

REVISTA

CADERNO VIRTUAL

VOLUME 3 - EDIÇÃO 45

ago/nov. 2019 ISSN: 1981-3759

**PROCESSO CIVIL
EM DESTAQUE**

**Caderno Virtual, Brasília, v. 3, n.
45, Ago/nov. 2019**

ISSN: 1981-3759

Editores Chefes

Prof^a. Janete Ricken Lopes de Barros, IDP
Prof^a. Ariadne Moreira B. de Oliveira, IDP
Prof^a. Eduarda Toscani Gindri, IDP

Conselho Editorial

Prof^o. José dos Santos Carvalho Filho, IDP
Prof^a. Luciana Silva Garcia, IDP
Prof^o. Atalá Correia, IDP
Prof^o. Raphael Peixoto de Paula Marques, IDP
Prof^a. Olívia Rocha Freitas, IDP
Prof^o. Fábio Lima Quintas, IDP
Prof^o. Marcelo Proença, IDP
Prof^a. Marilda Silveira, IDP
Prof^o. Ulisses Schwarz Viana, IDP
Prof^o. Felipe Cortês, IDP
Prof^o. Pedro Palotti, IDP
Prof^o. Leandro do Nascimento Rodrigues, IDP
Prof^o. Mário Augusto Carboni, IDP
Prof^o. Bruno Magalhães D'Abadia, IDP
Prof^o. Daniel Falcão, IDP
Prof^o. Guilherme Pupe, IDP
Prof^o. Paulo Mendes, IDP
Prof^o. Rodrigo Mendonça, IDP
Prof^o. José Henrique Mouta, IDP
Prof^a. Olivia Freitas, IDP

Comitê Executivo

Renan Silveira Holtermann
Matheus Brito Fechine

Design

Júlia Pedrinha Soares

REVISTA

**CADERNO
VIRTUAL**

SUMÁRIO

Carta Editorial

Janete Ricken Lopes de Barros, Ariadne Moreira Basílio de Oliveira, Eduarda Toscani Gindri

Artigos dos integrantes da ABPC – Associação Brasileira de Direito Processual Civil

PROCESSAMENTO DO IAC: QUESTÕES DE ORDEM PRÁTICA

Ana Carolina Andrada Arrais Caputo Bastos

O STARE DECIDIS HORIZONTAL: QUANDO DISTINGUIR O DESCUMPRIMENTO DA SUPERAÇÃO DO PRECEDENTE?

Ana Karenina Ramalho Andrade

RECURSOS ESPECIAIS REPETITIVOS: UNIVERSALIDADE E UNIFORMIDADE DE DECISÕES E O PAPEL CONSTITUCIONAL DO STJ

André Macedo de Oliveira

RACIONALIDADE E IGUALDADE – SOBRESTAMENTO E DEVOLUÇÃO DE AUTOS, COM MATÉRIA REPETITIVA (STJ) OU COM REPERCUSSÃO GERAL (STF), AOS TRIBUNAIS DE ORIGEM

Jefferson Carús Guedes e Maurício Alves Santana e Maurício Alves Santana

A TRANSCENDÊNCIA DOS MOTIVOS DETERMINANTES NO CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE E O CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL DE 2015.

João Roberto Machado Neves de Oliveira

O PAPEL DAS CORTES SUPERIORES

Jorge Amaury Maia Nunes

A SUPREMACIA CONSTITUCIONAL E A APROXIMAÇÃO DOS INSTRUMENTOS DE CONTROLE DIFUSO E CONCENTRADO EM DECORRÊNCIA DA REPERCUSSÃO GERAL NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO

José Henrique Mouta Araújo

A REPERCUSSÃO GERAL COMO CONCEITO JURÍDICO INDETERMINADO E OS PARÂMETROS DE DWORKIN

Juliano Ricardo de Vasconcellos Costa Couto

IMPUGNAÇÃO COMO FORMA DE IMPEDIR A ESTABILIZAÇÃO DA TUTELA ANTECIPADA

Lenda Tariana Dib Faria Neves

O PREQUESTIONAMENTO NO STJ.

Leonardo Fernandes Ranña e Eduardo de Alencar Araripe Diniz

O FUTURO DA RECLAMAÇÃO CONTRA O DESCUMPRIMENTO DE DECISÃO EM RECURSO ESPECIAL REPETITIVO

Osmar Mendes Paixão Côrtes

QUAL O QUÓRUM NECESSÁRIO PARA A MODULAÇÃO DE EFEITOS?

Paulo Mendes de Oliveira

Artigos Acadêmicos

DO PAPEL DO DELEGADO DE POLÍCIA NAS NEGOCIAÇÕES DO ACORDO DE COLABORAÇÃO PREMIADA

Arthur Pereira de Jesus

ATA NOTARIAL COMO MEIO DE PROVA: DIVERGÊNCIA ENTRE O CONTEÚDO DA ATA E O RESULTADO DA PROVA PERICIAL

Caio Victor Ribeiro dos Santos e Hugo Lemes

APLICAÇÃO DOS PRECEDENTES JUDICIAIS NO ÂMBITO DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

Dayse Simeão Pereira

RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO PELA VIOLAÇÃO AO PRINCÍPIO
CONSTITUCIONAL DA RAZOÁVEL DURAÇÃO DO PROCESSO

Débora Pereira Gonçalves

EFICIÊNCIA TÉCNICA E DE ESCALA NA AGROPECUARIA DO ESTADO DE
MATO GROSSO (MT), BRASIL.

Jorge Luis Triana Riveros, Lizeth Cristina Chatez Ortega e Manuel Guzman Muñoz

O DEVER DE MOTIVAÇÃO DAS DECISÕES JUDICIAIS EM FACE DO LIVRE
CONVENCIMENTO: ANÁLISE EM UM UNIVERSO DE JUDICIALIZAÇÃO DA
POLÍTICA E ATIVISMO JUDICIAL - O SUJEITO SOLIPSISTA QUE NÃO SE
ADMITE.

Lucas Trompieri Rodrigues

AS PESSOAS COM DEFICIÊNCIAS E O PROCESSO ELEITORAL NO BRASIL

Luiz Clóvis Guido Ribeiro

A INSTITUCIONALIZAÇÃO DO PROCESSO DE REVISÃO DE DESPESAS NO
BRASIL: PERSPECTIVAS LEGISLATIVAS PARA IMPLEMENTAÇÃO DE UM
MODELO DE REVISÃO DE DESPESAS NO GOVERNO FEDERAL

Raul Greenhalgh Garcia Junior

VIOLÊNCIA OBSTÉTRICA ENQUANTO VIOLÊNCIA DE GÊNERO E SEU VIÉS
RACIAL

Roberta Cordeiro de Melo Magalhães

A COMPETÊNCIA EXCLUSIVA COMO MEIO DE ATINGIR O ESCOPO DA
AÇÃO DE RECUPERAÇÃO JUDICIAL

Julia de Baére Cavalcanti d'Albuquerque e Tadeu Alves Sena Gomes

O PRINCÍPIO DO IN DUBIO PRO REO COMO LIMITAÇÃO À
FUNDAMENTAÇÃO DA DECISÃO DE PRONÚNCIA

Yuri Coelho Dias

REVISTA CADERNO VIRTUAL

Carta Editorial

A presente edição da revista Caderno Virtual (CV) - publicação oficial da Escola de Direito e de Administração Pública - EDAP, do Instituto Brasiliense de Direito Público (IDP) - traz aos seus leitores um conjunto de artigos organizados em duas partes, tendo a edição geral a temática "Processo Civil em Destaque".

A primeira parte é composta pela participação especial de professores da Associação Brasiliense de Direito Processual Civil – APBC e traz uma importante contribuição acerca dos principais temas debatidos no âmbito do Processo Civil contemporâneo. Os seguintes integrantes da ABPC contribuíram para esta edição: Ana Carolina Andrada Arrais Caputo Bastos; Ana Karenina Ramalho Andrade; André Macedo de Oliveira; Jefferson Carús Guedes e Maurício Alves Santana; João Roberto Machado Neves de Oliveira; Jorge Amaury Maia Nunes; José Henrique Mouta Araújo; Juliano Ricardo de Vasconcellos Costa Couto; Lenda Tariana Dib Faria Neves; Leonardo Fernandes Ranña e Eduardo de Alencar Araripe Diniz; Oscar Mendes Paixão Côrtes; Paulo Mendes de Oliveira.

A segunda parte traz artigos acadêmicos produzidos por professores e alunos da Escola de Direito e de Administração Pública – EDAP, bem como trabalhos produzidos por autores, professores e alunos, integrantes de outros programas nacionais de pós-graduação, mestrado e doutorado, aprovados pelo sistema *duplo blind review*.

A presente edição visa proporcionar um espaço de divulgação de teses e de ideias no âmbito do Direito, da Economia e da Administração Pública, promovendo o debate qualificado acerca de temas relevantes da pesquisa científica envolvendo temas interdisciplinares. Trata-se de uma revista com periodicidade trimestral destinada a publicar trabalhos de qualidade científica para fomentar o debate acadêmico.

O Caderno Virtual objetiva, ainda, ser um espaço de atualização bibliográfica constante para a comunidade acadêmica do IDP e do país. O escopo editorial da revista passa a contemplar as seguintes linhas de pesquisa: a) Processo, Jurisdição Constitucional, Direitos e Garantias Fundamentais; b) Direito Privado e Constituição; c) Gestão Governamental e Políticas Públicas e d) Economia, Finanças e Desenvolvimento.

A fim de adequar-se aos quesitos estabelecidos pela regulação do Qualis Periódico, o CV conta com Equipe Editorial definida, por meio de

Conselho Editorial, Comitê Executivo e Editores Chefes, que se organizam para garantir o processo avaliativo sob o sistema do *duplo blind review* e ao convite para publicação de autores estrangeiros e pesquisadores de renome nacional e internacional.

É com grande satisfação que o Centro de Pesquisa (CEPES) em conjunto com as Coordenações dos Cursos de Graduação, Pós-Graduação Lato Sensu e Pós-Graduação Stricto Sensu, apresentam a presente edição do Caderno Virtual.

Diante de todo o material qualificado reunido na presente edição, esperamos que a revista contribua para promover discussões, debates e divulgação de conhecimento científico qualificado.

Prof^a. Janete Ricken Lopes de
Barros

Prof^a. Ariadne Moreira Basílio de
Oliveira

Prof^a. Eduarda Toscani Gindri

Editoras Chefes

PROCESSAMENTO DO IAC: QUESTÕES DE ORDEM PRÁTICA

Ana Carolina Andrada Arrais Caputo Bastos

Mestranda em Direito pela *Università degli Studi di Roma Tor Vergata*.

Diretora jurídica da Associação Brasileira de Direito Processual Civil (ABPC).

Sócia do escritório Caputo Bastos e Fruet Advogados.

Resumo: o presente estudo busca analisar, à luz das premissas estabelecidas no art. 947 do Código de Processo Civil (CPC/15), as regras atinentes ao processamento do Incidente de Assunção de Competência (IAC). Diante da evidente lacuna deixada pelo legislador, volta-se o olhar para as demais normas do microsistema de formação concentrada de precedentes obrigatórios, bem assim para as disposições dos Regimentos Internos do Superior Tribunal de Justiça (STJ) e dos Tribunais Regionais Federais (TRF), a fim de se tentar extrair a melhor técnica quanto à admissão e ao julgamento do incidente. Faz-se, igualmente, um exame dos casos concretos processados pelo STJ.

