tende a ter um custo de acesso maior, e uma estrutura muito mais limitada. A razão para esse custo ser maior decorre de diversos fatores, dentre os quais destaca-se a dependência de contratação de advogados, as restrições legais referentes à legitimidade de partes, os riscos das causas e a morosidade do sistema processual.

Segundo Komesar, contudo, a principal característica do processo adjudicatório deve ser atribuída ao seu custo de informação. Este decorre, sobretudo, da independência e imparcialidade de seus membros, proporcionando uma ambiguidade a essa instituição: ao passo que, do ponto de vista social, o isolamento confere aos juízes um antídoto contra as pressões populares, o custo de informação do processo judicial é muito caro e muitas vezes superior ao benefício a ser aferido individualmente pelos interessados.

Visível, portanto, que as principais instituições possuem virtudes e defeitos. Analisar apenas uma delas e negligenciar a análise das demais trata-se de um erro comumente cometido pela análise monoinstitucional. Sempre levando em conta os limites traçados pelo ordenamento jurídico, a análise institucional comparativa otimizará os resultados de eventual política pois tende a excluir as instituições não capacitadas para solucionar determinado problema ou atuar em determinado caso.

Conclusão

Este trabalho buscou fornecer, por meio da análise institucional comparativa de Neil Komesar, uma perspectiva diferente sobre a discussão acerca da "judicialização da política". A partir do momento em que começa a atuar de maneira mais incisiva em matéria de definição e implementação de políticas públicas, o Poder Judiciário passa a ser alvo de muitas críticas. Entretanto, as críticas sobre o Poder Judiciário e suas limitações institucionais não indicam, necessariamente, que outra instituição seja melhor estruturada para o mister de efetivar determinada política pública: os defeitos do processo adjudicatório podem estar presentes também nas outras instituições, de modo a revelar que elas são igualmente ou ainda mais inoperantes. Como visto, a análise mo-

noinstitucional precisa dar lugar a uma análise mais aprofundada e complexa tal qual a análise institucional comparativa.

A análise institucional comparativa busca mostrar que a decisão de "quem deve fazer" é mais relevante do que a decisão "do que se deve fazer". Caso se escolha uma instituição inadequada para solucionar determinado caso concreto, os resultados almejados não serão atingidos.

Sempre levando em consideração que, de fato, trata-se de "uma escolha entre alternativas imperfeitas", uma vez que todas as instituições possuem limitações, essa escolha tem como critério primordial um denominador comum entre todas as instituições: a participação dos grupos de interesse. A partir de tal critério, é possível traçar um paralelo entre o processo adjudicatório, o processo de trocas e o processo político, bem como se aferir qual deles tem a maior possibilidade de atingir a finalidade pública almejada por determinada política.

Por sua vez, a participação de tais grupos de interesse é determinada, sobretudo, pela "escolha racional". Esse critério se baseia no custo benefício que influencia a participação dos grupos de interesse, calculado a partir da aferição do benefício individual de cada um dos participantes e os custos de informação e organização.

Por meio desse processo mais complexo e mais aprofundado que a análise simples, os recursos públicos podem ser empregados com maior eficiência e gerar mais frutos. Nas palavras de Costa[24]:

> *[...] a comunidade jurídica possui um considerável conhecimento acumulado acerca das instituições e da implementação de políticas públicas, mas precisa desejar correr os riscos associados à exploração de novos horizontes. Não é certo o quão longe os investimentos nesses riscos nos levarão. Mas é certo que não iremos a lugar algum se os evitarmos*.

Em um país que sofre com limitações orçamentárias em todas as esferas de governo, a adoção de um sistema que potencializa a alocação de recursos pode ser a solução não de todos, mas de muitos problemas envolvendo a efetivação de políticas públicas.

---

[24] COSTA, Rafael de Oliveira. *Entre o Direito, a Política e a Economia: (Re)Construindo a Análise Institucional Comparativa.* Revista da Faculdade de Direito da UFPR, v. 59 (2014), p. 89.

PAULA, M. A. J. de, The Comparative Institutional Analysis. *Justitia*, São Paulo, v. 213/214/215/216, p. 138-153, Jan. / Dec. 2019-2020.

- **ABSTRACT**: The Judicial Power is increasingly active in the definition and the implementation of public policy scenario. Also, it has sought to materialize individual and collective rights provided by the Constitution through its decisions. Economists, political scientists and jurists have criticized that kind of procedure, which is called by many as "judicialization of politics". The discussion about the capacity of the Judicial Power in implementing public policies comes up as a consequence of its own institutional limitations. This article aims to demonstrate that the institutional analysis must not be focused only on the limitations of the Judicial Power. It is necessary to go beyond. Neil Komesar, who is an American professor of Wisconsin University, proposes a new approach: the comparative institutional analysis. It emphasizes the analysis of the main institutions that are capable of implementing constitutional rights, which is the Judicial Power, the market, and the Executive and Legislative Powers (the political process). Therefore, even if a particular institution, can present many defects and limitations, it could have the most adequate performance on a concrete case.

- **KEYWORDS**: Judicialization of politics. Public policies. Comparative institutional analysis. Participation centered model. Rational choice.

Referências

BADIN, Arthur Sanchez. *Controle judicial das políticas públicas: contribuição ao estudo do tema da judicialização da política pela abordagem da análise institucional comparada de Neil K. Komesar*. Dissertação de mestrado na Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, sob orientação do Professor Hermes Marcelo Huck, 2011.

BUCCI, Maria Paula Dallari. *O conceito de política pública em direito*. In BUCCI, Maria Paula Dallari (org.). Políticas públicas: reflexões sobre o conceito jurídico. São Paulo: Saraiva, p. 39, 2006.

COASE, Ronald H. *The problem of social cost*. In: The Journal of Law and Economics, v. III, Chicago: University of Chicago Press, 1960.

COSTA, Rafael de Oliveira. *Entre o Direito, a Política e a Economia: (Re)Construindo a Análise Institucional Comparativa*. Revista da Faculdade de Direito da UFPR, v. 59 (2014).

DURAN-FERREIRA, Camila. *O Judiciário e as Políticas de Saúde no Brasil: o caso AIDS*. Monografia vencedora do concurso IPEA-CAIXA 2004.
KOMESAR, Neil K. *Imperfect alternatives: choosing institutions in law, economics and public policy*. Chicago University Press: Chicago, 1994.
POSNER, Richard A. *Economic analysis of law*. 6ª ed. Chicago: Aspen, 2002.
VIANNA, Luiz Wernek; BURGOS, Marcelo Baumann. *Entre princípios e regras: cinco estudos de caso de Ação Civil Pública*. Rio de Janeiro: Escola da Magistratura do Rio de Janeiro, 2005.

As Interações em Audiências no Juizado de Defesa do Consumidor: Uma Análise à Luz do Direito e da Ecolinguística

Tadeu Luciano Siqueira ANDRADE*

- **SUMÁRIO**: Introdução. 1 Audiência: Uma relação processual. 2 Definindo a Ecolinguística. 2.1 O tripé da ecolinguística. 2.1.1 Língua 2.1.2 Povo 2.1.3 Território 2.2 As interações na ecolinguistica 2.3 O meio ambiente da língua 3. A audiência como uma interação: uma ecolinguística jurídica Conclusão. Referências.

- **RESUMO**: A linguagem é um dos principais traços que distinguem o homem dos outros animais, possibilita aos sujeitos transmitirem conhecimentos, argumentarem, interagirem no meio social em que estão inseridos. Nenhum ato linguístico deve ser considerado insignificante, pois os falantes de uma língua são sujeitos contextualizados política e historicamente em um determinado tempo e espaço sociocultural. Por essa razão, a Ecolinguística, como o estudo da relação entre o Povo – Território e Linguagem, trata a língua como interação. Não podemos estudar o povo separado de sua linhagem e de seu contexto sociogeográfico. Nesse contexto, destacamos o Direito na atuação intermediária das demandas sociais, pessoais ou coletivas, do ponto de vista político, ideológico ou econômico. Essas demandas são expressas pela linguagem. O presente artigo visa a reflexão das audiências de relações de consumo em uma perspectiva ecolinguística, tendo em vista que nessas relações haverá sempre um sujeito vulnerável em matéria de Direito e Linguagem que não está inserido no contexto forense. Por isso, nem sempre interage nesse contexto. Adotamos a metodologia da pesquisa etnográfica e bibliográfica, recorrendo à análise da doutrina. Esperamos que esta pesquisa desperte nos profissionais do Direito uma melhor compreensão da Linguagem Jurídica não como opressão, mas uma forma de dizer de forma cristalina o Direito.

* Professor da Universidade do Estado da Bahia, Campus IV, mestre em Linguística, doutorando em Linguística aplicada aos contextos forenses (Ecolinguística Jurídica), da Universidade de Brasília.

PALAVRAS-CHAVE: Direito. Ecolinguística. Linguagem. Interação. Contextos.

Introdução

O Direito consiste em um conjunto de normas organizadas segundo as leis, os costumes e as jurisprudência que, determinados pela autoridade competente, têm a missão de regulamentar a convivência social, pacificar os conflitos e dizer o direito. Já dizia Miguel Reale (1999) o Direito é fato, valor e norma. Surge um fato na sociedade, há a necessidade de proteger esse fato, caso seja ele positivo ou negativo. Sendo negativo, será reprimido e, sendo positivo, será protegido. Essa valoração positiva ou negativamente dar-se-á mediante a edição de uma norma. Para haver a norma jurídica, necessita-se da linguagem, porque o Direito se constitui *na* e *pela* linguagem. Por isso, Calmon de Passos dizia:

> [...] o direito, mais que qualquer outro saber, é servo da linguagem. Como direito posto é linguagem, sendo em nossos dias de evidência palmar constituir-se de quanto editado e comunicado, mediante a linguagem escrita, por quem com poderes para tanto, também linguagem é o direito aplicado ao caso concreto, sob a forma de decisão judicial ou administrativa. Dissociar-se o direito da linguagem será privá-lo de sua própria existência, porque, ontologicamente, ele é linguagem e somente linguagem (CALMON DE PASSOS, 2001, p. 63-64).

Em qualquer ato da relação jurídica processual, a linguagem está presente, mesmo os interagentes tendo objetivos distintos. O Direito, estabelecendo-se por intermédio da linguagem, gera vínculos jurídicos entre pessoas e grupos sociais, faz surgir e desaparecer entidades, concede e usurpa a liberdade, absolve e condena réus, gera e extingui institutos, poderes, princípios e procedimentos legais (BENVENUTO, 2010, p. 7). Todos esses atos constituem relações jurídicas diferentes, que ocorrem em um determinado espaço, envolvendo sujeitos que, por intermédio da língua, interagem com um objetivo comum: a resolução do conflito.

As relações jurídicas ocorrem em um determinado espaço, envolvendo sujeitos que interagem entre eles e entre o mundo que os rodeia. As interações, coordenadas pelo Juiz, se dão de duas formas: entre os sujeitos e entre eles e o objeto da relação. Essas interações se dão mediante a língua/lingua-

gem em obediência às regras interacionais. Essas regras, que para o Direito são normas, só adquirem sentido quando se referir a ação entre os sujeitos. Por isso, linguagem é "interação, o seu núcleo é constituído pelas regras interacionais." (COUTO e COUTO, 2018)

Destacamos que, nas interações, os falantes em situações concretas de uso, situam a língua em três meios ambientes, denominados também de ecossistemas. Todos esses ecossistemas são responsáveis pelo tripé ecolinguístico: o ecossistema natural, o mental e o social da língua. Segundo Couto e Couto (2018), no interior de cada um deles, a língua/linguagem é vista como interação. É o lugar onde se dão essas interações, constituindo o território (ambiente físico, o cérebro/mente, a sociedade), que é o meio ambiente da língua. Enfatizamos que esses ecossistemas não são estanques, ou isolados. Ao contrário, eles são abarcados pelo ecossistema integral da língua.

Por o ambiente jurídico ser um ecossistema que abriga profissionais do Direito, partes (sujeitos) da relação jurídica e a tríade da relação jurídica processual (sujeitos – juiz – interação/linguagem) e, nesse ambiente, ocorrerem diversas interações, que podem ser analisadas de diferentes pontos de vista, definimos a existência de uma Ecolinguística jurídica, conforme apresentaremos no decorrer deste trabalho.

Adotamos o método qualitativo e a pesquisa bibliográfica, consultando O Código de Processo Civil (CPC), o Código de Defesa do Consumidor (CDC), Lei 9099/99 – Lei do Juizado Especial. Por questões didáticas, o trabalho será dividido em três seções. Na primeira, trataremos da audiência e do processo e suas bases legais. Na segunda, focalizaremos, os pressupostos da Ecolinguística. Na terceira, proporemos uma Ecolinguística Jurídica.

1 Audiência: Uma relação processual

A relação jurídica não surge da audiência. A relação jurídica é impulsionada pelo processo constituído por uma série de atos que visam a resolver o conflito. O processo nasce com a citação, ato do juiz determinando a presença do réu para compor a *lide*. A partir daí, surgirão diferentes atos de interação. Os nomes das partes que compõem a relação processual mudam a depender do ramo do Direito que fundamenta a relação, por exemplo, réu (Processo Penal), executado (Processo de execução) reclamado (Processo do Trabalho) e outros. Para este trabalho, adotaremos o termo sujeito em vez de parte. A relação processual é complexa porque se compõe de diversas posições jurídicas ativas e passivas que se sucedem do início ao fim do processo.

(CINTRA *et al*, 2010, p. 361). Essa relação é composta por uma tríade: Juiz – autor – réu. Há divergências doutrinárias acerca de o juiz ser parte da relação processual, uma vez que ele é sujeito desinteressado, enquanto o autor e réu são sujeitos interessados, ou parciais. (CARNEIRO, 1999, p. 3). Pontes de Miranda (1974, p. 237) considera que são sujeitos da relação jurídica processual as partes que atuam nos polos ativo e passivo. Chiovenda (1980, p. 214) define como parte da relação jurídica processual "aquele que demanda em seu próprio nome a atuação de uma vontade da Lei, e aquele em face de quem essa atuação é demandada. Cintra *et al* (2010, p. 310) defendem que a relação jurídica processual é angular e apresenta três partes: o Estado, demandante e demandado. Os juristas romanos já proclamavam:

"Judicium est actus trium personarum: judicis, actoris et rei" (A existência de um processo depende de três pessoas: o juiz, o autor e o réu).

Não é nosso interesse, neste trabalho, discutir a divergência doutrinária acerca da participação do juiz na relação jurídica processual, mas defendemos que o Magistrado é parte da relação jurídica processual, representa o Estado, o Território, ou seja, onde as relações ocorrem. Ele não tem interesse na causa, mas comanda todos as interações na relação processual.

A audiência (Latim *audientia*) significa ato de ouvir, dar atenção. É a reunião do juiz com as partes e advogados, Ministério Público, testemunhas e outros sujeitos. Há vários tipos de audiência, depende da demanda e do ramo do Direito que a fundamenta. A este trabalho, interessa apenas a audiência de instrução e julgamento realizada no Juizado de Defesa do Consumidor regido pela Lei 9099/99 e pelo CDC.

Na audiência, há dois tipos de regras de interação: a) as regras prescritas norma processual que são fixas, seguem um rito e não podem ser violadas sob pena de extinguir o processo, e os violadores sofrerem sanções, uma vez que o juiz tem o poder de polícia; b) regras sistêmicas que estão fundamentadas no léxico e na argumentação jurídicos. Essas regras também seguem um rito, pois determinadas palavras não podem ser ditas durante a audiência, por exemplo, calão e palavras de cunho pejorativo. O falante não tem a liberdade recorrer a determinados processos semânticos. Isso poderá trazer implicações à resolução do conflito. Por exemplo, se o consumidor alegar que um determinado produto adquirido apresenta *defeito*, as implicações jurídicas não serão as mesmas, caso esse produto apresente *vício*. As palavras *defeito* e *vício* estão no mesmo campo semântico, mas são usadas em situações diferentes e apresentam consequências jurídicas diversas. O *vício* é um problema que apenas torna o produto inapto para o uso. Já o *defeito* coloca em

risco a vida e a segurança do consumidor, por exemplo, aquisição de um eletrodoméstico com um fio elétrico descascado. (*vide* artigos 12 e 17 – CDC).

A relação processual é triangular. No vértice, está o juiz representando o Estado, que tem a prerrogativa de dizer o direito. Nos lados, estão as partes, e entre elas o conjunto de atos são praticados, mediante a linguagem. Esses atos são intermediados pelo Juiz.

Regras de interação que ocorrem na audiência:

Pregão: (latim *preconium*, de *praeconari*) significa apregoar, proclamar, é o ato de anunciar, em voz alta a realização de audiências (Art. 3n58 – CPC);

Proposta de conciliação (Artigo 359 – CPC): em todas as fases do processo, salvo algumas exceções, o juiz deve propor conciliação.

Em relação à proxêmica das partes da relação processual, em uma audiência, destacamos que o autor da demanda sentar-se-á ao lado direito do magistrado, e o réu, ao lado esquerdo. Ao juiz, compete manter a ordem e o decoro na audiência (Artigo 360 – CPC). A ordem e o decoro serão mantidos mediante o tratamento de urbanidade entre as partes, a elevação e tom de voz, a seleção lexical adequada ao contexto da audiência e o respeito ao direito de fala das partes.

Ordem das falas: Primeiro, o juiz ouve o depoimento do autor. Em seguida, o réu, obedecendo ao princípio do contraditório e da ampla defesa. Posteriormente, as testemunhas serão ouvidas, obedecendo à sequência anterior: testemunhas trazidas pelo autor e testemunhas trazidas pelo réu.

Havendo a necessidade de produção de provas orais, essas serão produzidas em audiência. Nas audiências de relação de consumo, conforme determina o Artigo 2º da Lei 9099/95, predominam os seguintes princípios: *oralidade, informalidade, simplicidade, celeridade processual e economia processual*.

Dentre desses princípios, destacamos, para o objeto deste trabalho, os princípios da oralidade e da simplicidade. O Princípio da oralidade possibilita uma interação entre os sujeitos. Segundo esse princípio, há o predomínio da língua falada, uso de um vocabulário mais simplificado, evitando-se o emprego excessivo de termos técnicos, arcaicos e complicados que dificultam o entendimento dos sujeitos que não estão inseridos no contexto jurídico. O princípio da simplicidade prima pela dispensa de alguns requisitos formais, desde que não acarrete prejuízo aos sujeitos da relação, uma vez que há casos em que eles podem demandar em juízo desassistidos de advogados. Esses dois princípios se inserem em um princípio não conhecido pela doutrina, o **Princípio Linguístico**, que objetiva o uso de uma linguagem mais aces-

sível, possibilitando a interação das partes na relação processual, contribuindo, assim, com o acesso à justiça daqueles que recorrem ao Poder Judiciário.

2 Definindo a Ecolinguística

Em uma definição simplista e considerando os termos *eco* e *linguística*, o leigo relacionará a Ecolinguística à língua e ao meio ambiente. Na verdade, a Ecolinguistica não é apenas essa relação por si mesma. Couto e Couto (2016, p. 382) apresentam dois conceitos mais amplos para a Ecolinguística: "estudo das interações entre língua e seu contexto social, mental e natural, via população. Outra possibilidade de dizer a mesma coisa seria: Ecolinguística é o estudo das inter-relações linguísticas que se dão no nível social, no mental e no natural."

Analisando os conceitos, concluímos que as interações são compostas por três elementos o povo (falante de uma língua) território (*locus* das interações) e Língua (interação).

Esses três elementos constituem o tripé da ecolinguística.

2.1 O Tripé da Ecolinguística

Um ecossistema linguístico é formado por três elementos que estão sempre em uma relação dialética. Esses elementos se intercomplementam: o Território (T), a População (P) e a Língua (L). (P), vivendo em determinado (T), interage, por intermédio de (L) e, conforme os costumes linguístico-culturais e sociais de (T). Esses padrões interacionais correspondem à língua em uso. Nesse caso, falar em interação significa falar em língua/gem.

Como a ecolinguística está inserida no conceito da ecologia geral, recebeu as seguintes denominações: linguística ecossistêmica ou ecologia linguística. O ecossistema natural apresenta seres vivos, interação e Território. No ecossistema linguístico, temos exatamente os mesmos componentes do ecossistema biológico (COUTO, 2018, p. 46), diferenciando apenas no que se refere aos seres vivos, uma vez que no ecossistema linguístico, as interações envolvem pessoas, sejam entre elas ou entre elas (pessoas) e o meio ambiente. Na Ecolinguística, temos um povo (P), vivendo em um espaço físico (T) e interagindo entre si mediante sua linguagem (L). Isso coloca a Ecolinguística em pé de igualdade com a ecologia biológica.

2.1.1. Língua: (L) não é entendida apenas como estruturas formais, e sim como a maneira que um determinado povo usa para se comunicar. Sempre que uma determinada comunidade tiver um nome para seu modo de comu-

nicar e interagir, teremos uma Língua. Nessa visão, a língua é um fenômeno sociointerativo.

2.1.2. Povo: (P) na Ecolinguística, (P) significa os organismos humanos que compõem o meio ambiente físico, parte mental dos membros de uma comunidade e cada membro da comunidade na perspectiva social. Por isso, (P) compõe-se de três elementos: organização – pensamento e interação. A relação da língua com o Território não é direta, é intermediada por (P). A língua não existe por si só. Ela só existe em P, daí a metáfora de (P) ser hospedeiro de (L).

2.1.3. Território: Retomando Sapir, consideramos (T) como a sede da língua. É a condição *sine qua non* para existirem a interações, porque os homens interagem em um determinado espaço físico.

O Estado, como organização social, também apresenta três elementos que o compõem: Território – Raça e Língua. (GROPALLI, 1968, p. 11). Hoje falamos em Território compreendendo o espaço. O elemento *raça* foi substituído por população e Língua corresponde aos laços político-culturais que unem o povo no território.

O Povo, segundo Gropalli (1968) pode ser concebido como a coletividade de indivíduos que se reconhecem e pertencem a uma mesma comunidade onde se compartilham os mesmos sentimentos e anseiam os mesmos objetivos. Assim, os indivíduos que pertencem a um determinado povo devem estar ligados por laços histórico-culturais, sedimentados pela mesma visão de mundo e modo de vida. Esse vínculo se dá por intermédio da língua e cultura, uma vez que "há íntimas inter-relações entre língua e cultura." (COUTO, 2018, p. 45).

Mancini, em 1851, (*apud*. GROPALLI) definiu a nação como uma sociedade natural de homens em que os costumes e a língua levam-no a uma comunidade de vida e de consciência social. Àquela época, já existia uma preocupação com as interações situadas em uma determinada comunidade. Implicitamente, já existia uma Ecolinguística jurídica.

2.2 As interações na Ecolinguística

Os membros de (P) estabelecem dois tipos de interação: a) **Interações Ecológicas**: compreendem as interações entre os membros de P com o mundo (meio, território). Por intermédio dessa interação ecológica, as pessoas dão nome às coisas que os rodeiam, constituindo o que denomina referência ou

significação. Essa interação pode ser encarada sob duas perspectivas: onomasiologia e semasiologia. Na primeira, o falante parte da coisa para a designação; na segunda, parte de uma palavra para saber à qual coisa tal palavra se refere. Conforme Couto (2018, p. 47), "A ecolinguística tem mostrado que a palavra surge pelo primeiro processo (onomasiologia), mas, após formada, adquire uma relativa autonomia, podendo referir-se a outras coisas por processos como polissemia, metáfora, metonímia e muitos outros (semasiologia). " b) **Interações comunicativas**: são as interações pessoa-pessoa. Nesse tipo de interação, a língua não é um instrumento, e sim a própria comunicação. Por isso, língua é interação.

2.3 O Meio Ambiente da Língua

As interações não ocorrem no ar, e sim em um determinado espaço. Por isso, não separamos a língua do Meio Ambiente (MA). Que vem a ser Meio ambiente? Para responder a essa pergunta, adotamos o conceito de Neves e Tostes (1992, p. 17), haja vista ser uma definição genérica:

> Meio Ambiente é tudo o que está relacionado com a vida de um ser ou de um grupo de seres vivos. Tudo o que tem a ver com a vida, sua manutenção e reprodução. Nesta definição estão: os **elementos físicos** (a terra, o ar, a água), o **clima**, os **elementos vivos** (as plantas, os animais, os homens), **elementos culturais** (os hábitos, os costumes, o saber, a história de cada grupo, de cada comunidade) e a maneira como esses elementos são tratados pela sociedade. Ou seja, como as atividades humanas interferem com estes elementos. Compõem também o Meio Ambiente as interações destes elementos entre si, e entre eles e as atividades humanas. Assim entendido, "o meio ambiente não diz respeito apenas ao meio natural, mas também às vilas, cidades, todo o ambiente construído pelo homem". (grifamos).

A partir desse conceito, extraímos dois elementos que compõem o MA: o elemento objetivo: compreendendo as interações, atividades humanas, história e a cultura de modo geral, sobretudo, a língua; elemento subjetivo: o homem. Observemos que os autores consideram MA como "tudo o que tem a ver com a vida, sua manutenção e reprodução". Dessa forma, justificamos a relação intrínseca meio ambiente e linguagem. O MA não se refere apenas ao espaço por si mesmo, mas também a todos os elementos que nele estão inseridos principalmente as relações que ocorrem entre os homens e

entre eles e o MA. Referindo-se ao MA da língua, consideramos que a "língua existe somente na mente de seus usuários e só funciona relacionando esses usuários uns aos outros e à natureza, isto é, seu meio ambiente natural e social." (Haugen, tradução Couto, 2016, p. p.58). Uma parte da ecologia da língua é de natureza psicológica, considerando a interação com outras línguas na mente dos falantes bilíngues e multilíngues e as relações psicofísicas que a própria língua apresenta no cérebro dos falantes, outra parte é natureza sociológica, tendo em vista as interações na sociedade onde a língua é falada.

Portanto, defendemos que a língua apresenta três, MAs, o natural, mental e o social. Sapir (tradução Câmara Jr, 2016, p. 37) defendia que a língua é um complexo de símbolos que reflete todo o quadro físico e social onde se encontra um grupo social. Naquela época, já se compreendia o termo ambiente englobando fatores físicos e sociais.

A língua apresenta três MAs, que, para Couto (2018, p. 47-48) e Couto (2015, 2016, 2017), trata-se do ecossistema natural, do mental e do social.

No ecossistema natural, a língua é um fenômeno de natureza biológica, sonora, paralinguística, proxêmica, cinésica. É usada pelas pessoas do ponto de vista físico, vivendo em um lugar específico, seu território físico (T). Dessa forma, o MA natural da língua é o lugar das interações linguísticas concretas e é formado por (P) em (T). Considerada como fenômeno mental, a língua se compõe das conexões neurais que formam o cérebro em funcionamento, e o cérebro é o lugar das interações, ou seja, é (T) da língua. Analisando a língua como um fenômeno social, definimos o ecossistema social da língua, como o conjunto de indivíduos inseridos em uma coletividade. Enfim, a língua não é vista apenas como uma realidade física, psíquica ou social, mas como uma ação biopsicossocial. O ecossistema linguístico geral, também chamado de ecossistema integral da língua que congrega essas três realidades.

Fundamentando-nos em Couto (2018, p. 49), apresentamos a sinopse:

Elementos do tripé	MA	Língua como:
P1 + T1 =	MA Físico	Realidade física
P2 +T2 =	MA Mental	Realidade mental
P3 + T3 =	MA Social	Instituição social

O ecossistema integral da língua, como uma comunidade linguística, pode ser visto como comunidade de língua e como comunidade de fala.

A Comunidade de língua (CL) é abrangente, sua existência não está vinculada à vontade do pesquisador. Por exemplo, a comunidade dos países lusófonos. A Comunidade de Fala é delimitada, depende da vontade do pesquisador. Para Couto (2018, p. 48), "a CF se aproxima do ecossistema biológico prototípico, aquele que é delimitado pelo ecólogo." Assim, o ecolinguista pode delimitar a área que lhe interessa, por exemplo, o estudo da relação dos adeptos do candomblé com as plantas de uma determinada região da Bahia. No ecossistema integral da língua, todo e qualquer fenômeno linguístico pode ser analisado tanto na perspectiva interna da língua quanto na externa, uma vez que a linguística ecossistêmica encara seu objeto de modo holístico (COUTO, 2018). Por isso, há exoecologia linguística e a endoecologia linguística.

3 A Audiência como uma Interação: uma Ecolinguística Jurídica

Para a doutrina jurídica, a audiência é ato processual complexo porque integra vários atos e sujeitos com papeis diversos. Apesar de os sujeitos apresentarem pretensões diferentes, há entre elas uma comunhão: o desfecho da demanda. Por isso, dizemos que a audiência é uma interação, sobretudo, linguística. Segundo Chaves (2013, p. 171), com o advento da Lei 11.419/2006, que dispõe da realização de atos processuais em meio eletrônico, há o **Princípio da Interação** que visa a superar o contraditório linear e segmentado. O termo *relação*, neste trabalho e considerando o princípio da cooperação e da interação na relação processual, é usado como sinônimo de *interação*.

Qual o papel da língua na relação jurídica processual? Como ocorrem as interações nessa relação?

A língua, na relação jurídica processual, consiste em uma rede de interações que se dão entre os sujeitos. Todos os atos processuais se dão *na* e *pela* linguagem. Apesar de os sujeitos terem objetivos distintos, há interação, mesmo que seja uma interação comunicativa desarmônica (COUTO, 2016, p. 76), pois, comumente, há conflitos. Tanto as regras de interação quanto as sistêmicas são obedecidas, pois determinadas palavras não são aceitas na relação jurídica processual. A violação às regras implica consequências aos sujeitos e ao andamento do processo. No que se refere às regras sistêmicas, há uma diferença entre a interação no sistema jurídico e a interação no ecossistema linguístico. No contexto jurídico, há regras sistêmicas que não podem ser violadas, sob pena de trazer implicações às partes e à demanda. Enquan-

to no ecossistema linguístico, as regras sistêmicas podem ser violadas, pois não implicarão as interações.

A audiência não se configura como um simples arranjo para efetivar o direito do consumidor violado, "mas uma negociação de sentido em que está em questão. " (PÁDUA, 2016, p. 38). Por isso, a audiência é uma interação, uma cadeia de atos que consistem em resolver um conflito.

As interações no ordenamento jurídico podem ocorrer de duas formas: simples e complexas. Nas interações simples, ocorre um só ato, em uma só conduta. Citamos, por exemplo, a intimação à testemunha determinando seu depoimento; a sentença, que, após todas etapas da relação, extingue o processo com ou sem resolução do mérito. Nas interações complexas, praticam-se atos processuais distintos, envolve sujeitos com papeis processuais diferentes. A audiência, por exemplo, é uma interação complexa. Durante ela [audiência], são praticados vários atos conglomerados unidos pela contemporaneidade e pela finalidade comum (CINTRA *et al*, 200, p. 366).

Analisando o conceito de comunidade de fala como "um ecossistema linguístico constituído por um território geralmente de pequenas proporções, em que os atos de interação comunicativa entre seus membros se dão com relativa frequência." (COUTO, 2016, p. 53). A audiência, do ponto de vista da Ecolinguística, é uma comunidade de fala efêmera, pois, conforme defende Couto (2016, p. 55) "tem um ajuntamento de pessoas com alguns interesses comuns, mas de curta duração". Nela, estão presentes sujeitos (partes do processo), juiz, Promotor, Advogados), existe interação, apesar de objetivos distintos, mas há vínculo que unem as partes para a demanda ser resolvida; as interações se dão pela linguagem. Não há uma interação, mas uma rede de interações. Dentro desse ecossistema jurislinguístico, destacamos ainda que a audiência é uma comunidade de fala complexa, pois, apesar de os interlocutores serem falantes da mesma língua nacional, há uma diversidade dialetal entre eles. Nem todos os sujeitos da relação jurídica processual conhecem as regras sistêmicas do Direito.

Conclusão

Uma demanda judicial nasce de um fato que pode ser linguístico ou não, mas, constituída a relação jurídica processual, todos os atos serão praticados por intermédio da linguagem, mesmo que sejam determinados pelo Juiz, mas essa determinação se dá mediante os atos linguísticos e é fundamentada na interação. Não pode haver nenhuma relação jurídica com a presença apenas

de um sujeito. Assim, acreditamos que um ecossistema jurídico se compõe de (**P**– sujeitos), (**T** – Território, ambientes jurídicos) e (**L** – Língua correspondendo às diversas interações e atos processuais praticados pelos sujeitos). Só falamos em relação jurídica processual quando estiverem completos todos os lugares do ecossistema jurídico. As interações ocorrem com a coparticipação dos sujeitos em determinado espaço. Dessa forma, uma relação, no contexto jurídico, é uma Ecolinguística jurídica que apresenta suas especificidades.

A relação jurídica tem seus princípios e sua linguagem específicos adotados a cada situação. Não há apenas uma relação jurídica, e sim uma relação jurídica macro, composta por diversos microssistemas conforme o que as partes esperam da demanda.

Considerando os pressupostos da Ecolinguística e analisando a relação jurídica a partir dos elementos: **Partes** (do processo), **Território** (ambiente da jurisdição), **Língua** (interação endoprocessual), foi possível analisar esses elementos e correlacionando-os com os elementos que embasam a Ecolinguística. Isso nos dar fundamentos para defendermos a existência de uma Ecolinguística Jurídica. Enfatizamos que os sujeitos da relação jurídica processual, os atos por eles praticados, as regras de interação e sistêmicas são complexos, porque o Direito apresenta diversas divisões e cada uma possui suas peculiaridades. Dessa forma, consideramos haver uma Ecolinguistica Jurídica macro que apresenta diversos ecossistemas jurídicos, por exemplo, Agrário, Ambiental, Penal, Civil, Tributário, Consumidor e outros.

Os questionamentos, ainda incipientes, aqui apresentados servirão de ponto de partida para outros desdobramentos das relações travadas no ecossistema jurídico à luz da Ecolinguistica.

ANDRADE, T.L.S., The interactions in hearings in the court of defense of the consumer: An analysis in the light of law and Ecolinguistic. *Justitia*, São Paulo, v. 213/214/215/216, p. 154-167, Jan. / Dec. 2019-2020.

- **ABSTRACT**: Language is one of the main traits that distinguish man from other animals, allowing the subjects to transmit knowledge, arguing, and interacting in the social environment in which they are inserted. No linguistic act should be considered insignificant, because speakers of a language are politically and historically contextualized subjects in a given time and sociocultural space. For this reason, Ecolinguistics, as the study of the relationship between the people – Territory and language, treats the language as an interaction. We cannot study the people separated from their line-

age and from their socio-geographic context. In this context, we highlight the law in the intermediary action of social, personal or collective demands, from a political, ideological or economic point of view. These demands are expressed by language. This article aims to reflect on the audiences of consumer relations in an ecolinguistic perspective, considering that in these relationships there will always be a vulnerable subject in the matter of law and language that is not inserted in the forensic context. Therefore, it does not always interact in this context. We adopted the methodology of ethnographic and bibliographical research, using the analysis of the doctrine. We hope that this research will awaken in the professionals of the law a better understanding of the legal language not as oppression, but a way of saying in a crystalline way the law.

- **KEYWORDS**: Law. Ecolinguistics. Language. Interaction. Contexts.

Referências

BRASIL. **Código de Processo Civil**. São Paulo: Saraiva, 2017.

BRASIL. **Código de Defesa do Consumidor**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017 1993.

BRASIL. LEI Nº 9099, de 25 setembro de 1995. Dispõe sobre os Juizados Especiais Cíveis e Criminais e dá outras providências. Disponível em: <Http://www.imprensanacional.gov.br/mp_leis/leis_texto.asp?ld=LEI%209887> Acesso: 20 nov 2018.

BENVENUTO, Jayme. Prefácio In: **Linguagem e direito**. Virgínia Colares (org). Recife: Ed. Universitária da UFPE, 2010.

CALMON DE PASSOS, J. J. **Instrumentalidade do processo e devido processo legal**. Revista de processo, v. 102, São Paulo, 2001.

CARNEIRO, Athos Gusmão. **Intervenção de Terceiros**. São Paulo: Saraiva, 1999.

CHAVES, Manoel Matos de Araújo. Algumas Considerações sobre o Princípio do Contraditório no Processo Eletrônico. Disponível em https://juslaboris.tst.jus.br/./2013> Revista Eletrônica. Janeiro / fevereiro de 2013. Acesso: 29 nov. 2018.

CHIOVENDA, Giuseppe. **Instituições de Direito Processual Civil**. vol. I. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1980.

CINTRA, Antônio Carlos de Araújo *et al*. **Teoria Geral do Processo**. São Paulo: Malheiros, 2010.

COUTO, H. H. do; COUTO, E. K. N. N. do. A Ecolinguística e o estudo das línguas de sinais: língua, linguagem e sinais domésticos. Revista Diálogos (Re-

vDia), "Edição comemorativa pelo Qualis B2", v. 6, n. 2, mai.-ago, 2018. Disponível em < periodicoscientificos.ufmt.br/ojs/index.php/revdia/article/view/6659>. Acesso: 29 nov. 2018.

COUTO, Elza Kioko Nakayama Nenoki do, COUTO, Hildo Honório do. Ecolinguística, Linguística Ecossistêmica e Análise do Discurso Ecológica (ADE). Revista Signótica, Goiânia, v. 28, n. 2, p. 381-404, jul. /Dez. 2016. Disponível em < https://www.revistas.ufg.br/sig>. Acesso: 29 nov. 2018.

COUTO, Hildo Honório do. ECOSSISTEMA CULTURAL. Ecolinguística: Revista Brasileira de Ecologia e Linguagem, v. 04, n. 01, p. 44-58, 2018. Disponível em < htppperiodicos.unb.br/index.php/erbel/article/viewFile/15136/10837>. Acesso: 29 nov. 2018.

COUTO, Hildo Honório do. Comunidade de Fala Revisitada. Ecolinguística: Revista Brasileira de Ecologia e Linguagem, v. 02, n. 02, p. 49-72, 2016. Disponível em < htppperiodicos.unb.br/index.php/erbel/article/viewFile/15136/10837>. Acesso: 29 nov. 2018.

GROPALLI, Alexandre. **Doutrina do Estado**. Trad. Paulo Edmur de Souza Queiroz. São Paulo: Saraiva, 1968.

HAUGEN, Einar. Ecologia da Linguagem. Tradução de Hilda Honório do Couto. In. **O Paradigma Ecológico para as Ciências da Linguagem** Ensaios ecolinguísticos clássicos e contemporâneos/Hildo Honório do Couto *et al* (org) Goiânia: Editora UFG, 2016.

NACONECY, Luiz Carlos Macedo. **Curso de Direito Processual Civil**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1984.

NEVES, Estela, TOSTES, André. **Meio Ambiente, a lei em suas mãos**. Petrópolis: Editora Vozes, 1992.

PADUA, João Pedro. Direito como sistema de normas e Direito como sistema de práticas: aportes teóricos e empíricos para a 'refundação' da "ciência" do Direito (em diálogo com a Linguística Aplicada). **Linguagem e Direito**: Perspectivas teóricas e Práticas. Rosalice Pinto, Ana Lúcia Tinoco Cabral, (org.). São Paulo: Contexto, 2016.

PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. **Comentários ao Código de Processo Civil**. Rio de Janeiro: Forense, 1974.

REALE, Miguel. **Teoria Tridimensional do Direito**. 5. Ed. São Paulo: Saraiva, 1999.

SAPIR, Edward. Língua e Ambiente. Tradução de Mattoso Câmara Jr. In. **O Paradigma Ecológico para as Ciências da Linguagem** Ensaios ecolinguísticos clássicos e contemporâneos/Hildo Honório do Couto *et al* (org) Goiânia: Editora UFG, 2016.

As Pessoas com Deficiência e o Ministério Público Brasileiro

Hugo Nigro MAZZILLI*

- **RESUMO:** A defesa das pessoas com deficiência funda-se no princípio geral da igualdade, de maneira que a lei procura assegurar-lhes uma correspondente compensação jurídica. Nessa área, a atuação judicial ou extrajudicial do Ministério Público brasileiro é protetiva, destinada a assegurar os direitos e a dignidade das pessoas com deficiência.

- **PALAVRAS-CHAVE:** Pessoa com deficiência. O papel do Ministério Público Brasileiro.

- **SUMÁRIO**: Introdução. 1 O enfrentamento da matéria no Brasil. 2 O princípio da igualdade. 3 O início do envolvimento do Ministério Público. 4 O papel do Ministério Público. 5 A especialização no Ministério Público. Conclusão. Referências

Introdução

O problema dos que ostentam alguma condição deficitária tem raízes mais profundas que as próprias limitações físicas ou mentais em si mesmas, porque as pessoas são discriminadas pela sociedade não apenas e tão somente pelas causas orgânicas da deficiência. São socialmente marginalizadas pessoas em razão da idade, da altura, da cor da pele, do sexo, da aparência, fragilidade ou corpulência física, da etnia, da procedência, da orientação sexual, da religião ou da ausência dela, das opiniões, das doenças e por causa de inúmeros outros preconceitos. A própria idade, quando muito tenra, ou também quando já provecta, também traz ou pode trazer limitações físicas e psíquicas reais e bastante significativas. Assim, o enfrentamento da questão da deficiência das pessoas de muito ultrapassa os limites apenas físicos ou mentais: na verdade a questão diz respeito a todo tipo de pessoas que são socialmente marginalizadas e que passam a sofrer algum tipo de limita-

* Professor Emérito da Escola Superior do Ministério Público de São Paulo.

ção, restrição ou discriminação, seja por que motivo for, fisiológico ou não. E o problema vai até mesmo mais além, pois não diz respeito só às pessoas que *estão* nessas condições, mas sim a *todas as pessoas*, mesmo que atualmente aí não estejam, pois todos nós ou já estivemos em condição deficitária (quando na infância), ou poderemos nela vir a estar (quando na velhice, ou na doença, ou por acidentes ou eventos os mais diversos).

Embora a existência de pessoas que ostentem alguma forma de deficiência seja tão antiga como a própria humanidade, seus problemas não deixam, entretanto, de só ter merecido apenas mais recentemente a melhor conscientização social.[1]

Pode-se dizer que essa conscientização teve incremento especial a partir da atenção que à matéria foi conferida pela Organização das Nações Unidas (ONU) no pós-guerra de 39-45. Verdade é que a primeira atenção mais direta da ONU a respeito do assunto se direcionava à reabilitação de pessoas que a própria guerra tornara deficientes — não só os militares como as vítimas civis. Desta maneira, em 1946 a Assembleia Geral da ONU adotou resolução que abriu caminho para um programa de consultoria em diversas áreas do bem-estar social, incluindo a reabilitação das pessoas com deficiência. Somente em 1971 é que a mesma Assembleia Geral aprovou a Declaração dos Direitos das Pessoas com Retardo Mental, e em 1975 editou a Declaração dos Direitos das Pessoas Deficientes. A partir daí, a preocupação internacional com a questão passou a ser cada vez mais intensa.

O campo das deficiências, porém, supera em muito aquelas apenas decorrentes dos conflitos bélicos, que foram as que motivaram os primeiros passos da ONU ao abordar a questão. Tem ele a natureza mais variada possível, começando com as deficiências inatas e passando por subnutrição, subdesenvolvimento, acidentes ecológicos, acidentes de trânsito, acidentes do trabalho, acidentes domésticos, crimes, uso indevido de drogas, falta de política pré-natal, de educação, de saúde ou de previdência adequadas etc. Todos esses fatores têm causado ou pelo menos contribuído para o surgimento, agravamento ou para a não superação de limitações mentais, sensoriais, orgânicas etc. dos seres humanos. O enorme alcance do problema só pode

[1] Cf., a propósito, Otto Marques da Silva, *A Epopeia Ignorada — a pessoa deficiente na história do mundo de ontem e de hoje*, p. 21, São Paulo, Centro São Camilo de Desenvolvimento em Administração da Saúde, Cedas, 1987.

ser bem estimado se considerarmos que, segundo dados apresentados em fevereiro de 2018 pela Organização Mundial da Saúde das Nações Unidas, estima-se que 15 por cento das pessoas do mundo têm dificuldades funcionais muito significativas, sendo que esse contingente ainda está aumentando em razão do envelhecimento da população e da piora das condições crônicas de saúde, superando facilmente um bilhão de pessoas!...[2]

1 O enfrentamento da matéria no Brasil

No Brasil, embora já houvesse diversas leis infraconstitucionais que estabeleciam algumas formas de proteção às pessoas com deficiência em geral (incapazes, cegos, surdos-mudos , paraplégicos, vítimas de acidentes do trabalho, da talidomida, da hanseníase etc.), foi apenas sob a vigência da Carta de 69 que a Emenda Constitucional n. 12, de 17 de outubro de 1978, assegurou às pessoas com deficiência a melhoria de sua condição social e econômica, especialmente mediante: *a)* educação especial e gratuita; *b)* assistência, reabilitação e reinserção na vida econômica e social do País; *c)* proibição de discriminação, inclusive quanto à admissão ao trabalho ou ao serviço público e a salários; *d)* possibilidade de acesso a edifícios e logradouros públicos.

Em nível de legislação constituinte originária, foi apenas a partir da Constituição de 1988 que o enfrentamento da matéria tomou efetivo impulso e mereceu atenção mais diferenciada. A Constituição de 88 foi nossa primeira Lei Maior que se preocupou diretamente com a pessoa com deficiência, no tocante ao trabalho (arts. 7º, XXXI; 37, VIII), à saúde (art. 23, II), à proteção e integração social (art. 24, XIV), ao acesso a emprego público (art. 37, VIII), à aposentadoria (art. 40, § 4º-A), à preferência no pagamento de precatórios (art. 100, § 2º, e ADCT, art. 102), à previdência e assistência sociais (arts. 201, § 1º, I, e 203, IV e V), à educação (art. 208, III), aos programas de prevenção e atendimento especializado (art. 227, § 1º, II), à acessibilidade (arts. 227, § 2º, e 244).