Palavras-chave: precedentes obrigatórios – incidente de assunção de competência – processo civil.

1. INTRODUÇÃO

Observa-se que o Incidente de Assunção de Competência (IAC), mesmo após três anos de vigência do Código de Processo Civil (CPC/15), segue sendo uma ferramenta incomum e pouco explorada. Apesar de ser uma das novidades introduzidas pelo legislador, não há muitos registros do incidente nos Tribunais Regionais Federais (TRF), tampouco no Superior Tribunal de Justiça (STJ).¹

No Supremo Tribunal Federal (STF), o IAC só foi introduzido formalmente como nova classe processual por meio da Resolução n. 604, de 11 de dezembro de

¹ Esclareça-se que, muito embora o IAC também seja cabível no âmbito dos Tribunais de Justiça, a jurisprudência estadual não foi objeto de observação para fins do presente estudo.

2017²⁻³, ou seja, algum tempo depois da entrada em vigor do CPC/15. Desde então, localizou-se uma única proposta de afetação apresentada por uma das partes, mas que foi negada monocraticamente, sem que tivesse dado ensejo à reautuação dos autos⁴.

Cumpra identificar, assim, os motivos que levaram o IAC a ser tão diferente do Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas (IRDR), por exemplo, que apresenta números bem mais expressivos. Nesse contexto, busca-se saber se o cabimento do IAC seria de fato uma medida excepcional ou se, na verdade, há pouco entendimento a seu respeito.

2. VISÃO GERAL DO IAC

O art. 927 do CPC/15 inclui o IAC no rol dos precedentes obrigatórios, isto é, dentre aqueles que devem ser de estrita observância pelos juízes e tribunais. Tanto é assim, que desafia o ajuizamento de Reclamação (art. 988, inciso IV do CPC/15). Luís Roberto Barroso e Patrícia Perrone o identificam, portanto, como sendo de “*eficácia normativa em sentido forte*”⁵. É também chamado de precedente qualificado (art. 121-A do RISTJ).

Nota-se que o IAC surge em um contexto de fortalecimento do atual sistema de precedentes obrigatórios, cuja premissa básica é a uniformização da jurisprudência dos

² “STF publica resolução com novas classes processuais”. Disponível em: <<http://stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=365115>>. Acesso em: 10nov2019.

³ A par de não trazer nenhuma consideração quanto ao processamento do IAC, a Resolução n. 604/2017 não alterou o Regimento Interno do STF. Assim, o incidente sequer consta no texto regimental.

⁴ A proposta foi suscitada por uma das partes, mas o Relator, Ministro Luiz Fux, entendeu que não havia nada a prover, “*ante o esgotamento da prestação jurisdicional por esta Suprema Corte, consubstanciado no trânsito em julgado do acórdão proferido pela Primeira Turma do STF*”. BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Reclamação n. 26.339/RS**. Relator: Ministro Luiz Fux. Brasília, 1 mar. 2019. Diário de Justiça Eletrônico. Disponível em: <<http://stf.jus.br/portal/jurisprudencia/visualizarEmenta.asp?s1=000131547&base=baseMonocraticas>>. Acesso em: 10 nov. 2019.

⁵ BARROSO, Luís Roberto; Campos Mello, Patrícia Perrone. Trabalhando com uma nova lógica: a ascensão dos precedentes no direito brasileiro. **Revista da AGU**. Brasília, v. 15, n. 03, jul./set. 2016, p. 22.

tribunais e o dever de que se mantenha estável, íntegra e coerente (art. 926 do CPC/15)⁶. Exige-se, mais do que nunca, previsibilidade das decisões judiciais.

2.1. Pressupostos legais

No IAC, pressupõe-se que o julgamento do recurso, da remessa necessária ou do processo de competência originária no qual é suscitado envolva (i) relevante questão de direito, (ii) com grande repercussão social. Há, ademais, um requisito negativo, no sentido de que (iii) a matéria não seja discutida em múltiplos processos (art. 947 *caput* do CPC/15).

A “grande repercussão social” que autoriza a instauração do IAC abrange, dentre outras, a repercussão jurídica, econômica ou política da controvérsia. É o que consta no Enunciado n. 469 do Fórum Permanente de Processualistas Civis (FPPC)⁷, encontro que reúne especialistas de todo o país e cuja premissa básica é a aprovação – necessariamente por unanimidade – de verbetes que orientem a interpretação e a aplicação das normas processuais.

O julgamento do incidente somente ocorrerá, no entanto, se o respectivo órgão reconhecer a existência de interesse público na controvérsia (art. 947, § 2º do CPC/15). Embora se pudesse pensar que se trata de um novo requisito de admissibilidade do IAC, cumpre observar que a suposta exigência surge apenas quando já houve a admissão do incidente.

⁶ Ao fazer referência a doutrinadores como Daniel Mitidiero e Humberto Ávila, o Plenário do STF consignou a importância desse comando no ordenamento jurídico, tendo em vista que “a vinculação vertical e horizontal decorrente do *stare decisis* relaciona-se umbilicalmente à segurança jurídica, que impõe imediatamente a imprescindibilidade de o direito ser cognoscível, estável, confiável e efetivo, mediante a formação e o respeito aos precedentes como meio geral para obtenção da tutela dos direitos”. BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário n. 655.265/DF**. Relator: Ministro Luiz Fux. Brasília, 5 ago. 2016. Diário de Justiça Eletrônico. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=11465268>>. Acesso em 10 nov. 2019.

⁷ **Enunciado n. 469 do FPPC**: “A ‘grande repercussão social’, pressuposto para a instauração do incidente de assunção de competência, abrange, dentre outras, repercussão jurídica, econômica ou política”. Disponível em: <[https://www.academia.edu/38626264/Enunciados do F%C3%B3rum Permanente de Processualistas Civis - FPPC - 2019](https://www.academia.edu/38626264/Enunciados_do_F%C3%B3rum_Permanente_de_Processualistas_Civis_-_FPPC_-_2019)>. Acesso em 11 nov. 2019.

Sendo assim, Luiz Guilherme Marinoni⁸ defende que o legislador, na verdade, pretendeu evidenciar que o órgão competente para julgar o IAC pode afirmar (ou não) razão suficiente para a assunção da competência. Mais do que isso, complementa dizendo que, das locuções “interesse público” e “grande repercussão social”, extraem-se previsões similares, de modo que qualquer uma delas poderia embasar a admissão ou o julgamento do IAC.

Admite-se o IAC, ainda, quando for conveniente a prevenção ou a composição de divergência entre câmaras ou turmas de um mesmo tribunal (art. 947, § 4º do CPC/15). Fredie Didier Jr. e Leonardo Carneiro da Cunha defendem que se trata de uma reformulação do incidente mencionado no art. 555, § 1º do CPC/73⁹. Por outro lado, Georges Abboud e Ricardo Yamin Fernandes estabelecem um paralelo entre a referida previsão e o incidente de uniformização de jurisprudência disciplinado no art. 476 do CPC/73¹⁰.

Ao observar que o IAC se aproxima de ambas as antigas previsões do CPC/73 (tanto do art. 476 como do art. 555, § 1º), Bianca Mendes Pereira Richter complementa de forma bastante oportuna: “*da nova forma como organizada a assunção de competência, nota-se não se tratar de uma medida apartada, nem de um novo processo, nem de um recurso, mas de julgamento do caso em si através de uma dinâmica diferenciada*”¹¹.

⁸ MARINONI, Luiz Guilherme. Sobre o Incidente de Assunção de Competência. **Revista de processo/ Instituto Brasileiro de Direito Processual (IBDP)**. São Paulo, Revista dos Tribunais, 1976. v. 41, n. 260, out. 2016, p. 240.

⁹ DIDIER Jr., Fredie; CUNHA, Leonardo Carneiro da. **Curso de direito processual civil** – meios de impugnação às decisões judiciais e processo nos tribunais. 13ª ed. v. 3. Salvador: Editora Jus Podivm, 2016, p. 655.

¹⁰ ABBoud, Georges; FERNANDES, Ricardo Yamin. Requisitos legais para instauração do incidente de assunção de competência. **Revista de processo/ Instituto Brasileiro de Direito Processual (IBDP)**. São Paulo, Revista dos Tribunais, 1976. v. 43, n. 279, maio 2018, p. 339.

¹¹ RICHTER, Bianca Mendes Pereira. O Incidente de Assunção de Competência como precedente no novo Código de Processo Civil: análise do instituto no Superior Tribunal de Justiça. **Revista de processo/ Instituto Brasileiro de Direito Processual (IBDP)**. São Paulo, Revista dos Tribunais, 1976. vol. 43, n. 280, jun. 2018, p. 310.

A despeito de alcançarem o mesmo objetivo, o requisito contido no art. 947, § 4º do CPC/15 parece se aproximar mais do que dispunha o art. 555, § 1º do CPC/73 do que a hipótese do art. 476 do CPC/73, na medida em que o órgão colegiado competente para prevenir ou compor a divergência entre câmaras ou turmas do tribunal também julgará o recurso no qual está veiculada a relevante questão de direito.

Seja como for, essa foi a hipótese que embasou a admissão do IAC n. 1 no STJ. A proposta, de iniciativa do Relator, apoiou-se nas seguintes razões: *“verifica-se, no caso em tela, a existência de notória e atual divergência entre os entendimentos das duas Turmas que compõem a Segunda Seção do STJ, bem como estar-se diante de matéria exclusivamente de direito e de relevante interesse social, porquanto cuida da aplicação de norma cogente”*¹².

A motivação para instauração do IAC n. 2 foi diversa. Dessa vez, a Segunda Seção do STJ entendeu que se tratava de relevante questão de direito, com notória repercussão social e sem repetição em múltiplos processos¹³. O Relator chamou a atenção para o fato de que a tese, tal como defendida pelo recorrente, ainda desafiava pronunciamento da Corte.

No IAC n. 3, também suscitado de ofício, o Relator justificou a sua instauração nas duas hipóteses: *“verifica-se estarem atendidos os requisitos de admissibilidade do incidente ora proposto, pois a matéria discutida envolve relevante questão de direito (interpretação do art. 34 da Lei 6.830/80), com grande repercussão social, assim como existe contemporânea divergência sobre o tema no âmbito da Primeira Seção”*¹⁴.

¹² BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **IAC no Recurso Especial n. 1.604.412/SC**. Relator: Ministro Marco Aurélio Bellizze. Brasília, 13 fev. 2017. Diário de Justiça Eletrônico. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1569300&num_registro=201601251541&data=20170213&formato=PDF>. Acesso em: 16 nov. 2019.

¹³ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **IAC no Recurso Especial n. 1.303.374/ES**. Relator: Ministro Luis Felipe Salomão. Brasília, 1 ago. 2017. Diário de Justiça Eletrônico. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1612858&num_registro=201200075421&data=20170801&formato=PDF>. Acesso em: 16 nov. 2019.

¹⁴ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **IAC no Recurso em Mandado de Segurança n. 53.720/SP**. Relator: Ministro Sérgio Kukina. Brasília, 20 out. 2017. Diário de Justiça Eletrônico. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1646508&num_registro=201700715306&data=20171020&formato=PDF>. Acesso em: 16 nov. 2019.

A peculiaridade do IAC n. 4 reside no fato de que foi provocado por uma das partes. Ao propor a sua afetação, a Relatora observou que se estava diante de uma ação coletiva e que *“os efeitos do julgamento do mérito podem extrapolar até mesmo as fronteiras nacionais, podendo contribuir para fortalecer ou fragilizar a posição do país no cenário internacional, com reflexos indiretos na economia e no bem-estar social”*¹⁵.

No IAC n. 5, último admitido até o momento no âmbito do STJ, invocou-se a existência de relevante questão de direito e sua grande repercussão social, mas houve certa ressalva em relação ao pressuposto negativo do IAC, frise-se, o da não repetição em múltiplos processos. Este ponto será mais bem explorado em um tópico próprio.

2.2. Admissão: crivo exclusivo do colegiado?

Segundo o § 1º do art. 947 do CPC/15, a admissão do IAC poderá ser proposta pelo Relator do caso, de ofício, ou a requerimento das partes, do Ministério Público ou da Defensoria Pública, a fim de que o recurso, a remessa necessária ou o processo de competência originária seja julgado pelo órgão colegiado que o Regimento Interno indicar.

Duas dúvidas podem surgir em relação à forma de admissão do IAC. É preciso saber se a análise quanto ao preenchimento dos seus requisitos deve ser feita necessariamente por um colegiado ou se bastaria uma decisão do Relator. Sendo a primeira opção, se deve ser tomada pelo órgão que, ao fim e ao cabo, possivelmente será competente para apreciá-lo.

Quanto ao IRDR (art. 981 do CPC/15), o legislador previu expressamente que, *“após a distribuição, o órgão colegiado competente para julgar o incidente procederá*

¹⁵ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **ProAfR no Recurso Especial n. 1.610.728/RS**. Relatora: Ministra Nancy Andrigli. Brasília, 16 abr. 2018. Diário de Justiça Eletrônico. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1698393&num_registro=201601710999&data=20180416&formato=PDF>. Acesso em: 16 nov. 2019.

ao seu juízo de admissibilidade, considerando a presença dos pressupostos do art. 976”. Essa disposição também se mostra adequada para o processamento do IAC.

Dos cinco IAC admitidos pelo STJ até o momento, todos contaram com o aval da Primeira ou da Segunda Seção, seja no plenário físico ou eletrônico, e não houve posterior alteração da competência. Localizaram-se, porém, dois incidentes que foram inadmitidos em mero juízo monocrático¹⁶⁻¹⁷. Em um dos casos, invocou-se o art. 34, inciso XVIII, alínea “a” do RISTJ, segundo o qual o Relator poderá não conhecer do recurso ou do pedido inadmissível.

Esse entendimento não deveria prevalecer, em vista do que dispõe o § 1º do art. 947 do CPC/15: “o relator proporá, de ofício ou a requerimento da parte, do Ministério Público ou da Defensoria Pública”. Da simples leitura desse dispositivo, percebe-se que não há margem para discricionariedade. O Relator deverá propor a instauração do IAC em qualquer hipótese: de ofício, se assim entender, ou em vista de requerimento apresentado nos autos.¹⁸

Como reforço argumentativo, registre-se que – além do IRDR – o mesmo também ocorre com os RE. O art. 323 do Regimento Interno do STF (RISTF) estabelece que “o(a) Relator(a) ou o Presidente submeterá, por meio eletrônico, aos demais ministros, cópia de sua manifestação sobre a existência, ou não, de repercussão geral”.

¹⁶ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **IAC no Recurso Especial n. 1.840.910/RJ**. Relatora: Ministra Nancy Andrigli. Brasília, 4 nov. 2019. Diário de Justiça Eletrônico. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=MON&sequencial=102651099&num_registro=201900458523&data=20191104>. Acesso em: 16 nov. 2019.

¹⁷ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial n. 1.599.065/DF**. Relatora: Ministra Regina Helena Costa. Brasília, 26 abr. 2019. Diário de Justiça Eletrônico. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=MON&sequencial=94223026&num_registro=201600112347&data=20190426>. Acesso em: 16 nov. 2019.

¹⁸ Essa também é a posição de Vinicius Silva Lemos, que defende haver um “dever de proposição” por parte do Relator. LEMOS, Vinicius Silva. O Incidente de assunção de competência, a falta de procedimento definido e a proposta de sistematização – Parte I: A suscitação e admissibilidade. **Revista brasileira de direito processual: RBDPro**. Uberaba, Vitória Artes Gráficas, 1975. v. 26, n. 103, jul./set. 2018, p. 367.

Caso se admita a rejeição do IAC por decisão monocrática, surgem outras duas questões a serem enfrentadas. Primeiro, haverá dois ritos distintos para o processamento do incidente. Se a proposta partir do Relator ou tiver a sua concordância, a admissibilidade será feita pelo órgão colegiado, nos termos do art. 257 do RISTJ. Por outro lado, se o Relator for contrário à sua instauração, poderá inadmiti-lo sem a anuência dos pares.

Outro aspecto relevante é quanto ao cabimento de Agravo Interno contra a decisão que inadmite o IAC. Observe-se que o CPC/15 utilizou a expressão “irrecorrível” em apenas seis hipóteses. Em cinco delas, para se referir a diferentes tipos de decisões judiciais (art. 138; art. 1.007, § 6º; art. 1.031, §§ 2º e 3º; art. 1.035) ou a um despacho (art. 950, § 3º).

Pode-se dizer que a irrecurribilidade das decisões judiciais são a exceção, jamais a regra. Com efeito, se o IAC for inadmitido monocraticamente, é certo que – no mínimo – caberá Agravo Interno em face dessa decisão, a fim de que os autos sejam remetidos ao órgão competente para confirmar (ou não) o preenchimento dos requisitos estabelecidos pelo legislador.

2.3. Momento da admissão e do julgamento

Embora esteja claro que não se confundem, o legislador não explicitou se a admissão e o julgamento poderiam ocorrer na mesma oportunidade. No STJ, por exemplo, há a obrigatoriedade do uso da ferramenta eletrônica para admissão do incidente, a revelar a necessidade de uma sessão específica com tal finalidade (art. 257 do RISTJ).

Uma vez submetida a proposta de instauração do IAC pelo relator no STJ, os demais Ministros do respectivo órgão julgador terão o prazo de sete dias corridos para se manifestar a respeito (art. 257-A do RISTJ). Caso o incidente seja admitido, seus

dados serão incluídos no sistema informatizado do tribunal, sendo-lhe atribuído número sequencial referente ao enunciado de tema (art. 257-D do RISTJ).

Essas disposições foram introduzidas pela Emenda Regimental n. 24, de 28 de setembro de 2016, que procurou adequar o RISTJ às disposições do CPC/15. Em que pese os três primeiros IAC do STJ terem sido processados após a referida data – todos em 2017 – as admissões não se deram em ambiente virtual. Ainda assim, reconheceu-se que o julgamento do incidente deveria ocorrer em um outro momento.

Não é isso que acontece no âmbito do Tribunal Regional Federal da 1ª Região (TRF-1). O art. 363 do Regimento Interno (RITRF-1) prevê que a admissão e o julgamento do IAC ocorrem na mesma assentada, o que não parece ser uma escolha acertada.

Impede, por exemplo, que *amici curiae* possam se habilitar nos autos e contribuir para o debate jurisdicional. De igual modo, impossibilita a realização de eventual audiência pública, instrumento que também visa o aperfeiçoamento das decisões judiciais e bastante utilizado na formação de outros precedentes obrigatórios.

2.4. Aplicação subsidiária das normas do IRDR

Diante dessas reflexões e considerando que os Regimentos Internos muitas vezes são omissos quanto a alguns pontos, faz-se necessário esclarecer outro aspecto relevante acerca do IAC. Afinal, a ele se aplicam de forma subsidiária as normas do IRDR, do Recurso Especial (REsp) repetitivo e do Recurso Extraordinário (RE) com Repercussão Geral?

Certamente que sim, sobretudo quando se referirem à publicidade dos precedentes e à necessidade de fundamentação adequada e de ampliação do debate jurisdicional. Elas compõem o núcleo do microsistema de formação concentrada de precedentes

obrigatórios, como ensinam Fredie Didier Jr. e Leonardo Carneiro da Cunha¹⁹. É o que prevê, também, os Enunciados 345²⁰, 459²¹ e 460²² do FPPC.

Essa aplicação subsidiária das normas de um recurso ou incidente em relação ao outro foi evidenciada no § 3º do art. 979 do CPC/15 no que tange à exigência do *caput* de que a instauração e o julgamento do IRDR sejam “*sucedidos da mais ampla e específica divulgação e publicidade, por meio de registro eletrônico no Conselho Nacional de Justiça*”. Apesar de só se referir aos REsp repetitivos e aos RE com Repercussão Geral, também se aplica ao IAC.

Cumprе analisar, então e de modo especial, as normas relativas ao IRDR. Ao contrário do que ocorreu com o IAC, em relação ao qual o legislador dispensou apenas um artigo, o capítulo do CPC/15 referente ao IRDR possui doze dispositivos, os quais tratam desde o cabimento do incidente à possibilidade de suspensão nacional dos processos análogos pendentes (individuais ou coletivos).

Vê-se essa discrepância inclusive no RITRF-1, que reservou seis artigos ao IRDR e apenas um ao IAC. O § 5º do art. 363, porém, estendeu ao IAC o alcance de dois dispositivos relacionados ao IRDR. O primeiro refere-se ao quórum para julgamento, enquanto o segundo determina que o órgão colegiado a que couber resolver

¹⁹ DIDIER Jr., Fredie; CUNHA, Leonardo Carneiro da. **Curso de direito processual civil** – meios de impugnação às decisões judiciais e processo nos tribunais. 13ª ed. v. 3. Salvador: Editora Jus Podivm, 2016, p. 592.

²⁰ **Enunciado n. 345 do FPPC**: “*O incidente de resolução de demandas repetitivas e o julgamento dos recursos extraordinários e especiais repetitivos formam um microsistema de solução de casos repetitivos, cujas normas de regência se complementam reciprocamente e devem ser interpretadas conjuntamente*”. Disponível em <https://www.academia.edu/38626264/Enunciados_do_F%C3%B3rum_Permanente_de_Processualistas_Civis_-_FPPC_-_2019>. Acesso em 11 nov. 2019.

²¹ **Enunciado n. 459 do FPPC**: “*As normas sobre fundamentação adequada quanto à distinção e superação e sobre a observância somente dos argumentos submetidos ao contraditório são aplicáveis a todo o microsistema de formação dos precedentes*”. Disponível em <https://www.academia.edu/38626264/Enunciados_do_F%C3%B3rum_Permanente_de_Processualistas_Civis_-_FPPC_-_2019>. Acesso em 11 nov. 2019.