A partir de então, na esfera infraconstitucional, a Lei n. 7.853/89 disciplinou a proteção das pessoas com deficiência com vista à sua integração social, bem como instituindo medidas judiciais protetivas, inclusive por meio de iniciativa do Ministério Público, até mesmo com enfoque de defesa de direi-

[2] Cf. dados disponíveis em https://www.who.int/news-room/facts-in-pictures/detail/disabilities, acesso em 26-05-2020.

tos transindividuais; o Estatuto dos Servidores Públicos da União regulamentou o art. 37, VIII, da Constituição (cotas e critérios de admissão nos cargos e empregos públicos); a Lei n. 8.213/91 assegurou, em favor dos beneficiários reabilitados ou pessoas com deficiência, desde que habilitadas, de 2 a 5% das vagas para trabalho nas empresas com mais de 100 empregados; a Lei n. 8.742/93, com as alterações das Leis ns. 12.435/11, 12.470/11 e 13.146/15, assegurou benefício de prestação continuada em favor da pessoa com deficiência que comprove não possuir meios de prover a própria manutenção e não tê-la provida pela família; a Lei n. 8.899/94 dispôs sobre o acesso da pessoa com deficiência ao sistema de transporte coletivo interestadual; a Lei n. 10.048/00 assegurou atendimento prioritário às pessoas com deficiência física, entre outras, bem como impôs requisitos de acessibilidade em seu favor; a Lei n. 10.098/00 trouxe mais algumas regras e critérios básicos para a promoção da acessibilidade das pessoas com deficiência ou com mobilidade reduzida, em relação aos espaços, mobiliários e equipamentos urbanos, às edificações, aos transportes e aos sistemas e meios de comunicação; a Lei n. 10.216/01 dispôs sobre a proteção e os direitos das pessoas com transtornos mentais; a Lei n. 10.226/01 alterou o Código Eleitoral (Lei n. 4.737/65), determinando a expedição de instruções sobre a escolha dos locais de votação de mais fácil acesso para o eleitor com deficiência física; o Dec. n. 3.956/01 promulgou a Convenção Interamericana para Eliminação de todas as formas de discriminação à pessoa com deficiência; a Lei n. 10.436/02 garantiu a inclusão da Língua Brasileira de Sinais — Libra nos parâmetros curriculares de ensino, na forma da legislação vigente; o Dec. n. 4.228/02 instituiu o programa nacional de ações afirmativas, que visa à observância, pelos órgãos da Administração Pública federal, de requisito que garanta a realização de metas percentuais de participação de pessoas com deficiência, entre outras, no preenchimento de cargos públicos; a Lei n. 10.845/04 instituiu o programa de complementação ao atendimento educacional especializado às pessoas com deficiência; a Lei n. 11.126/05 dispôs sobre o direito de quem tenha deficiência visual de ingressar e permanecer em ambientes de uso coletivo acompanhado de cão-guia; a Lei n. 11.133/05 instituiu o Dia Nacional de Luta da Pessoa Portadora de Deficiência, a ser celebrado em 21 de setembro; a Lei n. 12.008/09 concedeu prioridade na tramitação aos procedimentos administrativos em que figure como parte ou interessada pessoa com deficiência física ou mental; o Dec. n. 6.949/09 promulgou a Convenção Internacional sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência; a Lei n. 12.190/10 concedeu indenização por danos morais às pessoas com deficiência física decorrente do

uso da talidomida, regulamentada pelo Dec. n. 7.235/10; a LC n. 142/13 e o Dec. n. 8.145/13 regulamentaram § 1º do art. 201 da Constituição, no tocante à aposentadoria da pessoa com deficiência; a Lei n. 12.764/12 e o Dec. n. 8.368/14 consideraram como pessoa com deficiência a que tenha transtorno de espectro autista; a Lei n. 13.146/15 instituiu a Lei de Inclusão (Estatuto da Pessoa com Deficiência), etc.

Nesse ínterim, têm sobrevindo também cada vez mais medidas protetivas às pessoas com deficiência, em razão de sucessivos processos judiciais, no tocante à acessibilidade ao metrô e a edifícios públicos, à participação em concursos, ao preenchimento de cargos e empregos públicos ou privados etc.

Enfim, as leis, os governantes, os tribunais, o Ministério Público, a Ordem dos Advogados do Brasil, e, sobretudo, a própria sociedade passaram a dedicar mais justa atenção às pessoas que, pelas mais diversas razões, têm alguma limitação temporária ou definitiva em suas capacidades ou potencialidades físicas, mentais ou de qualquer natureza, as quais não raro ainda provocam discriminação ou preconceitos, que concorrem para ampliar sua injusta marginalização.

2 O princípio da igualdade

A necessidade de conferir proteção mais especial para a pessoa com deficiência funda-se, em última análise, no princípio da igualdade. Contudo, como bem acentuou Anacleto de Oliveira Faria, "faz-se mister esclarecer o conceito de igualdade, para que sua aplicação possa cada vez se tornar mais efetiva, impedindo-se não só as distorções como as falsas reivindicações em nome do referido princípio."[3]

Na proteção às pessoas que portam alguma deficiência de qualquer natureza, o objetivo da lei consiste em procurar compensar de forma adequada a pessoa que sofre algum tipo de limitação física ou psíquica, conferindo-lhe a maior proteção jurídica correspondente. Assim, como exemplo, o verdadeiro princípio de isonomia consistiria em conceder mais tempo, num concurso, a um candidato que tenha problema motor, justamente para igualá-lo aos demais candidatos no que diz respeito à oportunidade de acesso ao cargo cujo preenchimento dependesse dos conhecimentos e não da velocidade de execução da prova escrita. Ao revés, em que pese a atual constitucionali-

[3] *Do princípio da igualdade jurídica*, p. 268, ed. Rev. dos Tribunais, 1973.

zação da matéria (CF, art. 230, § 2º), irrazoável nos parecem dispositivos legais que, ainda que sob bem-intencionada inspiração, procuram proteger as pessoas com deficiência em área onde sua limitação não inspira cuidados. É o caso da isenção de tarifa em transportes coletivos a idosos, quando a deficiência destes pode não ser econômica. Mais sentido, evidentemente, seria a isenção de tarifa aos economicamente necessitados... nisto, sim, consistiria a verdadeira e correta aplicação do princípio da igualdade.

Com propriedade, observou Celso Antônio Bandeira de Mello que cumpre, pois, verificar se há justificativa racional, isto é, fundamento lógico, para, à vista do traço desigualador escolhido, atribuir o específico tratamento jurídico construído em função da desigualdade proclamada.[4]

O verdadeiro sentido da isonomia, constitucionalmente assegurada, consiste, pois, em tratar diferentemente os desiguais, na medida em que se busque compensar juridicamente a desigualdade, igualando-os em oportunidades. Nesse sentido, recorramos a um novo exemplo, atinente agora ao comparecimento a juízo: a especial proteção que a lei confere à pessoa com deficiência inspira-se em sistema semelhante, como já o fazia em relação ao incapaz ou ao ausente. Para assegurar a igualdade constitucionalmente prevista, e que por óbvio também vale para todos estes, a lei lhes confere maior proteção para obter um equilíbrio processual não meramente aritmético, mas fundado na razoável igualdade entre as possibilidades de exercício de ação e defesa.[5] Com o fito de compensar a deficiência fática que sofrem os incapazes (que, justamente em vista da incapacidade, não podem dispor de seus interesses) e que também ostentam os ausentes (que, justamente pela ausência, não podem melhor defender seus interesses), a lei assegura medidas protetivas em seu favor, visando a suprir essa deficiência fática que os impede de pessoalmente assumir a defesa de seus próprios interesses. Assim, no tocante ao incapaz, além de ser representado ou assistido por pais, tutores ou curadores, é ele assistido pelo Ministério Público (CPC, art. 178, II); no tocante ao ausente, é ele substituído processualmente por um curador especial (CPC, art. 671, I). Semelhantemente, no que diz respeito à pessoa com deficiência, poderá ela ser assistida por seus apoiadores (CC, art. 1.783-A, in-

[4] *O conteúdo jurídico do princípio da igualdade*, p. 28, ed. Rev. dos Tribunais, 1978.

[5] Eduardo j. Couture, *Fundamentos del derecho procesal civil*, p. 185, Buenos Aires, Ed. Depalma, 1968.

troduzido pela Lei n. 13.146/15); da parte do Ministério Público, ele também lhe prestará assistência, seja ao intervir nas ações em que se discutam interesses relacionados com a deficiência (Lei n. 7.853/89, art. 5º), seja ao opinar em juízo sobre a prática de negócio jurídico que possa trazer risco ou prejuízo relevante à pessoa com deficiência que esteja em divergência com um dos apoiadores (CC, art. 1.783-A, § 6º).

A intervenção do Ministério Público em juízo não deve limitar-se à presença de interesses de incapazes, ausentes, acidentados do trabalho, silvícolas etc., e sim deve estender-se para alcançar todo tipo de pessoas que sofram alguma forma acentuada de discriminação ou de limitação física, mental ou social, ou seja, deve cobrir não apenas as hipóteses clássicas já mencionadas, mas todas as pessoas que ostentem alguma forma grave de restrição física, mental ou social, que as possam inferiorizar de qualquer maneira na sua vida pessoal ou social. Reitere-se que a intervenção do Ministério Público em juízo deve sempre ocorrer nas ações em que se discutam interesses relacionados com a deficiência (Lei n. 7.853/89, art. 5º), ou quando em juízo se contraste uma decisão apoiada, tomada na forma do art. 1.783-A do Código Civil, norma esta introduzida pela Lei n. 13.146/15.

Como aqui tem sido dito, tem sido, pois, o escopo da lei procurar compensar a situação de quem sofra alguma limitação considerável, de qualquer natureza, ao conferir-lhe maior proteção jurídica, sem jamais perder de vista, porém, a advertência de que não se pode deformar a compensação jurídica sob falsa invocação do princípio da igualdade.

Mesmo quando a maior proteção jurídica é esperada porque justa, não raro surgem resistências indevidas. Tomemos como exemplo um acórdão do Supremo Tribunal Federal, que afirmou inexistir discriminação quando se eliminou do concurso um candidato com cegueira bilateral, porque isso geraria impossibilidade de desempenho pleno da função de juiz federal.[6] Ora, o acórdão por certo não teria sido proferido se os juízes tivessem considerado que é muito diferente a situação de quem conseguiu tornar-se habilitado para exercer os ofícios do Direito já quando tinha a deficiência, e a daquele juiz que, tendo visão normal, supervenientemente, se torne cego bilateral. Enquanto este último será aposentado por invalidez, já o primeiro fez seu curso jurídico iluminado pela luz interna de sua força e sua vontade, que, não raro, é a

[6] RE n. 100.001-DF, j. 29/3/84.

bastante para ver muito além dos limites estreitos de quem não lhe reconhece aptidão para levar vida operosa e produtiva na sociedade.

Em minha carreira, cheguei a conhecer um Promotor de Justiça estadual que, com falta de ambos os membros superiores, longe de inválido, exercia com zelo as atribuições de seu cargo; cheguei a conhecer um então Procurador do Trabalho, hoje Desembargador Federal, com cegueira bilateral, que, apesar de discriminado em anterior concurso de ingresso à Magistratura (as pessoas que o reprovaram enxergavam menos do que ele!), não só depois prestou concurso e ingressou no Ministério Público da União sem depender de quotas e sem dever favor algum aos demais candidatos, como ainda, mercê de sua maturidade e cultura jurídica invulgares, tornou-se líder entre seus próprios colegas de visão normal... Como este *último* exercia suas funções se não enxergava? Da mesma maneira que o faz um juiz, que tem olhos sadios, o qual, para ler e entender algo em língua estrangeira, deve valer-se de um intérprete ou tradutor. Assim também é o papel do ledor, ou seja, um intermediário, compromissado e autorizado legalmente a tanto.

3 O início do envolvimento do Ministério Público

Numa época em que o Ministério Público brasileiro ainda não se dedicava à defesa das pessoas com deficiência, entre 1987 e 1988 elaborei os estudos que embasaram em São Paulo a criação do primeiro órgão do Ministério Público encarregado dessa função.[7]

Com efeito, em fins do ano anterior, recebi um pedido do então Procurador-Geral de Justiça Cláudio Ferraz Alvarenga, de quem fui assessor, para estudar se o Ministério Público teria algo a fazer em prol das pessoas com deficiência. Depois de estudos preliminares, abri um protocolado no *parquet* paulista para documentar o exame da questão (Pt. n. 4.773/88-PGJ, de 17-02-1988). Constatei que até então o Ministério Público não se envolvia como instituição para suplementar a defesa de pessoas paraplégicas, cegas, surdas, obesas, discriminadas, porque essas pessoas não eram *incapazes* nos termos da lei civil, dos quais o Ministério Público já cuidava na época (o anterior CPC

[7] *V.* meu artigo *O deficiente e o Ministério Público*, pub. no jornal *O Estado de S. Paulo*, ed. de 13-03-1988, p. 55; na *RT*, 629:64, ed. março 1988; em *JTACSP*, 108:6 (mar./abr. 1988); na revista *Justitia* do Ministério Público de São Paulo, 141:55 (1º trim. 1988); cf., ainda, reportagem a respeito, publicada no jornal *O Estado de S. Paulo*, ed. 03-06-1988, p. 11.

de 1973, art. 82, I). Entretanto, embora não incapazes para a prática dos atos da vida civil, essas pessoas sofriam enormes limitações de acessibilidade a locais, ao trabalho, enfim, ao gozo e ao exercício dos direitos em geral. Com o auxílio de então estagiárias do Ministério Público paulista (Cláudia Eda, Ana Luísa Lourenço Rodrigues, Elaine Rangel do Nascimento e Ana Maria de Augusto Isihi), que a meu pedido fizeram um completo levantamento da legislação federal, estadual e municipal existente a respeito das pessoas com deficiência, no aludido Protocolado n. 4.773/88-PGJ invoquei a base constitucional do princípio da igualdade e sustentei que, para compensar a deficiência fática que sofrem algumas pessoas, necessitam uma complementação protetiva com escopo de suprir ou ao menos atenuar essas limitações que não raro as impedem de assumir por si mesmas a defesa ou o exercício de direitos fundamentais; concluí sustentando a tese de que, para tanto, o Ministério Público está inteiramente destinado e capacitado a agir em seu benefício. Com base nesse protocolado, o Procurador-Geral de Justiça de São Paulo criou imediatamente o primeiro órgão de Coordenação de Proteção às Pessoas com Deficiência — órgão esse que corresponderia, hoje, a um dos atuais Centros de Apoio Operacional, e que foi o começo do envolvimento institucional do Ministério Público com a defesa da pessoa com deficiência.

Daí para diante, com o advento da Constituição de 1988 e da legislação ordinária subsequente que vinculou o Ministério Público mais propriamente à defesa da pessoa com deficiência, essa atuação passou a ser natural e generalizada.

4 O papel do Ministério Público

Afora alguns conhecidos instrumentos que o Ministério Público já exercitava na defesa de hipossuficientes, na luta, até no campo penal, contra todas as formas de discriminação, a evolução legislativa e jurisprudencial descortinou novas frentes de trabalho da instituição no tocante à defesa da pessoa com deficiência.

É verdade que, nessa defesa, nem tudo depende apenas do Ministério Público, ou seja, das investigações que faz ou das atuações judiciais que lhe cabem. Com efeito, grande parte, ou melhor, a maior parte das medidas necessárias depende de mudanças comportamentais da própria sociedade, aliadas a uma política governamental fundada em sólidos investimentos que compreendam planejamento, prevenção, reabilitação e proteção à pessoa com deficiência, a par da repressão às violações a seus direitos. Não raro, até mesmo alterações legislativas se impõem, recursos materiais são

indispensáveis, e, sobretudo, não se dispensa severa fiscalização do efetivo cumprimento das normas tuitivas.

Contudo, antes mesmo de advirem todas as mudanças estruturais e legislativas que são necessárias, mesmo à vista das leis e condições atuais, desde já pode entrar e certamente entra o papel do Ministério Público no que diz respeito à efetiva aplicação e à respectiva fiscalização das normas tuitivas referentes às pessoas com deficiência, tanto no campo das providências judiciais como extrajudiciais.

O Ministério Público já tem tradição na defesa das pessoas atingidas por alguma forma de hipossuficiência: é o que semelhantemente já vinha fazendo ao atuar protetivamente aos incapazes, aos silvícolas, aos acidentados do trabalho, aos consumidores etc.

Assim, perfeitamente adequado tenha sido ele destinado, de forma institucional, ao zelo pela eficácia de normas constitucionais e ordinárias de defesa da pessoa com deficiência, o que tem compatibilidade com sua destinação institucional (CF, art. 127, *caput*, na defesa dos interesses sociais); além disso, é o que dispõem a respeito, entre outras, a Lei n. 7.853/89, arts. 3º e 5º, e a Lei n. 13.146/15, arts. 7º, parágrafo único, 26, 79, §§ 1º e 3º, 80, 87, 88, § 3º etc.

O Ministério Público deve fazer mais que apenas *intervir* em ações que versem interesses difusos, coletivos, individuais homogêneos, ou individuais indisponíveis relacionados à proteção das pessoas com deficiência. Além de também *propor* as ações necessárias (Lei n. 7.853/89, art. 3º), deverá também *intervir* em qualquer ação em que seja parte uma pessoa nessas condições, sujeita a limitação física ou mental, posto não se trate de incapaz para os fins do Código Civil, *desde que o objeto dessa ação esteja relacionado com dita deficiência* (CPC, art. 178, I, e art. 5º da Lei n. 7.853/89).

A ressalva final é importante, porque bem dá a medida da intervenção ministerial. Assim, para exemplificar, o Ministério Público não oficiará em qualquer ação proposta por pessoa com deficiência, ou contra ela, se não estiver em discussão problema relacionado com essa especial condição da pessoa. Apenas se a deficiência gerar incapacidade para os fins da lei civil, é que a intervenção do Ministério Público *sempre* estará sempre presente: sendo a parte incapaz, o Ministério Público intervirá no feito, pouco importa esteja ou não o objeto da ação relacionado com dita incapacidade (CPC, art. 178, II). Mas, não havendo incapacidade civil, a presença de interesse de pessoa com deficiência só justificará a atuação do Ministério Público no feito se o objeto da ação estiver relacionado com a deficiência (Lei n. 7.853/89, art. 5º).

Na linha do que foi exposto, tomemos alguns exemplos ilustrativos: em ação individual em que uma pessoa com deficiência questione sua reprovação no exame de saúde para acesso em cargo público, estará em causa sua deficiência; assim, a intervenção do Ministério Público no feito será necessária; com mais razão estará o Ministério Público presente nas ações civis públicas ou coletivas que versarem a defesa de interesses difusos, coletivos ou individuais homogêneos, relacionados com a deficiência das pessoas.[8]

Nesse sentido, num dos casos pioneiros a propósito da matéria, entendeu o Tribunal de Justiça paulista, de forma acertada, que, no caso das pessoas com deficiência física, a só qualidade da parte não é suficiente para ensejar a intervenção do Ministério Público no processo em que haja interesse de pessoa com deficiência. Assim, uma pessoa capaz, ainda que sofrendo de limitação física, ao cobrar uma cambial não necessitará, em tese, dessa intervenção; contudo, quando essa mesma pessoa se ponha a litigar sobre matéria que diga respeito à sua condição, e, mais ainda, sobre matéria que interesse a toda a categoria de pessoas com deficiência — como a eliminação das barreiras arquitetônicas para seu acesso ao transporte público — existirá interesse público, evidenciado pela qualidade da parte e pela natureza da lide, a ensejar a intervenção ministerial, até porque a solução daquela lide normalmente não dirá respeito apenas ao interesse de um único indivíduo, mas de toda a sociedade. "Afinal, a proteção das formas acentuadas de hipossuficiência interessa a toda a coletividade. À sociedade convém intensamente que menores, incapazes, acidentados e deficientes físicos sejam defendidos, mesmo porque todos nós poderemos um dia encontrar-nos nessas situações".[9]

Nessa atuação, é, pois, protetivo o ofício ministerial,[10] o que inclui não só a *intervenção* do Ministério Público em ações individuais ou coletivas em que esteja em jogo a questão da deficiência das pessoas, como também inclui seu poder de *iniciativa* direta, como autor, para ajuizar as ações civis públicas correspondentes.

---

[8] Lei n. 7.853/89, arts. 3º e 5º. Nesse sentido, v. REsp n. 74.235-RS, j. 6-08-96, v.u., 5ª T. STJ, rel. Min. José Dantas, *DJU*, 26-08-96, p. 29.708.

[9] Cf. MS n. 130.937-2/7-TJSP (ref. ao proc. cível n. 835/87, da 2ª Vara dos Feitos da Fazenda do Estado do foro central); MS n. 107.639-1-TJSP (7ª Câm. Cív. do TJSP, v. u., j. 17-0 8-88, Rel. Des. Rebouças de Carvalho).

[10] Sobre a atuação protetiva do Ministério Público em razão da qualidade da parte, v. meu *A defesa dos interesses difusos em juízo*, 31ª ed., Cap. 4, Saraiva, 2019.

Além do campo de atuação judicial, ao Ministério Público ainda cabe o amplo campo extrajudicial, quando, por meio do inquérito civil e dos procedimentos a seu cargo, investiga lesões a interesses que lhe caiba defender. Entre outras providências, poderá instaurar inquérito civil e outros procedimentos a seu cargo (CF, art. 129, III e VI); fiscalizar o efetivo respeito dos Poderes Públicos e dos serviços de relevância pública aos direitos assegurados na Constituição, promovendo as medidas necessárias a sua garantia (CF, art. 129, II); exercer a fiscalização dos estabelecimentos que abriguem idosos, menores, incapazes ou pessoas com deficiência (Lei n. 8.625/93, art. 25, VI); realizar audiências públicas; expedir recomendações; requisitar inquéritos policiais etc. E, se necessário, com base em suas investigações, deverá ajuizar as ações judiciais pertinentes, tanto na esfera civil como penal.

Na forma do art. 129, II, da Constituição, o Ministério Público deve zelar para que os Poderes Públicos e os serviços de relevância pública observem os direitos e os princípios constitucionais de proteção às pessoas com deficiência, como o acesso a edifícios públicos, ou privados mas destinados a uso público, ou o preenchimento de empregos públicos. Para tanto, o Ministério Público está dotado de toda a gama de atuação judicial ativa ou interventiva, ou de atuação extrajudicial correspondente. Mais especificamente na esfera civil, podem ser lembradas, entre outras, as medidas judiciais relacionadas com educação, saúde, transportes, edificações, bem como com a área ocupacional, previdenciária ou de recursos humanos atinentes à matéria.[11] Para tanto, o Ministério Público dispõe de vários instrumentos, como o inquérito civil, os compromissos de ajustamento de conduta, as audiências públicas, a expedição de recomendações, a requisição de informações, ou de instauração de inquérito policial, o ajuizamento de ação civil pública ou de ação penal pública.

E qual é o papel do Ministério Público quando atue em razão da deficiência das pessoas?

Embora a resposta a essa questão já tenha sido antecipada pouco antes, convém ainda desenvolver a matéria, porque costuma causar mais polêmica a intervenção ministerial em razão da qualidade de uma das partes (como já ocorria sob a vigência do antigo art. 82, III, do anterior CPC de 1973). Quando o Ministério Público intervém num feito em razão de um interesse públi-

[11] Cf. art. 2º da Lei n. 7.853/89.

co ou social que decorra objetivamente da natureza da lide, está descomprometido com a proteção a uma das partes. Assim, numa ação de nulidade de casamento, não está presente nos autos para necessariamente suplementar a defesa de qualquer dos cônjuges, e sim para fiscalizar a correta solução atinente ao estado das pessoas. Contudo, quando intervém no feito em razão de um interesse público ou social configurado em vista das próprias condições especiais de alguma pessoa (incapaz, pessoa com deficiência física ou mental etc.), está lá para zelar para que o interesse público ou social não seja objeto de disposição indevida ou não seja negligenciado pelas partes, seus procuradores, ou até mesmo pelo juiz.

Isso não quer dizer que o Ministério Público deva, necessariamente, sempre dar razão à parte incapaz ou com deficiência, ainda que ela não a tenha. Quer, porém, dizer que, se o interesse dessa parte — em razão de cuja existência se justificou a intervenção da instituição —, se esse interesse estiver apoiado na lei e na prova, o Ministério Público será responsável de zelar por ele, pois a razão da intervenção do Ministério Público diante de um interesse público evidenciado pela qualidade de uma das partes está precisamente naquela hipossuficiência, que recomenda o zelo da instituição para que aquele interesse legítimo não sucumba, quando tenha direito o hipossuficiente.

A natureza jurídica da atuação interventiva do Ministério Público em prol da pessoa com deficiência é, pois, inteiramente uma forma peculiar de assistência.

É, pois, perfeitamente compatível que o Ministério Público, seja em seu papel ativo, seja em seu papel interventivo, se encaminhe para a atuação protetiva das pessoas que ostentem alguma forma de grave deficiência, seja intelectual, motora, sensorial, funcional, orgânica, de personalidade, social, ou meramente decorrente de fatores outros, como a idade avançada. A tanto o legitimam, na esfera ativa, os art. 3º e 5º da Lei n. 7.853/89, com a redação que ao primeiro deu a Lei n. 13.146/15, e o art. 178, I e II, do CPC, os quais, em correspondência ao art. 127 *caput* da CF, cometem ao Ministério Público a atuação em prol do zelo da prevalência do interesse social, ou do interesse individual se indisponível.

Na esfera da propositura da ação civil pública, além das já tradicionais iniciativas que já detinha nessa área, como ocorre na interdição (CPC, arts. 747, IV, e 748) e noutras medidas de proteção a incapazes,[12] — a Lei n. 7.853/89 (arts. 3º-7º) e a Lei n. 7.347/85 (Lei da Ação Civil Pública) conferiram ao Mi-

[12] Cf. meu *Manual do Promotor de Justiça*, Saraiva, 2ª ed., p. 202 e s., 1990.

nistério Público legitimidade para a defesa de quaisquer interesses difusos, coletivos ou individuais homogêneos, ou individuais indisponíveis, em favor de pessoas com deficiência. Ora, dentro da interpretação mais larga que se preconiza, a pessoa com deficiência também merece proteção individual ou coletiva até mesmo enquanto consumidora efetiva ou potencial nos termos do Código de Defesa do Consumidor, como no tocante à propaganda enganosa, ao direito a reserva de lugares especiais atinentes à sua condição, à aquisição de veículos adaptados, ao acesso ao ensino adequado etc.

5 A especialização no Ministério Público

Para que o Ministério Público possa desempenhar papel mais efetivo na defesa das pessoas com deficiência no sentido mais amplo que esta expressão possa alcançar, de todo necessário me parece que se criem Promotorias especializadas para o desempenho dessa atuação, como já se tem feito em outras áreas, como no meio ambiente, no consumidor e em tantos outros ramos de atuação funcional.

Coerentemente com o que de há muito tenho sustentando, para respeitar o princípio do promotor natural, que é a existência de um órgão do Ministério Público dotado previamente de atribuições legais para exercer a respectiva atuação,[13] devem-se criar cargos para o exercício adequado das funções institucionais atinentes à defesa das pessoas com deficiência.

Conclusão

Em razão do princípio da igualdade, as pessoas com deficiência em nada perdem de sua dignidade enquanto pessoas; deve-se-lhes reconhecer e assegurar o direito de atingir todas as potencialidades que não sejam incompatíveis com sua limitação. Assim, cuidar dos problemas de discriminação nos empregos públicos e privados, de integração social, de atendimento educacional e de saúde, de prevenção e de atendimento especializado, de facilitação de acesso aos bens e serviços coletivos, de eliminação de preconceitos, de supressão de obstáculos arquitetônicos, de adaptação de logradouros, edifícios, veículos, transportes etc. — tudo isso e muito mais são providências imprescindíveis para alcançarmos uma sociedade mais justa, que defenda adequadamente seus membros mais fracos, entre os quais um dia estive-

[13] Cf. meu *Regime jurídico do Ministério Público*, Saraiva, 9ª ed., p. 152, 2018.

mos todos nós, e entre os quais, a qualquer momento, poderá ainda voltar a estar qualquer um de nós, condição esta a que nós só não voltaremos se a morte nos colher antes disso.

É indispensável que toda a sociedade se conscientize e se preocupe com as pessoas que estejam desfavorecidas por condições, passageiras ou não, que lhes imponham limitações acentuadas em sua capacidade de cuidar de si mesmas. Numa sociedade democrática, que vise ao efetivo respeito aos seus mais sérios valores, a defesa de todos os indivíduos deve ser feita em sua plenitude, por força da dignidade ínsita à pessoa humana, em busca de igualdade, justiça social e bem-estar, o que independe de estarem as pessoas em condições deficitárias, por condições passageiras ou não.

Não se trata de um ato de caridade que o Estado ou as pessoas em geral devem em relação a alguns dos membros da sociedade, atingidos por limitações permanentes ou passageiras, que lhes impedem ou dificultam o exercício de suas potencialidades. A pessoa com deficiência — qualquer que seja ela, motora, sensorial ou intelectual — essa pessoa é inteira, no que diz respeito à dignidade e direitos.

O Ministério Público, ao lado de outros órgãos do Estado e da sociedade, está destinado a somar seus esforços na defesa das pessoas com deficiência. Com a instituição de Promotorias especializadas, cada Ministério Público poderá aprimorar-se na luta em prol de uma sociedade mais justa, agora com o especial zelo daquelas pessoas desfavorecidas por algum tipo de limitação física, psíquica ou meramente social.

MAZZILLI, H. N., People with disabilities and the Brazilian Public Ministry. *Justitia*, São Paulo, v. 213/214/215/216, p. 168-183, Jan./Dec. 2019-2020.

- **ABSTRACT:** The defense of persons with disabilities is based upon the principle according to which all human beings are equal in dignity and rights, so the law seeks to ensure a corresponding legal compensation for them. The judicial or extrajudicial role of the Brazilian Ministério Público is protective, aiming at ensuring the rights and the dignity of persons with disabilities.

- **KEYWORDS:** Persons with disabilities. The role of the Brazilian Ministério Público.

Referências

COUTURE, Eduardo J. *Fundamentos del derecho procesal civil*, Buenos Aires, Ed. Depalma, 1968.

FARIA, Anacleto de Oliveira. *Do princípio da igualdade jurídica*, p. 268, ed. Rev. dos Tribunais, 1973.
MAZZILLI, Hugo Nigro. *A defesa dos interesses difusos em juízo*, 31ª ed., Saraiva, 2019.
_____, *Regime jurídico do Ministério Público*, Saraiva, 9ª ed., 2018.
_____, *Manual do Promotor de Justiça*, Saraiva, 2ª ed., 1990.
_____, *O deficiente e o Ministério Público*, *O Estado de S. Paulo*, ed. de 13-03-1988, p. 55.
_____, *O deficiente e o Ministério Público*, *RT*, 629:64.
_____, *O deficiente e o Ministério Público*, *JTACSP*, 108:6.
_____, *O deficiente e o Ministério Público*, *Justitia*, 141/55.
MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *O conteúdo jurídico do princípio da igualdade*, ed. Rev. dos Tribunais, 1978.
SILVA, Otto Marques da. *A Epopeia Ignorada — a pessoa deficiente na história do mundo de ontem e de hoje*, São Paulo, Centro São Camilo de Desenvolvimento em Administração da Saúde, Cedas, 1987.

Breve Análise Crítica do Acordo de não Persecução Cível. Natureza Jurídica e Requisitos de Validade

José Carlos de Oliveira SAMPAIO*

- **SUMÁRIO:** Introdução. 1 Denominação e conceito. 2 Pressupostos subjetivos. 3 Pressupostos objetivos. 4 Necessidade de jurisdição. 5 Inexistência de direito público subjetivo do infrator. Conclusão. Referências.

- **RESUMO:** Análise dos requisitos de constituição e de validade do acordo de não persecução cível.

- **PALAVRAS-CHAVE:** Acordo. Não persecução. Cível. Improbidade administrativa. Reparação. Ação.

Introdução

Recentemente, numa tentativa de aperfeiçoar a legislação processual, veio a lume a Lei nº 13.964, de 24 de dezembro de 2019, que alterou a redação conferida ao §1º, do artigo 17 da Lei nº 8.429, de 2 de junho de 1992 (Lei de Improbidade Administrativa – doravante identificada como LIA), conferindo-lhe a seguinte redação: "***As ações de que trata este artigo admitem a celebração de acordo de não persecução cível, nos termos desta Lei***".

Contudo, em razão do veto presidencial ao artigo 17-A da LIA, e que dispunha sobre o procedimento processual a ser adotado nestes casos, aparentemente criou-se um vazio, uma zona cinzenta no que diz respeito aos requisitos de constituição e de validade do denominado acordo de não persecução cível.

O veto presidencial derivou de uma suposta ofensa ao princípio da isonomia, já que apenas ao Ministério Público era conferida a legitimidade para firmar o acordo de não persecução cível, enquanto a legitimidade para propor a ação cível por ato de improbidade administrativa é plural, alcançando também a pessoa jurídica interessada (art. 17, *caput*, da LIA).

* Promotor de Justiça do Ministério Público do Estado de São Paulo.

No entanto, a exclusividade que se visava conferir ao Ministério Público para conduzir o denominado Acordo de não Persecução Cível derivava da constatação de que "*A tutela "pré-processual" ou "extra-judicial" conheceu extenso desenvolvimento na experiência brasileira. Promovida principalmente pelo Ministério Público, e mais recentemente pela Defensoria Pública, o uso de instrumentos administrativos como inquéritos civis (uma exclusividade do MP), compromissos de ajustamento de conduta e recomendações*". Igualmente, é de autoria do *Parquet* a esmagadora maioria das ações civis públicas ajuizadas[1].

Outro fator que deve ter conduzido o propósito do legislador foi o de que a análise dos casos desenvolvida pelo Ministério Público é predominantemente técnica, e de que o conteúdo político envolvido é eminentemente social, e não partidário.

Ressalte-se, todavia que a lacuna deixada pelo veto presidencial poderá vir a ser preenchida por ato normativo do Conselho Nacional do Ministério Público, visando à adoção de procedimento uniforme a ser adotado no âmbito administrativo, nas hipóteses de celebração de acordo de não persecução cível; sob o mesmo fundamento do permissivo legal que aplicável em relação ao Conselho Nacional de Justiça (item 4, abaixo).

Contudo, no presente estudo pretende-se analisar, de forma breve, e, portanto, não exauriente, a natureza jurídica, a legitimidade e os requisitos de validade do referido instituto.

1 Denominação e conceito

Quanto ao primeiro aspecto, muito embora o §1º do artigo 17 da LIA faça menção ao substantivo masculino "**acordo**" para identificar o ato a ser realizado; consoante já observava José dos Santos Carvalho Filho ao discorrer sobre a natureza jurídica do compromisso de ajustamento de conduta, "a figura não se compadece com os negócios jurídicos bilaterais de natureza contratual, razão porque entendemos que não se configura propriamente como *acordo*[2].

Por certo. *Transação* é o contrato pelo qual, mediante concessões mútuas, os interessados previnem ou terminam um litígio, eliminando a incerteza de uma relação jurídica[3].

---

[1] Sociedade Brasileira de Direito Público, 2ª Edição da série "JUSTIÇA PESQUISA" Relatório Analítico Propositivo, Página 6.

[2] Ação Civil Pública, Freitas Bastos Editora, Página 137, 1995.

[3] Orlando Gomes, Contratos, Página 440, 21ª Edição, Editora Forense.

Assim, seria no mínimo contraditório que um negócio jurídico cuja validade pressupõe a licitude do seu objeto (art. 104, II, do CC) tivesse por conteúdo uma convergência de interesses acerca de uma infração, de um ato ilegal, e, portanto, violador da probidade administrativa, passível de ensejar enriquecimento ilícito, prejuízo ao erário e/ou atentado contra os princípios da Administração Pública; como se fosse autorizado aos seus atores fazerem concessões mútuas.

Seria no mínimo contraditório permitir que de alguma forma o infrator se beneficiasse da sua própria torpeza. A moralidade veda que entes públicos autorizados a propor a não persecução cível tenham qualquer complacência para com o infrator, em razão da natureza indisponível do direito violado.

Por conseguinte, juridicamente afigura-se mais adequado denominar o instrumento mediante o qual os interessados estabelecem a forma de composição adequada a sanar ofensa à probidade administrativa, mediante a previsão de obrigações de fazer e/ou de não fazer, a suspensão ou interdição de direitos, ou, ainda, a forma de composição dos danos e de reparação dos prejuízos causados ao patrimônio público e social, simplesmente de **Termo**.

2 Pressupostos subjetivos

Após o veto presidencial, parece não haver espaço para qualquer discussão no sentido de que, sob o aspecto subjetivo, qualquer pessoa jurídica interessada (art. 17, *caput*), isto é, todos os entes públicos que compõem a Administração Direta e Indireta mencionados no artigo 1º da LIA estão legitimados a propor e a conduzir as tratativas visando à não persecução cível.

Porém, as consequências de caráter eminentemente subjetivas (*perda da função pública, suspensão dos direitos políticos, proibição de contratar com o Poder Público ou receber benefícios ou incentivos fiscais ou creditícios, direta ou indiretamente, ainda que por intermédio de pessoa jurídica da qual seja sócio majoritário*) somente podem ser satisfeitas pela pessoa do infrator, o autor do fato típico. Quanto às sanções de cunho patrimonial, embora o responsável principal continue sendo o infrator (*perda dos bens ou valores acrescidos ilicitamente ao patrimônio, ressarcimento integral do dano, pagamento de multa civil*), admite-se que terceira pessoa se responsabilize pelo pagamento integral ou parcial da dívida, desde que o faça em nome infrator, contando com a ciência e com a anuência dele (art. 283 do CC); pois, embora haja previsão constitucional no sentido de que "*nenhuma pena passará da pessoa do condenado*", admite-se que "*a obrigação de reparar o dano e a decretação do perdimento de bens*" possa "*ser, nos termos da lei, estendidas*

aos sucessores e contra eles executadas" (art. 5º, XLV, da FC). Ou seja, autoriza-se a assunção da dívida por terceiro; até porque, tal desiderato poderia ser alcançado pelo infrator, fora dos autos, firmando documento de confissão de dívida.

3 Pressupostos objetivos

Todavia, sob o enfoque objetivo, embora alguns doutrinadores afirmem que no "acordo" de não persecução cível o investigado não fica obrigado a confessar a prática da infração; tal entendimento não resiste à confrontação com o sistema legal vigente, *data venia*.

Na hipótese, conforme restará demonstrado, a natureza do direito violado aliada aos efeitos jurídicos das obrigações passíveis de assunção pelo investigado subordinam o conteúdo da sua declaração de aquiescência, e impõem a confissão.

Inicialmente, cumpre consignar que a probidade administrativa compõe o patrimônio social do Estado, na medida em que por "*patrimônio social* dever-se-á entender, dentro do próprio contexto sistemático da Constituição, *o conjunto de bens jurídicos assim denominados em face dos valores adotados pelo texto constitucional.*

A *moralidade administrativa* integra o patrimônio social e, ao mesmo tempo, constitui valor tão importante para a sociedade, que passou a constar expressamente do texto constitucional e não mais, apenas, implicitamente. Consta, dentre outros artigos, no de n. 5, LXXIII, no 37, e no § 4º do mesmo artigo, aponta-se a *improbidade administrativa*, o mesmo acontecendo no art. 85, inciso V"[4].

Por sua vez, o enquadramento da moralidade administrativa no título que trata dos direitos e garantias fundamentais é significativo, já que eles traduzem situações jurídicas que, no nível do direito positivo (da norma), designam aquelas prerrogativas e instituições necessárias à garantia de uma convivência digna, livre e igual de todas as pessoas[5], e revelam o propósito de, através da soberania popular, estabelecer limites aos poderes do Estado so-

[4] Lúcia Valle Figueiredo. Ação Civil Pública – Gizamento Constitucional, Revista Eletrônica de Direito do Estado, Volume 07

[5] José Afonso da Silva. Curso de Direito Constitucional Positivo, Revista dos Tribunais, página 159, 5ª edição.

bre as pessoas, uma vez que "*O constitucionalismo, como movimento de limitação dos poderes estatais, está intrinsecamente ligado ao surgimento dos direitos fundamentais*"[6].

Alcançados que são pelo conceito de direitos humanos de primeira geração ou dimensão (direitos civis e políticos), os direitos políticos são expressão do princípio da liberdade, cuja limitação interfere no direito de votar e de ser votado, desempenhar funções públicas, e, além disso, produzem reflexos diretos no direito de cidadania. Devido à sua natureza de direitos fundamentais, são indisponíveis, irrenunciáveis, bem como invioláveis; o que importa afirmar que as normas infraconstitucionais e os atos das autoridades constituídas pelo Estado não podem desrespeitá-los, devendo observar a estrita legalidade quando necessário lhes impor limites, sob pena de o abuso ser passível de responsabilização nos âmbitos criminal, civil e administrativo.

Pois bem. Da violação do dever de probidade decorrem consequências gravíssimas, conforme se extrai da leitura do artigo 37, inciso IV, todos da Constituição Federal (*Os atos de improbidade administrativa importarão a suspensão dos direitos políticos, a perda da função pública, a indisponibilidade dos bens e o ressarcimento ao erário, na forma e gradação previstas em lei, sem prejuízo da ação penal cabível*) e do artigo 12 da LIA.

Por sua vez, a suspensão ou interdição de direitos possui a natureza jurídica de **pena**, haja vista que a Constituição Federal assim as reconhece (art. 5º, XLVI, "e", da CF)[7].

Quando tal pena de suspensão de direitos alcança o exercício dos denominados direitos políticos, que constituem condição de elegibilidade (art. 14, §3º, II, da CF) e condicionam o exercício da função pública, sua aplicação deve derivar da prática de um fato obrigatoriamente grave, pois o próprio constituinte fez questão de restringir, de limitar o poder do Estado, consignando expressamente que "*É vedada a cassação de direitos políticos, cuja perda ou suspensão só se dará nos casos de: (...) V - improbidade administrativa, nos termos do art. 37, § 4º*" (grifamos).

---

[6] João Trindade Cavalcante Filho. Teoria Geral dos Direitos Fundamentais, http://www.stf.jus.br/repositorio/cms/portalTvJustica/portalTvJusticaNoticia/anexo/Joao_Trindadade__Teoria_Geral_dos_direitos_fundamentais.pdf.

[7] XLVI - a lei regulará a individualização da pena e adotará, entre outras, as seguintes: (...) e) suspensão ou interdição de direitos.

Sendo assim, da mesma forma que para o reconhecimento da prática de um ilícito penal – *que também pode dar ensejo à sanção de suspensão dos direitos políticos e à perda da função pública (art. 47, I, e art. 92, I, ambos do CP)* – se exige a existência lei anterior que o defina e que comine a respectiva pena (art. 5º, XXXIX, da CF); no que tange à prática de um fato ilícito revelador da ofensa à probidade administrativa, há de se exigir a existência não somente da tipicidade, mas também de uma relação de proporcionalidade, derivada da gravidade da conduta ou das circunstâncias em que ela á praticada, de tal modo que justifique a imposição das penas de perda da função pública e/ou suspensão dos direitos políticos.

Uma vez que a Constituição Federal é clara no sentido de que a imposição destas penas *só se dará nos casos de improbidade administrativa*, a confissão da autoria da prática de uma infração que revele desonestidade no trato da coisa pública constitui condição *sine qua non* à celebração do Termo de não Persecução Cível; seja por questão de ordem constitucional, como decorrência da limitação imposta ao poder de coerção estatal sobre o indivíduo quando se visa limitar um direito político fundamental, seja por questão de natureza processual.

Não se concebe que se possa cogitar da imposição de sanções desta ordem, e, por isso, excepcionais, sem que se analise a existência de justa causa que sirva de sustentação ao ato do Estado.

A presença da justa causa se constata pela apreciação do "*fato ou o conjunto de fatos que justificam determinada situação jurídica, ora para excluir uma responsabilidade, ora para dar-lhe certo efeito jurídico*"[8]. Sem ela, na seara processual penal, "*A denúncia ou queixa será rejeitada*" (art. 395, IV, do CPP), sob pena do seu recebimento configurar **coação ilegal** (art. 648, I, do CPP).

Portanto, se há possibilidade de imposição de penas de uma mesma espécie *(perda da função pública e suspensão dos direitos políticos)*, no âmbito penal e no âmbito civil (LIA), não há razão para deixar de exigir a existência de justa causa quando o investigado anui em celebrar um Termo de não Persecução Cível.

E qual seria esta justa causa? A mesma exigida para a não persecução no âmbito penal; qual seja: que o investigado tenha confessado formal e cir-

[8] Maria Thereza Rocha de Assis Moura, Justa causa para ação penal, São Paulo, Revista dos Tribunais, 2001.

cunstancialmente a prática de infração (art. 28-A, do CPP); já que em ambas as hipóteses se está diante do Direito Sancionador; que não se restringe ao Direito Penal, pois também alcança o Direito Civil Sancionador[9].