²² **Enunciado n. 460 do FPPC**: “*O microsistema de aplicação e formação dos precedentes deverá respeitar as técnicas de ampliação do contraditório para amadurecimento da tese, como a realização de audiências públicas prévias e participação de amicus curiae*”. Disponível em <https://www.academia.edu/38626264/Enunciados_do_F%C3%B3rum_Permanente_de_Processualistas_Civis_-_FPPC_-_2019>. Acesso em 11 nov. 2019.

o incidente julgará, também, o recurso, a remessa necessária ou o processo de competência originária do tribunal na mesma sessão (art. 357, §§ 2º e 3º do RITRF-1).

O Regimento Interno do TRF-5 (RITRF-5), a seu turno, adotou a aplicação subsidiária como regra. Segundo o § 5º do art. 106, aplica-se ao IAC – no que couber – o procedimento estabelecido para julgamento do IRDR. Os Regimentos Internos dos TRF da 2ª, 3ª e 4ª Região foram omissos nesse ponto, é dizer, não trazem dispositivo que transparea a existência do microsistema de formação concentrada de precedentes obrigatórios.

No STJ, a despeito de todo debate havido quanto ao cabimento do IRDR no âmbito do tribunal²³⁻²⁴, fato é que o RISTJ faz referência apenas à “*Suspensão em Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas (SIRDR)*” (art. 67 *caput* do RISTJ). De qualquer forma, dedicou um capítulo exclusivo ao IAC com seis artigos, o que acaba suprimindo, em grande medida, as dúvidas existentes sobre o incidente.

Com relação ao STF, frise-se que não há menção ao IAC, tampouco ao IRDR no Regimento Interno. A rigor, há uma decisão recente, afirmando que o IRDR não seria cabível no âmbito do tribunal²⁵, mas é certo que essa negativa não pode ser vista como um impeditivo para que a Corte também observe as suas disposições no processamento do IAC.

²³ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **AgInt na Petição n. 11.838/MS**. Relator: Ministro João Otávio de Noronha. Brasília, 10 set. 2019. Diário de Justiça Eletrônico. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1604133&num_registro=201603303056&data=20190910&formato=PDF>. Acesso em: 16 nov. 2019.

²⁴ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **AgInt na PET no Recurso Especial n. 1.577.870/DF**. Relator: Ministro Herman Benjamin. Brasília, 6 mar. 2017. Diário de Justiça Eletrônico. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1565519&num_registro=201600090746&data=20170306&formato=PDF>. Acesso em: 16 nov. 2019.

²⁵ “*Depreende-se que o Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas é um incidente a ser suscitado perante os tribunais de segundo grau. Essa orientação igualmente é revelada ao longo da própria memória do processo legislativo do Código de Processo Civil de 2015. Em momento algum as Comissões do Senado Federal e da Câmara dos Deputados fizeram constar em seus relatórios a possibilidade de se atribuir ao Supremo Tribunal Federal a competência para processar e julgar esse relevante instrumento de formação de padrão decisório*”. BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Petição n. 8245/AM**. Relator: Ministro Dias Toffoli. Brasília, 15 out. 2019. Diário de Justiça Eletrônico. Disponível em: <<http://stf.jus.br/portal/jurisprudencia/visualizarEmenta.asp?s1=000420668&base=basePresidencia>>. Acesso em: 18 nov. 2019.

2.5. Quantitativo que diferencia o IAC do IRDR

Afinal, qual seria a quantidade de processos que – dada a sua expressividade – seria suficiente para configurar a hipótese de IRDR e não de IAC? Em outras palavras, haveria um número limite de processos que, ao invés de justificar a instauração do IAC, ensejaria a do IRDR ou até mesmo a afetação como REsp repetitivo ou RE com Repercussão Geral?

O IAC n. 5, a pretexto de examinar a questão, acabou trazendo uma consideração de que a admissibilidade seria um poder discricionário do juiz. O Relator assentou: “*vislumbra-se que a controvérsia ora proposta seria até mesmo passível de uma afetação pelo rito dos recursos especiais repetitivos, tendo em vista o considerável número de recursos e conflitos de competência que chegam a esta Corte Superior*”²⁶.

Insistiu, contudo, na afetação como IAC, porque – no seu modo de ver – seria um instrumento processual mais oportuno. Segundo ele, o incidente teria uma força vinculante maior do que a do REsp repetitivo, na medida em que o STJ poderia revisar diretamente, via reclamação, decisões contrárias à tese que viria a ser fixada pelo tribunal.

Há, na doutrina, inúmeros argumentos (de diferentes escolas e áreas do direito) capazes de questionar a escolha feita na referida decisão. Isso porque a afetação como IAC decorre necessariamente da lei, isto é, do preenchimento dos requisitos fixados pelo legislador. Não cabe, porém, avançar nesse debate, porque fugiria ao propósito do presente trabalho.

²⁶ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **ProAfr no Recurso Especial n. 1.799.343/SP**. Relator: Ministro Paulo de Tarso Sanseverino. Brasília, 16 abr. 2019. Diário de Justiça Eletrônico. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1814961&num_registro=201803016727&data=20190416&formato=PDF>. Acesso em: 16 nov. 2019.

Pode-se afirmar que, ao menos empiricamente, o STJ fixou um parâmetro acerca do quantitativo que diferencia o IAC de outros instrumentos para formação de precedentes obrigatórios. O limite seria – no mínimo – os 137 (cento e trinta e sete) processos que foram suspensos em face da admissão do IAC n. 3 (incidente com maior número de processos nessa situação). Até aí, pode-se considerar que a hipótese ainda seria de IAC.

É dizer, na ausência de uma referência trazida pelo legislador, a decisão do STJ de suspender uma centena de casos é um norte a ser observado pelos demais tribunais do país. Ainda não se fixou, contudo, um balizador inverso, ou seja, que diga quantos processos precisam existir para se demonstrar a relevância da questão de direito discutida ou a sua grande repercussão social. Bastaria um único caso emblemático?

A resposta deve surgir com o tempo, seja por meio de intervenção legislativa, seja em razão das decisões judiciais que – a partir da análise de casos concretos – conseguirão delimitar um pouco mais o escopo do IAC. Não deixa de ser um processo natural de maturação dessa importante ferramenta do atual sistema de precedentes.

2.6. Sustentação oral no IAC

Outro questionamento que se pode fazer é quanto ao cabimento (ou não) de sustentação oral na admissão do IAC. O CPC/15 é silente quanto a isso, de modo que não há na lei uma resposta clara quanto à possibilidade de as partes, o Ministério Público ou a Defensoria Pública exporem oralmente suas razões nessa fase processual.

Sabe-se que não é possível no STJ, porque, como visto, a proposta de admissão do IAC é processada de forma eletrônica (art. 257 do RISTJ). Faz-se, no ponto, uma ressalva à escolha feita pelo tribunal, na medida em que impede o diálogo entre os Ministros e litigantes do processo em torno do que seria a “relevante questão de direito” a ser examinada, bem assim se há de fato “grande repercussão social” e/ou “interesse público” no seu julgamento.

No TRF-1, onde a admissão e o julgamento se dão na mesma assentada, o § 2º do art. 363 do RITRF-1 prevê apenas a manifestação do Ministério Público, mas não esclarece em qual momento ela se daria ou se caberia em ambas as deliberações. Por outro lado, o art. 45 (inserido nas disposições gerais das sessões de julgamento do tribunal) não inclui o IAC no rol dos processos sem sustentação oral, dando a entender que – ao menos no julgamento do incidente – essa prerrogativa estaria assegurada também aos recorrentes e recorridos.

Do contrário, haveria evidente prejuízo à formação do precedente obrigatório. Afinal, deve ser precedido do mais amplo debate, de modo que haja o enfrentamento de todos os argumentos favoráveis e contrários à tese jurídica em exame. Não por acaso, o art. 983 (IRDR) e o art. 1.038 (RE e REsp) do CPC/15 preveem a possibilidade de se convocar audiência pública para ouvir depoimentos de pessoas com experiência e conhecimento na matéria.

Como não há nenhuma disposição específica ou vedação expressa sobre o tema nos demais Regimentos Internos, é possível que se delibere sobre a possibilidade de sustentação oral no momento da admissão do IAC por meio de Questão de Ordem (QO). Conforme forem surgindo os primeiros incidentes, caberá ao próprio Relator ou aos eventuais interessados fixar esse tipo de orientação a ser utilizada nos casos subsequentes.

No tocante ao julgamento do IAC, deve-se invocar a regra geral das sustentações orais. Apesar das especificidades de cada tribunal, verifica-se que as restrições não se aplicam ao julgamento do IAC (TRF-2 – art. 140; TRF-3 – art. 143; TRF-4 – art. 171; TRF-5 – art. 137). Referem-se, via de regra, aos Agravos Internos e Embargos de Declaração (EDs).

2.7. Quórum para admissão e julgamento do IAC

O CPC/15 é omissivo quanto ao quórum para admissão do IAC. Dessa vez, não há previsão nem mesmo entre as normas que compõem o microsistema de formação concentrada de precedentes obrigatórios. Passa a ser, então, uma regra a ser estabelecida pelos Regimentos Internos de cada tribunal ou por meio de orientação jurisprudencial.

O STJ definiu no parágrafo único do art. 257-C do RISTJ que o IAC será admitido se contar com o voto da maioria simples dos Ministros. No TRF-1, o quórum exigido é de no mínimo dois terços (art. 357, § 2º c/c art. 363, § 5º do RITRF-1). Os Regimentos Internos do TRF-2, do TRF-3, do TRF-4 e do TRF-5 nada disseram a respeito.

Quanto ao quórum para julgamento do IAC, o STJ determina que a Corte Especial ou as Seções, conforme o caso, se reunirão na presença de no mínimo dois terços de seus membros (art. 271-E c/c art. 172 parágrafo único c/c art. 176 parágrafo único do RISTJ). Em ambos os órgãos colegiados, as decisões serão tomadas pelo voto da maioria dos Ministros (art. 174 c/c art. 178 do RISTJ).

No TRF-1, o IAC deve ser julgado por dois terços de seus membros efetivos aptos a votar, desconsiderando-se os cargos vagos, os casos de suspeição e impedimento, bem como os cargos cujos titulares estejam afastados por tempo indeterminado. O incidente se resolverá pela maioria simples dos Desembargadores que compõem a Corte Especial ou Seção especializada²⁷ (art. 357, § 2º c/c art. 363, § 5º c/c art. 57 parágrafo único do RITRF-1).

O TRF-2, por sua vez, não possui norma específica para julgamento do IAC. É o caso de aplicar subsidiariamente o art. 112-B do Regimento Interno do TRF-2 (RITRF-2) atinente ao IRDR, o qual prevê que o incidente deverá ser julgado pela maioria absoluta dos membros do órgão colegiado competente. Já o art. 154 disciplina que,

²⁷ Conforme dispõe o art. 6 do RITRF-1, “há, no Tribunal, estabelecidas em razão da matéria principal, quatro áreas de especialização, a saber: I – de previdência social, benefícios assistenciais e regime dos servidores públicos civis e militares; II – penal, de improbidade administrativa e desapropriação; III – administrativa, civil e comercial; IV – tributária, financeira e de conselhos profissionais”.

como regra, as decisões serão tomadas pelo voto da maioria simples dos Desembargadores presentes.

No TRF-3, o art. 104 *caput* do Regimento Interno do TRF-3 (RITRF-3) dispõe que o Órgão Especial e as Seções reunir-se-ão com o quórum mínimo de dois terços de seus membros, excluído o Presidente, enquanto o § 1º exige que haja maioria absoluta na fixação da tese a ser firmada pelo tribunal. Se os votos se dividirem em mais de duas interpretações, deve-se haver uma segunda votação (na primeira sessão seguinte), restrita à escolha de uma das duas interpretações mais votadas.

À semelhança do TRF-2, o Regimento Interno do TRF-4 (RITRF-4) tampouco tratou do tema no capítulo reservado ao IAC. Invoca-se o § 2º do art. 188, referente ao IRDR, segundo o qual a Corte Especial e as Seções procederão ao juízo de admissibilidade e julgarão o incidente com quórum de dois terços de seus membros, resolvendo-o pela maioria simples.

Cumprе observar, ademais, que o art. 149 do RITRF-5 prevê que o Plenário – órgão competente para apreciar o IAC (art. 106, § 1º do RITRF-5) – se reúne com a presença mínima da maioria absoluta de seus membros e que o quórum para julgamento é de dois terços, excluído o Presidente. Curioso perceber que, ao contrário do que ocorre nos demais tribunais, não há outros órgãos além do Plenário e das Turmas do TRF-5.

Verifica-se que o quórum para apreciação do IAC varia entre os TRF e, em alguns casos, em relação ao STJ. Assim, embora se trate do mesmo incidente, é possível encontrar três critérios diferentes para admissão, julgamento e deliberação. É dizer, para a formação da mesma tese, pode haver uma exigência maior em um tribunal do que em outro.

2.8. IAC inadmitido: recurso ou nova tentativa?

Caso o IAC seja inadmitido, indaga-se se caberia REsp em face do acórdão estadual ou regional. Já se sabe que, em relação ao IRDR, não seria possível. De acordo com recentíssimo pronunciamento do STJ, não haveria interesse recursal por parte do requerente: *“apontada a ausência de determinado pressuposto, será possível a instauração de um novo IRDR após o preenchimento do requisito inicialmente faltante, sem que tenha ocorrido preclusão, conforme expressamente autoriza o art. 976, § 3º, do CPC/15”*²⁸.

Outro fundamento utilizado para sustentar o não cabimento de REsp ou de RE, em face da decisão que inadmite a instauração do IRDR foi no sentido de que a recorribilidade excepcional ao STJ e ao STF seria apenas contra o acórdão que resolver o mérito do incidente, conforme se depreende do art. 987 *caput* do CPC/15.

Além disso, afirmou-se que não estaria presente o pressuposto constitucional da causa decidida pelos TRF ou pelos Tribunais de Justiça, em única ou última instância (art. 102, inciso II e art. 105 inciso III da Constituição Federal – CF), apto a viabilizar o conhecimento de qualquer recurso excepcional, uma vez que ausente, na hipótese, o caráter de definitividade no exame da questão litigiosa.

Ana Karenina Silva Ramalho Andrade²⁹ fez uma análise detalhada acerca do último ponto ao discorrer sobre a possibilidade de se suscitar IRDR no âmbito dos Juizados Especiais. Embora tenha aprofundado a questão sob outra perspectiva (procedimento-modelo e causa-piloto), traz reflexões pertinentes em torno da decisão proferida no pedido de Suspensão em IRDR (SIRDR) n. 9³⁰, ainda em 2017, que já enfrentava o problema.

²⁸ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial n. 1.631.846/DF**. Relator: Ministro Paulo de Tarso Sanseverino. Brasília, 22 nov. 2019. Diário de Justiça Eletrônico. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1811010&num_registro=201602633544&data=20191122&formato=PDF>. Acesso em: 16 nov. 2019.

²⁹ ANDRADE, Ana Karenina Silva Ramalho. O IRDR e o Juizado Especial: são conciliáveis? In: BECKER, Rodrigo Frantz; NÓBREGA, Guilherme Pupe da; TRIGUEIRO, Victor Guedes (Coord.); WAMBIER, Luiz Rodrigues (Coord. geral). **Código de Processo Civil no STF e no STJ: estudos sobre os impactos e interpretações**. Salvador: Editora Jus Podivm, 2018.

³⁰ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Suspensão em Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas n. 9/SC**. Relator: Ministro Paulo de Tarso Sanseverino. Brasília, 2 out. 2017. Diário de

Ao que tudo indica, o entendimento quanto ao não cabimento também deverá ser aplicado ao IAC, ao menos com base na afirmativa de que não há impedimento legal para apresentação de novo pedido quando preenchidos os requisitos do art. 947 do CPC/15. Cumpre registrar, porém, que a decisão do STJ não foi unânime e que houve quatro pedidos de vista.

É de ver-se que se trata de assunto polêmico e que certamente desafiará nova manifestação do tribunal. Até porque não é difícil imaginar que poderá haver divergência entre os tribunais estaduais ou regionais com relação ao preenchimento dos requisitos previstos pelo legislador. Afinal, como aferir a relevância de determinada questão ou mensurar se a sua repercussão social é grande o bastante para justificar o incidente? Quais os parâmetros para confirmar a existência do inegável interesse público na assunção de competência?

Nesse contexto, não parece crível que o STJ poderia se esquivar da sua competência precípua de uniformizar a interpretação da lei federal em todo o país. É uma das atribuições constitucionais que justificam a sua existência e sem a qual não há segurança jurídica. Esse foi, aliás, um dos pontos trazidos pelo Ministro Ricardo Villas Bôas Cueva³¹.

Justiça Eletrônico. Disponível em:
https://ww2.stj.jus.br/processo/dj/documento/mediado/?sequencial=76157700&tipo_documento=documento&num_registro=201700803928&data=20171002&formato=PDF. Acesso em: 16 nov. 2019.

31 “Desse modo, ainda que admitida a ausência de preclusão (quer dizer, a possibilidade de instauração de um novo IRDR quando satisfeito pressuposto inicialmente descumprido), a disciplina normativa que gravita em torno dos requisitos de admissibilidade do IRDR e o modo de ser de seu processamento ficaria relegada ao talante de cada tribunal de segundo grau. Se tolerado esse descompasso, estaríamos a abdicar de função precípua que deve ser exercida por uma Corte Superior, que se deve pautar por eleger uma diretriz interpretativa que possa ser aplicada de modo uniforme em todo o território nacional, sobretudo se considerado tratar-se o IRDR de instituto novo na sistemática processual brasileira”. BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial n. 1.631.846/DF**. Relator: Ministro Paulo de Tarso Sanseverino. Brasília, 22 nov. 2019. Diário de Justiça Eletrônico. Disponível em: https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1811010&num_registro=201602633544&data=20191122&formato=PDF. Acesso em: 16 nov. 2019.

Caberia, então, ao Conselho Nacional de Justiça (CNJ) a tentativa de sugerir um modelo de normas regimentais a ser adotado pelos tribunais? Em último caso, a provocação poderia ser feita por meio de um pedido de providências³², instrumento destinado ao exame de propostas e sugestões tendentes à melhoria da eficiência e eficácia do Poder Judiciário.

Enquanto isso não ocorrer ou não houver nova decisão do STJ, o debate seguirá aceso na doutrina. A própria Ministra Nancy Andrighi, cuja posição prevaleceu, consignou que há divergência entre os especialistas. De um lado, citou Luiz Guilherme Marinoni e Daniel Mitidiero e, de outro, os trabalhos de Nelson Nery Jr. e Rosa Maria de Andrade Nery; Fredie Didier Jr. e Leonardo Carneiro da Cunha; Teresa Arruda Alvim e Bruno Dantas.³³

2.9. IAC admitido: próximos passos

Convém analisar novamente as normas relativas ao IRDR. Uma vez admitido, o Relator: (i) suspenderá os processos pendentes, individuais ou coletivos, que tramitam no Estado ou na região; (ii) poderá requisitar informações a órgãos em cujo juízo tramita processo no qual se discute o objeto do incidente; (iii) intimará o Ministério Público para, querendo, manifestar-se (art. 982 do CPC/15).

2.9.1. Suspensão (automática) dos processos?

Para alguns autores, a suspensão automática dos processos pendentes não seria aplicável ao IAC. Fredie Didier Jr. e Leonardo Carneiro da Cunha defendem, por exemplo, que se trata de uma regra voltada para gestão e julgamento de casos

³² O Regimento Interno do CNJ prevê em seu art. 98: “as propostas e sugestões tendentes à melhoria da eficiência e eficácia do Poder Judiciário bem como todo e qualquer expediente que não tenha classificação específica nem seja acessório ou incidente serão incluídos na classe de pedido de providências, cabendo ao Plenário do CNJ ou ao Corregedor Nacional de Justiça, conforme a respectiva competência, o seu conhecimento e julgamento”. Disponível em: <https://atos.cnj.jus.br/files/resolucao_comp_67_03032009_22032019151610.pdf>. Acesso em: 18 nov. 2019.

³³ Oportuno registrar que se vislumbra debate semelhante quanto ao cabimento (ou não) de recurso contra a decisão que admite o IAC ou o IRDR.

repetitivos³⁴. Desse modo, somente se justificaria em face da efetiva repetição de processos que versam sobre a mesma questão jurídica, o que não é próprio do IAC.

Nesse contexto, é importante registrar, também, que grande parte da doutrina entende que essa providência não é uma opção do Relator, mas consequência automática da instauração do IRDR no âmbito estadual ou regional. Admitido o incidente, caberia ao Relator apenas declará-la³⁵. A suspensão em caráter nacional, por outro lado, exige requerimento formal ao STJ ou ao STF, conforme expressa previsão do § 3º do art. 982 do CPC/15.

Significa dizer que poderá haver dúvida quanto à possibilidade de suspensão dos processos que versam sobre a mesma questão relevante objeto do IAC quando for suscitado nos Tribunais de Justiça ou nos TRF. Na esfera do STJ, sabe-se que já houve – na prática – a aplicação desse efeito pensado inicialmente para o IRDR em quatro dos cinco IAC admitidos pela Corte até o momento.

Importante registrar os números de cada *leading case*: (i) IAC n. 1 – 113 (cento e treze) processos suspensos; (ii) IAC n. 2 – 21 (vinte e um) processos suspensos; (iii) IAC n. 3 – 137 (cento e trinta e sete) processos suspensos; (iv) IAC n. 5 – 3 (três) processos suspensos³⁶. Frise-se que apenas o IAC n. 4 não ensejou a mesma diligência.

2.9.2. *Amicus curiae* e audiência pública

A requisição de informações ao juízo em que tramitam os processos com o mesmo objeto do incidente não demanda maiores reflexões. No mesmo sentido, a

³⁴ DIDIER Jr., Fredie; CUNHA, Leonardo Carneiro da. **Curso de direito processual civil** – meios de impugnação às decisões judiciais e processo nos tribunais. 13ª ed. v. 3. Salvador: Editora Jus Podivm, 2016, p. 669.

³⁵ A título de ilustração, mencione-se: PEIXOTO, Ravi. **O IRDR e a suspensão de processos**. 18 jul. 2017. Disponível em: <<https://emporiododireito.com.br/leitura/o-irdr-e-a-suspensao-de-processos-por-ravi-peixoto>>. Acesso em: 18 nov. 2019.