É importante ressaltar, todavia, que embora os direitos individuais e os direitos políticos sejam indisponíveis, admite-se a atuação estatal no sentido de limitar seus efeitos quando se faz presente um motivo que o justifique.

Assim, a não persecução pressupõe o arrependimento do investigado, cujo principal benefício deve ser a preservação da sua imagem perante a sociedade, evitando todo o constrangimento decorrente da exposição pública do fato no âmbito de um processo litigioso. Acrescente-se a isso, o interesse da sociedade na recuperação moral da pessoa do infrator, no resgate da sua cidadania de uma forma alternativa e plena, e que igualmente cumpra a tríplice função de retribuição-prevenção-ressocialização.

Por conseguinte, a justa causa impõe que haja a confissão por parte do investigado; pois, consoante estabelece a Constituição Federal não se admite a aplicação de pena – e a interdição temporária de direitos é pena – sem a prática de uma infração (art. 5º, XXXIX).

Outra circunstância que impõe a confissão da prática da conduta violadora do dever de probidade decorre do princípio da proporcionalidade.

Não será possível analisar se em determinada hipótese as sanções previstas no Termo de não Persecução Cível são adequadas e proporcionais à gravidade do fato praticado, caso não haja confissão, já que, por exemplo, em relação aos direitos políticos, a "*suspensão só se dará nos casos de*" improbidade administrativa (art. 15, V, da CF).

Conclui-se que o não reconhecimento da autoria do fato constitui circunstância impeditiva à incidência de uma sanção cuja gravidade, devido ao seu potencial de restringir direitos políticos, recomenda moderação.

Não se pode desconsiderar, igualmente, que o princípio da intranscendência ou da pessoalidade ou, ainda, da personalidade da pena, encontra campo de incidência no âmbito da improbidade administrativa, (art. 5º, XLV, da CF).

"***Nenhuma pena passará da pessoa do condenado**, podendo a obrigação de reparar o dano e a decretação do perdimento de bens ser, nos termos da lei, estendidas aos sucessores e contra eles executadas, até o limite do valor do patrimônio transferido*" (art. 5º, XLV, da CF).

[9] STJ, Reclamação nº 591/SP.

Por isso, embora se admita que um terceiro assuma a responsabilidade pela reparação civil do dano provocado pela violação ao dever de probidade, a pessoalidade da sanção de suspensão dos direitos políticos e/ou de perda da função pública impede sua incidência sobre outrem que não o responsável direto pela prática da conduta ímproba.

Caso não se imponha a obrigatoriedade da confissão formal e circunstanciada da prática de infração violadora do dever de probidade, nada impedirá, mormente nos casos de exercício de cargo em comissão, que visando proteger política e criminalmente quem lhe nomeou, o agente público comissionado consinta em responsabilizar-se pelo fato de terceiro, sofrendo as sanções dele decorrentes, desde que não tenha que formalmente reconhecer sua autoria, como uma forma, de também ele, safar-se da responsabilidade criminal.

Sem confissão, não se discute não persecução, cível ou penal.

4 Necessidade de jurisdição

Também merece consideração a análise da questão acerca da existência de inafastabilidade da jurisdição na apreciação do Termo de não Persecução Cível, visando à sua homologação.

Não persecução não é sinônimo de ausência de judicialização. Ela apenas identifica a desnecessidade de se perseguir em juízo um pronunciamento judicial que defira a pretensão de imposição de uma sanção a alguém pela prática de uma infração, na medida em que a atividade de dirimir um conflito é substituída consensualmente por um ato de vontade das partes.

O início da persecução é concomitante ao da prática da conduta ofensiva ao dever de probidade, por identificar o momento em que surge para os legitimados à propositura da ação civil de improbidade administrativa, o direito ou o dever, conforme o caso, de perseguir a tutela do interesse público lesado.

Quando se estabelece que não haverá persecução no âmbito civil, o objeto em discussão não é a moralidade administrativa, mas sim o processo litigioso e suas consequências; de modo que a não persecução pode ser ajustada visando evitar a propositura da ação ou interrompê-la antes do trânsito em julgado da sentença.

Pois bem. A Lei nº 7.347/85 prevê que "*Os órgãos públicos legitimados poderão tomar dos interessados compromisso de ajustamento de sua conduta às exigências legais, mediante cominações, que terá eficácia de título executivo extrajudicial*" (art. 5º, §6º), sendo que, caso o Ministério Público figure como presidente do termo, exige-se sua prévia homologação pelo Conse-

lho Superior do Ministério Público (art. 784, IV, do CPC, e art. 112, parágrafo único, da Lei Complementar estadual nº 734, de 26 de novembro de 1993).

Todavia, é forçoso reconhecer que embora versem sobre direito indisponível, as lesões provocadas pela ofensa aos bens jurídicos aos quais se refere o artigo 1º, e incisos da Lei nº 7.347/75 são geralmente suficientemente reparadas mediante a assunção de obrigações de fazer, de não fazer, ou mediante a reparação pecuniária da lesão provocada.

Já quando se cogita da prática de conduta lesiva à probidade, além das sanções ordinariamente impostas nas hipóteses de lesão a direitos difusos genericamente considerados, há as de cunho eminente pessoal, passíveis de atingir direitos individuais e direitos políticos.

"Realmente. Se a lei não pode excluir da apreciação do Poder Judiciário qualquer lesão a direito individual, infere-se que a lei não pode atribuir o julgamento de uma determinada causa a outras pessoas que não integrem o mesmo Poder, porquanto, se isso fosse possível, a referida causa estaria sendo excluída da apreciação do Poder Judiciário, cujos órgãos estão previstos implícita e explicitamente na Lei Maior"[10]. A sanção desmedida que atinja direitos individuais e direitos políticos é apta a provocar lesão.

Por isso, e mormente devido à proximidade entre o ilícito penal e o ilícito que atenta contra a probidade, não nos parece legal que o Ministério Público ou a pessoa jurídica interessada sejam juízes de si mesmos, uma vez que constituem órgãos do Estado, a quem obrigatoriamente não se impõe o dever de imparcialidade.

Embora em relação ao Ministério Público a possibilidade do reexame da matéria pelo Conselho Superior do Ministério Público pareça afastar o reconhecimento da parcialidade, não se pode esquecer que a atuação do referido órgão colegiado visa precipuamente fiscalizar a preservação do princípio da obrigatoriedade da tutela do interesse difuso, e não o resguardo dos interesses individuais do investigado. Já em relação aos demais legitimados, sequer há necessidade de reexame da matéria objeto do Termo; circunstância esta que põe em risco tanto preservação do interesse público e social – *derivado da previsão de obrigações que na prática só beneficiam o infrator* –, quanto os interesses dos investigados – *em razão de eventual perseguição política*.

[10] Fernando da Costa Tourinho Filho. Processo Penal, Editora Saraiva, página 157, Volume 1, 9ª edição.

Ademais, a possibilidade de celebração do Termo de não Persecução Cível não retira do Ministério Público ou dos demais legitimados sua função primária, que é a de órgão acusador.

No sistema acusatório adotado pelo direito brasileiro, as funções de acusar, defender e julgar devem estar devidamente separadas. Sendo assim, a imposição de qualquer forma de restrição de direitos indisponíveis da pessoa, por constituir fato grave e excepcional, quando prevista por órgão cuja função primária é a de acusador, deve ser objeto reexame por órgão imparcial; que no caso ora em exame é o Poder Judiciário.

Se está diante de dois interesses igualmente caros à sociedade brasileira: de um lado, a probidade no trato da coisa pública; do outro, os direitos individuais das pessoas e os direitos políticos do cidadão.

Conclui-se que o reexame obrigatório de todo e qualquer Termo de não Persecução Cível pelo Poder Judiciário, para fins de homologação, constitui condição constitucional da sua eficácia, devido à necessidade de se averiguar se o interesse público primário (da coletividade como um todo) no que tange ao resguardo da probidade administrativa e à ressocialização moral do cidadão infrator encontra-se efetivamente preservado, mediante a análise da justa causa e da proporcionalidade das penas nele previstas, passíveis de atingir direitos individuais e direitos políticos.

Caso se apure descompasso, pode o magistrado determinar a emenda do Termo. Caso se apure abuso decorrente da inexistência de justa causa devido à consideração de inexistência do ato de improbidade ou a sua prescrição, poderá haver a prolação de sentença de rejeição da própria ação (art. 17, §8º, da LIA).

É a chancela judicial que transformará o mero **Termo** de não Persecução Cível em um ***Título Executivo***; que na expressão de Pontes de Miranda "é título a que se permite, com ele, propor-se ação de execução[11]."

Em relação ao Termo de não Persecução Cível não se aplica a norma do §6º, do artigo 5º da Lei nº 7.347/85, que confere ao termo de ajustamento de conduta a qualidade de título executivo extrajudicial, pois enquanto as cominações que neste são previstas atingem apenas a esfera de direitos disponíveis do infrator, naquele há possibilidade da produção de reflexos jurídicos na esfera de direitos individuais e de direitos políticos do infrator; que são indisponíveis, embora limitáveis.

[11] Comentários ao Código de Processo Civil, Tomo IX, 2ª edição, Editora Forense.

Em todo caso, no que toca aos Termos de não Persecução Cível celebrados pelo Ministério Público, também será obrigatória sua prévia homologação pelo Conselho Superior do Ministério Público, visando não só afastar eventual ofensa ao princípio da obrigatoriedade da tutela do interesse público, mas também analisar a oportunidade e a idoneidade do ajustamento à necessidade de justa reparação do bem jurídico lesado, porquanto "*Para o Ministério Público brasileiro, existe antes o dever de agir do que o direito de ação*". (...)

"*O dever de agir consiste em que, identificando a hipótese em que a lei lhe imponha uma atuação, o Ministério Público deverá, conforme o caso, propor a ação pública ou intervir no processo, não se admitindo não o faça salvo quando a própria lei lhe consinta essa opção, mas, nesse caso, a falta de atuação do Ministério Público deve submeter-se a um sistema adequado de controle*"[12].

Tal providencia se mostra de todo adequada no âmbito interno do Ministério Público, inclusive para que se evitem futuras alegações de inadequação das medidas resolutivas previstas, sob a alegação benignidade demasiada concedida ao infrator, por exemplo; conforme ocorrido em alguns casos que envolvem a denominada Operação Lava-jato.

Há quem possa argumentar a inexistência de norma legal a impor a inafastabilidade da jurisdição. Contudo, trata-se de uma falsa impressão, já que "*O Direito Processual Civil, ramo do direito público, é regido por normas que se encontram na Constituição Federal e na legislação infraconstitucional. Existem também institutos processuais cujo âmbito de incidência e o procedimento para sua aplicação se encontram na própria constituição*"[13].

É a Constituição Federal, no inciso I, do parágrafo 4º do seu artigo 103-B que prescreve competir ao Conselho Nacional de Justiça: "*zelar pela autonomia do Poder Judiciário e pelo cumprimento do Estatuto da Magistratura,* ***podendo expedir atos regulamentares, no âmbito de sua competência, ou recomendar providências***".

No dia 21 de maio de 2020 foi editada a Resolução Conjunta nº 6, do Conselho Nacional de Justiça, cujo inciso II, do parágrafo único do seu artigo 1º possui a seguinte redação:

---

[12] Hugo Nigro Mazzilli, O princípio da obrigatoriedade e o Ministério Público, Revista Eletrônica do CEAF. Porto Alegre - RS. Ministério Público do Estado do RS. Vol. 1, n. 1, out. 011/ jan. 2012.

[13] Nelson Nery Júnior, Princípios do Processo Civil na Constituição Federal, Página 19, Editora Revista dos Tribunais.

> Art. 1º **Instituir sistemática unificada para o envio, no âmbito do Poder Judiciário, de informações referentes a condenações por improbidade administrativa e a outras situações que impactem no gozo dos direitos políticos**, que serão objeto de compartilhamento entre o Conselho Nacional de Justiça – CNJ e o Tribunal Superior Eleitoral – TSE.
>
> Parágrafo único. As informações referidas no caput são relativas a:
>
> II – **acordos de não persecução cível relativos à improbidade administrativa**;

Tal norma é fruto da autonomia normativa do Poder Judiciário (art. 96, I, da CF), inclusive para criar normas primárias.

Quando do julgamento da Ação Declaratória de Constitucionalidade nº 12, que teve por objeto a discussão da conformação da Resolução nº 7/2005 do Conselho Nacional de Justiça, que versava sobre o nepotismo, o Supremo Tribunal Federal, seguindo o voto condutor da lavra do Ministro Carlos Ayres Britto, deliberou que: "A Resolução nº 07/05 se dota, ainda, de caráter normativo primário, dado que arranca diretamente do § 4º do art. 103-B da Carta-cidadã e tem como finalidade debulhar os próprios conteúdos lógicos dos princípios constitucionais de centrada regência de toda a atividade administrativa do Estado, especialmente o da impessoalidade, o da eficiência, o da igualdade e o da moralidade".

Restou reconhecida, portanto, a competência do Conselho Nacional de Justiça para editar normas de natureza administrativa com vistas à preservação dos princípios contidos no *caput* do artigo 37 da Constituição Federal.

Por conseguinte, ao se referir às **condenações por improbidade administrativa e a outras situações que impactem no gozo dos direitos políticos**, o Conselho Nacional de Justiça sinaliza no sentido de que tal qual as condenações, as ditas situações impactantes também devem derivar da atividade jurisdicional fundada em título judicial. Ou seja, no âmbito de uma **execução própria**; já que, como visto, a natureza indisponível dos direitos políticos determina que qualquer convenção quanto aos seus efeitos seja objeto de aferição da existência de justa causa pelo Poder Judiciário.

Não se coaduna com a autonomia constitucional do Poder Judiciário pretender transformá-lo em mero chancelador de Termos de não Persecução Cível, pois tais instrumentos deitam raízes no Direito Sancionador, e podem conter previsões que violem o interesse social, e penas violadoras de direitos individuais e de direitos políticos.

Além disso, a identidade de natureza das sanções passíveis de serem impostas em ambas as searas autoriza que se exija que todas as "**situações que impactem no gozo dos direitos políticos**" sejam submetidas ao crivo do Poder Judiciário, aplicando-se analogicamente o disposto no parágrafo 4º, do artigo 28-A do Código de Processo Penal, no sentido de que: "*Para a homologação do acordo de não persecução penal, será realizada audiência na qual o juiz deverá verificar a sua voluntariedade, por meio da oitiva do investigado na presença do seu defensor, e sua legalidade*".

A segurança jurídica também impõe que o Termo de não Persecução Cível passe pelo crivo do Poder Judiciário, haja vista que naquelas hipóteses em que as sanções não produzirem reflexos nos direitos políticos do infrator não parece haver necessidade de se observar a Resolução Conjunta nº 6, pois seu artigo primeiro estabelece que a "*sistemática unificada para o envio, no âmbito do Poder Judiciário, de informações referentes a condenações por improbidade administrativa e a outras situações que impactem no gozo dos direitos políticos*".

Sendo assim, cada colegitimado só terá ciência da atuação pré-processual ou extrajudicial desenvolvida pelo outro em relação a determinado caso, se houver registro da distribuição do feito em juízo. Com isso, evita-se a litispendência ou o reconhecimento da ausência de justa causa caso se reproduza em juízo uma questão que já foi objeto de não persecução.

Outra vantagem decorrente a judicialização é que, por força da natureza do direito em discussão, quando não figurar como proponente do Termo de não Persecução Cível, o Ministério Público deverá obrigatoriamente intervir no feito na qualidade de *custus legis* (art. 178, I, do CPC), auxiliando e fiscalizando para que haja a justa composição do ilícito.

5 Inexistência de direito público subjetivo do infrator

Por fim, quanto à sua natureza jurídica, o Termo de não Persecução Civil configura mero instrumento posto à disposição do Ministério Público e da pessoa jurídica interessada visando à tutela do interesse público e social, quando por meio dele se pode alcançar idêntico resultado daquele que decorreria do exercício do contraditório.

Trata-se de mera faculdade fundamentada na economia processual.

A pactuação, que pode ser parcial ou total, deve ser principalmente do interesse de quem tem o poder de propor a ação, quando, por exemplo, se percebe a possibilidade de abreviação do alcance do resultado advindo de uma sentença, a dificuldade ou a impossibilidade da obtenção de prova ro-

busta ou de se refazer o caminho do dinheiro desviado. Vale dizer: não se pode contemporizar com a ofensa à probidade e nem com as penas necessárias à reparação da ofensa ao direito social, pois quando o dano puder ser quantificado monetariamente, a reparação deverá obrigatoriamente ser integral (art. 12 da LIA).

Não se está diante de qualquer direito subjetivo do investigado, conforme reconhecido pela Segunda Turma do Supremo Tribunal Federal quando do julgamento do MS 35.435. Depois de identificar os gêneros de acordos de leniência que podem ser celebrados por pessoas físicas ou jurídicas para a atenuação da responsabilidade administrativa ou judicial de atos econômicos, como (i) o Acordo de Leniência Antitruste (Lei 12.529/2011); (ii) o Acordo de Leniência Anticorrupção (Lei 12.843/2013); (iii) o Acordo de Leniência do MP, que não possui previsão legal expressa, mas surge de interpretação sistemática das funções constitucionais do Parquet; e (iv) o Acordo de Leniência do Sistema Financeiro Nacional (Lei 13.506/2017), a eles acrescentou o chamado "**acordo de não persecução cível**", recentemente introduzido pela Lei 13.964/2019, para, ao final, concluir que "***Em síntese, a tese então prevalecente foi a de que o procedimento de colaboração não materializava direito subjetivo à obtenção dos benefícios***"[14].

Conclusão

Chega-se à conclusão de que por meio do Termo de não Persecução Cível, que é o instrumento mediante o qual um dos colegitimados à propositura da ação civil de improbidade administrativa, vislumbrando que se pode alcançar, no todo ou em parte, idêntico resultado daquele que decorreria do exercício do contraditório, oferece à consideração do infrator o reconhecimento da prática de um fato lesivo à moralidade administrativa e uma forma de composição adequada, independentemente de um pronunciamento judicial para dirimi-lo, mas que o homologue, mediante a previsão de obrigações de fazer e/ou de não fazer, a suspensão ou interdição de direitos, ou, ainda, a forma de composição dos danos e de reparação dos prejuízos causados ao patrimônio público e social.

[14] Notícias STF. Terça-feira, 26 de maio de 2020.

SAMPAIO, J. C. de O. A Brief Critical Analysis of The Civil Non-Persecution Agreement. Legal Nature and Validity Requirements. *Justitia,* São Paulo, v. 213/214/215/216, p. 184-198, Jan./Dec. 2019-2020.

- **ABSTRACT:** Analysis of the requirements of Constitution and validity regarding the civil non-persecution agreement.

- **KEYWORDS:** Agreement. Non-persecution. Civil. Administrative dishonesty. Repair. Action.

Referências

Sociedade Brasileira de Direito Público, 2ª Edição da série "JUSTIÇA PESQUISA" Relatório Analítico Propositivo, Página 6.

Ação Civil Pública, Freitas Bastos Editora, Página 137, 1995.

Orlando Gomes, Contratos, Página 440, 21ª Edição, Editora Forense.

Lúcia Valle Figueiredo. Ação Civil Pública – Gizamento Constitucional, Revista Eletrônica de Direito do Estado, Volume 07.

José Afonso da Silva. Curso de Direito Constitucional Positivo, Revista dos Tribunais, página 159, 5ª edição.

João Trindade Cavalcante Filho. Teoria Geral dos Direitos Fundamentais, http://www.stf.jus.br/repositorio/cms/portalTvJustica/portalTvJusticaNoticia/anexo/Joao_Trindadade__Teoria_Geral_dos_direitos_fundamentais.pdf.

XLVI - a lei regulará a individualização da pena e adotará, entre outras, as seguintes: (...) e) suspensão ou interdição de direitos.

Maria Thereza Rocha de Assis Moura, Justa causa para ação penal, São Paulo, Revista dos Tribunais, 2001.

STJ, Reclamação nº 591/SP.

Fernando da Costa Tourinho Filho. Processo Penal, Editora Saraiva, página 157, Volume 1, 9ª edição.

Comentários ao Código de Processo Civil, Tomo IX, 2ª edição, Editora Forense.

Hugo Nigro Mazzilli, O princípio da obrigatoriedade e o Ministério Público, Revista Eletrônica do CEAF. Porto Alegre - RS. Ministério Público do Estado do RS. Vol. 1, n. 1, out. 011/jan. 2012.

Nelson Nery Júnior, Princípios do Processo Civil na Constituição Federal, Página 19, Editora Revista dos Tribunais.

Notícias STF. Terça-feira, 26 de maio de 2020.

Colaboração Premiada Coletiva[1]

Sara Zero dos SANTOS[*]

- **SUMÁRIO**: Introdução. 1 Colaboração premiada. 2 Colaboração premiada no direito comparado. 3 Colaboração premiada no Brasil. 3.1 Colaboração premiada e nova lei de organização criminosa. 4 Do processo coletivo e a colaboração premiada coletiva. Conclusão. Referências.

- **RESUMO**: O presente artigo tem por finalidade realizar um estudo sobre a Colaboração Premiada Coletiva, meio de obtenção de provas que auxiliem na persecução penal coletiva. Diante da preocupação pela efetiva tutela penal dos interesses transindividuais está em construção o Direito Processual Penal Coletivo. Portanto, analisando a influência da colaboração premiada no direito comparado e traçando uma linha cronológica da evolução legislativa do Instituto da Colaboração Premiada no ordenamento jurídico pátrio, discute-se sob sua aplicação no âmbito coletivo.

- **PALAVRAS-CHAVE**: Colaboração Premiada Coletiva. Direito Processual Penal Coletivo.

Introdução

A colaboração premiada é um instituto de natureza mista (processual e material), previsto em diversas leis do ordenamento jurídico brasileiro. Desde a década de 90 começou a aparecer em leis mais severas, como: a Lei de Crimes Hediondos, Lei do Tráficos de Drogas, Lei da Lavagem de Dinheiro, entre outras. Assim, nota-se que com o aumento da criminalidade violenta foi necessário o legislador prever outros meios de obtenção de prova que auxiliassem na persecução penal, de modo a identificar os autores dos crimes, desmantelar associações criminosas, resgatar vítimas e encontrar o produto do crime, para então, buscar a almejada a pacificação social.

A Lei n.º 12.850 de 2013 representou um marco para o instituto da colaboração premiada. Conhecida como a nova lei de organização criminosa,

[*] Acadêmica do Curso de Direito da Faculdade Anhanguera

[1] Trabalho elaborado sob a orientação do Prof. Dr. Rafael de Oliveira Costa.

em seu texto legal dispôs sobre a investigação criminal e os meios de obtenção da prova e tratou de regulamentar a colaboração premiada quanto à celebração do acordo, a legitimidade para a proposta e a necessária homologação judicial.

O Direito Processual Penal Coletivo está em crescimento, sendo o ramo do Direito que se preocupa em tecer normas processuais adequadas para a efetiva tutela penal dos direitos coletivos, tornando-se essencial para o combate aos crimes que afetam toda a coletividade. Neste sentido, torna-se necessário analisar a colaboração premiada também sob a ótica dos diretos transindividuais, sendo o objetivo deste trabalho construir uma linha histórica da colaboração premiada no Brasil e refletir sobre a colaboração premiada coletiva.

1 Colaboração premiada

O instituto da Colaboração Premiada, previsto em diversas leis do ordenamento jurídico pátrio, é também conhecido como "delação premiada", "chamamento do corréu" ou "confissão premiada".

Contudo, a terminologia Colaboração Premiada se refere a gênero, e a delação premiada é uma de suas espécies, conceitos estes que serão tratados no decorrer deste trabalho.

Para Lima (2018), a Colaboração premiada pode ser conceituada como:

> Técnica especial de investigação por meio (meio extraordinário de obtenção de prova) da qual o coautor e/ou partícipe da infração penal além de confessar seu envolvimento no fato delituoso, fornece aos órgãos responsáveis pela persecução penal informações objetivamente eficazes para a consecução de um dos objetivos previstos em lei, recebendo, em contrapartida, determinado prêmio legal. (LIMA, 2018, p. 706)[2]

[2] LIMA, Roberto Brasileiro de. **Legislação criminal especial comentada.** 6ª edição. Salvador. Juspodvim, 2018. Pág. 706.

O Supremo Tribunal de Justiça, no Julgamento do Habeas Corpus 69.998/RJ, em que o Ministro Reynaldo Soares da Fonseca atuou como Relator, fixou o entendimento que "A Colaboração Premiada é uma técnica especial de investigação, meio de obtenção de prova advindo de um negócio jurídico processual personalíssimo, que gera obrigações e direitos entre as partes celebrantes (Ministério Público e colaborador)". (STJ HC 69.998).[3]

Tal entendimento foi embasado no Julgamento do Habeas Corpus 127.483 Paraná, pela Suprema Corte, cujo Relator foi o Ministro Dias Toffoli, no qual fixou o entendimento de que

> " A colaboração premiada é um negócio jurídico processual, uma vez que, além de ser qualificada expressamente pela lei como "meio de obtenção de prova", seu objeto é a cooperação do imputado para a investigação e para o processo criminal, atividade de natureza processual, ainda que se agregue a esse negócio jurídico o efeito substancial (de direito material) concernente à sanção premial a ser atribuída a essa colaboração". (STF HC 127.483).[4]

Destarte, a Colaboração Premiada pode ser conceituada como um instrumento jurídico que auxilia na investigação penal, em que o colaborador, voluntariamente, oferece informações ao Estado em troca de uma benesse.

De outro modo, o simples depoimento do colaborador não se confunde com a colaboração premiada, pois ele se refere a um meio de prova, que se mostra hábil a formar o convencimento do julgador, enquanto a colaboração premiada é um meio de obtenção de prova, visto que, destina-se à aquisição destas.

---

[3] BRASIL, **STJ HC 69.988** – RJ. Relator Ministro Reynaldo Soares da Fonseca. DJe. 07/11/2016. Disponível em <https://ww2.stj.jus.br/websecstj/cgi/revista/REJ.cgi/ATC?seq=15457160&tipo=51&nreg=20070221730 9&SeqCgrmaSessao=&CodOrgaoJgdr=&dt=20110622&formato=PDF&salvar=false>

[4] BRASIL, **STF HC 127.483** PARANÁ. Relator Dias Toffoli. Data do julgamento: 27/08/2015. Disponível em <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10199666>

Com relação a sua natureza jurídica, o STF no julgado supracitado a definiu como negócio jurídico processual, pois

> "seu objeto é a cooperação do imputado para a investigação e para o processo criminal, atividade de natureza processual, ainda que se agregue a esse negócio jurídico o efeito substancial (de direito material) concernente à sanção premial a ser atribuída a essa colaboração". (STF HC 127;483). [5]

A doutrina tem entendido que se trata de "negócio jurídico de natureza jurídica mista (processual e material), sendo que uma das suas finalidades essenciais é a de servir de técnica jurídica para obtenção de prova"(ALMEIDA e COSTA, 2018, p. 520) [6], cujos reflexos repercutem diretamente na pretensão punitiva do Estado e igualmente funciona como meio de defesa do colaborador.

As espécies de colaboração premiada são quatro, previstas nos incisos I ao V do artigo 4º da lei n.º 12.850 de 2013, a saber: delação premiada, neste tipo, o agente, além de confessar seu envolvimento na prática delituosa, expõe as outras pessoas implicadas na infração penal; colaboração para libertação, hipótese em que o colaborador indica o local onde está mantida a vítima sequestrada; colaboração para recuperação e localização de ativos, neste tipo de colaboração, o agente fornece dados para a localização do produto ou proveito do delito; por fim, a colaboração preventiva, onde o colaborador presta informações relevantes aos órgãos estatais responsáveis pela persecução penal de modo a evitar um crime ou impedir a continuidade da conduta ilícita.

Os benefícios que podem ser concedidos ao colaborador, atualmente, são: redução da pena, fixação do regime inicial semiaberto ou aberto, substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos, progressão de regime, não oferecimento da denúncia e perdão judicial.

---

5 _____. STF HC 127.483 PARANÁ. Relator Dias Toffoli. Data do julgamento: 27/08/2015. Disponível em <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10199666>

6 ALMEIDA, A.A. e COSTA, R.O. **Do Ministério Público como garantia de acesso à justiça e os novos horizontes da colaboração premiada coletiva**. ALMEIDA, CAMBI E MOREIRA (Orgs.) In: 30 anos da Constituição de 1988 e o Ministério Público, avanços, retrocessos e novos desafios. Belo Horizonte, D´Plácido, 2018. Pág.516.

2 Colaboração premiada no direito comparado

A colaboração premiada não é invenção brasileira, está presente no ordenamento jurídico de diversos países, como a Estados Unidos, Itália e Espanha. Surgiu diante da necessidade do Estado em combater o terrorismo e o crime organizado.

Na década de 60, as máfias atormentaram o sistema político e econômico dos Estados Unidos, tornando-se necessária uma intervenção efetiva do Estado. Deste modo, "com a finalidade de conter a expansão do crime organizado, adotou-se, nos Estados Unidos da América, o instituto, vulgarmente, denominado de plea bargaining, no qual o Ministério Público negocia com o acusado o acordo de colaboração". (MEIRA et al, 2017, pág. 191).[7]

Com relação às modalidades de *plea bargaining* no direito estadunidense, apontam-se três: a sentença *bargaing*, em troca da declaração de culpabilidade do acusado é realizada a promessa de aplicação de uma pena determinada; charge *bargaining*, em troca da confissão do réu em relação a um ou mais crimes, o Ministério Público se compromete a abandonar determinada imputação que orginalmente lhe foi feita ou acusa-lo de um crime menos grave; forma mista, há a aplicação de uma pena atenuada e diminuição de imputações em troca da confissão do acusado. (Congresso Nacional, CPMI JBS).[8]

Na Itália, na década de 70, houve um grande aumento do crime organizado, por causa da máfia e do terrorismo, em consequência, o Estado italiano concluiu que as provas tradicionais do processo penal não eram suficientes para o combate ao crime organizado. A confissão e declaração de depoimentos de testemunhas estavam em desuso, além do mais, as máfias possuem um pacto de silêncio. Nos anos 80 foram promulgadas leis em que surgiu a figura do réu colaborador, culminando com o Novo Código de Processo Penal Italiano, de 1989.

Um dos casos mais importantes relacionados à delação premiada na Itália, ganhou impulso a partir da colaboração de Tommaso Buscetta, ex-integrante da organização criminosa "Cosa Nostra" e a sua delação possibilitou o desmantelamento da organização.

---

[7] MEIRA, José Boanerges et al. **A colaboração premiada e processo penal brasileiro: uma análise crítica**. VirtuaJus, Belo Horizonte, v. 2, n. 3, p. 176-211, 2º sem. 2017 – ISSN 1678-3425. Disponível em < http://periodicos.pucminas.br/index.php/virtuajus/article/view/16778>

[8] Congresso Nacional, CPMI JBS – **Relatório Parcial Colaboração Premiada**. Disponível em: <https://www.jota.info/wp-content/uploads/2017/12/3relatorio-final-cpmi-jbs.pdf>

Na década de 90, a Justiça italiana pôde prender e punir organização criminosa envolvendo partidos políticos e crimes de corrupção arraigados em todo o país, na Operação que se iniciou em Milão e que recebeu o nome de "Operação Mãos Limpas" ("Mani Pulite").[9] (TABAK et al, 2015, pág. 6).

No direito espanhol, o instituto da delação premiada surgiu primeiramente na Lei Orgânica nº 3, de 25 de maio, como uma forma de incentivar que os participantes do crime de terrorismo que colaborassem com a justiça (remissão parcial ou total da pena, de acordo com as circunstâncias). No novo Código Penal, o instituto foi mantido para o terrorismo e estendido para os delitos relacionados ao tráfico de drogas.

São dois os requisitos exigidos para a delação premiada, o abandono voluntário das atividades delitivas e a colaboração ativa para impedir a produção do delito ou para obter provas decisivas para a identificação ou captura de outros responsáveis ou impedir a atuação ou o desenvolvimento das organizações ou associações a que tenha pertencido ou colaborado. (Congresso Nacional, CPMI JBS). [10]

3 Colaboração premiada no Brasil

No Brasil, o instituto da Colaboração Premiada surgiu diante do reconhecimento da ineficácia dos métodos tradicionais de investigação, revelou-se então, a colaboração premiada, um meio eficaz para se obter informações relevantes para a persecução penal.

Na década de 90, época marcada pelo grande aumento da violência, do tráfico de drogas e da criminalidade em massa, foi necessário que o Estado editasse leis mais severas, a exemplo da Lei de Crimes Hediondos, passando a dispor sobre a figura do réu colaborador. (LIMA. 2018, pág. 710). [11]

Brevemente, a seguir, será apresentada a evolução legislativa da colaboração premiada no ordenamento jurídico pátrio. A primeira Lei a ser mencionada é a de n.º 7.209 de 1984, que inclui o artigo 65 no Código Penal Bra-

---

[9] TABAK, B. M. et. al. **A Colaboração Premiada Compensa?** Brasília: Núcleo de Estudos e Pesquisas/CONLEG/Senado, agosto/2015 (Texto para Discussão nº 181). Disponível em: www.senado.leg.br/estudos.

[10] Congresso Nacional, CPMI JBS – **Relatório Parcial Colaboração Premiada**. Disponível em: <https://www.jota.info/wp-content/uploads/2017/12/3relatorio-final-cpmi-jbs.pdf>

[11] _____. Roberto Brasileiro de. **Legislação criminal especial comentada**. 6ª edição. Salvador. Juspodvim, 2018. Pág. 706

sileiro. Nota-se que o instituto da colaboração premiada começou a aparecer no ordenamento jurídico sob o manto confissão espontânea[12], beneficiando o coautor que colabora com a persecução penal visando a redução da pena.

Em 1990 foi publicada a Lei n.º 8012, que dispõe sobre os crimes hediondos. Foi a primeira Lei que expressamente previu o instituto da colaboração premiada, que está disposto no parágrafo único do artigo oitavo[13], assim, passou a beneficiar o participante, com a redução de um a dois terços da pena, que denunciar à autoridade acerca de sua quadrilha ou bando, de forma a possibilitar o seu desmantelamento.

Lima ensina que,

> Aplica-se exclusivamente aos casos em que, praticados os delitos de que cuidam a referida lei, doravante por meio de associação criminosa, esta seja desmantelada em razão de denúncia feita por um de seus integrantes. Logo, demonstrando-se que não havia uma associação criminosa para o fim de praticar crimes hediondos ou equiparados, não se admite o reconhecimento da delação premiada. (LIMA, 2018, pág. 711)[14]

A supracitada Lei também cuidou de disciplinar a colaboração premiada no Código Penal, incluindo o §4º no artigo 159[15], que tipifica o crime de extorsão mediante sequestro, deste modo, o colaborador que denunciar à

---

[12] _____. CP. Art. 65. São circunstâncias que sempre atenuam a pena:
III. Ter o agente: d. confessado, espontaneamente, perante a autoridade, a autoria do crime.

[13] _____. Lei n.º 8012/90. Art. 8º. Parágrafo único: O participante e o associado que denunciar à autoridade o bando ou quadrilha, possibilitando seu desmantelamento, terá a pena reduzida de um a dois terços.

[14] _____. Roberto Brasileiro de. **Legislação criminal especial comentada**. 6ª edição. Salvador. Juspodvim, 2018. Pág. 711.

[15] _____. CP. Art. 159. § 4º - Se o crime é cometido em concurso, o concorrente que o denunciar à autoridade, facilitando a libertação do seqüestrado, terá sua pena reduzida de um a dois terços.

autoridade a quadrilha ou bando que cometeu o crime, contribuindo para a libertação do sequestrado, será contemplado com a redução da pena de um a dois terços.

Torna-se relevante trazer à baila o entendimento do STJ sobre a incidência obrigatória da benesse, quando as informações prestadas pelo agente forem eficazes, possibilitando ou facilitando a libertação da vítima.

> CRIMINAL. HC. EXTORSÃO MEDIANTE SEQÜESTRO. DOSIMETRIA. DELAÇÃO PREMIADA. INFORMAÇÕES EFICAZES. INCIDÊNCIA OBRIGATÓRIA. DESCONSIDERAÇÃO PELO TRIBUNAL A QUO. CONSTRANGIMENTO ILEGAL EVIDENCIADO. ORDEM CONCEDIDA. A delação premiada prevista no art. 159, § 4º, do Código Penal é de incidência obrigatória quando os autos demonstram que as informações prestadas pelo agente foram eficazes, possibilitando ou facilitando a libertação da vítima. É viável o exame da dosimetria da pena por meio de habeas corpus, devido a eventual desacerto na consideração de circunstância ou errônea aplicação do método trifásico, se daí resultar flagrante ilegalidade e prejuízo ao réu hipótese dos autos. Deve ser concedida a ordem para anular em parte o julgamento da apelação criminal nº 035980134890, a fim de que outro acórdão seja proferido, observando-se a incidência da delação premiada também em relação a ADRIANO ROGÉRIO DAMASCENO. Ordem concedida, nos termos do voto do Relator. (STJ HC 26325).[16]

[16] _____. **STJ - HC: 26325** ES 2003/0000257-7, Relator: Ministro GILSON DIPP, Data de Julgamento: 24/06/2003, T5 - QUINTA TURMA, Data de Publicação: --> DJ 25/08/2003 p. 337

Em 1995 foi publicada a Lei n.º 9.034 que tratou da utilização de meios operacionais para a prevenção e repressão de ações praticadas por organizações criminosas, também possibilitando a redução da pena quando o colaborador levar à autoridade dados sobre a infração criminosa e a sua autoria. A referida lei hoje não está vigor, pois foi revogada pela legislação atual que disciplina a organização criminosa.

Ainda em 1995, a Lei n.º 9.080/95 incluiu o §2º no artigo 25 da Lei nº 7.492 de 1986, conhecida como Lei dos crimes de colarinho branco; e o parágrafo único do artigo 16 da Lei nº 8.137 de 1990, que trata dos crimes contra a ordem tributária, econômica e contra as relações de consumo. Tais modificações passam a prever a colaboração premiada para crimes previstos nestas leis quando cometidos em quadrilha ou coautoria, e o coautor ou partícipe, através da confissão espontânea revelar para a autoridade policial ou judicial toda a trama delituosa, terá a sua pena reduzida de um a dois terços.

Em 1998, a Lei n.º 9.613, conhecida como Lei de Lavagem de Capitais, trouxe inovações sobre instituto da colaboração premiada, passando a prever além a redução da pena de um a dois terços, outras benesses, que serão tratadas a seguir.

A redação de 1998 previa a redução da pena de um a dois terços e a o regime inicial semiaberto, podendo o juiz deixar de aplicá-la ou substituí-la por pena restritiva de direitos se, o autor, coautor ou partícipe colaborar espontaneamente com as autoridades, prestando esclarecimentos que conduzam à apuração das infrações penais e de sua autoria ou à localização dos bens, direitos ou valores objeto do crime.

A redação foi alterada em 2012, pela Lei 12.683, passando a vigorar o seguinte teor legal do parágrafo §5º, do artigo 1º da Lei 9.613 de 1998:

> A pena poderá ser reduzida de um a dois terços e ser cumprida em regime aberto ou semiaberto, facultando-se al juiz deixar de aplicá-la ou substituí-la, a qualquer tempo, por pena restritivas de direitos, se o autor, coautor ou partícipe colaborar espontaneamente com as

RT vol. 819 p. 553). Disponível em: < https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/7418913/habeas-corpus-hc-26325-es-2003-0000257-7-stj?ref=serp>

> autoridades, prestando esclarecimentos que conduzam à apuração das infrações penais, à identificação dos autores, coautores e partícipes, ou à localização dos bens, direitos ou valores objetos do crime.

Lima (2018) afirma que

> "aos olhos do colaborador, o benefício concedido pelo legislador não se afigura muito sedutor. Isso porque este só poderá obter como prêmio legal uma diminuição de sua pena de um a dois terços, a depender do grau de colaboração. Ou seja, levando-se em consideração que a traição geralmente é punida com uma 'pena de morte' pelos criminosos, não há estímulo algum à delação se o colaborador já sabe de antemão que provavelmente continuará cumprindo pena, quiçá no mesmo estabelecimento prisional que seus comparsas". (Lima, 2018, p. 533). [17]

Portanto, a inovação trazida pela Lei de lavagem de capitais compreende três benefícios que podem ser concedidos ao colaborador: a diminuição da pena de um a dois terços e fixação do regime inicial aberto ou semiaberto; substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos; perdão judicial como causa extintiva da punibilidade.

Para ser beneficiado, basta que a colaboração produza um dos três efeitos previstos na lei: apuração das infrações penais; identificação dos demais coautores ou partícipes; localização dos bens, direitos ou valores objeto do crime.

A lei de proteção às vítimas e testemunhas de crimes, de nº. 9.807 de 1999, divide-se em dois capítulos, sendo que o segundo é o que merece aten-

17 _____. Roberto Brasileiro de. **Legislação criminal especial comentada**. 6ª edição. Salvador. Juspodvim, 2018. Pág. 533.

ção especial dado o assunto ser objeto de estudo deste trabalho. É relevante mencionar que a referida Lei se aplica a todos os crimes e "representou verdadeira democratização do instituto da colaboração premiada no ordenamento jurídico pátrio, possibilitando sua aplicação a qualquer delito" (LIMA, 2018, pág. 714). [18]

O relator do Projeto da referida Lei, Deputado Alberto Mourão, em seu voto para emissão do parecer, registrou a seguinte tese:

> Outra questão a ser tratada no atual momento é a dos chamados criminosos colaboradores, com mecanismos que incentivem tal tipo de colaboração. Para tanto, há que se estender os tímidos mecanismos atualmente existentes, proporcionando-se a redução e até a isenção de cumprimento de pena conjugada com medidas de proteção frente a ameaças ou coações efetivas ou potenciais, que devem abranger o cumprimento de uma pena de segurança em relação aos demais detentos. Não é uma questão de simpatia, mas uma questão de necessidade da política criminal. Em assim sendo é de se conceder o perdão judicial e a conseqüente extinção da punibilidade ao indiciado ou acusado que, sendo primário, dispõe-se a colaborar efetiva e voluntariamente com a polícia e com a justiça, daí resultando a identificação dos demais co-autores da ação criminosa, a localização das vítimas com a sua integridade física preservada e a recuperação total ou parcial do produto do crime. Esclarece que a extinção da

[18] _____. Roberto Brasileiro de. **Legislação criminal especial comentada.** 6ª edição. Salvador. Juspodvim, 2018. Pág. 714.

> punibilidade, mediante o perdão judicial, já está prevista no Código Penal, art. 107, inciso IX, "nos casos previstos em lei". Dentro do mesmo raciocínio, a redução da pena de um a dois terços já se encontra prevista para os colaboradores em relação a determinados crimes em disposições nas Leis nº 8.072, de 1990, 9.034, de 1995, 9.303, de 1996 e 9.269, de 1996 e em alguns projetos de lei em tramitação nesta Casa (Projeto de Lei nº 1.157, de 1995 e Projeto de Lei nº 3.600, de 1997). É importante ampliar o estabelecimento dessa redução, atualmente restrita aos demais delitos, aplicando-a aos colaboradores que irão ajudar nesse programa. (Diário da Câmara dos Deputados, pág. 137) [19]

As vantagens ao colaborador, previstas nos artigos treze[20] e quatorze[21], são: perdão judicial e redução da pena de um a dois terços,

---

[19] _____. **Diário da Câmara dos Deputados.** Livro Nº. 69, de 21 de abril de 1999. Brasília – DF. Disponível em <http://imagem.camara.gov.br/Imagem/d/pdf/DCD21ABR1999.pdf#page=135>

[20] _____. Lei n.º 8.907 de 1999. Art. 13. Poderá o juiz, de ofício ou a requerimento das partes, conceder o perdão judicial e a conseqüente extinção da punibilidade ao acusado que, sendo primário, tenha colaborado efetiva e voluntariamente com a investigação e o processo criminal, desde que dessa colaboração tenha resultado:
I - a identificação dos demais co-autores ou partícipes da ação criminosa;
II - a localização da vítima com a sua integridade física preservada;
III - a recuperação total ou parcial do produto do crime.
Parágrafo único. A concessão do perdão judicial levará em conta a personalidade do beneficiado e a natureza, circunstâncias, gravidade e repercussão social do fato criminoso.

[21] _____. Lei n.º 8.907 de 1999. Art. 14. O indiciado ou acusado que colaborar voluntariamente com a investigação policial e o processo criminal na identificação dos demais co-autores ou partícipes do crime, na localização da vítima com vida e na recuperação total ou parcial do produto do crime, no caso de condenação, terá pena reduzida de um a dois terços.

Contudo, há de se observar as condições objetivas e subjetivas para que ao colaborador seja concedido o perdão judicial. As objetivas, previstas nos incisos I ao III do artigo treze, exigem que a colaboração tenha como resultado a identificação dos demais coautores ou partícipes da ação criminosa, a localização da vítima com a sua integridade física preservada e a recuperação total ou parcial do produto do crime. Já as condições subjetivas estão previstas no parágrafo único do supracitado artigo, que o juiz levará em conta, para a concessão do perdão judicial, a personalidade do beneficiado e a natureza, circunstância, gravidade da repercussão social e do fato criminoso.