³⁶ Disponível em: <http://www.stj.jus.br/repetitivos/temas_repetitivos/pesquisa.jsp>. Acesso em: 18 nov 2019.

intimação do Ministério Público para se manifestar nos autos do IAC tampouco exige grandes digressões. A possibilidade de participação de *amici curiae* e de convocação de audiências públicas, porém, é um ponto que merece ser mais bem explorado.

Pode-se defender que não só é possível como desejável que o Relator ouça as partes e os demais interessados, inclusive pessoas, órgãos e entidades com interesse na matéria, de modo que possam requerer a juntada de documentos, bem como as diligências necessárias para a elucidação da questão de direito controvertida. De igual modo, que avalie a conveniência de se designar data para, em audiência pública, ouvir depoimentos de pessoas com experiência e conhecimento na matéria (art. 983 *caput* e § 1º do CPC/15).

Previsões semelhantes estão contidas no art. 1.038 do CPC/15, aplicável no âmbito dos REsp repetitivos e dos RE com Repercussão Geral reconhecida. O Relator poderá: (i) solicitar ou admitir a manifestação de pessoas, órgãos ou entidades com interesse na controvérsia; (ii) fixar data para, em audiência pública, ouvir depoimentos de pessoas com experiência e conhecimento na matéria, com a finalidade de instruir o procedimento; (iii) requisitar informações aos tribunais inferiores a respeito do tema e, cumprida a diligência, intimar o Ministério Público para manifestar-se.

As iniciativas antes mencionadas possibilitam a pluralização do debate jurisdicional, de modo que o precedente obrigatório seja o mais consistente e abrangente possível, isto é, não se restrinja unicamente às perspectivas trazidas pelas partes, mas contemple todas as nuances existentes no âmbito do litígio submetido à análise do tribunal. Afinal, o IAC pressupõe “relevante questão de direito”, “com grande repercussão social”.

Sobre o tema, Antonio do Passo Cabral³⁷ defende que “*a lide terá solução mais justa e o direito objetivo será tão mais resguardado quanto maior for a participação*

³⁷ CABRAL, Antonio do Passo. Pelas asas de Hermes: a intervenção do Amicus Curiae, um terceiro especial. **Revista de processo/ Instituto Brasileiro de Direito Processual (IBDP)**. São Paulo, Revista dos Tribunais, 1976. v. 29, n. 117, set-out. 2004, p. 9-41.

dos atores do processo”. E complementa, dizendo: “*a participação deixa de ser apenas indicativo de justa possibilidade de manifestação para configurar colaboração para uma solução justa*”.

Os Regimentos Internos do STJ (art. 271-D) e dos TRF cuidaram de inserir, em maior ou menor extensão, essas diligências cabíveis que devem ou podem ser adotadas. No IAC n. 4, por exemplo, foi a primeira vez que o tribunal admitiu a participação de *amici curiae* no incidente, mas refutou a realização de audiência pública sobre o objeto da controvérsia.

Em decisão monocrática, afirmou-se que a designação de audiência pública constituía faculdade do Relator e que, apesar da relevância da matéria e da sua complexidade, bem como da repercussão social a ela subjacente, não se justificava na espécie. Consignou-se, ademais, que o tema já havia sido amplamente debatido no curso da ação e que se admitiu diversos *amici curiae* no feito, a fim de que auxiliassem na sua compreensão³⁸.

2.10. Consequência da desistência ou do abandono

Apenas o RISTJ previu, especificamente para o IAC, que a desistência ou o abandono do processo não impedem o seu exame de mérito (art. 271-B, § 2º). Há evidente paralelismo em relação ao art. 976, § 1º do CPC/15, relativo ao IRDR, o que reforça a aplicação subsidiária do referido comando. Nessas hipóteses, se o Ministério Público não for o requerente, deverá assumir a titularidade do incidente (art. 271-B, § 3º c/c art. 976, § 2º do CPC/15).

Entendimento semelhante também se aplica aos REsp repetitivos, mas por construção jurisprudencial. Em 2008, a Corte Especial pacificou a matéria em uma

³⁸ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **RCD na PET no Recurso Especial n. 1.610.728/RS**. Relatora: Ministra Nancy Andrigli. Brasília, 2 abr. 2019. Diário de Justiça Eletrônico. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=MON&sequencial=94016213&num_registro=201601710999&data=20190402>. Acesso em: 16 nov. 2019.

Questão de Ordem, afirmando ser “*inviável o acolhimento de pedido de desistência recursal formulado quando já iniciado o procedimento de julgamento do Recurso Especial representativo da controvérsia, na forma do art. 543-C do CPC c/c Resolução n.º 08/08 do STJ*”³⁹.

2.11. Prazo para julgamento e preferência legal

No que tange à fixação de prazo para julgamento, convém saber se haveria mais um ponto de convergência ou de divergência entre o IAC e o IRDR, à semelhança do que se procedeu em relação aos demais aspectos fixados pelo legislador. Ademais, se seria o caso de reconhecer preferência legal a ambos os incidentes, a teor do art. 980 do CPC/15.

Dessa vez, o Regimento Interno do STJ ou dos TRF não dizem nada a respeito. A razão parece muito simples. Como o IRDR pressupõe (i) a efetiva repetição de processos e (ii) o risco de ofensa à isonomia e à segurança jurídica (art. 976, incisos I e II do CPC/15), o prazo e a preferência no julgamento se prestariam a minimizar o impacto nocivo de decisões judiciais conflitantes.

Como observa Sofia Temer, o IRDR surge em meio à tentativa de se aperfeiçoar os meios processuais destinados à resolução de casos repetitivos, de modo a lidar com a problemática contemporânea de massificação e homogeneização das relações jurídicas, dos vínculos sociais e dos conflitos⁴⁰. Sob essa perspectiva, distancia-se, frise-se, do IAC.

De todo modo, se o tribunal entender que deve priorizar o julgamento do IAC por qualquer circunstância, prescindiria de uma norma escrita para tanto. Certamente o fará pelas próprias características do incidente, é dizer, pela relevância da questão de direito

³⁹ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **QO no Recurso Especial n. 1.063.343/RS**. Relatora: Ministra Nancy Andriighi. Brasília, 4 jun. 2009. Diário de Justiça Eletrônico. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=845190&numero_registro=200801289049&data=20090604&formato=PDF>. Acesso em: 16 nov. 2019.

⁴⁰ TEMER, Sofia. **Incidente de resolução de demandas repetitivas**. Salvador: Editora Jus Podivm, 2016, p. 31.

nele tratada e pela sua grande repercussão social e interesse público na assunção de competência.

3. CONCLUSÕES

O IAC se presta a dirimir relevantes questões de direito, com grande repercussão social, e cujo deslinde se reveste de inegável interesse jurídico. Pode ser utilizado, também, com vistas a prevenir ou compor divergência entre câmaras ou turmas de um mesmo tribunal. Apresenta-se, portanto, como importante instrumento de formação de precedentes obrigatórios.

A despeito disso, não mereceu a devida atenção do legislador, na medida em que o CPC/15 lhe dedicou apenas um artigo. Os Regimentos Internos do STJ e dos TRF tampouco esgotaram as dúvidas procedimentais relacionadas ao IAC. Na verdade, como alguns pontos mereceram tratamento distinto do que conferido por outro tribunal, acabaram emergindo novos questionamentos sobre a sua regulamentação.

O reconhecimento quanto à existência de um microssistema de formação concentrada de precedentes obrigatórios ajuda a enfrentar o problema, mas não é capaz de exauri-lo. É preciso que se diga em que medida – se em maior ou menor extensão – essas normas, sobretudo as do IRDR, devem ser estendidas ao IAC, tendo em vista as especificidades e particularidades de cada instrumento processual.

O STJ assume nesse contexto, portanto, papel ainda mais de destaque no preenchimento das lacunas existentes e na padronização da técnica de admissão e de julgamento do IAC. Até o momento, contudo, os casos analisados pela Corte não se mostraram suficientes para alcançar esse objetivo e permitir uma maior compreensão do incidente.

A prevalecer o recente posicionamento de que não caberia REsp contra decisão de (in)admissibilidade do IRDR – e, ao que tudo indica, do IAC – haverá mais um complicador, no que tange à premente necessidade de se adotar diretriz interpretativa capaz de uniformizar a aplicação das normas correspondentes em todo o território nacional.

Conclui-se que, enquanto isso não ocorrer, caberá à doutrina jogar luzes sobre o debate e aos litigantes legitimados – às partes, ao Ministério Público ou à Defensoria Pública – a propositura de soluções que julgarem adequadas para o processamento do IAC no momento em que requererem a sua instauração.

4. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ABBOUD, Georges; FERNANDES, Ricardo Yamin. Requisitos legais para instauração do incidente de assunção de competência. **Revista de processo/ Instituto Brasileiro de Direito Processual (IBDP)**. São Paulo, Revista dos Tribunais, 1976. v. 43, n. 279, maio 2018, p. 339–356.

ANDRADE, Ana Karenina Silva Ramalho. O IRDR e o Juizado Especial: são conciliáveis? In: BECKER, Rodrigo Frantz; NÓBREGA, Guilherme Pupe da; TRIGUEIRO, Victor Guedes (Coord.); WAMBIER, Luiz Rodrigues (Coord. geral). **Código de Processo Civil no STF e no STJ: estudos sobre os impactos e interpretações**. Salvador: Editora Jus Podivm, 2018.

BARROSO, Luís Roberto; Campos Mello, Patrícia Perrone. Trabalhando com uma nova lógica: a ascensão dos precedentes no direito brasileiro. **Revista da AGU**. Brasília, v. 15, n. 03, jul./set. 2016, p. 09-52.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **AgInt na Petição n. 11.838/MS**. Relator: Ministro João Otávio de Noronha. Brasília, 10 set. 2019. Diário de Justiça Eletrônico. Disponível em:

<<https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&seque>

[ncial=1604133&num_registro=201603303056&data=20190910&formato=PDF>.](#)

Acesso em: 16 nov. 2019.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **AgInt na PET no Recurso Especial n. 1.577.870/DF**. Relator: Ministro Herman Benjamin. Brasília, 6 mar. 2017. Diário de Justiça Eletrônico. Disponível em: https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1565519&num_registro=201600090746&data=20170306&formato=PDF>.

Acesso em: 16 nov. 2019.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **IAC no Recurso em Mandado de Segurança n. 53.720/SP**. Relator: Ministro Sérgio Kukina. Brasília, 20 out. 2017. Diário de Justiça Eletrônico. Disponível em: https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1646508&num_registro=201700715306&data=20171020&formato=PDF>.

Acesso em: 16 nov. 2019.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **IAC no Recurso Especial n. 1.303.374/ES**. Relator: Ministro Luis Felipe Salomão. Brasília, 1 ago. 2017. Diário de Justiça Eletrônico. Disponível em: https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1612858&num_registro=201200075421&data=20170801&formato=PDF>.

Acesso em: 16 nov. 2019.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **IAC no Recurso Especial n. 1.604.412/SC**. Relator: Ministro Marco Aurélio Bellizze. Brasília, 13 fev. 2017. Diário de Justiça Eletrônico. Disponível em: https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1569300&num_registro=201601251541&data=20170213&formato=PDF>.