Para Miguel (2000), trata-se de direito público subjetivo de liberdade do acusado. "A locução "pode" inserida no art. 13 não representa nenhuma faculdade ao Juiz. Satisfeitos os requisitos legais exigidos, o Juiz está obrigado a conceder o perdão, declarando a extinção da punibilidade."[22]

Com relação à redução da pena, será concedida desde que a colaboração possibilite a identificação dos demais coautores ou partícipes do crime, a localização da vítima com vida e a recuperação total ou parcial do produto do crime

Em 2004, por meio do Decreto nº. 5.105 foi promulgada a Convenção das Nações Unidas contra o Crime Transnacional, cuja finalidade é de promover a cooperação para prevenir e combater mais eficazmente a criminalidade organizada transnacional.

O artigo 26 da supracitada norma, apresenta medidas para intensificar a cooperação com as autoridades competentes para a aplicação da lei, prevendo que cada Estado tomará as medidas adequadas para encorajar as pessoas que participem ou tenham participado de grupos criminosos organizados a fornecerem informações úteis às autoridades competentes para efeitos de investigação e produção de provas e a prestarem ajuda efetiva e concreta às autoridades competentes, suscetível de contribuir para privar os grupos criminosos organizados dos seus recursos ou do produto do crime. Deste modo, diante da postura do colaborador e das informações prestadas de forma substancial, cada Estado poderá considerar a possibilidade de reduzir a pena ou conceder a imunidade, assegurando a mesma proteção concedida às testemunhas, pois, nos termos do artigo 24 cada Estado deve adotar as medidas

[22] MIGUEL, Alexandre. **Comentários à lei de proteção às vítimas, testemunhas e réus colaboradores**. Revista dos Tribunais | vol. 773/2000 | p. 425 - 443 | Mar / 2000 DTR\2000\785

necessárias apropriadas para assegurar uma proteção eficaz contra eventuais atos de represália ou de intimidação das testemunhas.

Em 2006, a Lei n.º 11.343, conhecida como lei do tráfico de drogas, em seu artigo 41 prevê da redução de um a dois terços da pena ao indiciado ou acusado que colaborar voluntariamente com a investigação policial e o processo criminal na identificação dos demais coautores ou partícipes do crime e na recuperação total ou parcial do produto do crime.

3.1 Colaboração premiada e nova lei de organização criminosa

A Lei n.º 12.850 de 2013 representa um importante marco da colaboração premiada no ordenamento jurídico. Em que pese o instituto estivesse presente em diversas leis desde a década de 90, foi por meio da nova lei de organização criminosa que o instituto passou a ter um regramento mais específico.

Em seu artigo terceiro, inciso I, prevê que a colaboração premiada é um meio de obtenção de prova que pode ser utilizada em qualquer fase da persecução penal, assim entendida como a fase investigatória e a ação penal promovida pelo Ministério Público.

No artigo quarto, a legislação prevê que o juiz poderá a requerimento das partes, conceder o perdão judicial ou reduzir a pena privativa de liberdade em até dois terços ou substitui-la por restritiva de direitos, se a colaboração for efetiva e voluntária, e produzir um ou mais dos resultados que são apresentados nos incisos I ao V, ou seja, identificação dos demais coautores e partícipes da organização criminosa e das infrações penais por eles praticadas; a revelação da estrutura hierárquica e da divisão de tarefas da organização criminosa; a prevenção de infrações penais decorrentes das atividades da organização criminosa; a recuperação total ou parcial do produto ou do proveito das infrações praticadas pela organização criminosa; e por fim, a localização de eventual vítima com sua identidade física preservada.

Deste modo, à luz do artigo quarto da supradita lei, ainda que a colaboração do agente tenha apenas um dos resultados previstos, fará ele jus aos benefícios legais, contudo, deverá ser levado em consideração as circunstâncias subjetivas, ou seja, personalidade do colaborador, a natureza, as circunstâncias, a gravidade e a repercussão social do fato criminoso e a eficácia da colaboração.

Poderá ainda o Ministério Público deixar de oferecer denúncia se o colaborador não for o líder da organização criminosa e for o primeiro a prestar efetiva colaboração. E sendo a colaboração posterior à sentença, a pena poderá ser reduzida até a metade ou será admitida a progressão de regime ainda que ausentes os requisitos objetivos.

Considerando a relevância da colaboração, o Ministério Público, a qualquer tempo, e o delegado de polícia, nos autos do inquérito policial, exigida a manifestação do Mistério Público, poderão requerer o benefício do perdão judicial, ainda que esse benefício não tenha sido previsto a proposta inicial.

Infere-se, portanto, que a legitimidade para a celebração do acordo da colaboração premiada poderá se dar de duas formas durante a persecução penal. A primeira, a acontecer durante o inquérito policial, ocorrerá entre o Delegado de Polícia, o investigado e o defensor, exigida a manifestação do Ministério Público; a segunda, já durante a ação penal, entre o Ministério Público e o investigado ou acusado e seu defensor.

LIMA aponta que

> "por mais que autoridade policial possa sugerir ao investigado a possibilidade do acordo de colaboração premiada, daí não se pode concluir que o Delegado de Polícia tenha legitimação ativa para firmar tais acordos com a simples manifestação do Ministério Público (...). Se é verdade que a autoridade policial tem interesse em obter informações relevantes acerca do funcionamento da organização, é inconcebível um acordo de colaboração premiada que seja celebrado sem a necessária interveniência do titular da ação penal pública. Quando a Constituição Federal outorga ao Ministério Público a titularidade da ação penal pública, também confere a ele, com exclusividade, o juízo de visibilidade da persecução penal através da valoração jurídico-penal de o prêmio acordado com o investigado repercutir diretamente na pretensão punitiva do Estado, não se pode admitir a lavratura de um acordo de colaboração premiada sem a necessária e cogente

> intervenção do Ministério Público como parte principal, e não por meio de simples manifestação. (LIMA, 2018, pág. 736) [23]

Convém trazer à discussão que o Procurador-Geral da República ajuizou ação direta de inconstitucionalidade (ADI 5508 – DF) em face dos parágrafos 2º e 6º do artigo 4º da Lei nº 12.850, de 2 de agosto de 2013, no tocante à legitimidade do delegado de polícia para conduzir e entabular acordos de colaboração premiada.

No seu voto, o então relator Ministro Marco Aurélio fixou a tese:

> Em nenhum ponto o ato normativo em jogo afasta a participação do Ministério Público em acordo de colaboração premiada, ainda que ocorrido entre o delegado de polícia, o investigado e o defensor, não se podendo cogitar da afronta à titularidade da ação penal. Ao contrário, a legitimidade da autoridade policial para realizar as tratativas de colaboração premiada desburocratiza o instituto, sem importar ofensa a regras atinentes ao Estado Democrático de Direito, uma vez submetido o acordo à apreciação do Ministério Público e à homologação pelo Judiciário. Embora o Ministério Público seja o titular da ação penal de iniciativa pública, não o é do direito de punir. A delação premiada não retira do Órgão a exclusividade da ação penal. (STF ADI 5508). [24]

Assim, em 20 de junho de 2018, o Supremo por maioria, julgou improcedente o pedido assentado a inconstitucionalidade.

---

[23] _____. Roberto Brasileiro de. **Legislação criminal especial comentada**. 6ª edição. Salvador. Juspodvim, 2018. Pág. 736.

[24] _____. STF. **ADI 5508** – DF. Relator Ministro Marco Aurélio. Data do Julgamento: 20/08/2018. Disponível em: <https://juristas.com.br/wp-content/uploads/2018/06/ADI5508MMA.pdf>

> "O Tribunal entendeu que a lei não afastou a participação do Ministério Público dos acordos, ainda que celebrados entre o delegado de polícia, o investigado e o defensor. Não haveria, nesse sentido, afronta à titularidade da ação penal, visto que, embora o Ministério Público seja o titular da ação penal pública, não o é do direito de punir". (ALMEIDA e COSTA, 2018). [25]

O juiz não deve presenciar ou participar das negociações, pois, assim está expresso no parágrafo sexto da referida lei. Contudo, conforme dispõe o parágrafo oitavo, o juiz poderá deixar de homologar a proposta, se entender que não preenche os requisitos legais ou, até mesmo adequá-la, ao caso concreto.

Antes da homologação do acordo pela autoridade judiciária competente, é possível que as partes se retratem da proposta, conforme dispõe o parágrafo dez do artigo quarto da menciona lei, assim, as provas autoincriminatórias produzidas pelo colaborador não poderão ser utilizadas exclusivamente em seu desfavor. Entende-se que, tanto o Ministério Público quanto o colaborador podem se retratar, contudo, somente pode acontecer até a homologação judicial.

4 Colaboração premiada coletiva

O interesse coletivo em sentido lato é gênero e suas espécies estão definidas no parágrafo único do artigo 81 do Código de Defesa do Consumidor, assim classificados: Interesses difusos, são os transindividuais, de natureza indivisível, de que sejam titulares pessoas indeterminadas e ligadas por circunstâncias de fato; Interesses coletivos em sentido estrito, 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; Interesses individuais homogêneos, os transindividuais de natureza di-

[25] ALMEIDA, A.A. e COSTA, R.O. **Do Ministério Público como garantia de acesso à justiça e os novos horizontes da colaboração premiada coletiva.** ALMEIDA, CAMBI E MOREIRA (Orgs.) In: 30 anos da Constituição de 1988 e o Ministério Público, avanços, retrocessos e novos desafios. Belo Horizonte, D´Plácido, 2018. Pg.520.

visível, de que seja titular grupo, categoria ou classe determinável decorrente de uma origem comum.

A adequada tutela dos interesses transindividuais não se pode dar com as mesmas normas processuais utilizadas para a tutela dos interesses individuais. Assim ensina Ada Pellegrini Grinover que (1984)

> onde a tutela dos interesses difusos se torna mais relevante é no plano processual. Não somente porque é o processo, como instrumento de atuação de certas fórmulas constitucionais, que viabiliza a sua garantia, transformando o «direito declarado» em «direito assegurado»; mas ainda porque, tratando-se de interesses difusos, o próprio processo se apresenta em um novo enfoque, desafiando a argúcia e a criatividade do processualista.[26]

No âmbito civil há um microssistema processual coletivo reconhecido pelo Supremo Tribunal de Justiça, porém, no aspecto penal ainda não há normas adequadas para tutelar estes interesses, apontando a necessidade da sistematização de um Código de Processo Penal Coletivo.

ALMEIDA e COSTA (2018)[27] destacam que a concepção de colaboração premiada coletiva abrange todas as situações que envolvem a colaboração premiada de bens jurídico-penal difuso, coletivo ou homogêneos. Assim, a colaboração premiada coletiva possui a finalidade de "potencializar a sua capacidade de promover o diálogo, o consenso a melhoria da atividade de persecução penal. (...) pela priorização da atuação preventiva, de modo a atuar programaticamente no combate à prática de novos delitos." (ALMEIDA e COSTA, 218. Pág. 520).

---

[26] GRINOVER, A. P. (1984). Novas tendências na tutela jurisdicional dos interesses difusos. **Revista Da Faculdade De Direito, Universidade De São Paulo, 79, 283-307**. Recuperado de <http://www.revistas.usp.br/rfdusp/article/view/67016>

[27] _____. **Do Ministério Público como garantia de acesso à justiça e os novos horizontes da colaboração premiada coletiva.** ALMEIDA, CAMBI E MOREIRA (Orgs.)In: 30 anos da Constituição de 1988 e o Ministério Público, avanços, retrocessos e novos desafios. Belo Horizonte, D´Plácido, 2018. Pg.520.

Apontam os autores que as medidas aplicáveis ao colaborador são inúmeras, deste modo, até que sejam cumpridas as medidas de colaboração, o prazo prescricional ficará suspenso, podendo suspender por 6 meses, com prorrogação por igual período, o prazo para oferecimento da denúncia; por requerimento das partes o juiz poderá conceder o perdão judicial; redução da pena privativa de liberdade em até dois terços ou substituição por restritiva de direitos, desde que, da colaboração seja efetiva e voluntária, ou seja, que produza os seguintes resultados: prevenção de infrações penais, recuperação total ou parcial do produto ou proveito do crime e a prévia composição do dano coletivo, salvo se comprovada a impossibilidade de fazê-lo e, por fim, a identificados dos demais coautores ou partícipes. (ALMEIDA e COSTA, 2018. Pág. 521). [28]

Ressaltam os autores que, um aspecto relevante da colaboração premiada coletiva, está na impossibilidade de celebração do acordo pelo Delegado de Polícia.

Não obstante o STF, no julgamento da ADI 5508 tenha declarado a constitucionalidade do §6º do artigo 4º da Lei n.º 12.850 de 2013, quanto à legitimidade do Delegado de Polícia celebrar o acordo de colaboração premiada durante a investigação criminal, entende-se que a legitimidade do Delegado somente é constitucional quando da celebração do acordo de colaboração premiada no processo penal individual. Este entendimento está amparado na Constituição Federal, em seu artigo 127, onde está disposto que "O Ministério Público é instituição permanente, essencial à função jurisdicional do Estado, incumbindo-lhe a defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis".

Assim,

> "ao contrário do que ocorre com as infrações que afetam os bens jurídicos individuais, no campo da tutela dos direitos coletivos a Constituição dispõe expressamente, em seu artigo 127, que incumbe ao Ministério Público a defesa

[28] _____. **Do Ministério Público como garantia de acesso à justiça e os novos horizontes da colaboração premiada coletiva.** ALMEIDA, CAMBI E MOREIRA (Orgs.)In: 30 anos da Constituição de 1988 e o Ministério Público, avanços, retrocessos e novos desafios. Belo Horizonte, D´Plácido, 2018. Pág.521

> dos interesses transindividuais e indisponíveis. Desse modo, em que pese ser atribuição da Polícia Judiciária a investigação de delitos, o Ministério Público, enquanto garantia constitucional fundamental do acesso à justiça, detém legitimidade exclusiva para a celebração de colaboração premiada coletiva". (ALMEIDA e COSTA, 2018. Pág. 522).

Com relação aos delitos que admitem a celebração do acordo, não há regulamentação expressa desta matéria, contudo, a Lei n.º 9.807 de 1999, ampliou a utilização da colaboração premiada para qualquer delito, destarte, a colaboração premiada coletiva poderá ser realizada para garantir a efetiva tutela dos interesses transindividuais em sentido amplo, ou seja, bens jurídico-penais de natureza individual homogênea, coletiva e difusa. (ALMEIDA e COSTA, 2018. Pág. 523).

Conclusão

A colaboração premiada se apresenta como um eficiente meio de obtenção de prova. Está prevista no ordenamento jurídico brasileiro em diversas leis. Porém, dois são os marcos essenciais para a sua utilização. Primeiramente, a Lei n. 9807 de 1999, que resultou em uma verdadeira democratização do instituto, podendo ser utilizada durante a persecução penal de qualquer delito e, em segundo, a Lei n. 12.850 de 2013, que ao definir o que é organização criminosa, trouxe a colaboração premiada como meio de obtenção de prova e regulamentou o instituto, por exemplo, quanto ao momento da celebração, que poderá ser realizado durante a fase de investigação, tanto quanto, durante a fase de ação penal.

No âmbito coletivo, ainda está em construção doutrinária normas processuais adequadas para a efetiva tutela penal dos interesses coletivos em sentido amplo, ou seja, individuais homogêneos, coletivos em sentido estrito e difusos. Portanto, torna-se necessário adaptar a colaboração premiada para a sua aplicação processual penal coletiva.

Conclui-se que, a colaboração premiada coletiva poderá ser utilizada para a persecução penal de qualquer delito que viole o interesse coletivo em sentido amplo e que, conforme o texto constitucional, o Ministério Público é legítimo para a celebração do acordo de colaboração premiada coletiva, pois

a ele incumbe a proteção dos direitos transindividuais, portanto, na colaboração premiada coletiva, não é de competência do Delegado de Polícia celebrar o acordo, como acontece no processo individual.

SANTOS, S.Z. dos, Colletive State's Evidence. *Justitia*, São Paulo, v. 213/214/215/216, p. 199-221, Jan./Dec. 2019-2020.

- **ABSTRACT**: The purpose of this article is to promote a study on Collective Prize Collaboration, which is a means of obtaining evidence that assists in collective criminal prosecution. Faced with the concern for the effective criminal protection of trans-individual interests, the Collective Criminal Procedural Law is under construction. Therefore, we aim to discuss the applicability of plea bargain in the collective sphere on comparative law and to draw a chronological line on the legislative evolution of the plea bargain Institute in the country's legal order.

- **KEYWORDS:** Collective Prize Collaboration. Collective Criminal Procedural Law

Referências

ALMEIDA, A.A. e COSTA, R.O. Do Ministério Público como garantia de acesso à justiça e os novos horizontes da colaboração premiada coletiva. ALMEIDA, CAMBI E MOREIRA (Orgs.)In: 30 anos da Constituição de 1988 e o Ministério Público, avanços, retrocessos e novos desafios. Belo Horizonte, D´Plácido, 2018. Pág.516.

BRASIL, Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>

_____, Congresso Nacional, CPMI JBS – Relatório Parcial Colaboração Premiada. Disponível em: <https://www.jota.info/wp-content/uploads/2017/12/3relatorio-final-cpmi-jbs.pdf>

_____, Decreto-lei no 2.848, de 7 de dezembro de 1940. Código Penal. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm>

_____, Decreto nº 5.105, de 14 de junho de 2004.

Promulga o Acordo entre o Governo da República Federativa do Brasil e o Governo da República Oriental do Uruguai para Permissão de Residência, Estudo e Trabalho a Nacionais Fronteiriços Brasileiros e Uruguaios, de 21 de agosto de 2002. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2004-2006/2004/Decreto/D5105.htm>

_____. Diário da Câmara dos Deputados. Livro Nº. 69, de 21 de abril de 1999.

Brasília – DF. Disponível em <http://imagem.camara.gov.br/Imagem/d/pdf/DCD21ABR1999.pdf#page=135>

_____, Lei nº 7.209, de 11 de julho de 1984. Altera dispositivos do Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 - Código Penal, Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/1980-1988/l7209.htm>

_____, Lei nº 8.072, de 25 de julho de 1990. Lei dos Crimes hediondos. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8072.htm>

_____, Lei nº 9.034, de 3 de maio de 1995. Dispõe sobre a utilização de meios operacionais para a prevenção e repressão de ações praticadas por organizações criminosas. (Revogada). Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L9034.htm>

_____, Lei nº 9.080, de 19 de julho de 1995. Acrescenta dispositivos às Leis nºs 7.492, de 16 de junho de 1986, e 8.137, de 27 de dezembro de 1990. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9080.htm>

_____, Lei nº 9.613, de 3 de março de 1998. Dispõe sobre os crimes de "lavagem" ou ocultação de bens, direitos e valores; a prevenção da utilização do sistema financeiro para os ilícitos previstos nesta Lei; cria o Conselho de Controle de Atividades Financeiras - COAF, e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9613.htm>

_____, Lei nº 12.683, de 9 de julho de 2012. Altera a Lei nº 9.613, de 3 de março de 1998, para tornar mais eficiente a persecução penal dos crimes de lavagem de dinheiro. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2011-2014/2012/Lei/L12683.htm>

_____, Lei nº 9.807, de 13 de julho de 1999. Estabelece normas para a organização e a manutenção de programas especiais de proteção a vítimas e a testemunhas ameaçadas, institui o Programa Federal de Assistência a Vítimas e a Testemunhas Ameaçadas e dispõe sobre a proteção de acusados ou condenados que tenham voluntariamente prestado efetiva colaboração à investigação policial e ao processo criminal. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9807.htm>

_____, Lei nº 11.343, de 23 de agosto de 2006. Lei do tráfico de drogas. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/l11343.htm>

_____, Lei nº 12.850, de 2 de agosto de 2013. Define organização criminosa e dispõe sobre a investigação criminal, os meios de obtenção da prova, infrações penais correlatas e o procedimento criminal; altera o Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 (Código Penal); revoga a Lei nº 9.034, de 3 de maio de 1995; e dá outras providências. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2013/lei/l12850.htm>

_____, SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL; HC 127.483 PARANÁ. Relator Dias Toffoli. Data do julgamento: 27/08/2015. Disponível em <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10199666>

_____. STF HC 127.483 PARANÁ. Relator Dias Toffoli. Data do julgamento: 27/08/2015. Disponível em <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10199666>

Congresso Nacional, CPMI JBS – Relatório Parcial Colaboração Premiada. Disponível em: <https://www.jota.info/wp-content/uploads/2017/12/3relatorio-final--cpmi-jbs.pdf>

_____. STF. ADI 5508 – DF. Relator Ministro Marco Aurélio. Data do Julgamento: 20/08/2018. Disponível em: <https://juristas.com.br/wp-content/uploads/2018/06/ADI5508MMA.pdf>

_____, SUPREMO TRIBUNAL DE JUSTIÇA; HC 69.988 – RJ. Relator Ministro Reynaldo Soares da Fonseca. DJe. 07/11/2016. Disponível em <https://ww2.stj.jus.br/websecstj/cgi/revista/REJ.cgi/ATC?seq=15457160&tipo=51&nreg=200702217309&SeqCgrmaSessao=&CodOrgaoJgdr=&dt=20110622&formato=PDF&salvar=false>

_____. STJ - HC: 26325 ES 2003/0000257-7, Relator: Ministro GILSON DIPP, Data de Julgamento: 24/06/2003, T5 - QUINTA TURMA, Data de Publicação: --> DJ 25/08/2003 p. 337 RT vol. 819 p. 553). Disponível em: < https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/7418913/habeas-corpus-hc-26325-es-2003-0000257-7-stj?ref=serp>

GRINOVER, A. P. (1984). Novas tendências na tutela jurisdicional dos interesses difusos. Revista Da Faculdade De Direito, Universidade De São Paulo, 79, 283-307. Recuperado de <http://www.revistas.usp.br/rfdusp/article/view/67016>

TABAK, B. M. et. al. A Colaboração Premiada Compensa? Brasília: Núcleo de Estudos e Pesquisas/CONLEG/Senado, agosto/2015 (Texto para Discussão nº 181). Disponível em: <www.senado.leg.br/estudos>

LIMA, Roberto Brasileiro de. Legislação criminal especial comentada. 6ª edição. Salvador. Juspodvim, 2018. Pág. 706.

MEIRA, José Boanerges et al. A colaboração premiada e processo penal brasileiro: uma análise crítica. VirtuaJus, Belo Horizonte, v. 2, n. 3, p. 176-211, 2º sem. 2017 – ISSN 1678-3425. Disponível em

< http://periodicos.pucminas.br/index.php/virtuajus/article/view/16778>

MIGUEL, Alexandre. Comentários à lei de proteção às vítimas, testemunhas e réus colaboradores. Revista dos Tribunais | vol. 773/2000 | p. 425 - 443 | Mar / 2000 DTR\2000\785

O Compromisso de Dinamização da Prova Civil

Cássio Benvenutti de CASTRO*

- **SUMÁRIO**: Introdução. 1 A prova como posição jurídica de concretização argumentativa. 2 O ônus da prova na perspectiva do novo processo civil. 3 A dinamização do ônus dinâmico da prova. 4 Os conceitos compromissados com os pressupostos metodológicos do processo civil. 4.1 O modelo compartilhado de prova. 4.2 O adensamento da tipificação das provas. 4.2.1 A ata notarial. 4.2.2 A prova técnica simplificada ("expert witness" ou "consulenza testemoniale"). 4.2.3 A prova emprestada. 4.3 A prova atípica e a confusão referenciada. 4.3.1 A inspeção ou constatação efetuada por oficial de justiça. 4.3.2 O comportamento da parte como prova. 4.2.3 O frenesí da rede social como alterego de uma civilização imediatista. Conclusão. Referências

- **RESUMO**: O novo Código de Processo Civil reflete os ditames constitucionais. Assim, a prova enquanto atividade e como meio técnico que tem por escopo a aproximação à verdade, deve estar aparelhada por técnicas abertas e móveis para atender as necessidades do direito. Isso não se resolve, apenas, na exegese de meios de provas, inclusive, porque são atípicos. Ocorre que todo o procedimento probatório – da standardização ao ônus – deve circular como um todo em diuturna construção. Nessa linha, preserva-se o fundamento da constituição (a pessoa), através de um processo justo.

- **PALAVRAS-CHAVE**: Processo. Prova. Técnica. Standard.

Introdução

O Estado Constitucional tem por fundamento a dignidade da pessoa humana (art. 1º, III, da CF), como escopos principais prevalentes, a liberdade

* Juiz de Direito do Rio Grande do Sul. Especialista em Ciências Criminais. Especialista em Direitos Fundamentais e Direito do Consumidor. Mestre em Direito pela UFRGS. Doutorado em Direito pela UFRGS.

e a igualdade. Em nível institucional, ou melhor, em termos de tutela jurisdicional, a primazia desses valores deve ser garantida por um processo justo, o que subentende um modelo colaborativo (das partes para com o judiciário), e atendida uma previsibilidade-confiabilidade (não surpresa e garantia da influência nas decisões) na qual está inserida a questão da verdade e da segurança jurídica.

A questão da previsibilidade reúne os *meios* para o atingimento de decisões justas: normas + fatos. Agora, a justiça do processo – enquanto um ideal e uma função, acaba por implicar uma estrutura coordenada (funcional-estruturalismo) – estipula que a experiência jurídica se sirva das mesmas normas para os casos análogos, e compreenda os fatos com a serenidade de que as contingências fazem repetir comportamentos parecidos em diversas situações. Se a verdade ou a totalidade é inatingível, diversos fatores pressupõem graus de uma maior precisão na tomada da decisão.

A verdade se trata de um valor-meio para o alvitre dos escopos, daí que, antes de uma reles preocupação de entender que o juízo sobre o fato é de ordenação cartesiana, a compreensão sobre o fato atende a diretrizes não raramente tendentes ao universal, o que obrigatoriamente faz sopesar uma visão holística (coerência do contexto) e analítica (verossimilhança e credibilidade) da prova. Evidente que particularismos existem; porém, a dedução ou os axiomas positivistas também deixaram de serem as únicas diretrizes metódicas a organizarem a valoração da prova.

Ao contrário do formalismo ortodoxo, hoje, fala-se em um arsenal que aproxima o conceito da realidade para chegar à parcial conclusão – a funcionalização da verdade é valor encerrado no sistema constitucional, estado de coisas alvitrado por intermédio de meios de provas consistentes, inclusive, atípicas, mas, sobretudo, verticalizadas por novas modalidades de visualizar o mundo real. Nessa linha, o ensaio elabora a prova como uma *atividade* dinâmica por antonomásia (porque trata sobre fatos), e comenta alguns *meios* de prova que atendem ao modelo aberto predisposto no Código de Processo Civil. Aberto à atipicidade das provas, móvel ao contexto holístico pelo qual elas devem ser examinadas.

1 A prova como posição jurídica de concretização argumentativa

O processo justo é preenchido por uma série de valores que convivem na busca de uma solução justa a um problema. Trata-se de método de trabalho que se desdobra pelo intermédio de uma série de normas jurídicas, onde uma norma é pressuposta da seguinte, daí formando uma totalidade proce-

dimental padronizada. Ocorre uma conexão de normas, atos e posições jurídicas, para que os atores processuais se movimentem organizadamente, tudo verticalizado na busca da decisão.

Embora os atos processuais sejam os elementos visíveis do procedimento, nessa cadeia estruturada, a posição jurídica é figura que assegura uma situação de proeminência do sujeito em relação a um determinado objeto, implicando posição de tutela processual refletida pelos efeitos da norma jurídica[1]. Vale dizer que as faculdades, os deveres, os poderes, os direitos e, inclusive, os ônus processuais, consistem em posições jurídicas como formas de exteriorização do padrão de organização processual.

O ônus processual, formalmente, consiste em uma posição jurídica.

2 O ônus da prova na perspectiva do novo processo civil

O ônus da prova consiste em uma posição jurídica na qual a norma jurídica confere uma liberdade condicionada à parte processual. A norma jurídica não estabelece uma sanção tampouco uma situação de sujeição de uma parte em relação a outra. Pelo contrário, quando se fala em ônus, confere-se uma liberdade para que a parte possa praticar determinado ato processual, no interesse dessa própria parte. Entretanto, trata-se de uma liberdade condicionada, porque, no caso da inércia, em especial, no caso da não produção da prova processual, por falta de interesse ou de conveniência, a posição de proeminência da parte – em relação ao objeto que ela pretende (provar que "p") – pode restar prejudicado.

O ônus da prova se estrutura e se funcionaliza em duplicidade: ele possui um sentido subjetivo e outro sentido objetivo.

O sentido subjetivo da prova se trata de uma regra de instrução, ou seja, configura uma posição jurídica que desempenha uma função promocional[2] – preordena uma referência, para as partes processuais, pautando quem deve produzir que "está provado que *p*", conforme a tutela jurisdicional postulada (demanda)[3].

---

[1] FAZZALARI, Elio. *Instituições de direito processual*. Trad. Da 8ª ed. por Elaine Nassif. 1ª ed. Campinas: Bookseller, p. 80/3.

[2] A doutrina também comenta uma função psicológica e uma função jurídica, respectivamente, para o aspecto subjetivo e objetivo do ônus da prova. MOREIRA, José Carlos Barbosa. Julgamento e ônus da prova. *Temas de direito processual:* segunda série. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 1988, p. 75.

[3] Na medida em que defende o ônus da prova como um "dever", ainda mais, considerando os poderes instrutórios do juiz, respeitável doutrina dispensa uma maior preocupação com

De outro lado, o sentido objetivo da prova se trata de uma regra julgamento, ou seja, assume uma finalidade resolutória, como um critério para extinguir o processo, ainda que as partes não tenham produzido prova suficiente[4].

A estrutura e a função da prova estão previstas em norma do CPC:

> Art. 373. O ônus da prova incumbe:
> I - ao autor, quanto ao fato constitutivo de seu direito;
> II - ao réu, quanto à existência de fato impeditivo, modificativo ou extintivo do direito do autor.

Essa discriminação é denominada "distribuição estática do ônus da prova". Talvez, porque leva em conta a posição dos sujeitos parciais do processo e a relação deles para com as afirmações sobre os fatos; também, porque a previsão vem desde dentro do sistema do processo, como se a argumentação fosse regulamentada para resolver qualquer tipo de objeto a ser decidido.

Aqui, um ponto de inflexão: em primeiro lugar, pensar em processo é refletir sobre *movimento*, vale dizer, um mecanismo antípoda à inércia; em segundo lugar, a prova processual assinala uma posição concretizadora da argumentação que se pretende conferir validade, quer dizer, a prova ilustra e aparelha a demanda, em um sentido que o ônus da prova é posição jurídica diretamente ligada à causa que implica os efeitos do pedido.

A parte formula um pedido para gerar efeitos. Tais efeitos dependem de uma causa, de uma base jurídica (na qual existem fatos e normas). Por antonomásia, então, ônus da prova é dinâmico porque ligado à norma que embasa a causa de pedir e o pedido. Eduardo Cambi resume que "no ônus da prova em sentido subjetivo, percebe-se a relativização do binômio *substan-*

---

a natureza subjetiva do ônus da prova. Ver RAMOS, Vitor de Paula. *Ônus da prova no processo civil:* do ônus ao dever de provar. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, passim. De outro lado, parece majoritária a tendência que os poderes instrutórios do juiz não apoucam a função promocional do sentido subjetivo do ônus da prova, pelo contrário, a função de pacificação social, e o caráter publicístico do processo estabelece uma comunidade de trabalho, no qual "il confine tra potere dispositivo delle parti e poteri d'ufficio del giudice finisce così per presentarsi come mobili, per risultare necessitata per l'accertamento della verità materiale". Ver VIDIRI, Guido. Giusto processo, accertamento della verità materiale e <imparzialità> del giudice. *Rivista di Diritto Processuale*, anno LXVII, n. 6, nov/dic 2012, p. 1157.

[4] MITIDIERO, Daniel. Processo justo, colaboração e ônus da prova. Revista do Tribunal Superior do Trabalho, v. 78, n. 1, jan./mar 2012, *passim.*

ce-procedure, pela íntima correlação entre a dimensão processual e a substancial, porque os fatos constitutivos da demanda e os fatos que fundam as exceções são definidos em função da configuração substancial da *fattispecie* que vem deduzida em juízo. Com efeito somente pelas normas de direito substancial é que se podem estabelecer quais são os fatos juridicamente relevantes, mas também é pelas normas de direito e processo que se atribui ao autor o ônus de provar os fatos constitutivos da sua pretensão e ao réu, os fatos em que se fundam a exceção"[5].

O compromisso do juiz, refere Dall'Agnol Júnior[6], é com o caso concreto. Daí que o juiz está comprometido com o caso concreto, na coexistência entre as afirmações sobre os fatos (narrativas) na perspectiva da norma jurídica que se pretende fazer valer os efeitos.

Considerado o caráter constitucional do direito probatório, enfim, a divisão estrutural-funcional do ônus da prova acaba sendo contingencial. O que importa, na questão, é a comunidade de trabalho que o contraditório material deve pautar entre o juiz e as partes, um eixo de previsibilidade funcionalidade ao melhor ou ao ótimo grau de confirmação da cognição. Assim, resulta que o processo não trabalha para o mero atingimento de uma decisão, tampouco se trata de uma máquina hermética que não se comunica com o direito material.

Pelo contrário, assim como grandes processualistas dialogaram sobre o perfil monista, dualista, ou transcendente-constitucional da posição jurídica de evolução progressiva – denominada *ação* processual –, parece evidente que a prova, assim como a tutela jurisdicional, determina o encontro entre o direito e o processo, na medida em que todo o processo está impregnado do direito material[7]. Com efeito, as narrativas processuais alegam fatos, mas que não são qualquer episódio da vida, antes se tratam de fatos protegidos por determinada norma jurídica, encerrando-se um esquema fato-norma a

[5] CAMBI, Eduardo. *A prova civil*: admissibilidade e relevância. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p. 323.

[6] DALL'AGNOL JÚNIOR, Antônio Janyr. *Distribuição dinâmica do ônus probatórios.* Revista dos Tribunais, vol. 788, jun/2001, *passim*.

[7] OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. O problema da eficácia da sentença. In MACHADO, Fabio Cardoso; AMARAL, Guilherme Rizzo. (org.). *Polêmica sobre a ação*: a tutela jurisdicional na perspectiva das relações entre direito e processo. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006, p. 46.

partir do qual o ônus da prova é mera decorrência, obviamente, uma decorrência dinâmica.

Portanto, a dinamização do ônus da prova é devolver – ao direito probatório – uma transição que lhe é peculiar, porque isso está na natureza das coisas: o direito existe para regular o "mundo lá fora", as necessidades sociais, e a cada caso concreto diferente, é ou seria aconselhável que o direito predispusesse técnicas adequadas (flexíveis) para otimamente chegar a resultados justos.

Fazzalari arremata: "il rapporto col diritto sostanziale non riguarda soltanto la domanda, ma tutti gli atti della serie procedurale: vuoi quelli in cui si concreta l'*azione*, cioè la situazione soggettiva (composita) dell'atore; vuoi quelli in cui si concreta la situazione processuale del convenuto; vuoi quelli in cui si traduce la *funzione* dell'ufficio"[8]. O direito material é considerado ao largo do processo. O processo justo, ainda mais, porque reclama um modelo colaborativo onde o direito probatório encerra um mecanismo cujo eixo teleológico é a verdade, o direito material, de antemão, acaba por "dinamizar" a inteligência do operador do processo civil.

Pensar o processo civil "desde dentro", por intermédio de estruturas ou regras estáticas, consiste em retornar a uma perspectiva metodológica superada há séculos de história do formalismo. Justamente por isso, na Alemanha, uma regra de distribuição "estática" do ônus da prova (art. 373 do CPC) sequer existe, porque, no mecanismo tedesco, compreende-se naturalmente a "*normentheorie*"[9] – vale dizer que, se a causa de pedir e o pedido (demanda) estão aparelhados em narrativas sobre fatos e variações argumentativas sobre normas jurídicas, parece evidente que o ônus de provar depende dos pressupostos da demanda, ou seja, as fontes da prova, questões metaprocessuais ou que exprimem ("desde fora" do processo) aquilo que encarrega cada uma das partes, em termos de posição jurídica argumentativa concretizadora do ônus[10].

---

[8] FAZZALARI, Elio. *Note in tema di diritto e processo*. Milano: Giuffrè, 1957, p. 159.

[9] MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. *Prova e convicção*. 3ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 194.

[10] A motivação do juiz deve explicar porque os fatos que ele reputou relevantes, para a decisão, foram compreendidos daquela maneira. Porque isso explicita o mecanismo da própria enunciação normativa, base do esquema do direito continental – "quem instaura processo

A pretensão ou o ato de pretender algo, em prejuízo de outrem, subentende a necessidade de comprovar as alegações que ilustram e conferem verossimilhança à narrativa da parte. Assim, as clássicas discussões sobre a teoria concreta *versus* a teoria abstrata da ação também podem ser trazidas para o plano do ônus da prova – porque o ônus da prova, tanto quanto a ação (seja concreta ou abstrata), trata-se de instituto que, atualmente, deve ser compreendido na perspectiva do formalismo-valorativo, do neoprocessualismo, do neoconcretismo, do neoconstitucionalismo, enfim, na perspectiva metódica que elabora um diálogo entre as fontes de direito material e processo, para, nesse diapasão, concluir-se: existem fatores pré-processuais que embasam a demanda[11], ainda, a narrativa processual está implicada por alegações de fatos nos termos enunciados pelas normas do direito (material), daí que, "desde fora", ocorre uma dinamização do ônus da prova como algo natural, porque inerente ao polo metodológico do processo civil (a tutela jurisdicional através de um processo justo).

Existe um critério externo que decide a questão de fato – a busca da verdade, enquanto um standard almejado, um grau de confirmação de 100%, ou tendente a essa evolução.

A dinamização do ônus da prova não significa uma novidade em termos operacionais. Em realidade, observada a distinção entre "fonte" de prova e "meio" de prova, na prática, o diálogo entre as normas de direito e processo já acabam resolvendo – *ope legis* –, enquanto um sistema integrado, a questão do ônus da prova conforme o objeto a ser decidido. Aliás, Calamandrei alertava que "según el diferente grado de probabilidad que a su juicio hubiera que atribuir a las afirmaciones en contraste. Bastaría, en otras palabras, que la afirmación de la parte fuera verossímil, para que el juez hubiera

de cognição pleiteia o reconhecimento ou a produção de determinado efeito jurídico. Ao órgão competente para julgar a causa incumbe pronunciar-se acerca do efeito pretendido. Como todo efeito resulta da incidência de uma norma jurídica sobre um fato (ou conjunto de fatos), para julgar necessita o juiz, de um lado, reconstituir o fato (ou o conjunto de fatos) e, de outro, identificar a norma aplicável". Ver MOREIRA, José Carlos Barbosa. Julgamento e ônus da prova. *Temas de direito processual*: segunda série. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 1988, p. 73. A *normentheorie* consiste no reconhecimento explícito do diálogo explícito entre direito e processo, um está impregnado no outro.

[11] DE LA OLIVA SANTOS, Andrés. Objeto del processo y cosa juzgada em el processo civil. Espanha: Civitas, 2005, p. 51.

de invertir en su ventaja la carga de la prueba, haciendo gravar sobre la contraparte la carga de probar lo contrario"[12].

Quer dizer que o ônus de provar está diretamente relacionado ao risco de não apresentar uma prova suficiente para convencer o juiz. O problema é definir o que significa essa "suficiência" da prova, para que seja utilizada a regra do ônus da prova como critério de julgamento, o ou qual o grau de "suficiência" que o contexto probatório merece para ser afastado, da conclusão decisória, uma solução com base no sentido objetivo do ônus da prova.

Cabe somente ao juiz decidir sobre o decidir?

Em outras palavras, além de se reputar convencido, o juiz dispõe de um poder absoluto sobre que a definição referente à suficiência da prova?

Nesse ponto, o ônus da prova implica-se à questão do standard da prova, que consiste em uma questão prévia à decisão, através da qual o juiz define se a prova é suficiente, e qual o "grau" de prova para ser reputada suficiente. Tal suficiência não é medida taxativa ou imperativo estático, tampouco advém de uma metodologia meramente analítico-classificatória – já que comumente se atribui a standardização como de utilização unicamente saxônica –, pelo contrário, no direito continental, o sistema jurídico, avistado "desde" o diálogo das fontes, "desde o direito material", afirma a força normativa da standardização da prova, ou afirma uma graduação sobre os modelos de constatação referentes a uma decisão sobre matéria de fato.

Vale dizer que ônus da prova e standard da prova convergem para a definição do sentido de suficiência da prova, e da própria adequação da prova ao processo. Não se trata de reles adequação e admissibilidade, antes o caso é de verificar a conformação da estrutura – o processo – ao objeto que o verticaliza.

De qualquer maneira, ônus e standandardização, uma posição jurídica influencia a outra constatação, e também, é por ela influenciada. Daí que o risco de uma decisão com base no critério do ônus da prova objetivo perpassa pela aferição do standard da prova. Por isso que Marinoni[13] critica o

---

[12] CALAMANDREI, Piero. Verdad y verossimilitud em el processo civil. Trad. Santiago Sentis Melendo. *Derecho Processal Civil*, III. Buenos Aires: Ejea, p. 337.

[13] MARINONI, Luiz Guilherme. Formação da convicção e inversão do ônus da prova segundo as peculiaridades do caso concreto. *Academia Brasileira de Direito Processual Civil*. www.abdpc.org.br, passim. Inclusive, a questão da "inesclarecidibilidade", suscitada por Mari-

julgamento com base na "lógica da melhor verossimilhança", porque refere que o estado de dúvida do juiz deve ser resolvido com aquilo que o sistema jurídico afirma ser compatível com a natureza do caso concreto, e não deve ser resolvido com base na possibilidade do juiz pender para uma ou para outra narrativa – a mais verossímil –, quando a gravidade do caso reclama uma maior atenção.

A posição jurídica do ônus, portanto, é um risco modulado pelo standard da prova.

Ambos compõem *valores móveis* do sistema jurídico processual – quando o grau da necessidade argumentativa aumenta (standard), o critério do ônus como regra de julgamento é mais facilmente aplicável. A prova e a leitura da prova, no desenrolar do contraditório, assim, é multifuncional, ainda segundo Nicola Picardi[14]. O juiz exercita tanto um modo de optar entre as várias alternativas que surgem em um sentido vertical, o sentido da constante imediação que ele vai descobrindo ao largo do processo (limites processuais e modelo demonstrativo), como o juiz também deve levar em seu raciocínio total os critérios horizontais que pautam as suas escolhas (limites substanciais e modelo persuasivo da prova). Essa horizontalidade reflete na questão do convencimento judicial em direito probatório, e estabelece a standardização do convencimento, pois o próprio sistema jurídico aponta para direções, o que Nicola Picardi denomina *limitações*, porque jamais existe uma liberdade

noni, é conclusão que reporta a estrutura do processo justo ao objeto de análise – daí se leva em conta a vulnerabilidade, a posição da parte, a melhor possibilidade de provar algo, a natureza do fato, dentre outros fatores. O importante é perceber que tudo isso é proveniente da natureza das coisas, do direito material, "desde fora" do processo, uma peculiaridade que remonta o diálogo entre as fontes, e Marinoni – com propriedade – é repetitivo em lembrar. Em outra época, até porque os "modelos de comprovação" eram culturalmente mais limitados, o sopesamento de verossimilhança era facilmente aceitál – ainda hoje o podem ser, ocorre que, no presente, em época de internet, câmeras por todos os lados, gravações e amplificações de escutas e telefonias, parece que o confronto entre verossimilhanças mais se aproxima de um critério resolvido com base no ônus da prova no sentido objetivo. Ver WALTER, Gerhard. *Libre apreciación de la prueba*. Trad. da edição de 1979 por Tomás Banzhaf. Bogotá: Editorial Temis, 1985, p. 193 e seguintes.

[14] PICARDI, Nicola. A vocação de nosso tempo para a jurisdição. Trad. Carlos Alberto Alvaro de Oliveira. In PICARDI, Nicola. OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de (organizador e revisor técnico da tradução). *Jurisdição e processo*. Rio de Janeiro: Forense, 2008, p. 19.

absoluta para formar um juízo, sendo que o julgador se movimenta por entre normas, precedentes, tradições, pesquisas técnicas, cânones interpretativos, dentre outras percepções que ao longo do tempo vão povoando as práticas dos julgamentos como instrumentos de regularidade cultural.

A despeito de posições extremas – realistas ou dogmáticas[15] –, fácil concluir que elas não resolvem o problema de elaborar critérios para controle da questão de fato, e que os julgamentos com exames inferenciais ao quadrado ou até em terceira potência (por exemplo, *hearsay testemony*[16]) merecem um controle de classificação ou de cotejo desse julgamento em relação à totalidade das normas que imperam em cada sistema jurídico. O direito é um subsistema cultural, um sistema aberto e móvel, e as palavras utilizadas pelas normas e pelo direito probatório oferecem códigos ou esquemas que assinalam contextos ou cenários maiores, logo, não adianta decidir e não justificar perante um cenário que apresente a imediação do juiz para com a prova e da prova e do juiz perante uma totalidade normativa maior, que daí afirma as soluções ou escopos que corresponde a cada realidade social pautada pelo direito material.

Não interessa, ao jurisdicionado, enfim, que o juiz entregue uma decisão formalmente técnica, e com ela chegue a conclusões de surpresa, sen-

[15] Todas as classificações ou definições ombreiam um paradigma, é inerente à condição humana, o que desde o início é salientado. A tendência científica ou a incessante busca é identificar e trazer à tona os critérios definitórios e classificatórios e concluir com a polarização da pretensão de correção. A opção de reputar uma postura doutrinária como mais ou menos formalista, ou mais ou menos realista, ou mais ou menos moderada, não quer dizer que está acolhida absolutamente tal ou qual postura doutrinária, mas que de alguma forma estão sendo conjugados esforços no sentido de compreender o que esses textos transmitem quando internalizados à nossa cultura. Hart fora reputado de "realista moderado" no presente trabalho, o que não afasta o eventual predicado de "positivista" que podem lhe emprestar, assim como também não está afastada a possibilidade de se reputar Taruffo como um "formalista", apesar dele, aparentemente, ter a predileção por escrever sobre fatos, embora fatos que estejam minimamente controlados por normas, o que não o afasta do paradigma hartiano, somente em épocas com meio século de diferença, mas sobretudo com um requinte linguístico cujas balizas possuem o mesmo ou semelhante epicentro jusfilosófico. A grande questão de qualquer abordagem científica é identificar as tendências jurídicas contemporâneas e, a partir desse caldo de cultura aplicável ou não à realidade brasileira, extrair disso tudo alguma sorte de justificativas estruturantes da presente pretensão de regularidade ou, com isso, afirmar o que é possível elaborar para irradiar uma melhor regularidade ao direito nacional, em especial, ao conjunto das decisões judiciais.

[16] Testemunha por *ouvir dizer.*

do necessário e democraticamente válido que figuras racionais e, sobretudo, normativas, componham esse instrumental que conecta o direito ao processo. O juízo de fato implica uma redobrada atenção do julgador, primeiro, porque o leigo também pode emitir juízos de razoabilidade sobre os fatos, e na era do politicamente correto, todos se tornaram julgadores; segundo, porque as inferências realizadas pelo juiz demonstrarão uma racionalidade[17] em sua ponderação.

Ocorre que os modelos de constatação da experiência sobre a questão de fato, ou seja, os denominados standards probatórios ou standards do convencimento judicial acabam por sistematizar padrões de decidibilidade, porque preordenam fatores cujo fio condutor é uma melhor reconstrução da realidade que está colocada em juízo, "desde fora" do processo. Daí a importância da natureza do direito material que se disputa em causa, na medida em que, "desde fora" do processo, o sistema está aberto a uma sorte escalonada de critérios que definem ou ajudam a definir o estado de dúvida do juiz – isso vai tangenciar o risco sobre a utilização, ou não, da regra de julgamento conforme o ônus da prova.

Se tiver prova suficiente, o juiz decide conforme o confronto das narrativas; se não houve prova suficiente, o critério será a regra de julgamento do ônus da prova. Assim, os standards complementam o ônus da prova, pois lhe implica um realismo metodológico. Consoante Danilo Knijnik[18], os standards do convencimento judicial funcionam como critérios que devem ser postos em discussão para que as opções valorativas do juiz e das partes sejam conhecidas e, como um *continuum*[19] para a reconstrução dos fatos da causa, podem ser debatidas em contraditório e, eventualmente, corrigidas ou contestadas através das alternativas recursais ou cassacionais.

[17] KNIJNIK, Danilo. Ceticismo fático e fundamentação teórica de um direito probatório. *In*: KNIJNIK, Danilo (Coord.). *Prova judiciária*: estudos sobre o novo direito probatório. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007. p. 25.

[18] KNIJNIK, Danilo. *A prova nos juízos cível, penal e tributário.* Rio de Janeiro: Forense, 2007. p. 18.

[19] A instrução e reconstrução dos fatos não é um *unicuum*, mas um continuum que repercute a metodologia do contraditório e se categoriza juridicamente na solução da decisão judicial. Ver Michele Taruffo, A verdade..., *op. cit*., p. 206.

O que define a chamada suficiência[20] da prova, para preencher o convencimento e afastar o julgamento com base no critério do ônus da prova, é a densidade normativa do direito debatido, é o caso concreto. Logo, a importância da demanda e a caracterização do ônus da prova como um organismo propulsor de um sistema aberto passa a definir – em decorrência – o grau de prova para preencher um standard probatório. Armado pela força que o direito material atribui a determinados fatos, o sistema de valoração da prova, "desde fora" do processo, pré-condiciona o convencimento do juiz, para que, assim, ele possa concluir que uma prova é mais difícil para uma parte do que para a outra parte, e concluir sobre a questão da suficiência da prova e sobre o próprio pragmatismo do ônus da prova.

Tudo sopesado, a divisão do ônus da prova não parece estática (art. 373 do CPC). Apenas quando observada somente em um paradigma "desde dentro" do processo, como os clássicos teóricos da ação concreta ou da ação abstrata o faziam, por séculos, pode-se falar em ônus estático da prova, vale dizer, a partir da posição processual da parte e do fato, em abstrato, que se pretende provar. Agora, desde o momento em que o processo é analisado na perspectiva da tutela jurisdicional, portanto, "desde fora", e na perspectiva das narrativas do caso concreto, parece que a natureza do ônus da prova é tendencialmente dinâmica.

A tutela jurisdicional (art. 5º, XXXV, da CF) como polo metodológico do processo resulta em que o processo justo resolve conflitos jurídicos necessariamente *merit-based* – trata-se do caráter transcendental do objeto, o que ratifica na verdade como uma referência, como um critério externo que afirma a previsibilidade da decisão judicial[21].

---

[20] A formação do convencimento judicial versus a utilização do critério do ônus da prova para o julgamento é um autêntico dilema. "Nei casi in cui il giudice, pur constatando che le prove prodotte spingono in una certa direzione, non perviene al convencimento della <verità>, compie per così dire un passo indietro, ripartendo da zero ed applicando la regola sull'onere della prova. Conseguentemente, ad esempio, l'attore che purê aveva prodotto alcune prove in grado di dimostrare la verossimiglianza del fatto, ma non tali da vincere ogni possibile dubbio del giudice, vede respinta la sua domanda". PATTI, Salvatore. Libero convencimento e valutazione dele prove. *Rivista di Diritto Processuale Civile*, n. 40, 1985, p. 497.

[21] RAMOS, Vitor de Paula. *Ônus da prova no processo civil:* do ônus ao dever de provar. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 31.

A dinamicidade é a regra. Agora, trata-se de uma dinâmica que está colocada desde a demanda, desde a distinção entre fontes e meios de prova, naquilo que a causa de pedir implica ao pedido. Uma cultura jurídica cujo sentido está na abertura do sistema de valoração da prova e, sobretudo, na *mobilidade* das normas encerradas e comunicadas no pluralismo desse sistema – a inteligência do ônus da prova na conjugação ao caso concreto e à respectiva standardização que disso está emanado.

3 A dinamização do ônus dinâmico da prova

A própria legislação pode estipular, de maneira diversa àquele sistema proposto pelo CPC, a distribuição do ônus da prova. Quer dizer, *ope legis*, um outro sistema de normas pode redistribuir a questão do ônus de provar, daí sequer se falar em "inversão do ônus" da prova, mas em "nova versão" do que estava vertido de outra maneira. Para tanto, o legislador se vale de presunções legais e técnicas que preordenam uma convergência decisional em outro regime de normas. A dificuldade é entender que existem sistemas de normas que encerram diferentes nichos de casos, que reúnem normas tanto de processo como de direito material e, assim, que o legicentrismo ou o unitarismo codificado é moeda vencida no milênio passado. No atual quadrante constitucional, as leis não são abstratas e genéricas, elas não são completas e unitarizantes do sistema jurídico – como um triângulo fechado –, bem ao contrário, ocorre uma dogmática fluida[22], com um pluralismo de fontes que dialogam, complementam-se sistematicamente, e eventualmente apresentam solução de continuidade por subsidiariedade.

Quando a própria lei distribui o ônus da prova, algo diverso da regra geral prevista no Código de Processo Civil (que é a regra geral do ordenamento), em realidade, não ocorre uma inversão do ônus da prova, por operação do juiz, antes ocorre uma mera atribuição do ônus da prova com fundamento no direito material, que é pré-ponderado, pelo legislador que, por exemplo, elaborou o CDC. No Código de Defesa do Consumidor pode-se observar, facilmente, que no caso de a parte (fornecedor) não se desincumbir na desconstrução da presunção elaborada pela norma, o julgamento será ancorado nos termos previstos pela lei – ou seja, conforme a posição jurídica privilegiada do consumidor.

[22] ZAGREBELSKY, Gustavo. *El derecho dúctil*: ley, derechos, justicia. Trad. Marina Gascón. 9ª ed. Torino: Trotta, 2009, p. 17.

Isso reflete a ascensão da pessoa no sistema jurídico, ao invés da vetusta prevalência do objeto sobre a pessoa. Logo, constata-se que o direito do consumidor brasileiro é estruturado por intermédio de tipos presuntivos que melhor ou otimamente privilegiam a defesa da posição jurídica do consumidor e que, por decorrência, reservam ao fornecedor, o encargo de afastar as presunções legalmente antecipadas, e que estão em benefício do consumidor.

A leitura do texto de algumas normas infere essa valoração.

Por exemplo, na responsabilidade pelo fato do produto, previsto no art. 12, §3º do Código de Defesa do Consumidor, está estabelecido que "o fabricante, o construtor, o produtor ou importador só não será responsabilizado quando provar: I - que não colocou o produto no mercado; II - que, embora haja colocado o produto no mercado, o defeito inexiste; III - a culpa exclusiva do consumidor ou de terceiro." Na responsabilidade pelo fato do serviço, o art. 14, §3º do CDC estabelece que "o fornecedor de serviços só não será responsabilizado quando provar: I - que, tendo prestado o serviço, o defeito inexiste; II - a culpa exclusiva do consumidor ou de terceiro". Vale dizer que os danos decorrentes do acidente de consumo somente não serão ressarcidos ao consumidor quando, e somente quando, o fornecedor excepcionar a presunção tipificada nas regras legais[23].

Isso não significa inversão do ônus da prova.

Pelo contrário, o CDC consiste em um sistema diverso do CPC, no qual as normas sobre a distribuição do ônus da prova estão previstas (vertidas) de maneira especialiforme, de maneira peculiar. Logo, na grande maioria das demandas embasadas no CDC, é até desnecessário falar em inversão do ônus da prova, porque o próprio legislador já inverteu o que estava vertido no CPC. Ou verteu de maneira diversa do CPC, com base em um siste-

[23] Outro exemplo: o art. 23 do CDC refere que "a ignorância do fornecedor sobre os vícios de qualidade por inadequação dos produtos e serviços não o exime de responsabilidade". O elemento normativo da culpa não permite afastar a consequência jurídica que tutela o consumidor em face dos vícios dos produtos e dos serviços, a culpa não pode ser alegada como justificativa. Deveras, o sistema de defesa do consumidor enaltece a proteção da confiança como uma base do ordenamento, tanto que a definição de vício que compromete o dever de adequação do produto ou serviço é a segurança (arts. 12, §1º e 14, §1º) ou a finalidade (arts. 18 e 20, §2º), aspectos decorrenciais ou derivativos de um estado de coisas que o próprio legislador regulamentou como padrão.

ma peculiar – onde direito material e processo dialogam com uma naturalidade típica do formalismo-valorativo.

O espaço para a inversão judicial ("*ope judicis*") do ônus da prova, no CDC, é para os casos onde não existe esse tipo de presunção legal, já na fase de instrução[24]. Em especial, para o caso da reponsabilidade civil do profissional liberal – onde o próprio sistema do CDC estipula que se trata de responsabilidade subjetiva (art. 14, §4º, do CDC).

Quer dizer, existem diferentes sistemas de normas, e cada qual reclama maneiras de compreensão peculiares aos casos em que o próprio direito material predispõe diretrizes preponderantes, desde para a abertura como para a mobilidade do direito probatório – o que se reflete na valoração da prova.

Em outras palavras: os diferentes sistemas de normas, o próprio ordenamento jurídico, antecipa – como uma questão prévia – como o juiz deve reputar suficiente determinada prova. Isso não é estatística, não se trata de confronto de provas técnicas, mas resume um apanhado cultural que está fundado em uma experiência jurídica e que, com o passar do tempo, pendulariza-se para a proteção de uma ou de outra categoria de casos jurídicos.

Cansativamente, a doutrina cita o art. 6, VIII, do CDC, como um exemplo de inversão do ônus da prova.

O problema é o seguinte: inverte-se o ônus da prova em relação a quê?

Ora, essa inversão remete à verossimilhança ou à hipossuficiência do consumidor, vale dizer, remete à categoria jurídica do consumidor. Daí que tal inversão possui um endereço no sistema de proteção que está diretamente relacionado ao conjunto de normas de direito material cujo standard são diferentes da vasta gama de standards de confirmação com as quais o CPC pode se deparar.

No processo civil, a decisão pode envolver improbidade administrativa, questão empresarial, direito de família, responsabilidade civil, direito previdenciário, e assim por diante. Portanto, a regra do CDC não é universal, pelo contrário, ela possui um endereço de subsidiariedade – presta-se ao CDC.

Em geral das hipóteses do CPC, o standard da prova, o grau de confirmação para a convicção judicial, deve dialogar com a totalidade do ordena-

[24] CARPES, Artur Thompsen. Apontamentos sobre a inversão do ônus da prova e a garantia do contraditório. In KNIJNIK, Danilo (coord.). *Prova judiciária*: Estudos sobre o novo direito probatório. Porto Alegre: Livraria do Advogado, p. 27 e seguintes.

mento jurídico – e não ficar arraigada a uma novidade do art. 6, VIII, do CDC, que já não é novidade alguma. Em realidade, é uma norma que deve ser pouco aplicada porque, afinal, quase todo o CDC já traz presunções suficientes para colocar o consumidor em posição de prestígio, em relação ao ônus e ao standard da prova.

Basta comprovar que é consumidor[25], o que denota a vulnerabilidade desse sujeito (afinal, o sistema do CDC foi predisposto para tutelar essa vulnerabilidade), então, o ônus de provar encarrega o fornecedor – salvo em particularismos, como no caso do profissional liberal.

Portanto, em termos sistemáticos, embora a dogmática do novo CPC apresente uma "inovação", parece que a dinamização do ônus da prova apenas consagra uma realidade já batida nas instituições:

> Art. 373. O ônus da prova incumbe:
>
> § 1º Nos casos previstos em lei ou diante de peculiaridades da causa relacionadas à impossibilidade ou à excessiva dificuldade de cumprir o encargo nos termos do caput ou à maior facilidade de obtenção da prova do fato contrário, poderá o juiz atribuir o ônus da prova de modo diverso, desde que o faça por decisão fundamentada, caso em que deverá dar à parte a oportunidade de se desincumbir do ônus que lhe foi atribuído.
>
> § 2º A decisão prevista no § 1º deste artigo não pode gerar situação em que a desincumbência do encargo pela parte seja impossível ou excessivamente difícil.

Não se cogita de uma subsidiariedade pragmática. A norma apresenta procedimentos, pauta a necessidade do contraditório, o momento da inversão do ônus da prova e, sobretudo, define quem melhor deve ser onerado com o peso da posição jurídica de provar.

---

[25] "Il progressivo passaggio dei diriti umani dall'ordine sociale al'ordine (anche) statuale, può essere descrito come ascesa della <persona> rispetto al <soggetto>; ma è anche ascesa dello stesso soggetto, da una condizione di soggezione a una condizzione sempre più di centralità nell'ordine giuridico. Um <declínio> è quindi configurabile solo come riduzione di una posizione di prevalenza della nozione e della realtà giuridica del soggetto rispetto alla nozione e alla realtà della persona, non come perdita di sostanziale giuridicità". OPPO, Giorgio. Declinio del soggetto e ascesa della persona. *Rivista di Diritto Civile*, anno XLVIII, n. 6, nov/dic 2002, p. 835.

A "subsidiariedade" que ora se comenta é para ressaltar o atraso operativo do sistema brasileiro – no Brasil, não se acredita na norma do texto, somente tem valor o texto da norma.

Tudo sopesado, a aproximação entre direito material e processo fica dramática, porque desde o momento em que a tutela jurisdicional é colocada como polo metodológico da teoria do processo (art. 5º, XXXV), o direito, "desde fora", já deveria estar pautando as diretrizes para nortear o ônus da prova, a standardização do convencimento judicial, e a própria decorrente motivação da decisão.

O direito fundamental à prova, em síntese, é dinâmico desde o nascedouro da demanda, deve ser analisado desde antes do processo, na perspectiva das fontes (metaprocessuais) até o desfecho da decisão. Porém, não está cravado no texto, o que parece invisível ao operador brasileiro.

Isso posto, o juiz não possui total liberdade para redistribuir ou para valorar a prova, como parece, quando analisado um sistema fechado e estático. Pelo contrário, em um sistema aberto e movediço, o convencimento judicial está abalizado por tendências conflitantes que, porém, respectivamente se coordenam entre si. Daí que o problema da valoração da prova remete a um novo modelo de relação entre prova e verdade – um modelo cuja perspectiva cultural pré-dispõe algumas diretrizes, mas está em diuturna reconstrução, trata-se de uma empresa em eterno refazimento.

4 Os conceitos compromissados com os pressupostos metodológicos do processo civil

A ascensão da pessoa como pedra de toque do sistema jurídica, ainda mais, levando-se em conta a formação de novos núcleos institucionais de poder, com a decorrente corrosão da soberania e com o legicentrismo e o jusestatalismo absolutos, resultaram em um sistema por intermédio do qual as categorias jurídicas deixaram de serem axiomas ou dogmas imbatíveis, a espera de uma dedução unívoca e incontestável. Pelo contrário, a experiência jurídica contemporânea é de coalizão em termos de fontes, no sentido de organizar diretrizes basilares porque inarredáveis, mas, também, no sentido de pautar soluções a serem implicadas por módulos, por modelos funcionais, porque o direito não é somente um "dado" objetivo cravado em uma regra, antes o direito é um constante "fazer-se"[26].

[26] Gustavo Zagrebelsky, idem, p. 123.

O direito é uma empresa em construção.

A dignidade da pessoa humana se trata de núcleo duro do sistema. Se a liberdade e a igualdade são valores materiais a serem alcançados, justamente, o *link* que pode garantir de sustentabilidade sustentação desse diagrama jurídico é a metodologia de trabalho, daí que tal metodologia deve ser previsível, na medida em que prevista em normas e em critérios que aproximem o direito da realidade – a verdade é um critério externo processo, porque a decisão é *merit-based*, mas a verdade se conecta com o processo por intermédio da prova (que está dentro do processo).

Do contrário, o direito consagraria um sistema hermético, sem referenciais, e correndo o risco de uma autopoiese manipulável sem o cumprimento dos escopos precípuos já consagrados secularmente: a justiça, a pacificação social, a efetividade e a segurança.

Inúmeras discussões conceituais foram travadas na teoria do processo, em termos de verdade e prova. Entretanto, chama a atenção que os "pontos de inflexão", os núcleos das discussões estão compromissados, cada qual, à perspectiva metódica que vigorava em seu tempo.

Desde Calamandrei, verificou-se que a atividade de investigação processual da verdade não era totalmente livre, ela deveria atender a um método de trabalho. Levando-se em conta mais garantias que direitos fundamentais em oscilação axiológica, naquela época, já se comentava que o juiz não seria um mero historiador, pois devia se pautar pela imparcialidade[27]. O interessante é que o mesmo doutrinador formulou a clássica escala da "possibilidade, verossimilhança e probabilidade", que foi campo fértil para inúmeras discussões dentre os processualistas.

Independente das correntes ou distinções alinhavadas, é perceptível que tais conceitos olhavam, apenas, para dentro do processo, para os aspectos nucleares da ciência processual, justamente, porque estavam comprometidos com fatores cujos pressupostos metodológicos remetiam ao norte da teoria da ação e da teoria da jurisdição. Quer dizer, para Calamandrei e seus epígonos, o processo consistia em um sistema hermético que fincava balizas normativas a serem resolvidas dentro do próprio processo, daí que as distinções – chame-se de escalas, graus, ou progressões referentes à prova – aca-

[27] CALAMANDREI, Piero. El juez y el historiador. *Estudios sobre el processo civil*. Trad. Santiago Sentis Melendo. Buenos Aires: Editorial Bibliografica Argentina, 1045, 112.

bavam por pautar conceitos técnicos, porém, desligados da realidade maior que os circundavam.

Em outras palavras, falar em possibilidade, em verossimilhança, em probabilidade, enfim, atribuir críticas às regras de experiências, ou tentar tarifar percentuais estatísticos em termos de probabilidade, acabam sendo retratos de uma época em que se valorava a prova sem, contudo, realmente observar o "mundo lá fora". O sistema do processo civil estava "fechado" para os demais campos do direito, daí que qualquer norma elaborada parecia recebida como uma revolução – como o art. 6, VIII, do CDC. Ainda quando se cogita de cognição ou de certeza, ao invés desses conceitos, a reaproximação prática é mais aparente que real, porque tudo indica voltar a decisão – e a formação da certeza (cognição) – para dentro do processo: por isso que, por tanto tempo, o juízo de cognição ficava em suspenso, somente podendo ser decidido ao final, sem juízos sumários, porque os conceitos estanques não permitiam uma flexibilização e uma mobilidade entre os seus próprios congêneres.

Verossimilhança em relação a quê? Probabilidade em relação a quê?

Conceitos cujos conteúdos eram investigados dentro do processo, mesmo, o que ensejava um círculo situacional de novas investidas de fechamento operativo.

A questão do erro também possui endereço similar. Em geral, fala-se que a análise da prova deve se precaver contra o erro. A valoração da prova, atualmente, trabaClha com uma metodologia comparativa, ou classificatória-analítica, onde se pautam standards que poderiam evitar o erro. Nesse "ponto de inflexão", evidencia-se que a jurisdição está ancorando as diretrizes de toda uma formulação, que se reporta ao *common law*. De fato, é possível comparar julgamentos, olhar para "o lado" e verificar como determinada questão foi julgada. Até na velha discussão entre verdade formal e verdade material se efetuou tal comparação – valendo-se de outro critério de distinção (a atuação do juiz na produção da prova).

De qualquer maneira, a problemática de evitação do erro não é invenção ou sequer apanágio adstrito ao direito dos precedentes. Com efeito, o erro não chega a ser uma contingência das atividades culturais. O erro está presente em todas as ciências. Daí que as teorias formulam hipóteses de trabalho para que o erro não se torne sistemático, mas isso deve ocorrer sem que uma sobrecarga de trabalho remeta toda a responsabilidade para apenas um agente das relações.

A questão do erro judicial não é apenas judicial. Nesse caso, a temática se compromete com a perspectiva metodológica na qual a jurisdição é

colocada no núcleo do processo. Assim, tanto o erro como o "conserto" do erro são tarefas – unicamente – do juiz, porque se tratam de formular balizas standardizadas com supedâneo em precedentes onde a própria jurisdição diz tudo, ou melhor, *ela mesma diz o que pode dizer*.

No atual quadrante constitucional, os conceitos não são estáticos. Para tanto, eles devem se aproximar da realidade, daí que a utilização de ferramentas como os "modelos de prova" otimiza a relação entre a prova e a verdade. Na cultura presente, falar em possibilidade, verossimilhança, em probabilidade, e colorir esses conceitos com regras inferenciais de experiência ou de estatística, acabam "trazendo o processo para dentro do processo". Na cultura presente, falar na evitação do erro com uma matriz kantiana[28] – comparativo-formal – também resulta em estancar o processo em uma figura estática, do tempo em que a jurisdição era dizer o direito do texto da lei.

Aliás, parece que os processualistas importaram os conceitos kantianos e os promiscuíram à questão da certeza, o que resultou em uma indevida promiscuidade entre a questão da verdade e a questão da correção da decisão. Sem aprofundar complexidades, na filosofia, a lógica se trata de uma teoria formal, uma teoria do conhecimento, que trata a não contradição e com a razão suficiente, enfim, que trata com as regras do pensamento (assentimento), daí se falar em "conhecimento" correto ou errado. De outro norte, a teoria do conhecimento (gnosiologia) trabalha com objetos materiais, portanto, humanamente impossível se formular um padrão genérico sobre o que é verdadeiro ou é falso, na medida em que os objetos são aceleradamente mutáveis.

Isso se reflete na atualidade – no confronto entre teoria procedimentalista e teoria estruturalista do direito. Elas não são excludentes, elas se complementam, porém, tudo indica que os clássicos conceitos processualistas colocaram, no mesmo patamar, conceitos que seriam melhormente diagramados quando identificados desde a própria origem.

Além de respeitar a relevância dos conceitos afirmados, o que importa é indicar que a nova ordem constitucional, hoje melhor refletida no Código de Processo Civil, apresenta uma perspectiva que não fica atarracada aos velhos pressupostos metódicos do processo. A sociedade atual está liquefeita, as relações são dinâmicas, portanto, os conceitos devem se aproximar dessa realidade, sempre considerando a conexão teleológica dos institutos.

[28] Lógica, p. 58.

4.1 O modelo compartilhado de prova

Tudo sopesado, o polo metodológico do processo civil atual é a tutela jurisdicional[29].

A Constituição estabelece, no art. 5º, XXXV:

> XXXV - a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito;

As grandes discussões teóricas sobre a ação e a jurisdição perderam algum sentido, embora mantenham aquela supervivência típica dos mais ortodoxos positivistas. Agora, o importante é constatar que não adianta mudar um código, não adianta mudar a constituição, se os conceitos – se a experiência jurídica – continuar sendo guiada por uma maneira hermética de observar a natureza das coisas jurídicas.

A colocação da tutela jurisdicional como polo metodológico do processo civil implica a um modelo compartilhado da prova. O velho pêndulo do modelo demonstrativo para o modelo persuasivo da prova ganha novas influências, seja no tocante à teoria das normas, seja no tocante à prática encerrada no formalismo processual, seja no tocante ao desenlace da técnica do processo, que elabora uma síntese entre o sistema e a forma.

A verdade, enquanto critério externo de referência da decisão, é um "valor-meio" ao processo. Trata-se de um guia ou um vértice que polariza a decisão. Segundo Michele Taruffo, a verdade "si tratta di un valore vallore 'regolativo' che orienta l'attegiamento che si deve avere nei confronti dei fatti, ma questa sua natura di 'punto di riferimento' non ne fa venir meno l'importanza, ed anzi consente di configurarlo come valore di rilevanza generale"[30].

---

[29] A Escola de Processo Civil da UFRGS, pelo menos, enquanto capitaneada por Carlos Alberto Alvaro de Oliveira, parece adotar a teoria de Fazzalari[29], para quem o "processo" consiste no polo metodológico do processo civil. De qualquer maneira, ele ressalta que está superada a ideia de um juiz superpartes, de uma assimetrização absoluta do processo, no sentido da jurisdição estar no centro de todas as tomadas de decisões sobre o juízo de fato. Inclusive, em termos filosóficos, o transcendentalismo entre prova e verdade não reflete, somente, a apreensão dogmática do objeto pelo sujeito, antes repercute a viragem linguística na qual o sentido das coisas – do objeto da prova – é adquirida pela intersubjetividade, é produto de um compartilhamento que interlocuciona os atores processuais.

[30] TARUFFO, Michele. Verità e probatilità nella prova dei fatti. *Revista de Processo*, ano 32, n. 154, dez/2007, p. 214.

O modelo compartilhado da prova está embasado em três premissas.

A sociedade atual é líquida. Os fatos e as próprias normas jurídicas são dinâmicas, e refletem autênticos pontos de abertura ou de coalizão de um sistema jurídico aberto e móvel. Como refere Erik Jayme[31], a pós-modernidade vive de antinomias, de pares contrapostos: "ela se define justamente através da modernidade, que ela não quer ser". Daí que a tal pós-modernidade – os nossos tempos líquidos – não procura encontrar o que é comum ou o que é parecido com o outro, pelo contrário, na atualidade, o "normal é ser diferente", porque as medidas de tempo-espaço já não permitem uma segmentação pontualista.

Ora, tudo é passageiro. As pessoas já não vivem o momento presente, a sociedade está num museu, está numa aula, mas permanece viajando pelo celular. Até os crimes cibernéticos assumiram novas formas, e a própria figura da família está fragmentada – assim como uma raridade de museu que era denominada "sexo com amor".

Nesse panorama emaranhado de valores e ideias divergentes, o valor preponderante é o "pluralismo". A partir dele, e consagrado o núcleo da dignidade da pessoa humana, podem ser tensionados outros valores em convivência normativa, o que reclama uma coordenação dos sistemas, através da comunicação das normas, e por intermédio de metodologias ponderativas e associativas que somente possuem algo em comum – os problemas humanos são solucionados através de múltiplas metodologias, sem aquela conversa positivista o dedutivismo versus indutivismo ou analogia.

A regra é a diferença, o particularismo, daí ser importante considerar, como pedra de toque ou como valor de reunião desses diversos valores, o retorno dos sentimentos – a releitura dos que nos faz sermos humanos, a autêntica essência ou motivo para existir uma ciência cultural como o direito. Em síntese, a lei não conduz, ela apenas administra fatores em constante tensão[32].

O pluralismo e o respeito às diferenças, o particularismo e o retorno dos sentimentos, enfim, conformam a base social da premissa de um novo modelo que implica o compartilhamento da prova.

Em decorrência desses reflexos da pós-modernidade, no direito positi-

[31] JAYME, Erik. Visões para uma teoria pós-moderna do direito comparado. *Revista dos Tribunais*, ano 88, vol. 759, jan/99, p. 25.

[32] Idem, ibidem, p. 30.

vo, a leitura dos textos dos direitos fundamentais deixa expresso que fatores morais, políticos, jurídicos e éticos colocam a verdade como um "valor-meio" para que o Estado Constitucional chegue aos objetivos normativamente vigentes. Afinal, o processo justo reúne não apenas um somatório de valores, mas uma ordenação axiológica móvel, que atribui uma visão holística do sistema jurídico.

Isso é básico, está na supremacia da Constituição. O que importa, em realidade, é que os direitos fundamentais densificam os elementos que mais necessitam de tutela. Aqui o ponto – a tutela.

O novo processo civil trabalha com a tutela "desde fora" do processo, daí não se falar mais em condenação, execução, declaração, mandamento, ou constituição, é necessário pensar na efetividade para proteger as pessoas contra a lesão ou a ameaça aos direitos. Logo, as necessidades do direito material, outrora fincadas na figura do "dano", hoje também se preocupam com a figura do "ilícito", para formular uma estrutura voltada à proteção dos casos e necessidades que mais interessam à vida civilizada[33].

No talvegue da pós-modernidade, portanto, a premissa decorrencial é proteger o diferente, é tutelar o particularismo, por intermédio de um modelo probatório não meramente dicotômico – ora demonstrativo, ora persuasivo. Com efeito, os velhos modelos da dogmática privilegiavam a estática processual. Conferiam uma aparente segurança, porque eram apenas duas ideias como versos de uma moeda, porém, a segurança era aparente, porque a metodologia de trabalho acabava sendo homologada por uma motivação que valia como uma espécie de "warrant fake" – dava uma certa aparência de certeza de background, enquanto, em realidade, ocorria uma solução axiomática onde um indício poderia virar prova, e uma evidência poderia ser contingenciada e esquecida em um contraditório formal.

A maneira dicotômica dos modelos de prova remeteria o processo, novamente, a discutir a diferença hermética entre verossimilhança e probabilidade, e questionar a evitação do erro com o juiz Hércules. Ou seja, trocavam os atores, mexia-se nos conceitos, todavia, eles continuavam distantes da realidade. Daí que ficavam como meras denominações, sequer conceitos reais, porque distantes do "mundo lá fora".

[33] Marinoni, Arenhart, Mitidiero, idem, p. 67.

Nesse diapasão, evitar lesão ou ameaça de lesão – a tutela no centro da experiência – a abre um leque de possibilidades de atuação ao processo que, na perspectiva densificadora dos direitos fundamentais, são concretizados pela técnica processual, uma técnica[34] que efetua a síntese entre o sistema e a forma de tratamento para, assim, os operadores atingirem os objetivos plurais conviventes.

A terceira premissa toca o formalismo, porque implica uma adequação da técnica processual ao retorno dos sentimentos, à supremacia da Constituição, e ao dever da tutela dos direitos que vem "desde fora" do processo. O processo, então, vale-se de uma pluralidade de métodos de trabalho para elaborar uma decisão judicial funcionalizada à verdade. No exame da prova, as premissas codependentes não são meramente dogmáticas (relação sujeito-objeto) ou o ceticismo, antes transfiguram uma intersubjetividade que remete a um realismo metodológico.

Realismo metódico quer dizer que as narrativas processuais apresentam problemas contrapostos. Para desvendar a questão, "o terceiro imparcial se garante pelo esforço argumentativo das partes, que será a base para se construir a decisão expressa pela fundamentação. A fundamentação das decisões, por sua vez, é indissociável, do contraditório, é a fiscalização das partes para se alcançar uma decisão racional, não permitindo que seja ela ato isolado do juiz, fruto da sua subjetividade. Pela ampla argumentação, tem-se o direito à prova e assistência de advogado. É uma garantia das partes para que se possa ter o tempo processual apto para reconstruir o caso concreto e discutir quais normas jurídicas serão adequadas"[35].

Agora, não remanesce um espaço para uma convicção – tanto de suficiência como de valoração da prova – absolutamente livre, porque o julgador está ligado àquilo que "desde fora" as narrativas trazem para dentro do processo: a questão da tutela dos direitos. Recupera-se o caráter problemático do direito, mas com uma participação ativa do juiz, que não se trata de um "árbitro de futebol", daqueles que pode tudo.

---

[34] OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro. *Do formalismo no processo civil*: proposta de um formalismo-valorativo. 4ª ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 17

[35] TEODORO, Warlen Soares; MIGUEL JR., Waldir. O processo constitucional democrático e a condução da prova pelo juiz na busca da verdade real. Revista do Instituto de Hermenêutica Jurídica, ano 9, n. 9/10, jan/dez/11. Belo Horizonte: Forum, 2012, p. 197.

Pelo contrário, o juiz do processo deve atender à tutela dos direitos. Daí a importância dessa premissa metodológica, porque ela envolve o contraditório no sentido material, entre as partes, com a garantia de influência e a garantia de não surpresa, nas decisões. O monólogo apouca o litígio e afasta a prova da verdade. Para relativizar essa tendência, para além dos esforços das teorias procedimentais – que predispõem argumentos e escalonam fatores de coalizão validatórios –, o ideal é que a experiência jurídica exclua contradições.

Minimamente, um circuito entre normas e fatos que deve refletir dois aspectos, quando o juiz elabora uma decisão:

> a) Ele deve se referir à categoria ou à natureza do problema a ser decidido, porque daí é que se extrai um conjunto de normas (presunções, regras de experiência, técnicas normativas de tendência, políticas públicas) que expressam o "grau" de prova suficiente para que o julgamento seja efetuado; atingido esse "grau" de suficiência, o juiz não pode se valer do critério subsidiário do ônus da prova[36];
>
> b) O legislador não chega a atribuir "graus" de probabilidade dos fatos, não confere uma escala predeterminada de provas que devem prevalecer; contudo, na pós-modernidade, a supremacia constitucional chega a predispor algumas alternativas que se sobrepõem aos demais valores, portanto, o próprio ordenamento jurídico – se observado na tensão dos valores, e com o *revival* dos sentimentos –, apresenta uma margem de prejudicialidade onde categorias podem ser privilegiadas, ou determinadas provas podem ser peremptórias, a depender da ponderação ou da multimetodologia aplicada ao caso concreto, pelo julgador.

Não se trata de uma resposta pronta. Não se trata de uma receita ou regra de bolso. Justamente, porque reflete aquilo que a pós-modernidade não quer ser – a pós-modernidade não quer ser moderna.

Chega de modernismos e dicotomias. Logo, o processo justo está comprometido com desígnios sociais e políticos[37] que organizam formalismo pro-

[36] Salvatore Patti, idem, p. 502.

[37] THEODORO JR., Humberto. A importância da prova pericial no devido processo legal. Revista IOB de Direito Civil e Direito Processual Civil, v. 11, n. 62, nov/dez/2009, p. 65.

cessual participativo e ativista em dinamicidade, mas, que, sobretudo, reclama uma redistribuição dos institutos consoante a força da Constituição e das necessidades prementes da tutela.

A técnica deve ser adaptada a essa maneira de observar o processo. Portanto, o compartilhar a prova é a participar ativamente na feitura da prova; é trazer, "desde fora" do processo, o regime jurídico que regulamenta a espécie de cognição; é ter presente que os direitos fundamentais tratam de pluralismos, e que o juiz pode errar, mas não a evitação do erro não se conforma a uma mecânica dedutivista, antes depende de arrolar tendências – o que é mais tendente na promoção dos valores basilares em nosso ordenamento: a liberdade e a igualdade.

Por entre o princípio dispositivo e o inquisitivo, remontando o liberalismo e a socialização do processo, na classe das teorias procedimentais ou estruturalistas, o que se compromete, no modelo compartilhado da prova, é confiar que o processo reclama um critério externo – uma tutela que advém "desde fora", portanto, uma tutela em constante mutação.

4.2 O adensamento da tipificação das provas

A experiência jurídica se vale de provas atípicas para trazer, ao processo, o mundo dos fatos. Com a reiteração de novos casos concretos, a jurisprudência consolida entendimentos que, pela utilidade prática, acabam sendo afirmados na legislação. Nesse momento, algumas provas que outrora eram atípicas, assumiram o caráter de provas típicas, porque estão textualizadas no Código de Processo Civil (sem prejuízo de outras fontes versarem sobre a questão).

4.2.1 A ata notarial

A credibilidade dos carimbos, certificações, registros correspondenciais, verificações de autenticidade são questões inversamente proporcionais à civilidade (leia-se: boa-fé e colaboração) de uma sociedade. Em realidade, o crédito que esse tipo de prova pode assumir, provavelmente, advém dos diminutos limites geográficos da metrópole portuguesa.

De qualquer maneira, a legislação brasileira mantém simpatia pela burocracia dos cartórios extrajudiciais. Inclusive, argumentos que evitariam o *overload* da jurisdição – e não evitaram, na prática – são utilizados para incrementar a burocracia, para aumentar o número de demandas que são creditadas aos cartórios extrajudiciais. Chega a ser um legado monárquico em pleno terceiro milênio.

O Código de Processo Civil estabelece:

> Art. 384. A existência e o modo de existir de algum fato podem ser atestados ou documentados, a requerimento do interessado, mediante ata lavrada por tabelião.
>
> Parágrafo único. Dados representados por imagem ou som gravados em arquivos eletrônicos poderão constar da ata notarial.

Tudo indica que a ata notarial é mecanismo de imediação e atestação entre a feitura de ato eletrônico – pela internet, em especial, rede social via computador ou celular – e a constatação da mensagem digitalmente formulada. Com efeito, o agente público meramente atesta que observou determinada mensagem ou imagem. A partir disso, a ata notarial pode ser apresentada no processo.

O vigor da ata notarial está diretamente relacionado à instantaneidade da atestação que ela efetua, na medida em que é notória a dinâmica das mensagens veiculadas, digitalmente, pela internet. O meio se presta, portanto, para dizer que tal ou qual mensagem ou imagem, em determinado momento, foi observada, e a distância entre o envio da mensagem e a lavratura da ata[38].

Agora, isso não eleva tal atestação (pela ata notarial) a uma presunção de verdade do conteúdo do documento abalizado-carimbado como "autêntico", porque avistado no celular ou no notebook de alguém. Evidente que mensagens eletrônicas podem ser manipuladas, e a velocidade do *hackeamento* deveras maior que a possibilidade do "andamento da fila" que existe em qualquer cartório de certidão de ata notariais.

O direito é fenômeno cultural. Logo, certeiro que a ata notarial merece uma singela observação de plausível autenticidade, e isso quando não violado um dever que ela deve encerrar – a indivisibilidade da prova (art. 342, § único do CPC); porque é muito comum que se tente lavrar uma ata do pedaço da conversa que favorece à parte – em conversas de *whats app*, por exemplo – sem, contudo, que se apresente a integralidade da conversa.

Nesse sentido, a autenticidade deve trafegar ao encontro da integridade da prova, do contrário, não merece uma valoração significativa. Apenas fenecerá como ato burocrático sem maior envergadura prática, na formação do convencimento judicial.

---

[38] BUENO, Cassio Scarpinella. *Manual de direito processual civil*. 2ª ed. 2ª tiragem. Vol. Único. São Paulo: Saraiva, 2016, p. 355.

Finalmente, o desencontro estrutural entre a ata notarial e a certificação de imagens ou documentos digitais remete esse tipo de prova a uma figura-tampão, de pouca força de convencimento. Pensar que um carimbo ou uma assinatura de agente público pode conferir certeza ou avantajar a verossimilhança de documento digital, consiste em comparar os meios de comunicação da cultura do terceiro milênio às escritas do direito romano. Ora, para que uma ata notarial tenha vigor efetivamente valorativo ela deve estar na mesma linguagem[39] daquilo que ela analisa – ou seja, a ata notarial, os cartórios, enfim, devem estar interligados ao sistema de criptografias e de protocolos de internet para, daí sim, conferirem velocidade e autenticidade indiscutível à prova.

Do contrário, a "novidade" da ata notarial não passa de um arremedo de "hearsay testemony" escrito, e muito aquém daquilo que ela presente demonstrar, porque jamais assegura a inalterabilidade[40] do documento a ser atestado. Ainda mais, quando é praxe, no Brasil, as atas ou documentos aparecem entrecortados, manipulados, violando a indivisibilidade. O dever da apresentação de documento indivisível[41] não é sinônimo de autoincriminação, mas, sobremaneira dificulta a possibilidade da mentira – tática odiosa e repudiada pelo ordenamento.

4.2.2 A prova técnica simplificada ("expert witness" ou "consulenza testemoniale")

A metodologia processual orientada pela sincera colaboração e pela boa-fé processual se trata de um esquema em que as provas podem ser an-

[39] PEREIRA NETO, Miguel. Os documentos eletrônicos utilizados como meio de prova para a constituição de título executivo extrajudicial e judicial. In SCHOUERI, Luís Eduardo (org.). *Internet*: o direito na era virtual. 2ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 18.

[40] Idem, ibidem, p. 21.

[41] CARRATA, Antonio. Dovere di verità e completezza nel processo civile. *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, anno LXVIII, n. 1, marzo 2014, p. 76. A parte não é obrigada a dizer a verdade substancial, daí se falar em boa-fé subjetiva, quando da manifestação da parte em termos de princípio dispositivo. O dever da completude ou da indivisão da prova não remete a uma verdade substancial, porém, ajuda a evitar a mentira: "si vuole solo evitare che la ricostruzione dela fattispecie storica dedotta in giudizio sai in qualche modo falsata o alterata e perciò si impone alla parte di non essere consapevolmente reticente o scorretta, omettendo fraudolentemente alcuni elementi o particolari che as bene essere rilevanti nel contesto della domanda o dell'eccezione avanzata".

tecipadas, agilizadas, inclusive, para o próprio reforço do contraditório. A tática brasileira, tradicionalmente, é esconder as provas, e surpreender o adversário; de outro lado, em países evoluídos (civilizados, em todos os sentidos do termo), a surpresa não remete à racionalidade da vitória, porque vence quem tem razão, ao invés de ter razão – a qualquer custo – quem vence.

Independente da triste realidade enfrentada na realidade dos foros, a legislação brasileira parece encorpar técnicas probatórias que se aproximam do clássico "discovery", da common law, onde o aparato probatório até poderia prevenir litígios. De fato, em algumas contendas, ao invés da esperteza de alguns, prevalece o bom senso e o vigor do processo justo – o processo previsível, onde as provas mais diretas e efetivas devem ser manuseadas para a aproximação da decisão ao vértice da verdade.

No direito brasileiro, a prova técnica ou a perícia assume um privilégio que exaspera a impossível onisciência do juiz. A perícia, em certos casos, é o único remédio plausível (ver art. 375 do CPC).

Agora, o conhecimento humano tem sido amplificado, daí o que antes estava restrito a uma perícia, talvez, pode ser explicado por um testemunho técnico, por algum experto que possui qualificação na área, técnica que confere efetividade e celeridade à operação judicial. No Brasil, não chega a ser uma total novidade, porque já havia uma incipiente previsão na Lei 9.099/95:

> Art. 35. Quando a prova do fato exigir, o Juiz poderá inquirir técnicos de sua confiança, permitida às partes a apresentação de parecer técnico.

Considerada a "informalidade" e a "simplicidade" dos Juizados Especiais, evidente que os técnicos da confiança do juiz não caracterizam um substituto do perito, uma "expert witness". Porém, a ideia não deixa de ser análoga, no sentido de antecipar o conhecimento da questão de fato, por intermédio da abreviação da gestão da linguagem na coleta da prova: um sujeito que está acostumado a trabalhar em determinado ramo tem mais condições de examinar a previsibilidade das coisas que um juiz, que é um técnico das normas jurídicas.

A "expert witness" é prova semelhante, porém, deveras mais formal que a oitiva do técnico, que está previsto pelo Juizado Especial. Com efeito, a "expert witness" se trata de um movimento cultural semelhante, mas cujo

formalismo acresce em termos de credibilidade quanto em termos de possibilidade de controle daquilo que a testemunha pronuncia[42].

A questão é identificar qual o tema adstrito ao técnico, ou seja, o que seria admitido, segundo o objeto da prova, a ser explicado pela técnica da "expert witness". De fato, parece se cuidar de um meio termo entre a perícia e a prova testemunhal, porque tal modalidade aparecerá quando as partes puderem apresentar especialistas que expliquem – direta ou indiretamente – como funciona determinado exame sobre o estado de fatos ou de pessoas. A "consulenza tecnica" trabalho nos espaços não facilmente inteligíveis, vale dizer, naquilo que exaspera o senso comum ou o senso de conhecimento especial do juiz e das partes, mas não chega a ser algo significativamente complexo, a justificar uma perícia mais formal.