Acesso em: 16 nov. 2019.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **IAC no Recurso Especial n. 1.840.910/RJ**. Relatora: Ministra Nancy Andrighi. Brasília, 4 nov. 2019. Diário de Justiça Eletrônico.

Disponível em:
<https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=MON&sequencial=102651099&num_registro=201900458523&data=20191104>. Acesso em: 16 nov. 2019.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **ProAfR no Recurso Especial n. 1.610.728/RS**. Relatora: Ministra Nancy Andriahi. Brasília, 16 abr. 2018. Diário de Justiça Eletrônico. Disponível em:
<https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1698393&num_registro=201601710999&data=20180416&formato=PDF>. Acesso em: 16 nov. 2019.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **ProAfR no Recurso Especial n. 1.799.343/SP**. Relator: Ministro Paulo de Tarso Sanseverino. Brasília, 16 abr. 2019. Diário de Justiça Eletrônico. Disponível em:
<https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1814961&num_registro=201803016727&data=20190416&formato=PDF>. Acesso em: 16 nov. 2019.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **QO no Recurso Especial n. 1.063.343/RS**. Relatora: Ministra Nancy Andriahi. Brasília, 4 jun. 2009. Diário de Justiça Eletrônico. Disponível em:
<https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=845190&num_registro=200801289049&data=20090604&formato=PDF>. Acesso em: 16 nov. 2019.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **RCD na PET no Recurso Especial n. 1.610.728/RS**. Relatora: Ministra Nancy Andriahi. Brasília, 2 abr. 2019. Diário de Justiça Eletrônico. Disponível em:
<https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=MON&sequencial=94016213&num_registro=201601710999&data=20190402>. Acesso em: 16 nov. 2019.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial n. 1.599.065/DF**. Relatora: Ministra Regina Helena Costa. Brasília, 26 abr. 2019. Diário de Justiça Eletrônico. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=MON&sequencial=94223026&num_registro=201600112347&data=20190426>. Acesso em: 16 nov. 2019.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial n. 1.631.846/DF**. Relator: Ministro Paulo de Tarso Sanseverino. Brasília, 22 nov. 2019. Diário de Justiça Eletrônico. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1811010&num_registro=201602633544&data=20191122&formato=PDF>. Acesso em: 16 nov. 2019.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Suspensão em Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas n. 9/SC**. Relator: Ministro Paulo de Tarso Sanseverino. Brasília, 2 out. 2017. Diário de Justiça Eletrônico. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/dj/documento/mediado/?sequencial=76157700&tipo_documento=documento&num_registro=201700803928&data=20171002&formato=PDF>. Acesso em: 16 nov. 2019.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Petição n. 8245/AM**. Relator: Ministro Dias Toffoli. Brasília, 15 out. 2019. Diário de Justiça Eletrônico. Disponível em: <<http://stf.jus.br/portal/jurisprudencia/visualizarEmenta.asp?s1=000420668&base=basePresidencia>>. Acesso em: 18 nov. 2019.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Reclamação n. 26.339/RS**. Relator: Ministro Luiz Fux. Brasília, 1 mar. 2019. Diário de Justiça Eletrônico. Disponível em: <<http://stf.jus.br/portal/jurisprudencia/visualizarEmenta.asp?s1=000131547&base=baseMonocraticas>>. Acesso em: 10 nov. 2019.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário n. 655.265/DF**. Relator: Ministro Luiz Fux. Brasília, 5 ago. 2016. Diário de Justiça Eletrônico. Disponível em:

<<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=11465268>>.

Acesso em 10 nov. 2019.

CABRAL, Antonio do Passo. Pelas asas de Hermes: a intervenção do Amicus Curiae, um terceiro especial. **Revista de processo/ Instituto Brasileiro de Direito Processual (IBDP)**. São Paulo, Revista dos Tribunais, 1976. v. 29, n. 117, set-out. 2004, p. 9-41.

DIDIER Jr., Fredie; CUNHA, Leonardo Carneiro da. **Curso de direito processual civil** – meios de impugnação às decisões judiciais e processo nos tribunais. 13ª ed. v. 3. Salvador: Editora Jus Podivm, 2016.

LEMONS, Vinicius Silva. O Incidente de assunção de competência, a falta de procedimento definido e a proposta de sistematização – Parte I: A suscitação e admissibilidade. **Revista brasileira de direito processual: RBDPro**. Uberaba, Vitória Artes Gráficas, 1975. v. 26, n. 103, jul./set. 2018, p. 353–378.

MARINONI, Luiz Guilherme. Sobre o Incidente de Assunção de Competência. **Revista de processo/ Instituto Brasileiro de Direito Processual (IBDP)**. São Paulo, Revista dos Tribunais, 1976. v. 41, n. 260, out. 2016, p. 233-256.

PEIXOTO, Ravi. **O IRDR e a suspensão de processos**. 18 jul. 2017. Disponível em: <<https://emporiododireito.com.br/leitura/o-irdr-e-a-suspensao-de-processos-por-ravi-peixoto>>. Acesso em 18 nov. 2019.

RICHTER, Bianca Mendes Pereira. O Incidente de Assunção de Competência como precedente no novo Código de Processo Civil: análise do instituto no Superior Tribunal de Justiça. **Revista de processo/ Instituto Brasileiro de Direito Processual (IBDP)**. São Paulo, Revista dos Tribunais, 1976. vol. 43, n. 280, jun. 2018, p. 303-334.

TEMER, Sofia. **Incidente de resolução de demandas repetitivas**. Salvador: Editora Jus Podivm, 2016.

O STARE DECIDIS HORIZONTAL: QUANDO DISTINGUIR O DESCUMPRIMENTO DA SUPERAÇÃO DO PRECEDENTE?

Ana Karenina Silva Ramalho Andrade

Advogada da União.

Doutoranda da UnB.

Mestre em Direito, Estado e Constituição (UnB).

Professora universitária.

Diretora do Departamento de Servidores Cíveis e de Militares da PGU/AGU.

1. Introdução

A complexidade da sociedade moderna proporciona uma proliferação de litígios judiciais decorrentes de relações jurídicas padronizadas, originando, com isso, o fenômeno das demandas seriais.

O relatório Justiça em Números de 2019 do Conselho Nacional de Justiça informa que há, em tramitação, na Justiça Brasileira, atualmente, cerca de 78,7 milhões (setenta e oito milhões e setecentos mil)¹ processos. Não é novidade que esse número astronômico de processos impacta a prestação jurisdicional, aumentando, significativamente, a taxa de congestionamento judicial.

Estudos revelam vários fatores como causadores dessa judicialização predatória. Porém, a falta de uniformidade das decisões, especialmente nas decorrentes da litigância de massa, é a grande vilã da história e, por isso, há muito tem sido objeto de reflexão por parte dos doutrinadores, especialmente, dos processualistas civis, uma vez que a pulverização de entendimentos judiciais afeta a efetividade da prestação jurisdicional, pois incentiva a judicialização lotérica.

Por isso, após três anos de vigência do Código de Processo Civil de 2015, os holofotes ainda estão voltados para esse novo marco regulatório, tido por muitos, como a grande aposta capaz de proporcionar uma Justiça, a um só tempo, célere, isonômica e

¹ De acordo com o Relatório Justiça em Números de 2019, “O Poder Judiciário finalizou o ano de 2018 com 78,7 milhões de processos em tramitação, aguardando alguma solução definitiva. Desses, 14,1 milhões, ou seja, 17,9%, estavam suspensos, sobrestados ou em arquivo provisório, aguardando alguma situação jurídica futura. Dessa forma, desconsiderados tais processos, tem-se que, em andamento, ao final do ano de 2018 existiam 64,6 milhões ações judiciais. (JUSTIÇA EM NÚMEROS DE 2019. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/conteudo/arquivo/2019/08/justica_em_numeros20190919.pdf> Acesso em: 25 de outubro de 2019)

segura, tudo isso decorrente da implementação do microssistema de demandas repetitivas e do microssistema de precedentes vinculantes.

Diante da instauração do novo marco legal, já é possível extrair os primeiros impactos e interpretações dos mencionados microssistemas, principalmente, sua repercussão na estabilidade e harmonização da jurisprudência nos tribunais.

Devido a realidade brasileira e o tamanho da instabilidade das decisões proferidas pelo Poder Judiciário, o Código de Processo Civil de 2015 optou pela vinculação obrigatória aos precedentes, fortalecendo o papel uniformizador do Supremo Tribunal Federal, em matéria constitucional e do Superior Tribunal de Justiça, na interpretação das normas infraconstitucionais.²

Acontece que a lógica do *stare decisis* no ponto de vista horizontal é a de estabelecer uma vinculação superável para quem forma o precedente, de maneira a permitir o diálogo entre a permanência e a continuidade do precedente. Por outro lado, os tribunais também são obrigados a seguir os seus próprios precedentes.

A partir de então surge o problema a ser investigado: Quais os critérios de distinção do descumprimento e da superação do precedente?

Eis o objetivo do presente estudo: identificar quando ocorre superação ou descumprimento dos precedentes judiciais obrigatórios nas Cortes Supremas, especialmente no Superior Tribunal de Justiça.

Para isso, no primeiro tópico, abordaremos o dever de harmonização da jurisprudência direcionado aos tribunais, bem como a adoção do modelo de precedentes pelo ordenamento jurídico brasileiro.

Em seguida, serão contextualizados o cenário atual da prestação jurisdicional, especialmente, o *stare decidis* e as possibilidades de mecanismos de identificação de

² Sobre o papel do STF e STJ, antes mesmo da introdução do microssistema de precedentes vinculantes, Daniel Mitidiero afirmava que: “O Supremo Tribunal Federal e o Superior Tribunal de Justiça são cortes em que prepondera a função de nomofilaquia interpretativa em detrimento do escopo de controle de juridicidade das decisões recorridas. E sendo função precípua do o Supremo Tribunal Federal e o Superior Tribunal de Justiça a adequada interpretação da Constituição e da legislação infraconstitucional federal visando à unidade do Direito brasileiro, ressaí daí que participa do núcleo-duro da sua função a formação de precedentes capazes de viabilizar a cognoscibilidade do Direito pelos demais tribunais e pela sociedade civil, cuja formação obedece ao imperativo de fornecer razões idôneas para orientar suas decisões, sem o que o Direito não pode ser identificado precisamente e a igualdade de todos perante a ordem jurídica civil não passa de piada de mau gosto. (MITIDIERO, Daniel. Cortes superiores e cortes supremas: do controle à interpretação da jurisprudência ao precedente. São Paulo: Editora RT, 2013. p. 96.)

overruling e descumprimento dos precedentes judiciais obrigatórios pelas Cortes Supremas.

Ao final, verificaremos, a problemática da falta de harmonização da jurisprudência e a necessidade da criação de mecanismos e técnicas de julgamento que possibilitem a uniformidade das decisões, com escopo de consagrar uma prestação jurisdicional mais efetiva.

2. O dever de harmonização da jurisprudência como postulado da promoção da segurança jurídica

Um dos pilares basilares do Código de Processo Civil de 2015, como novo marco regulatório, é o estabelecimento do dever de harmonização das decisões judiciais direcionado aos tribunais.