Tanto que o próprio CPC confere um caráter subsidiário a tal prova:

> Art. 464. A prova pericial consiste em exame, vistoria ou avaliação.
>
> § 1º O juiz indeferirá a perícia quando:
>
> I - a prova do fato não depender de conhecimento especial de técnico;
>
> II - for desnecessária em vista de outras provas produzidas;
>
> III - a verificação for impraticável.
>
> § 2º De ofício ou a requerimento das partes, o juiz poderá, em substituição à perícia, determinar a produção de prova técnica simplificada, quando o ponto controvertido for de menor complexidade.
>
> § 3º A prova técnica simplificada consistirá apenas na inquirição de especialista, pelo juiz, sobre ponto controvertido da causa que demande especial conhecimento científico ou técnico.
>
> § 4º Durante a arguição, o especialista, que deverá ter formação acadêmica específica na área objeto de seu depoimento, poderá valer-se de qualquer recurso tecnológico de transmissão de sons e imagens com o fim de esclarecer os pontos controvertidos da causa.

[42] ANSANELLI, Vincenzo. Comparazione e ricomparazione in tema di *expert witness testimony*. *Rivista di Diritto Processuale*, anno LXIV, n. 3, mag/jun 2009, p. 722.

A nova legislação denomina de "prova técnica simplificada" o trabalho do substituto do perito, isso quando o ponto controvertido for de menor complexidade. A técnica pode conferir mais agilidade ao processo – "il problema è che la consulenza diviene, di fronte ad un giudice non specializzato, una vera e propria prova legale; e assai poco servono le perizie di parte, che soffriranno, dal punto di vista del giudice, della medesima strutturale ininteligibilità"[43]. Em outras palavras: não importa que o juiz tenha formação técnica em determinada área[44] (como a engenharia ou a medicina), o ponto de flexão é que o juiz deve ter o bom senso para nomear a testemunha técnica para assuntos tangentes entre a experiência comum *versus* a perícia, do contrário, o julgador estaria cumulando, indevidamente, especialidades que o sistema jurídico – por eticidade – não permite que sejam cumuladas.

O problema da prova técnica simplificada retorna ao fundamento do próprio novo ordenamento processual – será, mesmo, que o brasileiro dispõe da civilidade e da boa-fé objetiva para apresentar técnicos comprometidos com a "razão da prova"? Ou continuará prevalecendo, como se verifica, facilmente, na prática, o ceticismo de uma inescrupulosa "prova da razão"?

Pode-se dizer que o tempo responderá a eficácia prática desse meio de prova. De outro lado, refletindo sobre alguns séculos da cultura processual brasileira, talvez, o sujeito não precisa ser um profeta para imaginar a utilização meramente pontual que o instituto assumirá.

4.2.3 A prova emprestada

Os fundamentos lógicos da prova emprestada consistem na economia processual e na unidade da jurisdição. Com efeito, se uma prova já foi produzida perante a jurisdição, não haveria motivos evidente para que ela fosse repetida, em outro processo, se o objeto da prova é análogo ou o mesmo objeto que se pretende provar.

A prova emprestada se trata de uma prova documental[45]. Embora, no processo originário, ela pudesse ter sido uma de outra natureza (prova pe-

[43] LOTARIO, Dittrich. La ricerca della verità nel processo civile: profili evolutivi in tema di prova testimoniale, consulenza técnica e fatto notorio. *Rivista di Diritto Processuale*, anno LXVI, n. 1, gen/feb 2011, p. 117.

[44] THEODORO JR., Humberto. A importância da prova pericial no devido processo legal. *Revista IOB de Direito Civil e Direito Processual Civil*, v. 11, n. 62, nov/dez/2009, p. 78.

[45] CAMBI, Eduardo. *A prova civil*: admissibilidade e relevância. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p. 53.

ricial ou testemunhal, por exemplo), considera-se prova emprestada aquela que já foi produzida outrora, em outro processo, para nele gerar efeitos. Entretanto, na medida em que a essência do objeto da prova pode ser reaproveitado, agora, em outro processo, daí se fala em prova emprestada: de um processo para o outro.

O CPC apresenta regulamentação típica sobre a matéria:

> Art. 372. O juiz poderá admitir a utilização de prova produzida em outro processo, atribuindo-lhe o valor que considerar adequado, observado o contraditório.

O ideal é que a prova originária tenha sido produzida entre as mesmas partes, porque o ponto de inflexão do empréstimo de provas, entre processos, trata-se da questão do contraditório. Sendo preservado o contraditório, desde a feitura da prova, até o transporte da documentação para outro processo, garante-se o processo justo, e toda a sorte de valores que ponderam o ambiente dialético.

A partir da preservação do contraditório – tanto na origem (formação da prova originária) quando no destino (processo no qual a prova será documentada) – assumem um caráter mais pragmático que, propriamente, teórico. Trata-se da utilidade da prova produzida.

Ora, se a prova não pode ser reproduzida (porque faleceu a testemunha ou porque pereceu o objeto da perícia), a prova emprestada assume maior credibilidade. Ainda no sentido do crédito da prova, evidente que princípios como o juiz natural e a oralidade são relativizados, tendo em vista a sobreposição pontual da efetividade sobre a segurança jurídica. Do contrário, o formalismo exacerbado não contribuiria para o andamento dos processos, o que acaba sobrecarregando todos os desdobramentos das esferas de poder estatal e social.

Segundo Eduardo Cambi[46], a prova produzida em procedimento administrativo, onde garantido contraditório, também pode ser transportado para o processo civil, e vice-versa. Vale dizer que a metodologia, desde a admissão até o debate sobre a prova, enfim, a observação formal da produção da prova enquanto atividade de compartilhamento de informações, torna-se o eixo de validação da prova emprestada. Garantidos os direitos fundamentais,

[46] Idem, ibidem, p. 59.

o processo administrativo (embora aqueles de cunho punitivo) não se distancia, em termos de standardização, do processo civil, onde os reflexos da prova emprestada geram efeitos análogos – indenização, sequestro de bens, demissão, dentre outros aspectos.

Finalmente, a interceptação telefônica ou a gravação clandestina – em regra geral –, meios de prova admitidos mediante previsão legal para questões criminais (Lei 9.296/96), elas não consistem em um meio de prova tipicamente utilizado no processo civil. Em questões de eminência civil, o juiz não está autorizado a decretar interceptação telefônica. De qualquer maneira, na medida em que essa prova seja produzida, regularmente, mediante ordem de juiz criminal, ela pode ser emprestada ou transportada para o processo civil ou, inclusive, para o processo administrativo disciplinar.

Observada a lei que autoriza a interceptação telefônica, o juízo natural que decretou a interceptação, e observado o contraditório e a proporcionalidade da medida, portanto, trata-se de prova que pode ser emprestada a processo não criminal[47]. Quer dizer, se a interceptação telefônica ou a gravação foram regularmente produzidas na origem – em juízo competente –, tal prova pode ser emprestada ao processo civil.

Inclusive, porque o maior rigorismo formal do processo penal (standardização em grau máximo: prova acima da dúvida razoável) implica uma prova mais cuidadosa, desde a formação até a valoração. Logo, a prova produzida em processo penal suficiente, enquanto documento degravado, para ser emprestada ao processo civil, chegando a se falar em "utilização ou compartilhamento de dados"[48] colhidos pela jurisdição de outra competência, em razão da matéria.

4.3 A prova atípica e a confusão referenciada

O Código de Processo Civil não é taxativo no referente às provas. Inclusive, deixa em aberto a possibilidade de surgirem outras modalidades que sejam funcionais à verdade.

O art. 369 do Código de Processo Civil estabelece:

[47] LAZARI, Rafael José Nadim. Sobre a validade da interceptação telefônica como prova emprestada em processo não penal. *Revista Bonijuris*, julho/2011, ano XXIII, n. 572, v. 23, n. 7, p. 81.

[48] BRILHANTE, Tércio Aragão. Gravações telefônicas e de imagens como provas no processo administrativo disciplinar. *Repertório de Jurisprudência IOB*, vol. I, n. 24, 2010, p. 849.

> Art. 369. As partes têm o direito de empregar todos os meios legais, bem como os moralmente legítimos, ainda que não especificados neste Código, para provar a verdade dos fatos em que se funda o pedido ou a defesa e influir eficazmente na convicção do juiz.

O dispositivo ratifica a multifuncionalidade da prova, e projeta abertura do sistema do CPC em relação aos demais regimes jurídicos. O problema que consiste no critério que referencia a abertura operativa – o moralmente legítimo.

A questão da moralidade é algo que não depende, apenas, da especificidade dos casos concretos. Ainda mais, tratando-se de Brasil.

Como produto cultural, o direito atende a fluxos e contrafluxos. Logo, vale lembrar que, quando se discutiu sobre o modelo demonstrativo ou sobre o modelo persuasivo da prova, fatores sociais, ideológicos ou políticos foram sustentáculos de "fundamentos morais" ou de "racionalidade". Vale dizer que o moral, no Brasil, depende muito do partido político imperante, depende do nicho de vulnerabilidade que tem lobby no congresso, ou até depende da ajuda que se propõe a uma campanha política ou para trazer a copa do mundo para o país.

A abertura da moralidade é deveras relativizável em estruturas sociais que ainda estão no divã evolutivo. Portanto, esse fator tem causado um estrago significativo em termos de desencontro de soluções jurisprudenciais.

Mais abaixo, cita-se um exemplo.

4.3.1 A inspeção ou constatação efetuada por oficial de justiça

A inspeção judicial é meio típico de prova. Contudo, notório que o magistrado não dispõe de tempo para se deslocar até os locais dos fatos, para observar e constatar, in loco, a situação de pessoas e coisas.

Na medida em que é inerente à atividade do oficial de justiça a mobilidade, o deslocamento, natural que algumas diligências possam ser facialmente desempenhadas por tal agente público, mediante determinação judicial. O CPC chegou a conferir, ao oficial de justiça, a possibilidade de avaliar determinados objetos.

Além disso, intuitivo que o juiz pode determinar que o oficial de justiça efetue outras diligências compatíveis com a função desempenhada no tra-

balho de rua, tanto por medida de economia processual como por questão de efetividade da jurisdição.

O CPC estabelece:

> Art. 154. Incumbe ao oficial de justiça:
> II - executar as ordens do juiz a que estiver subordinado;

Logo, o oficial de justiça desempenha um meio atípico de provar determinados fatos, desde que sejam fatos compatíveis à simplicidade da observação que ele dispõe, e na medida de tempo que o *overload* jurisdicional lhe propicia.

4.3.2 O comportamento da parte como prova

Na razão especificada no número 17 do Código de Processo Civil de 1973, Buzaid já divulgava que "Posto que o processo civil seja, de sua índole, eminentemente dialético, é reprovável que as partes se sirvam dele, faltando ao dever da verdade, agindo com deslealdade e empregando artifícios fraudulentos; porque tal conduta não se compadece com a dignidade de um instrumento que o Estado põe à disposição dos contendores para atuação do direito e realização da justiça. Tendo em conta estas razões ético-jurídicas, definiu o projeto como dever às partes: a) expor os fatos em juízo conforme a verdade; b) proceder com lealdade e boa-fé; c) não formular pretensões, nem alegar defesa, cientes de que são destituídas de fundamento; d) não produzir provas, nem praticar atos inúteis ou desnecessários àq declaração ou defesa do direito".

No Código de Processo Civil de 2015, a questão da boa-fé atingiu um patamar não meramente cognitivo, antes comportamental, porque se trata de boa-fé objetiva, momento em que a posição jurídica dos atores do processo é analisada de maneira não poder refletir situações sem lógica, ou sem que haja um compromisso de civilidade litigatória. O CPC estabelece a boa-fé como elemento necessário ao comportamento das partes (art. 5º), o que é reforçado pelo modelo colaborativo de processo civil (art. 6º).

Daí que a boa-fé é uma obrigação processual, até um dever processual, e chega a caracterizar, em termos probatórios, um ônus processual. Em termos de obrigação (ou dever – no presente, utilizados como análogos), a força normativa do comando estabelece o dever da não contradição, a proibição do abuso do poder processual, a perda de poder processual em face desse abuso, ou mesmo a vinculação decisória

a uma expectativa legítima implicada à contraparte, pelo fato do comportamento processual[49].

Os exemplos se multiplicam esparsamente, pelo CPC, e chamam a atenção pela imperatividade no sentido de uma obrigação da parte:

> Art. 77. Além de outros previstos neste Código, são deveres das partes, de seus procuradores e de todos aqueles que de qualquer forma participem do processo:
>
> I - expor os fatos em juízo conforme a verdade;
>
> II - não formular pretensão ou de apresentar defesa quando cientes de que são destituídas de fundamento;
>
> III - não produzir provas e não praticar atos inúteis ou desnecessários à declaração ou à defesa do direito;
>
> IV - cumprir com exatidão as decisões jurisdicionais, de natureza provisória ou final, e não criar embaraços à sua efetivação;
>
> V - declinar, no primeiro momento que lhes couber falar nos autos, o endereço residencial ou profissional onde receberão intimações, atualizando essa informação sempre que ocorrer qualquer modificação temporária ou definitiva;
>
> VI - não praticar inovação ilegal no estado de fato de bem ou direito litigioso.

A boa-fé processual, que caracteriza o comportamento leal e conforme o direito, trata-se da boa-fé objetiva[50]. Com efeito, pelas circunstâncias de fato, praticadas dentro do processo (comportamento propriamente dito), o juiz está legitimado a avaliar a situação como desconforme àquilo que seria esperado pela lealdade entre as partes e para com a jurisdição, àquilo que caracteriza uma litigância civilizada.

O comportamento da parte, no processo, é multifuncional.

Para além de uma obrigação legal, que pode gerar consequências indenizatórias (perdas e danos, multa), ou consequências expurgatórias (riscar

---

[49] MITIDIERO, Daniel. Colaboração no processo civil: pressupostos sociais, lógicos e éticos. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, p. 107.

[50] RIBEIRO, Darci Guimarães. O sobreprincípio da boa-fé processual como decorrência do comportamento da parte em juízo. *Revista da Ajuris*, n. 95, ano XXXI, set/2004, p. 85.

palavras, ou pena referente ao atentado), o comportamento da parte em juízo auxilia na formação do convencimento do juiz. Nesses caso, o comportamento processual da parte consiste em um ônus – a depender do que a parte faz, ela perde uma posição processual, em termos de fortalecer um convencimento que não lhe é favorável.

O ônus processual é um encargo da parte, ele é uma condição para que a parte alcance uma posição jurídica de vantagem (ou não). Portanto, o comportamento processual desleal, contraditório, não colaborativo, ou contracivilizatório, acaba implicando um prejuízo à parte que violenta a boa-fé objetiva.

O ordenamento jurídico brasileiro acolheu tal solução, que já vinha consagrada na jurisprudência (vide Código Civil):

> Art. 231. Aquele que se nega a submeter-se a exame médico necessário não poderá aproveitar-se de sua recusa.
>
> Art. 232. A recusa à perícia médica ordenada pelo juiz poderá suprir a prova que se pretendia obter com o exame.

O comportamento processual da parte, no Brasil, trata-se de prova atípica (art. 369 do CPC). Em outros ordenamentos, configura prova típica.

O Código Civil Italiano estabelece:

> Art.116. (Valutazione delle prove)
>
> Il giudice deve valutare le prove secondo il suo prudente apprezzamento, salvo che la legge disponga altrimenti. Il giudice può desumere argomenti di prova dalle risposte che le parti gli danno a norma dell'articolo seguente, dal loro rifiuto ingiustificato a consentire le ispezioni che egli ha ordinate e, in generale, dal contegno delle parti stesse nel processo.

O comportamento da parte, talvez, afete a admissão ou a relevância da prova requerida. Aparentemente, questão mais ligada à questão da realidade do direito material discutida como demanda. De qualquer maneira, em termos de processo civil, para que o processo justo alcance a decisão judicial tendencialmente verticalizada em direção à verdade, o comportamento processual se trata de documentação, de contexto, de um fechamento da gestalt operativa que o magistrado deve levar em conta – seja para conferir credibilidade à determinada prova, seja para formar o convencimento, no casos em que a verossimilitude possível do processo não permite maior precisão probatória.

Uma solução hermenêutica, sobretudo, argumentativa, no escopo do *continuum* autoimplicar-se do processo, no Estado Constitucional.

4.2.3 O frenesi da rede social como alterego de uma civilização imediatista

A prova mais utilizada, processos de família, trata-se de conversas de *whats app*. Uma prova atípica, assim como o seria uma conversa por email ou por rede social. De qualquer maneira, a questão da "moralidade" que o CPC comenta (art. Art. 369) deve ser convergente às implicações constitucionais.

O art. 5º da Constituição garante a privacidade e a intimidade do sujeito:

> X - são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação;
>
> XI - a casa é asilo inviolável do indivíduo, ninguém nela podendo penetrar sem consentimento do morador, salvo em caso de flagrante delito ou desastre, ou para prestar socorro, ou, durante o dia, por determinação judicial;
>
> XII - é inviolável o sigilo da correspondência e das comunicações telegráficas, de dados e das comunicações telefônicas, salvo, no último caso, por ordem judicial, nas hipóteses e na forma que a lei estabelecer para fins de investigação criminal ou instrução processual penal;

Ainda que sejam travadas conversas digitais, e embora o interlocutor disponha de um documento que foi produzido em suas mãos, alguns limites devem ser observados.

A eticidade ou a moralidade da prova atípica é critério referenciador da prova atípica. Daí que o caso concreto é que fornece dados, com base na proporcionalidade, para que a utilização seja liberada – em hipóteses não criminais.

Por exemplo:

> a) falta de credibilidade de um dos interlocutores, por ocasião do comportamento processual desleal, pode retirar a força dessa prova;
>
> b) a violação frontal ao postulado constitucional da proporcionalidade, na vertente da "necessidade", pode refutar a utilização dessa conversação, porque, de qualquer maneira, a conversa digital expõe

a intimidade de um dos sujeitos, contra a vontade dele, sem falar na possibilidade da manipulação de dados, o que é facilmente perceptível no whats app; ainda mais, determinados programas utilizados por hackers, cujo tutorial está no próprio youtube;

c) o tempo de duração das conversações ou das gravações não pode ser desarrazoado, e tal elemento pode ser extraído do ordenamento, porque, em questões criminais, permite-se interceptações telefônicas por prazos exíguos (15 ou 30 dias, prorrogáveis); se passar desse prazo, a conversa passa a ser uma devassa, o que contraria ditame da privacidade.

d) a relação de equilíbrio entre as partes é fator que demonstra eventual deslealdade; ou seja, se não existe evidente abuso, ou se não existe algum fato específico a ser demonstrado, a prova da conversação não é eticamente aprovada

e) inclusive, em situações isonômicas, a gravação ou print de conversação pode ser produto de quebra de confiança como "leading questions", ou seja, diálogos onde um interlocutor conduz o outro a dizer o que não queria; isso retira a veracidade, porque configura uma prova de arapuca, moralmente ilegítima.

f) quando um dos interlocutores prepara ou efetua um ardiloso cenário para o debate, a prova torna-se imprestável, porque violenta a ética da reciprocidade na confiança entre os sujeitos.

A doutrina[51] refere que é prova imoral aquela que consiste em:

Gravação unilateral de conversa (gravação clandestina ou ambiental) em que o autor da

[51] AVOLIO, Luiz Francisco Torquato. Gravações clandestinas e ambientais no processo civil: as provas imorais. *Doutrinas Essenciais de Processo Civil*, vol. 4, ano 2011, p. 8.

> gravação dirige ao interlocutor perguntas capciosas para lograr respostas induzidas, que, num falso contexto, poderiam fornecer-lhe versão dos fatos favorável aos seus intentos. São as chamadas "leading questions".

Nenhum direito é absoluto, no atual quadrante constitucional. Se o interlocutor pode gravar algumas conversas, evidente que ele não pode efetuar uma devassa na vida da outra pessoa. Pelo contrário, uma devassa caracteriza uma ação delitiva, porque atenta contra o direito público de intimidade do interlocutor.

No caso concreto, por intermédio da proporcionalidade no sentido estrito, a tensão entre os valores é que definirão a eticidade da prova atípica. No confronto entre esses valores, prepondera a liberdade, prepondera a proteção da intimidade, a não ser que situações excepcionais tirem da curva aquilo que normalmente acontece.

Diálogos ou gravações intermináveis se denomina perseguição – STALKING. Luis Alberto Reichelt[52] comenta:

> O respeito a critérios de racionalidade e de justiça exige que se pense a ordenação do processo como uma forma de permitir o acompanhamento, passo a passo, da dinâmica de formação do convencimento jurisdicional. Ao mesmo tempo, essa mesma ordenação pressupõe a obediência a valores que transcendem o mundo do meramente jurídico, os quais permeiam o conteúdo dos comandos que compõem o sistema normativo de maneira a pautar a conduta dos sujeitos processuais em uma dimensão cultural. Nessa perspectiva, razão e valore são dimensões que se entrelaçam na dinâmica de interpretação da realidade com vistas à construção de decisões, permeando o raciocínio judicial de maneira a garantir sua orientação no que se refere à forma e ao conteúdo.

[52] REICHELT, Luis Alberto. *A prova no direito processual civil*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009, p. 88.

Isso posto, o caso concreto deve ser ponderado, os valores plurais devem ser tensionados, para que a atipicidade não se transforme em anti-ética ou imoralidade institucionalizada.

Conclusão

O problema sobre a decisão da questão de fato no processo civil não apresenta fórmulas ou esquemas mais contábeis que jurídicos. A questão é ressaltar que não se resolve o problema ao remeter soluções para a motivação da sentença. A prova, a questão da relação prova-verdade deve ser enfrentada desde a origem – ou seja, desde as necessidades do direito material até ao largo das técnicas abertas e movediças que o CPC predispôs.

O compromisso dinâmico da prova não se trata de um conceito pronto. Justamente, tudo o que ele não quer ser é algo pronto e acabado, nos moldes cartesianos do positivismo. As soluções e técnicas surpreendem propostas que, na circularidade em relação ao caso concreto, pode auferir resultados que elaborem uma concordância prática entre a visão de contexto (holística) e particularista (analítica) dos meios de prova. Daí se tratar de uma atividade em diuturno aperfeiçoamento e, sobretudo, dinamicidade.

O mito da codificação, do jusestatalismo, do legicentrismo, e do formalismo interpretativo cede espaços a um diálogo entre as fontes, cujo fundamento é a dignidade da pessoa humana, e cujos objetivos são a garantia da liberdade e da igualdade. A verdade, bom, a possível verdade, trata-se de um "valor-meio" que encerra previsibilidade à metodologia processual.

Tudo sopesado, fala-se em modelo compartilhado de prova, firmado em três premissas: (a) pluralismo e particularismos, um mundo líquido, que deve ser objeto de diuturna atualização pelo saber jurídico; (b) o regime das provas processuais não são adstritas às regras do processo, a questão da standardização ou dos modelos de constatação não são adstritos ao direito saxônico, pelo contrário, na medida em que a tutela jurisdicional elabora uma conturbação de direito + processo, as provas reclamam tutela "desde fora", o que envolve as implicações dos direitos fundamentais e se reflete nas técnicas de adequação do processo às necessidades do direito material; (c) finalmente, o modelo compartilhado enseja uma participação colaborativa dos atores processuais, e se vale de múltiplas metodologias, porque somente a problematização das narrativas frente às necessidades das pessoas de carne e osso é que podem ser resolvidas por critérios racionais que empreendam razoabilidade, proporcionalidade, ponderação, enfim, humanismo quando da elaboração de uma decisão.

CASTRO. C. B. de,. The commitment to optimize the standards of proof for Civil Trials. *Justitia,* São Paulo, v. 213/214/215/216, p. 222-265, Jan./Dec. 2019-2020.

- **ABSTRACT**: The new Civil Procedure Code mirrors constitutional commands. Therefore, the proof as not only an activity, but also a technical means that aims to approach the truth must be equipped with open and mobile techniques to meet the needs of the law. This is not resolved simply in the exegesis of means of proof, even because they are atypical. It turns out that the entire probationary procedure - from standardization to the burden - must circulate as a whole in continuous construction. In fact, the entire probationary procedure - from standardization to the burden - must circulate as a whole in continuous construction. In this sense, the foundation of the constitution (the person) is preserved through a fair process.

- **KEYWORDS**: Process. Proof. Technique. Standard.

Referências

ANSANELLI, Vincenzo. Comparazione e ricomparazione in tema di *expert witness testimony*. *Rivista di Diritto Processuale*, anno LXIV, n. 3, mag/jun 2009.

AVOLIO, Luiz Francisco Torquato. Gravações clandestinas e ambientais no processo civil: as provas imorais. *Doutrinas Essenciais de Processo Civil*, vol. 4, ano 2011.

BRILHANTE, Tércio Aragão. Gravações telefônicas e de imagens como provas no processo administrativo disciplinar. *Repertório de Jurisprudência IOB*, vol. I, n. 24, 2010.

BUENO, Cassio Scarpinella. *Manual de direito processual civil*. 2ª ed. 2ª tiragem. Vol. Único. São Paulo: Saraiva, 2016.

CALAMANDREI, Piero. El juez y el historiador. *Estudios sobre el processo civil*. Trad. Santiago Sentis Melendo. Buenos Aires: Editorial Bibliografica Argentina, 1945.

_____. Verdad y verossimilitud em el processo civil. Trad. Santiago Sentis Melendo. *Derecho Processal Civil*, III. Buenos Aires: Ejea, 1959.

CAMBI, Eduardo. *A prova civil*: admissibilidade e relevância. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

CARPES, Artur Thompsen. Apontamentos sobre a inversão do ônus da prova e a garantia do contraditório. In KNIJNIK, Danilo (coord.). *Prova judiciária*: Estudos sobre o novo direito probatório. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

CARRATA, Antonio. Dovere di verità e completezza nel processo civile. *Rivista*

Trimestrale di Diritto e Procedura Civile, anno LXVIII, n. 1, marzo 2014.
DALL'AGNOL JÚNIOR, Antônio Janyr. *Distribuição dinâmica do ônus probatórios*. Revista dos Tribunais, vol. 788, jun/2001.
DE LA OLIVA SANTOS, Andrés. Objeto del processo y cosa juzgada em el processo civil. Espanha: Civitas, 2005.
FAZZALARI, Elio. *Instituições de direito processual*. Trad. Da 8ª ed. por Elaine Nassif. 1ª ed. Campinas: Bookseller, 2006.
_____. *Note in tema di diritto e processo*. Milano: Giuffrè, 1957.
JAYME, Erik. Visões para uma teoria pós-moderna do direito comparado. *Revista dos Tribunais*, ano 88, vol. 759, jan/99.
KNIJNIK, Danilo. *A prova nos juízos cível, penal e tributário*. Rio de Janeiro: Forense, 2007.
_____. Ceticismo fático e fundamentação teórica de um direito probatório. *In*: KNIJNIK, Danilo (Coord.). *Prova judiciária*: estudos sobre o novo direito probatório. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.
LAZARI, Rafael José Nadim. Sobre a validade da interceptação telefônica como prova emprestada em processo não penal. *Revista Bonijuris*, julho/2011, ano XXIII, n. 572, v. 23, n. 7.
LOTARIO, Dittrich. La ricerca della verità nel processo civile: profili evolutivi in tema di prova testimoniale, consulenza técnica e fatto notorio. *Rivista di Diritto Processuale*, anno LXVI, n. 1, gen/feb 2011.
OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. O problema da eficácia da sentença. In MACHADO, Fabio Cardoso; AMARAL, Guilherme Rizzo. (org.). *Polêmica sobre a ação*: a tutela jurisdicional na perspectiva das relações entre direito e processo. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.
MARINONI, Luiz Guilherme. Formação da convicção e inversão do ônus da prova segundo as peculiaridades do caso concreto. *Academia Brasileira de Direito Processual Civil*. www.abdpc.org.br.
_____; ARENHART, Sérgio Cruz. *Prova e convicção*. 3ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.
MITIDIERO, Daniel. Colaboração no processo civil: pressupostos sociais, lógicos e éticos. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.
_____. Processo justo, colaboração e ônus da prova. *Revista do Tribunal Superior do Trabalho*, v. 78, n. 1, jan./mar 2012.
MOREIRA, José Carlos Barbosa. Julgamento e ônus da prova. *Temas de direito processual*: segunda série. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 1988.
OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro. *Do formalismo no processo civil*: proposta de um formalismo-valorativo. 4ª ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

OPPO, Giorgio. Declinio del soggetto e ascesa della persona. *Rivista di Diritto Civile*, anno XLVIII, n. 6, nov/dic 2002.
PATTI, Salvatore. Libero convencimento e valutazione dele prove. *Rivista di Diritto Processuale Civile*, n. 40, 1985.
PEREIRA NETO, Miguel. Os documentos eletrônicos utilizados como meio de prova para a constituição de título executivo extrajudicial e judicial. In SCHOUERI, Luís Eduardo (org.). *Internet*: o direito na era virtual. 2ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2001.
PICARDI, Nicola. A vocação de nosso tempo para a jurisdição. Trad. Carlos Alberto Alvaro de Oliveira. In PICARDI, Nicola. OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de (organizador e revisor técnico da tradução). *Jurisdição e processo*. Rio de Janeiro: Forense, 2008.
RAMOS, Vitor de Paula. *Ônus da prova no processo civil*: do ônus ao dever de provar. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.
REICHELT, Luis Alberto. *A prova no direito processual civil*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.
RIBEIRO, Darci Guimarães. O sobreprincípio da boa-fé processual como decorrência do comportamento da parte em juízo. *Revista da Ajuris*, n. 95, ano XXXI, set/2004.
TARUFFO, Michele. *Uma simples verdade*: o juiz e a reconstrução dos fatos. Trad. Vitor de Paula Ramos. São Paulo: Marcial Pons, 2012.
_____. Verità e probatilità nella prova dei fatti. *Revista de Processo*, ano 32, n. 154, dez/2007.
TEODORO, Warlen Soares; MIGUEL JR., Waldir. O processo constitucional democrático e a condução da prova pelo juiz na busca da verdade real. Revista do Instituto de Hermenêutica Jurídica, ano 9, n. 9/10, jan/dez/11. Belo Horizonte: Forum, 2012.
THEODORO JR., Humberto. A importância da prova pericial no devido processo legal. *Revista IOB de Direito Civil e Direito Processual Civil*, v. 11, n. 62, nov/dez/2009.
VIDIRI, Guido. Giusto processo, accertamento della verità materiale e <imparzialità> del giudice. *Rivista di Diritto Processuale*, anno LXVII, n. 6, nov/dic 2012.
WALTER, Gerhard. *Libre apreciación de la prueba*. Trad. da edição de 1979 por Tomás Banzhaf. Bogotá: Editorial Temis, 1985.
ZAGREBELSKY, Gustavo. *El derecho dúctil*: ley, derechos, justicia. Trad. Marina Gascón. 9ª ed. Torino: Trotta, 2009.

O Ministério Público nas Ações de Família: Intervenção na Tutela dos Interesses da Mulher Vítima de Violência Doméstica

Mario Moraes MARQUES JUNIOR*

- **SUMÁRIO**: Introdução. 1 Fundamento constitucional da intervenção e consonância com o perfil institucional do Ministério Público. 2 Natureza, obrigatoriedade, momento, extensão e limites da intervenção ministerial. 3 Nova hipótese de hipossuficiência. 4 Competência do domicílio da mulher vítima de violência doméstica para as ações de família. Conclusões. Referências.

- **RESUMO:** O escopo do presente trabalho é elucidar algumas questões relativas à intervenção do Ministério Público, como fiscal da ordem jurídica, na tutela dos interesses da mulher vítima de violência doméstica em ações de família, após a entrada em vigor da Lei 13.894/2019. Através da análise dos princípios constitucionais e do perfil institucional do Ministério Público, não há dúvidas de que a nova atribuição está em consonância com os artigos 127 e 129 da Constituição Federal, que definem a natureza da instituição e suas principais funções. A intervenção do Ministério Público é estudada em detalhes, sob vários aspectos, considerando a sua natureza, extensão, momento e outras questões como a nulidade, na hipótese de ausência de participação no feito. É parte do trabalho, também, um capítulo devotado à análise da nova regra de competência que estabelece o foro do domicílio da mulher vítima de violência doméstica como competente para as ações de família.

- **PALAVRAS-CHAVE:** Ministério Público. Processo Civil. Ações de Família. Lei Maria da Penha. Constituição Federal.

Introdução

Com a entrada em vigor da Lei 13.894 de 29 de outubro de 2019, diversos dispositivos legais do Código de Processo Civil e da Lei nº 11.340, de 7 de agosto de 2006 (Lei Maria da Penha) foram alterados.

* Membro do Ministério Púbico do Estado do Rio de Janeiro, Titular da 6ª Promotoria de Família da Capital.

O presente trabalho tem por foco a análise do parágrafo único acrescentado ao artigo 698 do Código de Processo Civil, que determina a intervenção do Ministério Público nas ações de família em que figure como parte vítima de violência doméstica e familiar, nos termos da Lei Maria da Penha.

Também é objeto deste artigo a nova regra de competência instituída pelo acréscimo da alínea "d" ao inciso I do artigo 53 do CPC, que estabeleceu o foro do domicílio da vítima de violência doméstica como competente para as ações de divórcio, separação, anulação de casamento e reconhecimento ou dissolução de união estável.

A redação sintética destes dispositivos legais com certeza suscitará fundadas dúvidas de interpretação, que demandam uma análise doutrinária que facilite esta hermenêutica.

O presente estudo pretende, através da análise doutrinária tradicional bem como de pesquisa jurisprudencial acerca do tema da intervenção ministerial no processo civil, traçar os rumos para a melhor interpretação e alcance das novas normas processuais, através de metodologia que privilegiou a pesquisa bibliográfica e jurisprudencial.

No primeiro capítulo buscou-se os fundamentos constitucionais para a intervenção da instituição do Ministério Público na aplicação dos novos dispositivos legais, em consonância com a natureza e perfil traçados pela Constituição Federal, seguindo-se capítulo em que são abordados os diversos aspectos desta atividade ministerial no processo civil, delimitando-se a sua natureza, extensão, obrigatoriedade e consequências jurídicas do descumprimento da norma.

No quarto capítulo é abordado o tema da hipossuficiência, que, em última análise, dita a intervenção ministerial, desta feita não associada à incapacidade ou menoridade da parte, mas sim à especial situação de vulnerabilidade da mulher vítima de violência doméstica.

Por fim, no quinto capítulo do presente trabalho são tecidas breves considerações sobre a nova regra de competência instituída pela Lei 13.894 de 2019, que acrescentou a alínea "d" ao inciso I do art. 53 do Código de Processo Civil, estabelecendo o domicílio da mulher vítima de violência doméstica como o competente para a propositura de ações de família.

1 Fundamento constitucional da intervenção e consonância com o perfil institucional do Ministério Público

Ab initio, vale ressaltar que o parágrafo único do art. 698 do CPC, ao determinar a intervenção do Ministério Público nas ações de família, na tu-

tela dos interesses da mulher vítima de violência doméstica ou familiar, encontra eco no próprio perfil institucional do *Parquet*, insculpido no art. 127, *caput* da Constituição da República, que lhe dá o caráter de instituição permanente, essencial à função jurisdicional do Estado, incumbindo-lhe a defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis.

É neste contexto, na defesa da ordem jurídica e dos interesses individuais indisponíveis, conforme a previsão constitucional, que se legitima a intervenção ministerial na tutela da mulher em situação de vulnerabilidade, vítima de violência.

Esta nova atribuição está em consonância com a natureza da instituição do Ministério Público, sendo certo que o rol de funções institucionais previsto no art. 129 da Constituição Federal não é exaustivo, comportando ampliação, desde que compatível com sua finalidade constitucional.

Neste entendimento, manifesta-se a doutrina de Alexandre de Moraes:

> Importante ressaltar, novamente, que o rol constitucional é exemplificativo, possibilitando ao Ministério Público exercer outras funções que lhe forem conferidas, desde que compatíveis com sua finalidade constitucional, sendo-lhe vedada a representação judicial e a consultoria jurídica de entidades públicas. A própria Lei Orgânica Nacional do Ministério Público (Lei 8.625/93) em seu art. 25 estabelece outras funções ministeriais de grande relevância. (MORAES, 2019, p. 665).

Assim, o novo dispositivo legal estatuído pelo parágrafo único do art. 698 do CPC encontra-se em perfeita consonância com o perfil constitucional do Ministério Público, sendo certo que, ao determinar a sua intervenção nas ações de família na hipótese mencionada, reforça a tutela estatal de interesses reputados relevantes e indisponíveis em proteção da família em sentido amplo (art. 226, *caput* da Constituição).

Neste diapasão, valiosa a doutrina de Hugo Nigro Mazzilli:

> Estando em jogo um interesse assim qualificado, o Ministério Público estará legitimado a defendê-lo; em alguns casos, ele o fará como órgão agente, em outros, como órgão interveniente. Sob esse enfoque, é possível identificar a essencialidade de sua atuação para o advento de uma prestação jurisdicional do Estado: não pode haver função jurisdicional em matéria social ou indisponível, sem a presença do Ministério Público. Havendo violação

> da ordem jurídica que envolva um interesse social ou individual indisponível, não pode haver prestação jurisdicional sem a presença do Ministério Público.(MAZZILLI, 2011, p.02)

Estabelece, ainda, o art. 226, parágrafo 8º da Constituição Federal, o dever do Estado de assegurar assistência à família, na pessoa de cada um dos seus membros, criando mecanismos para coibir a violência no âmbito das suas relações, de modo que o novel dispositivo legal previsto no parágrafo único do art. 698 do CPC tem o condão de ampliar a participação do Estado nas ações de família em que se vislumbre situação de vulnerabilidade da mulher em razão de violência doméstica ou familiar, através da intervenção do Ministério Público, que irá atuar na tutela jurídica dos interesses da vítima, zelando pela correta aplicação da lei no caso concreto.

2 Natureza, obrigatoriedade, momento, extensão e limites da intervenção ministerial

O Ministério Público, na tutela dos interesses da mulher vítima de violência doméstica ou familiar, atuará nas ações de família, nos termos do parágrafo único do art. 698 do Código de Processo Civil, como *custos legis*, ou seja, como órgão interveniente, fiscal da ordem jurídica.

A intervenção se dá em razão da qualidade da parte, a mulher vítima de violência doméstica ou familiar, vez que presumido o seu estado de vulnerabilidade.

Sua intimação para atuar no feito é obrigatória, sob pena de nulidade processual, devendo o Juiz, ao verificar a hipótese descrita no dispositivo legal em comento, determinar a abertura de vista ao órgão do Ministério Público com atribuição para oficiar nos autos.

Nos termos do art. 279, *caput* do CPC, é nulo o processo quando o membro do Ministério Publico não for intimado a acompanhar o feito em que deva intervir, sendo certo que, se o processo tiver tramitado sem a obrigatória intervenção ministerial, serão invalidados os atos processuais a partir do momento em que o órgão com atribuição deveria ter sido intimado, conforme disposto no parágrafo 1º do mesmo dispositivo legal.

A necessidade de intervenção do Ministério Público deverá ser verificada de ofício pelo Juiz tão logo examine a petição inicial, quando a vítima for autora, ou a defesa, quando ela for ré.

A intimação do órgão ministerial se dará tão logo possível e necessária, porém o momento da intimação variará dependendo do rito processual.

Assim, por exemplo, em havendo pedido de tutela de urgência formulado pela mulher como parte autora, o órgão do Ministério Público deverá ser intimado antes da decisão, possibilitando-se a sua manifestação prévia.

Nas ações de alimentos, diferentemente, a intimação do Ministério Público para intervir se dará logo após a decisão que fixar os alimentos provisórios pelo órgão judicial (art. 4º, *caput* da Lei 5.478/1968).

A pronta intimação do órgão do Ministério Público com atribuição para oficiar no feito permitirá o pleno exercício da atividade fiscalizatória, tanto da regularidade processual quanto do cumprimento da lei, na tutela dos interesses da mulher.

A destinatária da tutela jurídica, na hipótese, é a mulher maior e capaz, vítima de violência doméstica perpetrada por qualquer membro do núcleo familiar ou doméstico, havendo jurisprudência firmada no sentido de que para a aplicação da Lei Maria da Penha não há necessidade de coabitação entre vítima e agressor. Há julgados, inclusive, admitindo a aplicação da mesma legislação em casos de violência entre irmãos ou envolvendo outros membros da família, não se limitando às hipóteses de agressão entre cônjuges ou companheiros.

Encontra-se em estado de vulnerabilidade a mulher que tenha sofrido qualquer violência física, psicológica, sexual, patrimonial ou moral, nos termos do art. 7º, incisos I a V da Lei 11.340/2006 (Lei Maria da Penha), no âmbito da unidade doméstica, da família ou em qualquer relação íntima de afeto, independentemente de coabitação com o agressor, nos termos do art. 5º da mesma lei.

O dispositivo legal contido no parágrafo único do art. 698 do CPC visa ampliar a rede de proteção jurídica destinada à mulher em situação de violência doméstica ou familiar, sendo um desdobramento e uma ampliação da norma contida no art. 25 da Lei Maria da Penha[1].

A intimação do órgão do Ministério Público independe de requerimento da parte, devendo ser determinada pelo Juiz tão logo constate a ocorrência da situação fática descrita na norma processual em comento.

Bastará que haja fundado relato na inicial ou na contestação de que a parte tenha sido vítima de violência doméstica, em qualquer das suas formas,

[1] Art.25. O Ministério Público intervirá, quando não for parte, nas causas cíveis e criminais decorrentes da violência doméstica e familiar contra a mulher.

para que seja determinada a intimação do Ministério Público para atuar no feito, presumindo-se o estado de vulnerabilidade da mulher.

Não é necessário que a petição inicial ou a contestação esteja instruída com boletim de ocorrência ou peças processuais de eventual procedimento em trâmite no Juizado de Violência Doméstica para que se imponha a intimação do Ministério Público, bastando a existência nos autos de relato verossímil quanto à ocorrência de episódio de violência doméstica vitimando a mulher, autora ou ré, que possa colocá-la em situação de desvantagem processual em relação à outra parte.

Naturalmente, não é qualquer relato de desentendimento entre as partes, próprio de casal em vias de término de relacionamento afetivo, que ensejará a intervenção do Ministério Público. É necessário que a caracterização do estado de vulnerabilidade da mulher esteja patenteada de modo significativo, capaz de alterar a paridade de forças entre as partes no processo.

Caberá ao órgão ministerial, uma vez intimado, verificar discricionariamente quanto à existência ou não do estado de vulnerabilidade da mulher, que determina a sua intervenção, nos termos do dispositivo analisado.

Considerando o princípio da independência funcional, que rege a instituição, terá o Promotor de Família ampla liberdade para valorar os fatos, tanto para deliberar pela necessidade quanto pela desnecessidade de sua intervenção no caso concreto, uma vez intimado.

A intervenção do Ministério Público poderá ocorrer em qualquer fase do processo, sendo certo que a causa de sua interveniência pode ser posterior ao ajuizamento da ação, como quando, por exemplo, a violência física ou as ameaças à mulher se iniciarem no curso do processo.

Ocorrendo tal situação, será determinada a intimação do órgão ministerial, que deverá verificar se não há vício de consentimento ou de vontade em qualquer manifestação da parte vitimada, anterior à sua entrada no feito, bem como prosseguir na tutela dos seus interesses a partir daquele momento processual até o trânsito em julgado da sentença.

A intervenção ministerial eventualmente pode ocorrer somente após a sentença, se a agressão ou ameaça tiver lugar após a sua prolação. Havendo recurso, caberá, nesta hipótese, ao Desembargador Relator do apelo determinar a intimação do órgão do Ministério Público com atribuição no segundo grau de jurisdição, que intervirá nos mesmos moldes já analisados.

Impende salientar, ademais, que em caso de discordância pelo Juiz da causa quanto às razões invocadas pelo órgão do Ministério Público que conclua pela desnecessidade de sua intervenção, a solução será a aplicação, por

analogia, do disposto no art. 28 do CPP, remetendo-se a questão para ser dirimida pelo Procurador-Geral de Justiça, que decidirá em caráter definitivo.

Ao revés, tomando o Promotor de Família conhecimento do trâmite de processo em que deva atuar por força do art. 698, parágrafo único do CPC, deve de ofício intervir, pugnando para que seja intimado pessoalmente de todos os atos processuais, sob pena de nulidade do feito.

Se a parte requerer a intervenção do Ministério Público, em qualquer momento processual, e for indeferido o requerimento pelo Juiz, poderá valer-se das vias impugnativas processuais normais para a reforma da decisão, podendo também levar diretamente o fato ao Promotor de Justiça com atribuição, para as providências cabíveis.

Cabível o recurso de agravo de instrumento da decisão que não acolher o requerimento de intervenção do Ministério Público formulado pela parte, considerando-se a necessidade de imediata reforma da decisão, que não pode aguardar a prolação da sentença, devendo ser submetida de imediato à instância revisora. De fato, já tendo a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça assentado que o rol do art. 1015 do Código de Processo Civil é de taxatividade mitigada, admitindo hipóteses não contempladas em razão da urgência, é cabível o agravo, evitando-se que sejam fulminados pela nulidade os atos processuais posteriores, que demandassem a intervenção do *Parquet.*

Outra questão importante, no que concerne à atuação ministerial na hipótese em comento, diz respeito ao seu limite temporal e objetivo, vez que a atribuição do órgão do *Parquet* está sujeita à permanência da causa justificadora da intervenção. Assim, uma vez cessado o presumido estado de vulnerabilidade da parte no curso do processo, como, por exemplo, quando a mulher contrai novas núpcias ou ingressa em nova união estável e muda seu domicílio para outra cidade ou país, não vemos justificativa para perdurar a intervenção do órgão do Ministério Público, vez que a presunção de vulnerabilidade não é absoluta, devendo ser valorada e aferida caso a caso.

De fato, é mister que a parte continue sob a esfera de influência do agressor, que deve estar no polo contrário da relação processual, para que se justifique a atuação do órgão ministerial, em razão de situações em que a mulher possa estar em situação de medo, temor, ameaça ou coação.

Incumbe ao agente ministerial, em sua intervenção, velar para que a mulher não sofra qualquer prejuízo processual e que seja justa a composição final da lide, devendo necessariamente recorrer tanto em caso de *error in iudicando* quanto de *error in procedendo*, como fiscal da ordem jurídica.

O Ministério Público não está, no entanto, vinculado ao êxito da parte que motivou a sua intervenção no feito, podendo opinar, na condição de *custos legis*, com total liberdade, até mesmo contrariamente à sua pretensão caso não esteja amparada pelo ordenamento jurídico.

Neste sentido, é o escólio de Emerson Garcia:

> Em sua atuação, o membro do Ministério Público estará amparado pelo princípio da independência funcional, não havendo óbice, inclusive, a que se posicione de modo contrário à parte ou ao interesse que motivou a sua intervenção no feito. Enfrentando a questão, o Superior Tribunal de Justiça decidiu "que não está obrigado o representando do Ministério Público a manifestar-se, sempre, em favor do litigante incapaz. Estando convencido de que a postulação do menor não apresenta nenhum fomento de juridicidade, é-lhe possível opinar pela sua improcedência. (GARCIA, 2017, p.500)

Na sua atuação como órgão interveniente, o Ministério Público, atuando na tutela do interesse da mulher vítima de violência doméstica, como fiscal da ordem jurídica, terá vista dos autos após as partes, sendo intimado de todos os atos do processo, poderá produzir provas, requerer medidas processuais e recorrer (art. 179, incisos I e II do CPC), devendo ser previamente ouvido à homologação de eventual acordo celebrado pelas partes.

Esta nova função institucional cometida ao Ministério Público tem alcance e expressão social amplos, vez que de interesse de toda a sociedade o combate à violência doméstica sob todas as formas, devendo o Estado, por todos os meios, atento ao comando constitucional (art. 226, parágrafo 8º da Constituição Federal), amparar e dar suporte às vítimas deste tipo de violência, que afeta o núcleo social mais sensível, a família.

3 Nova hipótese de hipossuficiência

A mulher vítima de violência doméstica e familiar faz jus ao reconhecimento de sua hipossuficiência, uma vez que carente de uma maior proteção processual.

De fato, reconhecido o seu estado de vulnerabilidade, corolário lógico é a necessidade de ser resguardada a igualdade jurídico-processual em relação à parte contrária, seu suposto agressor no âmbito das relações familiares, evitando-se que ela sofra qualquer tipo de constrangimento ou coação

que lhe cause prejuízo ao longo do processo.

Esta a preocupação do legislador, ao prever a intervenção do Ministério Público como órgão responsável pela tutela dos interesses da parte hipossuficiente, nos termos do art. 698, parágrafo único do CPC.

A situação de desvantagem processual se presume, diante do quadro de violência doméstica, impondo-se que o Estado, desta feita através da instituição do Ministério Público, atue efetivamente para que sejam resguardados os direitos da vítima nas ações de família, estando ou não em curso ação penal no Juizado da Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher em face do suposto agressor.

No desempenho desta relevante função, o Promotor de Família deverá velar para que a parte possa livremente se expressar nos autos, sem qualquer tipo de vício de consentimento ou de vontade, além de assegurar que lhe sejam garantidos o respeito aos princípios do contraditório, da ampla defesa e do devido processo legal, opinando sobre todas as questões incidentes e no mérito da causa, bem como recorrendo da sentença, caso não dê justa solução à lide.

Em que pese a destinatária da norma ser a mulher maior e capaz, mesmo devidamente assistida por advogado, quis o ordenamento, em razão da excepcional situação de vulnerabilidade resultante da violência, tenham os processos de família a intervenção do Ministério Público, quando em um dos polos da relação processual figurar vítima de qualquer das formas de violência elencadas no art. 7º e incisos da Lei Maria da Penha.

No desempenho da sua atividade como *custos legis*, o Ministério Público deverá assegurar que inexista prejuízo processual para a vítima, o que não se confunde com a representação da parte, vedada à instituição.

Como órgão interveniente, o Ministério Público poderá requerer diligências úteis ao deslinde do processo, bem como a produção de prova pericial, como estudos sociais e avaliações psicológicas frequentemente necessárias para a comprovação de quadros de alienação parental e outras disfunções familiares, além de fornecerem importantes subsídios técnicos em ações de guarda e regulamentação de convívio parental.

Por se tratar de norma de natureza cogente, não pode a parte dispensar a intervenção do Ministério Público, quando presente a situação fática descrita no art. 698, parágrafo único, sendo imperiosa a atuação do órgão ministerial, a quem incumbe a análise da presença ou não de interesse na sua intervenção.

Quanto à provocação da intervenção do Ministério Público, que pode e deve ser determinada de ofício pelo Juiz ou requerida pela parte, salientamos a doutrina de Alexandre Amaral Gavronski no entendimento de que o requerimento de qualquer das partes deve ser atendido pelo Juiz:

> Havendo requerimento especificamente fundamentado de qualquer parte para intimação do Ministério Público a intervir em hipótese prevista em lei (por exemplo, sustentando a presença de interesse público ou social na causa), deve ela ser providenciada, não cabendo ao juiz aferir se cabível ou não a intervenção, visto que cabe à Instituição, e não ao Poder Judiciário, a aferição em concreto.(GAVRONSKI, 2016, p. 64)

Assim, uma vez requerida a intervenção ministerial pela parte, cabe ao Juiz determinar a intimação do Ministério Público, que avaliará a necessidade e extensão da intervenção, em favor da parte, em cumprimento à norma legal em comento.

4 Competência do domicílio da mulher vítima de violência doméstica para as ações de família

Interessante inovação legislativa foi a inclusão de nova regra de competência trazida pela Lei 13.894/2019, ao acrescentar a alínea "d" ao inciso I do art. 53 do Código de Processo Civil, estabelecendo o domicílio da vítima de violência doméstica e familiar, nos termos da Lei Maria da Penha como foro competente para a propositura das ações de divórcio, separação, anulação de casamento e reconhecimento ou dissolução de união estável.

Igualmente se aplicará a mesma regra de competência para as ações de alimentos propostas pela mulher nas mesmas condições, incidindo na hipótese a mesma *ratio legis*, a fim de se assegurar à mulher o exercício do direito a alimentos, muitas vezes emergencial diante do estado de vulnerabilidade decorrente da violência doméstica.

Trata-se de regra de competência instituída em favor da mulher vitimada, facilitando o seu acesso à Justiça, especialmente naqueles casos em que ela se viu afastada do lar conjugal justamente em razão das agressões sofridas, sendo previsão normativa de importante alcance social, de especial relevância na ampliação do arcabouço jurídico de proteção à mulher.

Estamos diante de caso de foro especial, instituído na busca de melhor tutela a interesse da parte, que o legislador entendeu estar em posição de

merecer tratamento diferenciado, sendo hipótese de competência relativa e não absoluta, de modo que admite prorrogação, podendo optar a mulher vítima de violência doméstica e familiar por propor a ação no foro do domicílio do réu.

A incompetência relativa pode ser arguída pelo Ministério Público, caso tal providência atenda ao melhor interesse da mulher, na hipótese do art. 698, parágrafo único do CPC, conforme previsão do art.65, parágrafo único do mesmo diploma legal.

As ações de família na hipótese de uma das partes ser vítima de violência doméstica e familiar, nos termos de novo dispositivo legal (inciso III acrescido ao art. 1048 do CPC), terão prioridade de tramitação, o que também deve ser observado pelo Ministério Público no exercício de suas atribuições como órgão interveniente.

Conclusões

Podemos concluir, pela análise das novas normas legais, que o legislador buscou ampliar o arcabouço jurídico já existente de proteção à mulher, o que já vem sendo reforçado ao longo dos anos pela edição de diversas leis, como a própria Lei Maria da Penha e a Lei 13.104/2015, que alterou o art. 121 do Código Penal, para prever o feminicídio como circunstância qualificadora do crime de homicídio e o art. 1º da Lei 8.072/1990, para incluir o feminicídio no rol dos crimes hediondos.

A intervenção do Ministério Público nas ações de família em que for parte mulher vítima de violência doméstica é mais uma forma de tutela estatal, com o escopo bem definido de salvaguardar os interesses jurídicos das vítimas, também no campo dos processos de família, devendo tal atribuição ser exercida pelos Promotores de Família com absoluta independência funcional, inclusive no que tange à necessidade, duração, limites e extensão da intervenção.

Para tanto, inafastável será a intimação pessoal do órgão do Ministério Público com atribuição, sob pena de nulidade, devendo a intervenção ter lugar em todas as fases e atos dos processos de família em que figurem como parte (autora ou ré) mulher no estado de vulnerabilidade prevista no parágrafo único do art. 698 do CPC.

É preciso salientar que a nova intervenção do Ministério Público vem na contramão de uma tendência de valorização da atuação ministerial como órgão agente, em detrimento da atividade como fiscal da ordem jurídica (*cus-*

tos legis), cabendo aos órgãos com atribuição na área de família assumir uma postura mais ativa e resolutiva, contribuindo de modo eficaz para a celeridade processual e para uma prestação jurisdicional mais justa, dando relevância social ao exercício desta nova função institucional.

MARQUES JUNIOR, M. M., State Prosecution Service in Family Law Causes: Women's Rights Protection in Case of Domestic Violence. *Justitia,* São Paulo, v. 213/214/215/216, p. 266-277, Jan./Dec. 2019-2020.

- **ABSTRACT:** The purpose of this paper is to elucidate questions related to the Public Prosecution's Office as the inspector of law enforcement in preserving the rights of women who are victims of domestic violence, in family law cases, since Federal Law No 13.894/2019 came into force. Throughout the analysis of the Constitution principles and the institutional profile, it seems that the new assignment is in accord with articles 127 and 129 of the Federal Constitution, which establish the nature of State Prosecution Service and its main institutional duties. The intervention of the Public Prosecutor's Office has been fully studied, by taking several aspects into account, and considering not only its nature, extension, and moment, but also other topics such as the invalidity of the judicial proceedings, when its participation is not ensured. A chapter devoted to the analysis of a new jurisdiction rule which establishes the victim domicile place as the court for the family law cases is also part of this paper.

- **KEYWORDS:** State Prosecution Service. Civil Lawsuit. Family law causes. Maria da Penha Law. Federal Constitution.

Referências

MAZZILLI, Hugo Nigri. **A atuação do Ministério Público no Processo Civil**. Disponível em: http://www.mazzilli.com.br/pages/artigos/mpnopc2.pdf. Acesso em: 13 nov. 2019.

MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**. 35.ed. São Paulo: Atlas, 2019.

GARCIA, Emerson. **Ministério Público: organização, atribuições e regime jurídico**. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

GAVRONSKI, Alexandre Amaral. A Intervenção do Ministério Público no novo Código de Processo Civil. *In*: RODRIGUES, G.; ANJOS FILHO, R. (org.). **Reflexões sobre o novo Código de Processo Civil**. Brasília: ESMPU, 2016, p. 64

Recepção, Repristinação, Desconstitucionalização e Mutação Constitucional

Reis FRIEDE*

- **SUMÁRIO**: Introdução. 1 Recepção. 2 Repristinação. 3 Desconstitucionalização. 4 Mutação Constitucional. Referências

- **RESUMO:** O presente artigo discorre sobre o conceito e a classificação das normas constitucionais, analisando, ainda, os fenômenos da recepção, repristinação, desconstitucionalização e mutação constitucional.

- **PALAVRAS-CHAVE:** Norma constitucional. Direito intertemporal. Recepção. Repristinação. Mutação.

Introdução

Em decorrência do passar do tempo e do advento de uma nova ordem constitucional, alguns importantes fenômenos podem ocorrer, ensejando, por consequência, três teorias a eles associadas, a saber: a recepção, a repristinação e a desconstitucionalização.

1 Recepção

Nos termos do art. 2º, § 1º, da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro (Decreto-Lei nº 4.657/42), a lei nova (em seu sentido amplo) revoga a anterior quando expressamente o declare (revogação expressa), quando seja com ela incompatível ou quando regule inteiramente a matéria de que tratava a lei anterior (revogação tácita), o que pode ocorre total (ab-rogação) ou parcialmente (derrogação).

Nesse contexto, a questão central consiste em saber quando o advento de um novo Texto Constitucional acarreta a revogação de uma norma infraconstitucional anterior. Em resposta, cumpre ter em vista que a nova ordem constitucional inaugurada sempre recebe a normatividade infraconstitucional

* Reis Friede é Desembargador Federal. Mestre e Doutor em Direito e Professor e Pesquisador do Programa de Mestrado em Desenvolvimento Local do Centro Universitário Augusto Motta (UNISUAM). É autor do Livro *Teoria do Direit.*

que lhe é perfeitamente compatível, ainda que tal acolhimento possa ocorrer a partir de uma nova "roupagem normativa", originando, pois, o fenômeno da recepção, segundo o qual a legislação infraconstitucional produzida antes da instalação de uma nova Constituição será considerada acolhida pelo novel Texto Magno, continuando, por princípio de economia e segurança legislativa, a viger no âmbito próprio de sua atuação ordinária.

> "Assim, com o propósito de evitar-se o infindável trabalho de reiniciar a construção do sistema de normas ordinárias, apercebeu-se que muito mais apropriado e coerente seria fazer com que as leis inferiores à Constituição pudessem ser aproveitadas quando compatíveis com as normas constitucionais, originando, desse modo, o fenômeno chamado de *recepção constitucional*.
>
> Com isso, no Brasil, aplica-se o *princípio da continuidade da Ordem Jurídica*, que significa o aproveitamento dos atos legislativos anteriores quando compatíveis com a nova Constituição." (NETO, 2009, p. 145)

De qualquer modo, importante frisar que, excepcionalmente, a lei anterior poderá adquirir um novo "rótulo normativo" (dentro do espectro legislativo infraconstitucional), exatamente o que se sucedeu, por exemplo, com o Código Penal de 1940, editado sob a vigência da Carta de 1937, ocasião em que era perfeitamente possível tratar de matéria penal por meio de decreto-lei (Decreto-Lei nº 2.848/40), o que não mais se admite na presente quadra, tendo em vista que, de acordo com o art. 22, inciso I, da Constituição de 1988, cabe ao Congresso Nacional legislador sobre Direito Penal. Com efeito, diante da incidência do fenômeno em epígrafe, é possível concluir que o Código Penal de 1940 restou recepcionado como lei ordinária pelo Texto Constitucional atual.

2 Repristinação

Por outro lado, pode ocorrer que uma determinada lei ordinária (**X**) tenha sido tacitamente revogada (vale dizer, não recepcionada) por uma Constituição posterior (**Y**), a qual, em um momento seguinte, deixa de vigorar ante o advento de uma nova Carta Fundamental (**Z**). Verifica-se, ademais, que a referida lei ordinária (**X**), isto é, aquela que não havia sido recepcionada pela Constituição (**Y**), revela-se, agora, perfeitamente compatível com a nova Lei Maior (**Z**), donde surge a seguinte dúvida: tal quadro permitiria a restauração da vigência da lei ordinária (**X**)?

Em resposta, cumpre registrar que, por questão de segurança jurídica, tal fenômeno, denominado de repristinação, somente é admitido, em nossa legislação, quando expressamente previsto e autorizado, conforme preconiza, inclusive, o art. 2º, parágrafo 3º, da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro (Decreto-Lei nº 4.657/42), segundo o qual "salvo disposição em contrário, a lei revogada não se restaura por ter a lei revogadora perdido a vigência". Sem embargo desta possibilidade excepcional, e conforme bem adverte NETO, não nos parece conveniente proceder à repristinação de lei já revogada, tendo em vista a possibilidade de se instaurar um quadro de insegurança jurídica.

> "No que concerne à *repristinação*, ou seja, a possibilidade de restauração da eficácia da norma revogada pela perda de vigência da norma revogadora, não nos parece que o mero advento de um novo texto constitucional tenha o condão de restaurar a eficácia de lei ordinária revogada pela Constituição anterior.
>
> E por quê? Basicamente em virtude do fato de tal procedimento instilar grande insegurança nas relações jurídicas, cujos efeitos já se consolidaram, tornando, portanto, impróprio o retorno à situação antecedente". (NETO, 2009, p. 146)

Destarte, no cenário hipotético examinado, a edição da Constituição (**Z**) por si só não restauraria, de modo automático, a vigência da lei ordinária (**X**).

3 Desconstitucionalização

Por desconstitucionalização entende-se o "fenômeno pelo qual as normas da Constituição anterior, desde que compatíveis com a nova ordem, permanecem em vigor, mas com o *status* de lei infraconstitucional. Ou seja, as normas da Constituição anterior são recepcionadas com o *status* de norma infraconstitucional pela nova ordem" (LENZA, 2012, p. 202-203).

Sem embargo de sua admissão por alguns autores nacionais e estrangeiros, fato é que tal fenômeno não tem se verificado no âmbito das Constituições Federais, não obstante ser possível sob o prisma teórico, desde que a nova Constituição expressamente autorize a manutenção, enquanto legislação infraconstitucional, de dispositivos integrantes da Carta anterior. Até mesmo porque, conforme cediço, "o Poder Constituinte Originário é ilimitado e autônomo, podendo tudo, inclusive prever o aludido fenôme-

no, mas desde que o faça, como visto, de maneira inequívoca e expressa" (LENZA, 2012, p. 203).

> "A ordem constitucional nova, por ser tal, é incompatível com a ordem constitucional antiga. Aquela revoga esta.
>
> Entretanto, não há necessidade de nova produção legislativa infraconstitucional.
>
> A Constituição nova recebe a ordem normativa que surgiu sob o império de Constituições anteriores se com ela forem compatíveis.
>
> É o fenômeno da *recepção* que se destina a dar continuidade às relações sociais sem necessidade de nova, custosa, difícil e quase impossível manifestação legislativa ordinária.
>
> Ressalte-se, porém, que a nova ordem constitucional recepciona os instrumentos normativos anteriores dando-lhes novo fundamento de validade e, muitas vezes, nova roupagem.
>
> Explica-se: com o advento de nova Constituição, a ordem normativa anterior, comum, perde seu antigo fundamento de validade para, em face da recepção, ganhar novo suporte. Da mesma forma, aquela legislação, ao ser recebida, ganha a natureza que a Constituição nova atribui a atos regentes de certas matérias. Assim, leis anteriores tidas por *ordinárias* podem passar a *complementares*; decretos-leis podem passar a ter a natureza de *leis ordinárias*.
>
> Se isto ocorre com a legislação imediatamente anterior, pergunta-se: A Constituição nova recebe, também, a legislação nascida sob o império de Constituições revogadas pela que a antecedeu e que, em face desta, perderam sua eficácia? A nova Constituição restaura, automaticamente, a legislação aludida? A resposta é negativa.
>
> A legislação infraconstitucional que perdeu sua eficácia diante de um texto constitucional não se restaura pelo surgimento de nova Constituição.
>
> Essa restauração de eficácia é categorizável como *repristinação*, inadmitida em nome do princípio da segurança e da estabilidade das relações sociais. O permanente fluxo e refluxo de legislação geraria dificul-

> dades insuperáveis ao aplicador da lei, circunstância não desejada pelo Constituinte.
>
> Uma hipótese de repristinação, entretanto, é possível, lembra CELSO BASTOS: a de sua previsão expressa.
>
> Outra preocupação é a que se refere à possibilidade de recepção, pela nova ordem constitucional, como leis ordinárias, de disposições da Constituição anterior. É a chamada teoria da *desconstitucionalização*.
>
> No particular, ficamos com CELSO BASTOS, para quem a tese da desconstitucionalização não é de ser aceita, em nosso entender, uma vez que as antigas leis constitucionais não encontram explicação para serem rebaixadas à categoria de leis ordinárias sem disposições nesse sentido na nova Constituição." (TEMER, 1989, p. 39-40)

4 Mutação Constitucional

Cabe analisar, em particular, a questão inerente à interpretação judicial como mecanismo para promover a chamada mutação constitucional, fenômeno que BULOS (1997, p. 54) descreve como sendo "o processo informal de mudanças da Constituição, por meio do qual são atribuídos novos sentidos, conteúdos até então não ressaltados à letra da *lex legum*, quer através da interpretação, em suas diversas modalidades e métodos, quer por intermédio da construção (*construction*), bem como dos usos e costumes constitucionais".

A origem da figura jurídica em tela, segundo leciona KUBLISCKAS (2009, p. 70) teria surgido pela lavra de PAUL LABAND (*Die Wandlungen der deutschen Reichsverfassung*, de 1895), particularmente ao estabelecer a distinção entre reforma constitucional (*Verfassungänderung*) e mutação constitucional (*Verfassungswandlung*). Concordando com a mesma origem histórica, assevera o Ministro EROS GRAU:

> "Impõe-se neste ponto, parenteticamente, brevíssima digressão a propósito da mutação constitucional, fenômeno discernido por LABAND, mas do qual terá sido GEORG JELLINEK o primeiro a tratar no plano teórico. A nova doutrina do direito político, recusando explicações ancoradas em perspectiva formalista, caracteriza-a, qual anota HSÜ DAU-LIN, como desvalorização e corrosão das normas jurídicas constitucionais por

> ela afetadas. A mutação constitucional decorre de uma incongruência existente entre as normas constitucionais e a realidade constitucional, entre a Constituição formal e a Constituição material."
>
> (STF, Tribunal Pleno, Reclamação nº 4.335/AC, Rel. Min. GILMAR MENDES, julgamento em 20.03.2014, trecho do voto proferido pelo Min. EROS GRAU)

Ainda sob uma perspectiva histórica, recorda BOTELHO (2011, p. 19): "buscando fundamentação no princípio do *stare decisis* e na história constitucional norte-americana, a Suprema Corte considerou que a superação de precedentes é apropriada quando ocorrem mudanças nas circunstâncias fáticas ou na compreensão desses fatos, lançando dúvidas sobre verdades atemporais, paradigmas ou princípios supostamente neutros, que não mais são capazes de solucionar questões constitucionais".

Segundo o Ministro EROS GRAU (STF, Tribunal Pleno, Reclamação nº 4.335/AC, Rel. Min. GILMAR MENDES, julgamento em 20.03.2014), a mutação constitucional consiste em se promover uma transformação no sentido do enunciado da Constituição, sem que se empreenda, para tanto, qualquer alteração na redação do próprio texto, vale dizer, na sua dimensão constitucional textual.

> "Quando ela se dá, o intérprete extrai do texto norma diversa daquelas que nele se encontravam originariamente involucradas, em estado de potência. Há, então, mais do que interpretação, esta concebida como processo que opera a transformação de texto em norma. Na mutação constitucional caminhamos não de um texto a uma norma, porém de um texto a outro texto, que substitui o primeiro.
>
> Daí que a mutação constitucional não se dá simplesmente pelo fato de um intérprete extrair de um mesmo texto norma diversa da produzida por outro intérprete. Isso se verifica diuturnamente, a cada instante, em razão de ser, a interpretação, uma prudência. Na mutação constitucional há mais. Nela não apenas a norma é outra, mas o próprio enunciado normativo é alterado."
>
> (STF, Tribunal Pleno, Reclamação nº 4.335/AC, Rel. Min. GILMAR MENDES, julgamento em 20.03.2014, trecho do voto proferido pelo Min. EROS GRAU)

Em uma nítida referência ao fenômeno em epígrafe, cumpre registrar que o Ministro CELSO DE MELLO (STF, Segunda Turma), quando do julgamento, em 23.09.2008, do *Habeas Corpus* nº 91.361/SP, destacou a relevância da "interpretação judicial como instrumento juridicamente idôneo de mudança informal da Constituição", bem como "a legitimidade da adequação, mediante interpretação do Poder Judiciário, da própria Constituição da República, se e quando imperioso compatibilizá-la, mediante exegese atualizadora, com as novas exigências, necessidades e transformações resultantes dos processos sociais, econômicos e políticos que caracterizam, em seus múltiplos e complexos aspectos, a sociedade contemporânea". Em outra ocasião, CELSO DE MELLO, também atento às mudanças sociais que demandam uma nova leitura do Texto Magno, aptas a ensejar o fenômeno em comento, explica que "o exercício da jurisdição constitucional, que tem por objetivo preservar a supremacia da Constituição, põe em evidência a dimensão essencialmente política em que se projeta a atividade institucional do Supremo Tribunal Federal, pois, no processo de indagação constitucional, assenta-se a magna prerrogativa de decidir, em última análise, sobre a própria substância do poder", concluindo, então, que "no poder de interpretar a Lei Fundamental reside a prerrogativa extraordinária de (re)formulá-la, eis que a interpretação judicial acha-se compreendida entre os processos informais de mutação constitucional, a significar, portanto, que 'a Constituição está em elaboração permanente nos Tribunais incumbidos de aplicá-la'. Por conseguinte, conclui o Ministro que "a interpretação constitucional derivada das decisões proferidas pelo Supremo Tribunal Federal assume papel de fundamental importância na organização institucional do Estado brasileiro, a justificar o reconhecimento de que o modelo político-jurídico vigente em nosso País conferiu, à Suprema Corte, a singular prerrogativa de dispor do monopólio da *última palavra* em tema de exegese das normas inscritas no texto da Lei Fundamental" (STF, Tribunal Pleno, Mandado de Segurança nº 26.603/DF, Rel. Min. CELSO DE MELLO, julgamento em 04.10.2007).

Em outro julgado em que se debateu sobre o mesmo tema, anotou o Ministro LUIZ FUX que "o hodierno marco teórico dos diálogos constitucionais repudia a adoção de concepções juriscêntricas no campo da hermenêutica constitucional, na medida em que preconiza, descritiva e normativamente, a inexistência de instituição detentora do monopólio do sentido e do alcance das disposições magnas, além de atrair a gramática constitucional para outros fóruns de discussão, que não as Cortes". Assim, segundo o Ministro

FUX, o "princípio fundamental da separação de poderes, enquanto cânone constitucional interpretativo, reclama a pluralização dos intérpretes da Constituição, mediante a atuação coordenada entre os poderes estatais – Legislativo, Executivo e Judiciário – e os diversos segmentos da sociedade civil organizada, em um processo contínuo, ininterrupto e republicano, em que cada um destes *players* contribua, com suas capacidades específicas, no embate dialógico, no afã de avançar os rumos da empreitada constitucional e no aperfeiçoamento das instituições democráticas, sem se arvorarem como intérpretes únicos e exclusivos da Carta da República". Com efeito, para LUIZ FUX, "o desenho institucional erigido pelo constituinte de 1988, mercê de outorgar à Suprema Corte a tarefa da guarda precípua da Lei Fundamental, não erigiu um sistema de supremacia judicial em sentido material (ou definitiva), de maneira que seus pronunciamentos judiciais devem ser compreendidos como *última palavra provisória*, vinculando formalmente as partes do processo e finalizando uma rodada deliberativa acerca da temática, sem, em consequência, fossilizar o conteúdo constitucional" (STF, Tribunal Pleno, Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 5.105/DF, Rel. Min. LUIZ FUX, julgamento em 01.10.2015).

Na mesma linha de pensamento, o Ministro GILMAR MENDES registrou que, "com base na alegação de afronta a determinada decisão do STF, o Tribunal poderá reapreciar e redefinir o conteúdo e o alcance de sua própria decisão", podendo, inclusive superar (total ou parcialmente) "a decisão-parâmetro da reclamação, se entender que, em virtude de evolução hermenêutica, tal decisão não se coaduna mais com a interpretação atual da Constituição" (STF, Tribunal Pleno, Reclamação nº 4.374/PE, Rel. Min. GILMAR MENDES, julgamento em 18.04.2013).

Não obstante, quando do julgamento da Reclamação nº 4.335/AC, o Ministro RICARDO LEWANDOWSKI, ao proferir o seu voto, advertiu que "os próprios teóricos da mutação constitucional reconhecem que esse fenômeno possui limites", sob pena de redundar em "mutações inconstitucionais".

Da dicção levada a efeito pelos referidos Ministros extrai-se uma afirmação comum: a possibilidade de a Suprema Corte, motivada pelas atuais demandas da sociedade, proceder a uma nova exegese do Texto Constitucional, ainda que a redação do dispositivo sobre o qual recai a tarefa interpretativa permaneça o mesmo, proceder que, no entanto, encontra limites, conforme registrado pelo Ministro RICARDO LEWANDOWSKI.

FRIEDE, R., Reception, Repristination, Deconstitution and Constitutional Mutation. *Justitia,* São Paulo, v. 213/214/215/216, p.278-286, Jan./Dec. 2019-2020.

- **ABSTRACT:** The current article deals witht the concept and the classification of the constitutional norms, by analyzing, the phenomena of reception, repristination, deconstitutionalization and constitutional mutation.

- **KEYWORDS:** Constitutional norm. Intertemporal law. Reception. Repristination. Mutation.

Referências

BOTELHO, Nadja Machado. *Mutação Constitucional: a Constituição Viva de 1988*, Rio de Janeiro, *Lumen Juris*, 2011.

BULOS, Uadi Lammêgo. *Mutação Constitucional***,** São Paulo, Saraiva, 1997.

BRASIL. STF. Mandado de Segurança nº 26.603/DF, Tribunal Pleno, Rel. Min. Celso de Mello, julgamento em 4 out. 2007.

_____. STF. *Habeas Corpus* nº 91.361/SP, Segunda Turma, Rel. Min. Celso de Mello, julgamento em 23 set. 2008.

_____. STF. Reclamação nº 4.374/PE, Rel. Min. Gilmar Mendes, Tribunal Pleno, julgamento em 18 abr. 2013.

_____. STF. Reclamação nº 4.335/AC, Rel. Min. Gilmar Mendes, Tribunal Pleno, julgamento em 20 mar. 2014.

_____. STF. Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 5.105/DF, Tribunal Pleno, Rel. Min. Luiz Fux, julgamento em 1 out. 2015.

KUBLISCKAS, Wellington. *Emendas e Mutações Constitucionais: Análise dos Mecanismos de Alteração Formal e Informal da Constituição Federal de 1988*, São Paulo, Atlas, 2009.

LENZA, Pedro. *Direito Constitucional Esquematizado*, 16ª ed., São Paulo, Saraiva, 2012.

NETO, Manoel Jorge e Silva. *Curso de Direito Constitucional,* 4ª ed., Rio de Janeiro, *Lumen Juris*, 2009.

TEMER, Michel. *Elementos de Direito Constitucional*, 5ª ed., São Paulo, Revista dos Tribunais, 1989.

Reflexões Sobre a Competência no Processo Coletivo

Daniel Francisco Nagao MENEZES*
Matheus Rodrigues OLIVEIRA**

- **SUMÁRIO:** Introdução. 1 Competência adequada nas ações coletivas. 2 As regras de competência para as ações coletivas. 3 A competência da Justiça Federal em ações coletivas. Conclusão. Referências.

- **RESUMO:** O presente artigo se propõe a analisar os principais pontos relacionados à definição da competência no processo coletivo brasileiro. Pretende-se verificar a questão da competência adequada para processar e julgar as ações coletivas, bem como analisar criticamente a extensão dos conceitos jurídicos estabelecidos no microssistema processual coletivo para definição da competência jurisdicional.

- **PALAVRAS-CHAVE:** Processo Coletivo. Competência. Processo civil. Forum shopping. Ministério Público.

Introdução

A compreensão a respeito das normas de distribuição da competência, definidoras do órgão jurisdicional a que deverá ser distribuída uma demanda, é de notória relevância em qualquer área do direito.

É certo que todo juiz é revestido de jurisdição. Vale dizer: todo juiz manifesta a função jurisdicional do Estado, função típica do Poder Judiciário,

* Graduação em Direito (PUC-Campinas), Especializações em Direito Constitucional e Direito Processual Civil (PUC-Campinas), em Didática e Prática Pedagógica no Ensino Superior (Centro Universitário Padre Anchieta), Mestre e Doutor em Direito Político e Econômico (Universidade Presbiteriana Mackenzie-SP), Pós-Doutor em Direito (FADUSP). Professor do Programa de Pós-Graduação em Direito Político e Econômico da Faculdade de Direito da Universidade Presbiteriana Mackenzie. Membro do CIRIEC-Brasil

** Mestrando do Programa de Pós-Graduação *Stricto Sensu* em Direito Político e Econômico da Universidade Presbiteriana Mackenzie, vinculado à linha de pesquisa "O Poder Econômico e seus Limites Jurídicos". Pós-graduado em Direito Constitucional e Administrativo pela Escola Paulista de Direito. Graduado em Direito pela Universidade Presbiteriana Mackenzie, com 1º lugar no "Prêmio TGI". Professor colaborador na Escola Superior do Ministério Público da União. Servidor do Ministério Público Federal.

para resolver litígios que são levados à sua apreciação. Ocorre que o próprio sistema processual estabelece normas e critérios para que, para cada litígio, um determinado órgão jurisdicional esteja apto a julgá-lo. A isso se dá o nome de juiz natural. A competência, então, é concebida como forma de determinar o juiz natural para cada demanda. Ou seja: todo juiz tem jurisdição – que é una –, mas, para o caso concreto, é determinado órgão jurisdicional que detém competência, em detrimento dos demais, para apreciá-lo, processá-lo e julgá-lo.

No processo civil individual, as regras gerais de competência estão estabelecidas entre os artigos 42 e 53 do Código de Processo Civil, sem prejuízo da aplicação de normas específicas relacionadas a determinados tipos de demanda. É o caso da competência no processo coletivo. A aplicação das normas gerais de processo civil não seria suficiente a determinar a competência adequada para o processo coletivo. Há peculiaridades que devem ser consideradas, tendo em vista que o dano a um bem jurídico transindividual não encontra limites geográficos para sua caracterização. Assim, há de se verificar qual seria a competência adequada para processar e julgar uma demanda coletiva que versa a respeito de um dano local, regional ou nacional. Para isso, há normas específicas no microssistema processual coletivo – especialmente na Lei da Ação Civil Pública e no Código de Defesa do Consumidor (Leis n. 7.347/1985 e 8.078/1990).

O presente trabalho, para além da análise do texto legal, se propõe a analisar as principais questões levantadas pela doutrina e resolvidas no âmbito jurisprudencial, relacionadas à competência no processo coletivo.

1 Competência adequada nas ações coletivas.

O estudo da competência é basilar no estudo do Direito Processual, seja em que área for. Se o objeto de análise é o processo judicial e a estrutura do Estado-juiz para resolver as demandas levadas à sua apreciação, é fundamental conhecer o órgão jurisdicional que, efetivamente, pode conduzir o processo e decidir no caso concreto.

Todo juiz está investido de jurisdição, entendido como o poder estatal de "dizer o direito". A jurisdição, enquanto poder, é una. Entretanto, a organização judiciária determina que sejam definidas regras para que, dentro da estrutura do Poder Judiciário, seja possível identificar para qual juízo deve ser destinado cada processo. É uma questão lógica supor que não possa caber a cada jurisdicionado a escolha livre e desimpedida do juiz que julgará sua causa, sob risco de colapso do próprio sistema judiciário. Assim, embora todo juiz

exerça a jurisdição, não pode fazê-lo em qualquer caso, mas somente naqueles em que, previamente, as regras de organização judiciária estabeleceram sua atribuição. Aluísio Gonçalves de Castro Mendes esclarece[1]:

A jurisdição está presente em todos os órgãos do Poder Judiciário, tendo em vista que o juiz, com a investidura no cargo, dotado está do poder de dizer o direito, ou seja, da função judicante. Na medida em que a prestação jurisdicional é um serviço público e, como tal, deve ser realizado a contento, não obstante todas as carências, há uma necessidade prática de divisão do trabalho e das tarefas, a fim de otimizar ou, quando menos, viabilizar o exercício da função como um todo. Essa razão de ordem prática norteia, em geral, a fixação da competência dos órgãos judiciais. Sob o prisma teórico, a jurisdição pode ser entendida como o poder, enquanto a competência é o exercício delimitado daquele. Tecnicamente, portanto, a jurisdição estará sempre presente para o juiz, podendo faltar-lhe, entretanto, a competência. (...)

Assim, tem-se que todo juiz possui jurisdição, embora não possua competência para processar e julgar demandas estranhas à sua esfera de atribuição previamente estabelecida. A competência se apresenta, portanto, como uma limitação ao exercício do poder jurisdicional (e não propriamente à jurisdição, enquanto poder uno e soberano, frise-se).

A competência deve ser, deste modo, prévia ao fato. Não é possível estabelecer *a posteriori* a qual juízo competirá apreciar e julgar um conflito decorrente de uma lesão ou ameaça de direito já existente (*ex post factum*). Constituem direitos fundamentais o de que *"ninguém será processado nem sentenciado senão pela autoridade competente"* e de que *"não haverá juízo ou tribunal de exceção"*. Essas são as expressas dicções dos incisos LIII e XXXVII da Constituição Federal, e constituem a garantia do juiz natural – que, inclusive, já era prevista na histórica Magna Carta de João Sem Terra, na Inglaterra de 1215. Também a Convenção Americana de Direitos Humanos (Pacto de San José da Costa Rica), no item 1 de seu art. 8, estabelece a garantia judicial de que *"[t]oda pessoa tem direito a ser ouvida, com as devidas garantias e dentro de um prazo razoável, por um juiz ou tribunal competente, independente e imparcial, estabelecido anteriormente por lei (...)"*. Portanto, *"[j]uiz*

[1] CASTRO MENDES, Aluísio Gonçalves de. **Ações coletivas e meios de resolução coletiva de conflitos no direito comparado e nacional**. 4. Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p. 233-234.

natural é juiz imparcial, competente e aleatório. É o juiz a que é constitucionalmente atribuído o dever de prestar a tutela jurisdicional e conduzir o processo de forma justa" [2].

Um dos elementos do juiz natural é, portanto, a competência. Como esclarece a doutrina de Marinoni, Arenhart e Mitidiero[3]:

Juiz natural é juiz competente. A competência para a prestação da tutela jurisdicional tem de estar estabelecida constitucionalmente antes da propositura da ação. Tal é o significado da proibição a juízos ou tribunais de exceção (art. 5.º, XXXVII, da CF/1988) – é vedada ao Estado a criação de órgãos jurisdicionais *ex post factum*. Trata-se daquilo que a doutrina enxerga como cláusula de irretroatividade ínsita ao juiz natural.

Marcelo Abelha complementa, sustentando que *"[a]o se conhecer previamente quais as regras de determinação e competência de um órgão jurisdicional, que, com base no ordenamento jurídico, identifica-se como a autoridade jurisdicional competente para processar e julgar uma causa, tem-se aí um importante instrumento de efetivação do processo como método democrático de resolução de conflitos"* [4].

Feita esta recapitulação a respeito dos aspectos gerais relacionados ao estudo da competência, é necessário aprofundar o estudo em relação às características, natureza e formas de identificação da competência no âmbito do processo coletivo. Antes, entretanto, é necessário que se faça uma ressalva, bem pontuada por Didier e Zaneti[5]:

A competência para a ação coletiva é um dos seus aspectos mais sensíveis, e quanto a isso não parece haver objeção doutrinária. Exatamente em razão da natureza do direito tutelado (cujo titular é um agrupamento humano composto por pessoas que podem estar em diversos lugares), é muito difícil identificar qual deve ser o juízo competente para julgar a causa.

---

[2] MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. **Novo curso de Processo Civil, vol. 1: teoria do Processo Civil**. 2. Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p. 185.

[3] *Idem.*

[4] ABELHA, Marcelo. **Manual de Direito Processual Civil**. 6. Ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016, p. 162.

[5] DIDIER Jr., Fredie; ZANETI Jr., Hermes. **Curso de Direito Processual Civil, v. 4: Processo Coletivo**. 10. Ed. Salvador: JusPodivm, 2016, p. 101.

Por essa razão, embora haja regras no microssistema processual coletivo para determinar, ou ao menos limitar, a liberdade para o ajuizamento de ações coletivas em múltiplos foros formalmente competentes, é certo que, em determinados casos – sobretudo quando o dano ao direito transindividual tutelado não é local, mas regional ou até nacional –, um deles terá condições de, materialmente, melhor processar e julgar a causa, seja em prestígio ao contraditório, seja por maior facilidade de produção probatória ou, ainda, por uma maior proximidade com o evento danoso em si. Essa proposta objetiva a busca pela competência adequada, de modo que se admita, na existência de mais de um juízo concorrentemente competente, que a jurisdição seja exercida por aquele que, concretamente, se mostre mais apto a apreciar a causa, a partir das características fáticas do litígio (maior proximidade em relação ao local do dano, maior garantia do exercício da defesa pelo réu, entre outros exemplos possíveis[6].

É cediço que a competência territorial é de natureza relativa. As hipóteses em que a parte tem a opção de escolher entre um foro e outro, no plano formal ambos igualmente competentes, em que a parte tem a prerrogativa, a priori, de escolher livremente o foro do ajuizamento, dá-se o nome de *forum shopping*. Ocorre que, não raro, a plena liberdade conferida à parte para escolha do foro, entre múltiplos competentes, deixa de observar a lealdade e a boa-fé processual, como explica Luiz Cláudio Moura de Almeida[7]:

Ou seja, ao se adotar o entendimento pela ampla liberdade do autor da ação para escolha do foro competente para sua demanda, este acabará por consultar seus interesses, analisando a proximidade do escritório de advocacia que constituiu para atuar na demanda ou o foro que possua histórico de decisões favoráveis em causas semelhantes à sua, antes de escolher onde quer litigar. A essa análise de interesses antes da escolha do foro dá-se o nome de *forum shopping*.

A situação pode se tornar ainda mais dramática se o autor da ação optar pelo foro com o objetivo de dificultar a defesa do réu como, por exemplo, um foro distante de sua sede, em absoluto distanciamento do princípio da boa-fé e lealdade processual. Nesse contexto surge o princípio da competência adequa-

[6] BRAGA, Paula Sarno. **Competência adequada**. Revista de Processo, São Paulo, n. 219, p. 13-41, maio/2013.

[7] ALMEIDA, Luiz Cláudio Moura de. **Apontamentos sobre a competência concorrente nas ações coletivas**. Revista de Processo, São Paulo, n. 240, p. 243-263, fev./2015.

da, segundo o qual deve ser identificado, dentre os foros concorrentes, aquele mais adequado, tanto pelos fatos narrados, pelo direito material envolvido como pela dificuldade de defesa do réu.

Por essa razão, embora haja regras no microssistema para determinar, ou ao menos limitar, a liberdade para o ajuizamento de ações coletivas em múltiplos foros formalmente competentes, é certo que, em determinados casos – sobretudo quando o dano ao direito transindividual tutelado não é local, mas regional ou até nacional –, um deles terá condições de prolatar o provimento jurisdicional mais adequado ao caso concreto. Isso decorre do poder do juiz de controlar sua própria competência (princípio da *kompetenz-kompetenz*[8]), bem como do próprio princípio do juiz natural, como explica Paula Braga[9]:

O que ora se propõe não é violação, mas, sim, uma mais profunda concretização do juiz natural. Advoga-se a tese de que é necessário compreender-se que não basta que o órgão (ou Estado) seja previamente constituído e individualizado como aquele objetiva e abstratamente competente para a causa. Deve ser, também, concretamente competente, i.e., o mais conveniente e apropriado para assegurar a boa realização e administração da justiça.

A proposta é partir-se de Estados ou juízos abstrata e concorrentemente competentes (em conjunto e simultaneidade), a única exigência que se acresce é que, na eleição daquele que atuará em concreto, atente-se para o que seja mais propício e que esteja em melhores condições de dar adequado prosseguimento ao processo. Daí falar-se na busca de algo que corresponderia a um *appropriate or natural forum* (foro natural ou adequado).

Assim, na definição do juízo competente em ações coletivas, é necessário ter em vista a busca pela competência adequada.

2 As regras de competência para as ações coletivas

A ponderação feita por Fredie Didier e Hermes Zaneti a respeito da identificação das regras de competência para as ações coletivas é de pertinente transcrição[10]:

[8] Embora o nome tenha sido importado do direito alemão, é certo que, antes de assim reconhecido no ordenamento jurídico pátrio, sempre houve, em maior ou menor medida, controle do juiz em relação a sua própria competência.

[9] BRAGA, *op. cit.*

[10] DIDIER Jr. E ZANETI Jr., *op. cit.*, p. 101.

A competência é um dos elementos básicos do devido processo. Como a ação coletiva atinge direitos que pertencem a coletividades, muitas delas compostas por pessoas que não possuem qualquer vínculo entre si, além de estarem espalhadas por todo território nacional, é preciso ter muito cuidado na identificação das regras de competência, principalmente competência territorial.

A regra geral de competência para as ações coletivas está estabelecida no art. 2º da Lei da Ação Civil Pública (Lei n. 7.347/1985), ao dispor que *"[a]s ações previstas nesta Lei serão propostas no foro do local onde ocorrer o dano, cujo juízo terá competência funcional para processar e julgar a causa"*.

É primeiro necessário compreender o que pretendeu o legislador ao dispor que a competência do juízo do local do dano é "funcional". A competência funcional é contemplada na concepção de Chiovenda, e se refere – como sugere o próprio nome – ao exercício da função jurisdicional. *"Assim, na competência funcional, o que se faz é discriminar os atos ou conjuntos de atos que, numa determinada causa, ou em mais de uma causa, diversos órgãos judiciários podem praticar"* [11]. O critério funcional, assim, se opera quando mais de um juízo é competente para processar e julgar uma demanda ou parte dela. Por exemplo: quando um processo tramita no juízo "A" e o juízo "B" é competente para produzir uma determinada prova (testemunhal, v.g.), diz-se que esta competência é funcional. Há ainda competência funcional em razão da hierarquia judiciária, quando um Tribunal é competente para apreciar e julgar um recurso.

Diz-se ainda da competência funcional quando, entre diversos juízos igualmente competentes, um ou mais deles é especializado em determinada matéria. Nos dizeres de Monnerat[12]:

Nesse contexto, por exemplo, é muito comum que o Judiciário crie varas especializadas em execuções fiscais, onde o critério é exatamente o funcional, assim como é do presidente do respectivo tribunal a competência para apreciar e julgar o pedido de suspensão da segurança, sendo este outro exemplo em que a função exercida pelo órgão jurisdicional no processo é o fator determinante para o estabelecimento da competência.

---

[11] ABELHA, *op. cit.*, p. 177.

[12] MONNERAT, Fábio Victor da Fonte. **Introdução ao estudo do Direito Processual Civil**. 3. Ed. São Paulo: Saraiva, 2018, p. 501.

Ocorre que a disposição do art. 2º da LACP, que classifica a natureza jurídica da competência nas ações coletivas como de natureza funcional, é objeto de diversas críticas pela doutrina especializada. Isso porque, em verdade, o que todos os dispositivos do microssistema estabelecem é um critério absoluto para a competência territorial (que nas ações individuais, em regra, é relativa, o que justifica a confusão). Se o dispositivo fala que o foro competente é o do local do dano, estabelece-se o critério territorial, e não funcional propriamente.

Certo é que, tendo natureza territorial ou funcional, a competência em ações coletivas é absoluta, e não pode ser objeto de livre escolha pelas partes – como poderia ser a competência territorial relativa em ações individuais sobre direitos disponíveis. Mazzilli, embora sustente a terminologia da LACP (competência funcional), esclarece[13] que, *"[c]omo não foram sequer instituídos juízos com competência funcional para a defesa de interesses difusos ou coletivos, a nosso ver, quis a lei desde já assegurar que a competência nessas ações, embora fixada em razão do local do dano, é absoluta, e, portanto, inderrogável e improrrogável por vontade das partes"*.

Além disso, é da própria essência do processo coletivo que haja situações em que o dano não ocorre em mais de uma localidade, o que daria ensejo, pelo exclusivo critério do art. 2º da LACP, a uma multiplicidade de juízos igualmente competentes para apreciar e julgar uma mesma demanda. Imagine-se um dano de impacto nacional: qualquer juízo, estadual ou federal a depender da matéria, estaria apto a apreciar o processo coletivo dele advindo, permitindo ao legitimado-autor a livre escolha do foro de distribuição, que ficaria prevento.

O Código de Defesa do Consumidor, em 1990, buscou mitigar o problema, ao dispor da seguinte maneira em seu art. 93:

Art. 93. Ressalvada a competência da Justiça Federal, é competente para a causa a justiça local:

I – no foro do lugar onde ocorreu ou deva ocorrer o dano, quando de âmbito local;

II – no foro da Capital do Estado ou no do Distrito Federal, para os danos de âmbito nacional ou regional, aplicando-se as regras do Código de Processo Civil aos casos de competência concorrente.

[13] MAZZILLI, Hugo Nigro. **A defesa dos interesses difusos em juízo**. 28. Ed. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 319.

Recorde-se que a LACP e o CDC são dois dos principais diplomas integrantes do "microssistema", motivo pelo qual há de ser feita leitura sistêmica para a adequada compreensão das regras de competência. A propósito, é assente a jurisprudência a respeito da aplicação conjunta das normas do microssistema para definição de competência em ações coletivas[14].

Observe-se que são dois os critérios estabelecidos pelo CDC para a definição da competência no processo coletivo. O primeiro é do local do dano – repetição do art. 2º da LACP –, apenas quando de natureza local. Já o segundo refere-se aos danos regionais ou nacionais, estabelecendo-se o foro da capital da unidade federativa respectiva (em caso de dano regional), ou o juízo de qualquer capital ou do Distrito Federal para os danos de âmbito nacional.

Há aqui, entretanto, conceitos jurídicos indeterminados. Não estabeleceu o legislador critérios para delimitar o momento onde o dano deixa de ser local e passa a ser regional, ou quando um dano havido em múltiplas unidades federativas passa a ter âmbito nacional. Essas questões são objeto de grave controvérsia doutrinária[15]:

Figura indisputavelmente entre as mais tormentosas questões emergentes da disciplina do processo coletivo a definição dos conceitos de danos local, regional e nacional, insertos no art. 93 da Lei 8.078/1990. Mais do que de puro interesse acadêmico, a palpitante discussão é de enorme alcance prático, uma vez que das respostas dela surgidas dependerá a fixação da competência para o julgamento das ações civis públicas e coletivas, e, por conseguinte, também a divisão das atribuições para a condução dos inquéritos civis de que possa resultar a propositura dessas ações pelo Ministério Público, que desponta como o mais atuante entre os legitimados dos artigos 5º da Lei 7.347/1985 e 82 do CDC. O apropriado manejo desses conceitos é, assim, de curial importância para conferir, a um só tempo, rapidez, segurança e efetividade às ações de tutela de direitos transindividuais.

A redação equívoca da disposição do art. 93 do CDC mantém acesa a polêmica, em que chama a atenção o tratamento casuístico, receoso na enun-

[14] Nesse sentido, por todos, referencia-se o seguinte julgado: STJ. Terceira Turma. Recurso Especial n. 1.101.057/MT. Relatora Ministra Nancy Andrighi. Julgado em 7 abr. 2011; publicado em 15 abr. 2011. Decisão unânime.

[15] PEREIRA, Juliana Hörlle; STÜRMER, Gilberto. **Apontamentos sobre a competência nas ações coletivas**. Revista de Processo, São Paulo, n. 237, p. 253-284, nov./2014.

ciação de critérios objetivos gerais para qualificação das lesões, e, por decorrência, a determinação da competência.

O dano local é o de mais fácil conceituação, embora não esteja isento de divergências. Se o fato que causa lesão a direitos transindividuais tiver ocorrido em apenas uma ou poucas cidades, por exemplo, entende-se que se trata de dano local.

O limite máximo para considerar um dano local, antes que passe a ser considerado dano regional, é que pode ser objeto de controvérsia. Supondo que o âmbito territorial de jurisdição de mais de uma Comarca ou Subseção Judiciária seja atingido, será prevento o juízo do foro que primeiro tiver conhecimento da ação coletiva. Há parcela da doutrina, entretanto, que considera que, nessas situações, já deverá ser considerado o dano como regional. Hermes Zaneti e Leonardo Garcia apontam o equívoco desse entendimento[16]:

Parcela da doutrina entende que se o dano atingir mais de uma comarca será regional, isso implicaria na utilização analógica do art. 93, II em praticamente todos os casos de lesão ambiental de maior amplitude, com deslocamento para a capital do estado, mesmo que não incluíssem a comarca da capital. A regra precisa ser ponderada por que [*sic*] o princípio geral da tutela coletiva ambiental é: julga o juiz mais próximo da prova. Na verdade o CDC não definiu claramente o que é dano regional, cabendo a jurisprudência preencher o conteúdo do conceito jurídico.

Fredie Didier e Hermes Zaneti também demonstram as os problemas para definição dos limites máximos de caracterização do dano regional, e quando ele passa a ser nacional, e também a competência adequada[17]:

Veja o caso de um dano que ocorra na Região da Estrada Real, que envolve a Bahia e Minas. Seria um dano nacional? Pode-se argumentar que sim, pois se trata de um importante registro da história brasileira. Seria um dano regional? Também se pode argumentar que sim, pois atinge pedaço significativo do território nacional, envolvendo cidades em dois Estados. Qual seria, então, o foro competente para processar e julgar uma ação coletiva que tivesse por objeto o tombamento de imóveis nessa região? Se se entendesse como dano nacional, qualquer capital do país? Amapá? Porto Velho? Se se en-

[16] ZANETI Jr. Hermes; GARCIA, Leonardo de Medeiros. **Direitos Difusos e Coletivos**. 9. Ed. Salvador: JusPodivm, 2018, p. 106.

[17] DIDIER Jr. E ZANETI Jr., *op. cit.*, p. 129.

tendesse como dano regional, qualquer capital dos Estados envolvidos? Belo Horizonte? Salvador? Ora, não nos parece que a melhor solução seja essa. Muito mais adequada é a competência de um dos juízos das comarcas envolvidas. Os juízos das capitais ficam muito distantes das localidades, teriam dificuldade na produção de provas (inspeção judicial, por exemplo), além de não estarem vinculados à história dos locais a serem tombados.

À parte a indeterminabilidade, ao menos pelo texto legal, a respeito dos limites que separam um dano local de um dano regional, e este de um dano nacional – a doutrina e a jurisprudência tentam estabelecer normas para essa definição –, certo é que, nos termos do inciso II do art. 93 do CDC, o litígio coletivo que versar sobre dano regional deverá ser processado e julgado no foro da capital da unidade federativa atingida (ou de qualquer das capitais dos estados afetados ou do DF, se o dano ultrapassar o âmbito estadual ou distrital).

Esta solução não é isenta de críticas. Por princípio, não há superioridade hierárquica entre o juízo da capital do estado e os juízos do interior em primeiro grau de jurisdição. O dispositivo legal, de certa forma, estabelece esta hierarquia, ao determinar que o foro da capital forme um "super-juízo", ou suponha que seja mais adequadamente competente para apreciar o caso. Além disso, há outra questão a ser levantada: há situações em que o dano a um direito transindividual extrapola os limites territoriais de um município, caracterizando sua natureza regional, mas não chega a ser geograficamente próximo da capital. Imagine-se, nesse sentido, um desastre ambiental que ocorra no extremo oeste do estado de São Paulo, e atinja a região fronteiriça com o estado do Mato Grosso do Sul, distante quase quinhentos quilômetros da capital; não é razoável supor que, nessa situação, a competência adequada para processar e julgar a demanda coletiva decorrente do caso seja o da Comarca de São Paulo, capital[18].

3 A competência da Justiça Federal em ações coletivas.

Há, por fim, uma última questão a considerar quanto à competência funcional da Justiça Federal.

A competência da Justiça Federal para ações coletivas pauta-se por critério *ratione personae*, de modo que, caso qualquer das entidades públicas

[18] RODRIGUES, Marcelo Abelha. **Fundamentos da tutela coletiva**. Brasília: Gazeta Jurídica, 2017, p. 160.

indicadas no inciso I do art. 109 da Constituição Federal seja interessada no litígio, em qualquer polo da relação jurídico-processual, a competência será da Seção (ou Subseção) Judiciária respectiva:

Art. 109. Aos juízes federais compete processar e julgar:

I – as causas em que a União, entidade autárquica ou empresa pública federal forem interessadas na condição de autoras, rés, assistentes ou oponentes, exceto as de falência, as de acidentes de trabalho e as sujeitas à Justiça Eleitoral e à Justiça do Trabalho; (...)

Assim, não sendo qualquer das entidades mencionadas no dispositivo supramencionado interessadas no litígio coletivo, a competência será residual da Justiça Estadual.

Ainda é de se dizer que, segundo o entendimento prevalecente, a mera presença do Ministério Público Federal na lide é suficiente para deslocar a competência para a Justiça Federal. Nesse sentido é a jurisprudência tanto do STF quanto do STJ. Veja-se a *ratio decidendi* do voto proferido pelo Ministro Teori Zavascki em julgamento de recurso extraordinário, tido por paradigma: *"O Ministério Público Federal, como autor, é um órgão da União e isso por si só determina a competência federal. O juiz federal vai dizer se ele podia ou não podia propor a ação"*[19]. O próprio Ministro sustentou esse entendimento em sua obra[20]:

(...) Com efeito, para fixar a competência da Justiça Federal, basta que a ação civil pública seja proposta pelo Ministério Público Federal. É que, assim ocorrendo, bem ou mal, figurará como autor um órgão da União, o que é suficiente para atrair a incidência do art. 109, I, da Constituição. Embora sem personalidade jurídica própria, o Ministério Público está investido de personalidade processual, e sua condição de personalidade processual federal é por si só bastante para determinar a competência da Justiça Federal. (...)

Figurando o Ministério Público Federal, órgão da União, como parte na relação processual, a um juiz federal caberá apreciar a demanda, ainda que seja para dizer que não é ele, e sim o Ministério Público Estadual, o que tem legitimação ativa para a causa. Para efeito de competência, portanto, pou-

[19] STF. Segunda Turma. Agravo em Recurso Extraordinário n. 822.816/DF. Relator Ministro Teori Zavascki. Julgado em 8 mar. 2016; publicado em 14 jun. 2016. Decisão unânime.

[20] ZAVASCKI, Teori Albino. **Processo coletivo**. 7. Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017, p. 139-140.

co importa que a parte seja legítima ou não. Essa, a da legitimidade, é uma questão logicamente posterior à da fixação de competência. A existência ou não da legitimação ativa deve ser apreciada e decidida pelo juiz considerado competente para tanto, o que significa que a questão competencial antecede à da legitimidade ativa.

Embora seja esse o entendimento prevalecente, há divergência doutrinária a respeito. Por todos, cita-se a doutrina de Didier e Zaneti, que enunciam em sua obra seis fundamentos para sustentar o entendimento que segue[21]:

(...) O Ministério Público, qualquer que seja ele, poderá exercer as suas funções em qualquer Justiça. O que importa, realmente, é saber se é da sua atribuição constitucional a causa que venha a demandar (art. 177, CPC). Se for, poderá fazê-lo perante qualquer órgão do Poder Judiciário.

(...) [esta] corrente é a que mais bem resolve uma série de problemas que surgem da existência de diversos Ministérios Públicos.

Conclusão

Em suma, e ressalvadas todas as dificuldades acima narradas para definição dos limites de caracterização de danos locais, regionais ou nacionais, no que diz respeito à definição da competência em ações coletivas, tem-se que:

a) se o dano transindividual for local, a competência para processar e julgar o litígio coletivo é do foro do local do dano é absoluta;

b) se o dano transindividual for regional, a competência para processar e julgar o litígio coletivo é da capital de qualquer das unidades federativas envolvidas;

c) se o dano transindividual for nacional, a competência para processar e julgar o litígio coletivo é de qualquer capital de estado ou do Distrito Federal; e

d) figurando o Ministério Público Federal no polo ativo da ação coletiva, compete à Justiça Federal apreciar e julgar a demanda, ainda que para extinguir o processo por ilegitimidade da parte autora, em razão do extrapolamento das atribuições do *Parquet* federal. Não cabe, assim, declínio de competência federal, ante a natureza *ratione personae* da norma estabelecida no art. 109 da Constituição Federal.

MENEZES, D. F. N. e OLIVEIRA, M. R., Reflections on collective process competence. *Justitia,* São Paulo, v. 213/214/215/216, p. 287-300, Jan./Dec. 2019-2020.

[21] DIDIER Jr. E ZANETI Jr., *op. cit.*, p. 361.

- **ABSTRACT:** This paper aims to analyze the main points related to the definition of competence in the Brazilian collective process. It is intended to verify the question of the adequate competence to process and to judge the class actions, as well as to critically analyze the extension of the legal concepts established in the collective procedural microsystem to define the jurisdictional one.

- **KEYWORDS**: Collective Process. Competence. Civil Procedure. Forum shopping. Public Prosecutor's Office.

Referências

ABELHA, Marcelo. **Manual de Direito Processual Civil**. 6. Ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016.

ALMEIDA, Luiz Cláudio Moura de. Apontamentos sobre a competência concorrente nas ações coletivas. Revista de Processo, São Paulo, n. 240, p. 243-263, fev./2015.

BRAGA, Paula Sarno. **Competência adequada**. Revista de Processo, São Paulo, n. 219, p. 13-41, maio/2013.

CASTRO MENDES, Aluísio Gonçalves de. **Ações coletivas e meios de resolução coletiva de conflitos no direito comparado e nacional**. 4. Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

DIDIER Jr., Fredie; ZANETI Jr., Hermes. **Curso de Direito Processual Civil, v. 4: Processo Coletivo**. 10. Ed. Salvador: JusPodivm, 2016.

MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. **Novo curso de Processo Civil, vol. 1: teoria do Processo Civil**. 2. Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

MAZZILLI, Hugo Nigro. A defesa dos interesses difusos em juízo. 28. Ed. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 319.

MONNERAT, Fábio Victor da Fonte. Introdução ao estudo do Direito Processual Civil. 3. Ed. São Paulo: Saraiva, 2018, p. 501.

PEREIRA, Juliana Hörlle; STÜRMER, Gilberto. **Apontamentos sobre a competência nas ações coletivas**. Revista de Processo, São Paulo, n. 237, p. 253-284, nov./2014.

RODRIGUES, Marcelo Abelha. **Fundamentos da tutela coletiva**. Brasília: Gazeta Jurídica, 2017.

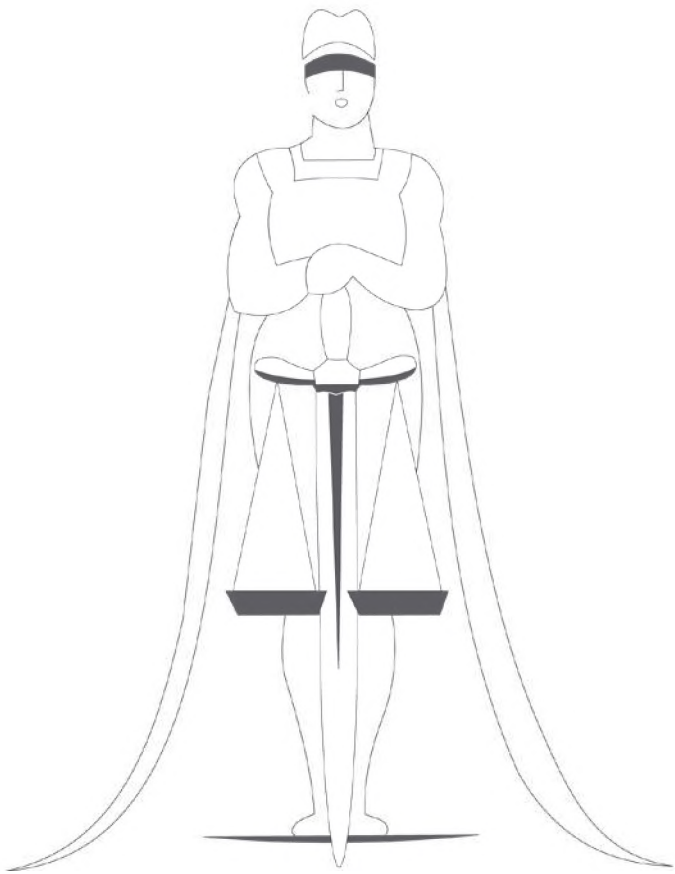
ZANETI Jr. Hermes; GARCIA, Leonardo de Medeiros. **Direitos Difusos e Coletivos**. 9. Ed. Salvador: JusPodivm, 2018, p. 106.

ZAVASCKI, Teori Albino. **Processo coletivo**. 7. Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017, p. 139-140.

MANIFESTAÇÃO PROCESSUAL

PROCEDURAL MANIFESTATION

Cível



Acórdão
1ª Turma - 1ª Câmara
Recurso Ordinário (PJE)

Processo TRT 15ª Região n.º XXXXXXX-XX.XXXX.X.XX.XXXX
Origem: 2ª Vara do Trabalho de Americana
Recorrente: Município de Americana
Recorrida: P.R.V.F.
Juiz Sentenciante: M.L. de S.F.

MUNICÍPIO. CONCESSÃO DE ABONO EM VALORES FIXOS. DISTINÇÃO DE ÍNDICES. SISTEMA DE PRECEDENTES. CONFLITO ENTRE SÚMULAS

Em cumprimento ao sistema de precedentes previsto nos artigos 927 e seguintes do CPC/2015, aplicáveis por compatíveis com o processo trabalhista (arts. 15 do CPC e 769 da CLT), havendo conflito entre Súmulas a jurisprudência do STF deve prevalecer sobre entendimento uniformizado nas Súmulas 68 e 81 do Tribunal Regional. Destarte, com fundamento no inciso IV do artigo 932 do CPC/2015, deve ser mantida integralmente a r. sentença de Origem, que aplicou a Súmula Vinculante 37 do STF para rejeitar o pedido de pagamento de diferenças salariais decorrentes da concessão de abono em valor fixo, adotando como *ratio decicendi* que a remuneração dos servidores públicos só pode ser fixada ou alterada por lei específica, de iniciativa privativa do Poder Executivo, não cabendo ao Poder Judiciário estender benefício a servidores com fundamento na isonomia, sob pena de atuar como legislador positivo, em afronta à Constituição Federal de 1988.

Inconformado com a r. sentença (ID a502e3d) que julgou a ação parcialmente procedente, recorre o **reclamado** (ID acc0502). Alega a ocorrência da prescrição total. No mérito, insurge-se contra a condenação ao pagamento de diferenças salariais decorrentes do reajuste salarial, bem como reflexos em DSR, sustentando ter havido violação ao disposto nos artigos 37, *caput* e inciso X e 169, ambos da Constituição Federal, Lei Complementar 101/2000 e Súmula 339 do STF. Pretende a reforma do julgado, ainda, quanto às contribuições previdenciárias (cota parte do empregado e do empregador) e honorários advocatícios.

Contrarrazões (ID 371e34b).

Manifestação da Procuradoria do Trabalho pelo prosseguimento do feito (ID b265500).

E o relatório.

VOTO

1. Do conhecimento

Presentes os pressupostos de admissibilidade, decido conhecer do recurso voluntário interposto pelo Município de Americana.

2. Do processamento da remessa oficial

O inciso V do artigo 1° do Decreto-Lei 779/69 estabelece regras gerais sabre remessa oficial, de modo que não impede a aplicação de norma especifica. estabelecida no § 3° do artigo 496 do NCPC, ao disciplinar de forma especial as causas de pequeno valor. Portanto prevalece o critério estabelecido neste preceito legal plenamente aplicável, por compatível, nos termos do artigo 769 da CLT. em relação aos créditos de pequeno valor trabalhistas, pois em consonância com os princípios reitores desta Justiça Especializada, já que confere maior celeridade na tramitação destes feitos.

Nesta esteira. é importante registrar que a EC 45 instituiu expressamente no inciso LXXVIII do artigo 5°, coma direito fundamental, a garantia de razoável duração na tramitação processual, enquanto o § 3° do artigo 100 da CF/88 afasta a necessidade de expedição de precatório para tais casos. Destarte, a interpretação sistemática dos preceitos que regem a matéria demons-

tra ser insustentável a conclusão de que o disposto no referido Decreto-Lei 779/69. de forma genérica, deva se sobrepor a lei especial e a Constituição Federal. hierarquicamente superior.

Ressalte-se, por derradeiro, que neste sentido tem se posicionado a jurisprudência majoritária desta Justiça Especializada, conforme consubstanciado na Sumula 303 do C. TST, que deve ser considerada por este Colegiado Regional, em face do disposto no artigo 896 da CLT.

Entretanto, no presente caso, há uma peculiaridade, pois o valor fixado na origem (R$ 10.000,00 - *"valor da condenação, ora estimada, para o fim exclusivo de recurso"* — ID a502e3d — pag. 04) apenas corresponde a um arbitramento líquido da matéria controvertida, o quo atrai a aplicação do entendimento constante da Súmula 490 do E STJ, que assim dispõe:

> *"A dispensa de reexame necessário, quando o valor da condenação ou do direito controvertido for inferior a sessenta salários mínimos, não se aplica a sentenças ilíquidas"*

Destarte, a fim de evitar alegação de nulidade, decido **conhecer** da remessa oficial na forma do artigo 496, I do novo CPC e artigo 1°, incisos IV, V e VI do Decreto-Lei 779/69.

Retifique-se a autuação para fazer constar o processamento da remessa oficial.

3. Da prescrição das diferenças salariais

O reclamado argui a prescrição total do direito da autora de pleitear diferenças salariais.

Sem razão.

No caso dos autos, a autora pleiteou o pagamento de diferenças em consequência de lesão que alega decorrer de descumprimento reiterado de obrigação contratual de trato sucessivo e não ato único do empregador, se sorte que a prescrição aplicável é a parcial, pelo que decido **negar provimento**, nestes termos consignando as razões de decidir para fins de prequestionamento.

4. Das diferenças salariais e reflexos

O reclamado se insurge contra a condenação ao pagamento de diferenças salariais decorrentes do reajuste salarial, bem como reflexos em DSR, sustentando ter havido violação ao disposto nos artigos 37, *caput* e inciso X e 169, ambos da Constituição Federal, Lei Complementar 101/2000 e Súmula 339 do STF.

Pois bem.

Tenho entendido que a concessão de abono com natureza salarial, em valor fixo, a todos os empregados e servidores públicos municipais provoca achatamento das referências e configura inequívoca distinção de índices, assim violando o disposto no inciso X do artigo 37 da CF/88.

Tal posicionamento está em consonância com as Súmulas 68 e 81 deste E. TRT 15 *in verbis*:

> *68 - "LEI MUNICIPAL. REVISÃO SALARIAL EM VALOR FIXO. ABONOS. INCORPORAÇÃO. REAJUSTE EM PERCENTUAIS DIFERENCIADOS. O artigo 37, inciso X, da Constituição Federal prevê a revisão geral anual da remuneração dos servidores públicos na mesma data e sem distinção de índices. A concessão de reajuste em valor fixo e idêntico para todos os servidores viola o referido dispositivo constitucional, pois acarreta majoração salarial diferenciada, o que acaba por gerar direito a diferenças como forma de corrigir a distorção provocada." (*RESOLUÇÃO ADMINISTRATIVA Nº 009/2016, de 25 de julho de 2016 - *Divulgada no D.E.J.T de 27/07/2016, pág. 01; D.E.J.T de 28/07/2016, págs. 01-02; D.E.J.T de 29/07/2016, pág. 01, g.n.)"*
>
> *81 - "LEI MUNICIPAL. REVISÃO SALARIAL EM VALOR FIXO. INCORPORAÇÃO. REAJUSTE EM PERCENTUAIS DIFERENCIADOS. LIMITAÇÃO AO INPC. IMPOSSIBILIDADE. ART. 37, X, DA CF/88. A revisão salarial em valor fixo acarreta a concessão de índices distintos de correção entre as faixas salariais. Devidas as diferenças, com base no maior índice de reajuste recebido pelos servidores, sem limitação ao INPC. Inteligência do art. 37, X, da CF/88." (*RESOLUÇÃO ADMINISTRATIVA Nº 18/2016, de 25 de outubro de 2016 - *Divulgada no D.E.J.T. de 27/10/2016, pág. 02; D.E.J.T. de 28/10/2016, págs. 01-02; no D.E.J.T. de 03/11/2016, pág. 02, g.n.)*

Contudo, esta Câmara decidiu rever o posicionamento anteriormente adotado sobre a matéria, em observância à recente jurisprudência do E. Supremo Tribunal Federal.

Com efeito, no r. acórdão proferido no Agravo Regimental na Reclamação 27.443 SP, de relatoria do Ministro Dias Toffoli, a questão foi decidida pela 2ª Turma do E. STF em 01/12/2017, de forma unânime, nos seguintes termos:

"AG.REG. NA RECLAMAÇÃO 27.443 SÃO PAULO
RELATOR :MIN. DIAS TOFFOLI
AGTE.(S) :A.L.S.B.
ADV.(A/S) :J. DE L.R.M.
AGDO.(A/S) :MUNICÍPIO DE MOGI-GUACU
ADV.(A/S) :PROCURADOR-GERAL DO MUNICÍPIO DE MOGI GUAÇU
INTDO.(A/S) :TRIBUNAL REGIONAL DO TRABALHO DA 15ª REGIÃO
ADV.(A/S) :SEM REPRESENTAÇÃO NOS AUTOS

EMENTA

Agravo regimental na reclamação. Súmula Vinculante nº 37. Leis Municipais nºs 1.000/2009 e 1.121/2011 do Município de Mogi-Guaçu. Reajustes de 17,74% e 18,33%. Ausência de previsão legal. Princípio da isonomia. Agravo regimental não provido.

1. É defeso ao Poder Judiciário, com fundamento no princípio da isonomia, conceder reajuste remuneratório sem a devida previsão legal que importe em aumento de vencimentos de servidores, sob pena de violar o conteúdo da Súmula Vinculante nº 37.

2. Agravo regimental não provido.

RELATÓRIO

Cuida-se de agravo regimental em reclamação constitucional interposto por A.L.S.B. com o objetivo de submeter ao crivo do colegiado do Supremo Tribunal Federal decisão monocrática mediante a qual julguei procedente a reclamação para cassar a decisão proferida no Processo nº 0010443-61.2014.5.15.0071, para que outra fosse proferida observando-se a Súmula Vinculante nº 37.

A.L.S.B. defende que não há que se falar em ofensa à Súmula Vinculante nº 37. Em suas razões, sustenta que não se trata de aumento de vencimentos com fundamento no princípio da isonomia. Argumenta que

"[o] pedido da agravante nos autos da reclamação trabalhista n. 0010443-61.2014.5.15.0071, visa tão somente a correção de

distorção provocada pelo Município agravado, que ao realizar a ***revisão geral*** *anual de salários, o fez, determinando a incorporação de um abono em valor fixo aos salários dos servidores,* ***violando a garantia contida no artigo 37, inciso X da Lei Maior.***

Com efeito, é incontroverso nos presentes autos, que, o município ao determinar a integração de abono fixo de R$ 100,00 (cem reais) aos salários de seus servidores (frise-se, através de lei municipal), independentemente da faixa salarial de cada um, ***acabou por alterar a natureza jurídica da verba, que deixou de ser um mero abono, cuja característica é a provisoriedade, passando a integrar de forma definitiva o salário dos servidores, a título de revisão anual, justamente na forma do artigo 37, X, da Carta Magna****".*

Dessa perspectiva, aduz que a Administração Pública violou preceito constitucionalmente expresso no art. 37, X, da CF/88 ao realizar revisão geral anual em percentuais distintos para cada servidor, motivo pelo qual postulou, em juízo, a correção da distorção perpetrada.

Requer o provimento do recurso para que seja restabelecido o acórdão prolatado no Processo nº 0010443-61.2014.5.15.0071, negando-se seguimento à reclamação.

É o relatório.

VOTO

As alegações da agravante não se mostram suficientes para infirmar a decisão agravada, motivo pelo qual a irresignação não comporta êxito.

Conforme assentei na decisão agravada, a Súmula Vinculante nº 37 deriva de proposta de conversão da Súmula nº 339/STF em enunciado com força vinculante, a qual aprovada nos autos da PSV nº 88, por unanimidade, ante a existência de inúmeras decisões do STF, contemporâneas ao julgamento da PSV, no sentido do entendimento jurisprudencial consolidado desde o ano de 1963.

No julgamento da PSV nº 88, o Ministro Presidente ***Ricardo Lewandowski*** *consignou o seguinte:*

"Recentemente a orientação jurisprudencial condensada na Súmula 339-STF ganhou ainda mais força, após o julgamento de mérito, sob a sistemática da repercussão geral, do RE 592.317/RJ, Rel. Min. Gilmar Mendes, ocasião em que este Plenário, reafirmando o referido enunciado, asseverou 'que a jurisprudência do STF seria pacífica no sentido de que ***o aumento de vencimentos de servidores dependeria de lei*** *e não poderia ser efetuado apenas com base no princípio da isonomia' (Informativo STF 756)" (grifei)*

(...)

Prevaleceu o entendimento de que o Poder Judiciário não é competente para estender benefício a servidor com fundamento na isonomia, extrapolando a hipótese legal, sob pena de atuar como legislador positivo, em afronta à Constituição Federal.

Ao editar a SV nº 37, o STF pretendeu ***evidenciar norma exarada na primeira parte do inciso X do art. 37 da CF/88*** *- segundo a qual "a remuneração dos servidores públicos e o subsídio de que trata o § 4º do art. 39 somente poderão ser fixados ou alterados por lei específica, observada a iniciativa privativa em cada caso"* ***- para orientar a atuação do Poder Judiciário*** *em demandas apresentadas por servidor público com o objetivo de receber e incorporar parcelas remuneratórias.*

O direito controvertido na ação objeto da presente reclamação está amparado no art. 1º da Lei Municipal nº 1.000/2009, que assim dispõe:

"Art. 1º Ficam incorporados às referências de vencimentos e salários dos cargos e empregos públicos municipais o Abono Especial de R$ 30,00 (trinta reais) e o Abono Especial por Assiduidade de 3% (três por cento) do respectivo salário base ou vencimento, concedidos pela Lei Complementar nº 988, de 19/01/2009, art. 1º 'caput' e parágrafo único".

Também encontra-se agasalhado pelo art. 1º da Lei Municipal nº 1.121/2011, que determina:

"Art. 1º Fica incorporada, a partir de 01/04/2011, às referências de vencimentos dos cargos e empregos públicos municipais, a parcela mensal do Abono Especial concedido pela Lei Complementar nº 1.056, de 18.05.2010, no valor de R$ 100,00 (cem reais).

Parágrafo único – Os valores dos padrões de vencimentos dos servidores públicos municipais passam a ser os constantes do Anexo único, que faz parte desta Lei Complementar."

No caso, por se tratar de direito concedido em valor uniforme aos servidores públicos civis municipais, a parcela foi reconhecida pelo Juízo reclamado como "revisão geral anual", cujo índice foi apurado a partir da ponderação entre os valores de R$ 30,00 (trinta reais) e R$ 100,00 (cem reais) e a menor remuneração devida a servidor público civil da administração municipal, a fim de se garantir a isonomia remuneratória.

Em outras palavras, sob o fundamento de assegurar ***a isonomia*** *entre servidores públicos municipais,* ***o direito foi deferido pelo Poder Judiciário como parcela calculada em percentuais de 17,74% (dezessete inteiros e setenta e quatro por cento), entre 2009 e 2011, e de 18,33% (dezoito inteiros e trinta e três por cento), a partir de 2011, sobre a remuneração*** *do cargo público titularizado, a título de revisão geral anual;* ***não obstante os direitos terem sido instituídos pelo legislador nos valores R$ 30,00 (trinta reais) e R$ 100,00 (cem reais), respectivamente****, a título de "abono especial"; –* ***resultando em uma concessão de aumento remuneratório a servidor público sem previsão legal****, em afronta à SV nº 37, cuja redação transcrevo:*

"Não cabe ao Poder Judiciário, que não tem função legislativa, aumentar vencimentos de servidores públicos sob o fundamento de isonomia."

Por oportuno, ressalte-se que tanto a Primeira como a Segunda Turma do STF, em casos análogos, vem entendendo que a concessão, por decisão judicial, de diferenças salariais relativas a 13,23% a servidores públicos federais, por força do que dispõe o art. 1º da Lei nº 10.698/2003, sem o devido amparo legal, viola o teor da Súmula Vinculante nº 37. A propósito:

"Reclamação. 2. Direito Administrativo. 3. Servidores públicos. 4. Incorporação da vantagem referente aos 13,23%. Lei 10.698/2003. 5. Ações que visam à defesa do texto constitucional. O julgador não está limitado aos fundamentos jurídicos indicados pelas partes. Causa petendi aberta. 6. Órgão fracionário afastou a aplicação do dispositivo legal sem observância do art. 97 da CF (reserva de plenário). Interpretação conforme a Constituição

configura claro juízo de controle de constitucionalidade. Violação à Súmula Vinculante n. 10. 7. É vedado ao Poder Judiciário conceder reajuste com base no princípio da isonomia. Ofensa à Súmula Vinculante 37. 8. Reclamação julgada procedente" (Rcl nº 14.872/DF, Relator o Ministro ***Gilmar Mendes****, DJe de 29/6/2016).*

(...)

"RECLAMAÇÃO – AGRAVO INTERNO – SERVIDOR PÚBLICO – INCORPORAÇÃO DA VANTAGEM DE 13,23% – CONCESSÃO DE REAJUSTE, PELO PODER JUDICIÁRIO, COM BASE NO PRINCÍPIO DA ISONOMIA – INADMISSIBILIDADE – RESERVA DE LEI E POSTULADO DA SEPARAÇÃO DE PODERES – SÚMULA VINCULANTE Nº 37/ STF – APLICABILIDADE AO CASO – PRECEDENTES – PARECER DA PROCURADORIA-GERAL DA REPÚBLICA PELO NÃO PROVIMENTO DA POSTULAÇÃO RECURSAL –RECURSO DE AGRAVO IMPROVIDO" (Rcl nº 24.272/DF-AgR, Segunda Turma, Relator o Ministro ***Celso de Mello****, DJe de 16/5/17).*

(...)

Ante o exposto, nego provimento ao agravo regimental.

É como voto."

Depreende-se do acórdão transcrito que o E. STF tem entendido que, nos casos em que os entes públicos concedem abonos em valor fixo, a correção desta distorção remuneratória deve ser feita pelo Executivo. Assim não cabe ao Judiciário deferir o pagamento de diferenças salariais, pois configura violação à Súmula Vinculante nº 37, **já que implica na majoração da remuneração de servidor.**

Portanto, o E. STF considera que o deferimento de diferenças salariais pelo Poder Judiciário viola preceito constitucional evidenciado pela Súmula Vinculante nº 37, com referência à primeira parte do art. 37, X, da CF, ao determinar que a remuneração dos servidores públicos só pode ser fixada ou alterada **por lei específica, observada a iniciativa privativa, que, no caso, é do Poder Executivo local,** tendo acórdão anteriormente referido adotado como *ratio decidendi* que *"o Poder Judiciário não é competente para estender benefício a servidor com fundamento na isonomia, extrapolando a hipótese legal, sob pena de atuar como legislador positivo, em afronta à Constituição Federa*l.

Tendo em vista que o sistema de precedentes, com efeito vinculante previsto no artigo 926 e seguintes do CPC/2015 é aplicável nos termos dos

artigos 15 do CPC e 769 da CLT, por ser compatível com o processo trabalhista, deve prevalecer a jurisprudência do C. STF, a despeito do disposto nas Súmulas 68 e 81 deste Tribunal Regional.

Destarte, com ressalva de meu entendimento pessoal, com fundamento nos incisos IV e V do artigo 932 do CPC/2015, decido reformar a r. sentença de Origem para excluir a condenação ao pagamento de diferenças salariais, sob o fundamento vinculante estabelecido pelo C. STF no sentido de que a remuneração dos servidores públicos só pode ser fixada ou alterada por lei específica, de iniciativa privativa do Poder Executivo não cabendo ao Poder Judiciário estender benefício a servidores com fundamento na isonomia, sob pena de atuar como legislador positivo, em afronta à Constituição Federal de 1988.

Neste sentido, já decidiu esta Câmara, em votação unânime, da qual participei, nos processos nºs 0010373-23.2017.5.15.0141, 0011428-43.2016.5.15.0141 e 0011642-98.2016.5.15.0055, de relatoria do Exmo. Desembargador Renan Ravel Rodrigues Fagundes, em sessão realizada em 08/05/2018.

Destarte, decido **dar provimento** ao recurso do reclamado para excluir da condenação o pagamento de diferenças salariais, julgando improcedente a ação, nestes termos consignando as razões de decidir para fins de prequestionamento.

5. Das contribuições previdenciárias
Dos honorários advocatícios

Revertido o decreto de parcial procedência para improcedência, não há falar no pagamento/recolhimento das verbas em epígrafe, pelo que decido **dar provimento** ao recurso do reclamado para excluir da condenação o pagamento de: **1)** diferenças salariais; **2)** honorários advocatícios e recolhimentos previdenciários, **julgando improcedente a ação.**

POR TAIS FUNDAMENTOS, decido **conhecer** e **dar provimento** ao recurso do reclamado para excluir a condenação ao pagamento de: **1)** diferenças salariais; **2)** honorários advocatícios e recolhimentos previdenciários, **julgando improcedente a ação,** tudo nos termos da fundamentação.

Custas, em reversão, calculadas sobre o valor da causa (R$ 10.000,00), no importe de R$ 200,00, pela reclamante, da qual fica isento nos termos da lei.

TEREZA APARECIDA ASTA GEMIGNANI
Desembargadora do Trabalho
Relatora

ÍNDICE DE ASSUNTOS

Acordo
Ação, p. 184
Cível, p. 184
Improbidade administrativa, p. 184
Não persecução, p. 184
Reparação, p. 184

Colaboração Premiada Coletiva
Direito Processual Penal Coletivo, p. 199

Crimes vagos
Globalização, p. 81
Justiça restaurativa, p. 81
Sociedade do risco, p. 81

Direito
Contextos, p. 155
Ecolinguística, p. 155
Interação, p. 155
Linguagem, p. 155

Judicialização da política
Análise institucional comparativa, p. 138
Escolha racional, p. 138
Modelo centrado na participação, p. 138
Políticas públicas, p. 138

Ministério Público
Ações de Família, p. 266
Constituição Federal, p. 266
Lei Maria da Penha, p. 266
Processo Civil, p. 266

Município
Concessão de abono em valores fixos, p. 302
Conflito entre súmulas, p. 302
Distinção de índices, p. 302
Sistema de precedentes, p. 302

Norma constitucional
Direito intertemporal, p. 278
Mutação, p. 278
Recepção, p. 278
Repristinação, p. 278

Ordenamento jurídico
Antinomia, p. 62
Coerência, p. 62
Completude, p. 62
Unidade, p. 62

Pessoa com deficiência
O papel do Ministério Público brasileiro, p. 168

PIC
BIC, p. 100
Impunidade, p. 100
Indiciamento, p. 100
Registro criminal, p. 100

Precedentes
Decisões, p. 45
Princípio da presunção de Inocência, p. 45
Segurança Jurídica, p. 45
Supremo Tribunal Federal, p. 45

Processo
Prova, p. 222
Standard, p. 222
Técnica, p. 222

Processo Coletivo
Competência, p. 287
Forum shopping, p. 287
Ministério Público, p. 287
Processo civil, p. 287

Proposta de Emenda Constitucional nº 37
Inconstitucionalidade, p. 16

Ministério Público, p. 16
Teoria dos Poderes Implícitos, p. 16

Tutela

Civil, p. 113
Constituição, p. 113
Estabilização, p. 113
Evidência, p. 113
Federal, p. 113
Novo, p. 113
Processo, p. 113
Provisória, p. 113
Urgência, p. 113

SUBJECT INDEX

Agreement
Action, p. 199
Administrative dishonesty, p. 199
Civil, p. 199
Non-persecution, p. 199
Repair, p. 199

Collective Prize Collaboration
Collective Criminal Procedural Law, p. 219

Collective Process
Competence, p. 300
Civil Procedure, p. 300
Forum shopping, p. 300
Public Prosecutor's Office, p. 300

Constitutional Amendment No 37
Implied Powers Doctrine, p. 42
Public Prosecutor's Office, p. 42
Unconstitutionality, p. 42

Constitutional norm
Intertemporal law, p. 286
Mutation, p. 286
Reception, p. 286
Repristination, p. 286

Guardianship
Civil, p. 136
Constitution, p. 136
Evidence, p. 136
Federal, p. 136
New, p. 136
Process, p. 136
Provisional, p. 136
Stabilization, p. 136
Urgency, p. 136

Judicialization of politics

Comparative institutional analysis, p. 152
Participation centered model, p. 152
Public policies, p. 152
Rational choice, p. 152

Law

Contexts, p. 166
Ecolinguistics, p. 166
Interaction, p. 166
Language, p. 166

Legal order

Antinomy, p. 79
Coherence, p. 79
Completeness, p. 79
Unity, p. 79

Persons with disabilities

The role of the Brazilian Ministério Público, p. 182

PIC

BIC, p. 109
Criminal record, p. 109
Impunity, p. 109
Indictment, p. 109

Precedents

Decisions, p. 59
Federal Court of Justice, p. 59
Legal security, p. 59
Principle of Innocence, p. 59

Process

Proof, p. 263
Standard, p. 263
Technique, p. 263

State Prosecution Service
Civil Lawsuit, p. 277
Family law causes, p. 277
Federal Constitution, p. 277
Maria da Penha Law, p. 277

Vague crimes
Globalization, p. 98
Restorative justice, p. 98
Society of the risk, p. 98

ÍNDICE DE AUTORES

AUTHORS INDEX

ALMEIDA, Y. D. F., p. 81

ANDRADE, T. L. S., p. 154

CASTRO, C. B. De, p. 222

CHAGAS, A. L., p. 112

FRIEDE, R., p. 62 / 278

LUPO, F. P., p. 100

MARQUES JUNIOR, M. M., p. 266

MAZZILLI, H. N., p. 168

MENEZES, D. F. N., p. 287

NELSON, R. A. R. R., p. 15

OLIVEIRA, J. R. de, p. 44

OLIVEIRA, M. R., p. 287

PAULA, M. A. J. de, p. 138

PUGLIESE, W. S., p. 44

SAMPAIO, A. de L., p. 44

SAMPAIO, J. C. de O., p. 184

SANTOS, S. Z. dos, p. 199

Projeto Gráfico

futura!dcr

Nosso agradecimento especial à “Agência Futura!dcr Propaganda”
e ao Sr. Augusto Diegues, pelo apoio nesta empreitada.

PROCURADORIA
GERAL DE JUSTIÇA

ASSOCIAÇÃO
PAULISTA DO
MINISTÉRIO
PÚBLICO

ISSN 0101-949X