Diante disso, a preocupação hodierna em busca do alcance da efetividade da prestação jurisdicional passa, necessariamente, pela estabilidade da jurisprudência pátria, uma vez que a previsibilidade das decisões promove a segurança jurídica indispensável à proteção da igualdade substancial³ e, por isso, é considerada um fator essencial para um Estado Democrático de Direito⁴.

Ao abordar o tema, Daniel Assumpção Neves afirma que

“ a harmonização dos julgados é essencial para um Estado Democrático de Direito. Tratar as mesmas situações fáticas com a mesma solução jurídica preserva o princípio da isonomia. Além do que a segurança no posicionamento das cortes evita discussões longas e inúteis, permitindo que todos se comportem conforme o Direito. Como se ensina a melhor doutrina, a uniformização de jurisprudência atende à segurança jurídica, à previsibilidade, à estabilidade, ao desestímulo à litigância excessiva, à confiança, à igualdade perante a jurisdição, à coerência, ao respeito à hierarquia, à imparcialidade, ao favorecimento de acordos, à economia processual (de processos e de despesas) e à maior eficiência.”⁵

³ CUNHA, Leonardo Carneiro da. O processo civil no Estado constitucional e os fundamentos do projeto do novo código de processo civil brasileiro. *Revista de Processo*, n. 209, ano 37, jul/2012, p. 234.

⁴ NEVES, Daniel Amorim Assumpção. *Novo Código de Processo Civil Comentado artigo por artigo*. 2ª ed. – Salvador: Ed. JusPodivm, 2017, p. 1522.

⁵ Op. cit

Além do mais, como já relatado, a falta de uniformidade das decisões judiciais influencia na quantidade de processos que se avolumam no Poder Judiciário, pois incentiva a litigância lotérica. Soma-se a isso, o fato de o aumento do estoque de demanda repercutir, negativamente, em toda prestação jurisdicional, especialmente, no postulado da duração razoável do processo.

Por tais motivos, é nítido o esforço do Código de Processo Civil de 2015 no afã de evitar a dispersão excessiva da jurisprudência, o que se observa na norma esculpida no seu art. 926 ao criar um dever da uniformização estabelecendo que “os tribunais devem uniformizar sua jurisprudência e mantê-la estável, íntegra e coerente”.⁶

Sabe-se que o Código de Processo Civil de 1973 já demonstrava uma reverência à jurisprudência. Porém, foi o artigo legal susomencionado que normatizou o dever da uniformidade, estabilidade, coerência e integralidade destinado aos tribunais, deixando clarividente preocupação com a obediência aos precedentes obrigatórios. (PEIXOTO, 2019, p. 168)

O primeiro dever postulado é a uniformidade, onde a Lei Adjetiva traça uma diretriz aos tribunais no sentido de evitar a divergência interna, uma vez que contradição é muito maléfica para todos, jurisdicionados, advogados e magistrados.

O segundo postulado é do dever de estabilidade, o que consubstanciaria a segunda dimensão da uniformidade, ou seja, é a manutenção do entendimento firmado pelos tribunais.

Por isso, entende-se por jurisprudência estável aquela que o tribunal não poderá abandonar ou modificar os seus entendimentos consolidados sem uma justificativa plausível,⁷ ou seja, é o dever de seguir os seus próprios entendimentos.⁸

⁶ Art. 926. Os tribunais devem uniformizar sua jurisprudência e mantê-la estável, íntegra e coerente.

⁷ Importante observação do Ravi Peixoto ao analisar o dever da estabilidade: “Do dever de estabilidade extraem-se duas regras argumentativas: a) a existência de uma forte carga argumentativa para realização da superação do precedente (art. 489, §1º, VI, CPC/2015) e b) a menor carga argumentativa na aplicação do precedente em casos semelhantes, eis que apenas haveria a necessidade de indicar a *ratio decidendi* do precedente utilizado e de demonstrar que o caso em julgamento é semelhante ao ponto a ser regido pela norma do precedente (art. 489, §1º, IV, CPC/2015). (PEIXOTO, 2019. p. 168/169)

⁸ **Enunciado 316 do FPPC:** A estabilidade da jurisprudência do tribunal depende também da observância de seus próprios precedentes, inclusive por seus órgãos fracionários e **o Enunciado 453 do FPPC:** A estabilidade a que se refere o caput do art. 926 consiste no dever de os tribunais observarem os próprios precedentes.

Já jurisprudência íntegra está relacionada com unidade do direito, ou seja, o magistrado deve decidir com base em todo ordenamento jurídico, considerando a parte e o todo.⁹

Por sua vez, o dever de coerência é de maior amplitude do que o dever de uniformidade, uma vez que exprime o vetor de impedir julgamentos contraditórios partindo de uma lógica dentre os diversos posicionamentos de um mesmo tribunal, ou seja, é a utilização da mesma premissa para casos diversos, mas que estão relacionados entre si.¹⁰

Deve-se acrescentar ainda que o dever de coerência está relacionado a necessidade de autorreferência, consistindo na obrigação de decidir sempre levando em consideração os precedentes relacionados as questões jurídicas já analisadas.

Por todos esses conceitos apresentados, percebe-se que a criação de dever de harmonização jurisprudencial - aqui entendido os deveres da uniformidade, estabilidade, coerência e integridade - tem como objetivo suprimir a instabilidade de um ambiente decisório.

A partir de tal concepção, com escopo de atingir uma maior credibilidade do Poder Judiciário perante a sociedade e exterminar as diferentes respostas em casos análogos, foi necessário a criação de instrumentos capazes de proporcionar a tão almejada estabilidade e, por via de consequência, a previsibilidade das decisões judiciais.

Por tal razão, o Código de Processo Civil de 2015 surgiu como um consolidador das reformas anteriores para tentar instaurar o *stare decisis*¹¹ no direito brasileiro, estabelecendo o microsistema de precedentes vinculantes. (PEIXOTO, 2019, p. 138).

⁹ **Enunciado 456 do FPPC:** Uma das dimensões do dever de integridade consiste em os tribunais decidirem em conformidade com a unidade do ordenamento jurídico e o **Enunciado 457 do FPPC:** Uma das dimensões do dever de integridade previsto no caput do art. 926 consiste na observância das técnicas de distinção e superação dos precedentes, sempre que necessário para adequar esse entendimento à interpretação contemporânea do ordenamento jurídico.

¹⁰ **Enunciado 454 do FPPC:** Uma das dimensões da coerência a que se refere o caput do art. 926 consiste em os tribunais não ignorarem seus próprios precedentes (dever de autorreferência) e o **Enunciado 455 do FPPC:** Uma das dimensões do dever de coerência significa o dever de não - contradição, ou seja, o dever de os tribunais não decidirem casos análogos contrariamente às decisões anteriores, salvo distinção ou superação.

¹¹ O dever de seguir os precedentes é determinado pelo princípio jurídico do *stare decisis*, adotado em países como Estados Unidos e Inglaterra, e, com eficácia normativa do CPC/2015, no Brasil (MACEDO, 2019, p. 214), significando que a anterior decisão cria direito (TUCCI, 2004, p. 12).

2.1 Microssistema de precedentes vinculantes brasileiro

É cediço que a pulverização dos entendimentos jurisprudenciais ocorre, em grande parte, em virtude da ausência de adoção da teoria dos precedentes com força vinculantes.¹²

Pensando nisso, o legislador brasileiro, com o escopo de harmonizar os entendimentos judiciais e de assegurar os princípios da igualdade, segurança jurídica, duração razoável e efetividade processual, introduziu no ordenamento jurídico pátrio, o Código de Processo Civil de 2015 que trouxe, dentre outras inovações, a inauguração do *stare decisis*¹³ brasileiro - o microssistema de precedentes vinculantes previsto no art. 927 do citado diploma.

Mas o que seria precedente?

Precedente¹⁴ é qualquer julgamento que venha a ser utilizado como fundamento de um outro julgamento que venha a ser posteriormente proferido,¹⁵ ou seja, é a decisão judicial tomada à luz de um caso concreto, cujo núcleo essencial pode servir como diretriz para o julgamento posterior de casos análogos.

De acordo Cruz e Tucci, “todo precedente é composto de duas partes distintas: a) as circunstâncias de fato que embasam a controvérsia; e b) a tese ou princípio jurídico assentado na motivação (*ratio decidendi*) do provimento decisório”.¹⁶

Porém, como já salientado, diante da realidade brasileira e do tamanho da instabilidade das decisões proferidas pelo Judiciário, o Código de Processo Civil de 2015 optou pela vinculação obrigatória aos precedentes.

¹² GOUVEIA. Lúcio Grassi. BREITENBACH. Fábio Gabriel. Sistema de Precedentes no Novo Código de Processo Civil Brasileiro, publicado na obra Grandes Temas do NCPC, v. 3 – Precedentes, Editora Juspodivm. p.512

¹³ O reconhecimento do *stare decisis* como norma no direito brasileiro foi consagrado pela jurisprudência no julgamento do RE 655.265, Relatoria: Min. Fux. Relator para o acórdão: Min. Edson Fachin, Tribunal Pleno, julgado em 13.04.2016, publicado em 05.08.2016.

¹⁴ Parte das correntes doutrinárias que já fazem distinções acerca dos graus de vinculação dos precedentes, os dividindo em: i) precedentes normativos; ii) precedentes normativos formalmente vinculantes; e iii) precedentes normativos formalmente vinculantes fortes. (ZANETTI, 2016).

¹⁵ Entende-se, por precedente, a primeira decisão que elabora a tese jurídica ou a decisão que definitivamente a delineia, deixando-a cristalina (MARINONI, 2013, p. 214)

¹⁶ TUCCI, José Rogério Cruz e. Precedentes Judiciais como fonte do direito. São Paulo: RT, 20004, p. 92-93.

Neste sentido, entende-se que Código de Processo Civil de 2015 representa um novo marco regulatório processual, o qual concede uma força até então inexistente à utilização dos julgados.

De acordo com o art. 927, os juízes e os tribunais deverão seguir os precedentes nas seguintes hipóteses:

Art. 927. Os juízes e os tribunais observarão:

I - as decisões do Supremo Tribunal Federal em controle concentrado de constitucionalidade;

II - os enunciados de súmula vinculante;

III - os acórdãos em incidente de assunção de competência ou de resolução de demandas repetitivas e em julgamento de recursos extraordinário e especial repetitivos;

IV - os enunciados das súmulas do Supremo Tribunal Federal em matéria constitucional e do Superior Tribunal de Justiça em matéria infraconstitucional;

V - a orientação do plenário ou do órgão especial aos quais estiverem vinculados.

Ao analisar o citado artigo, a maioria da doutrina entende que restou consagrado no Brasil a eficácia vinculante dos precedentes proferidos pelos Tribunais Superiores, bem como dos seus enunciados sumulares.

Além disso, verifica-se que o Código de Processo Civil de 2015 fortalece o papel uniformizador do Supremo Tribunal Federal, em matéria constitucional e do Superior Tribunal de Justiça, na interpretação das normas infraconstitucionais.

Por isso, é fácil entender que a unidade do Direito é alcançada por meio da formação dos precedentes que devem ser obedecidos de forma horizontal (pelos próprios tribunais) e forma vertical por todos os órgãos do Poder Judiciário que deverão aplicar aos casos futuros análogos.

3. *Stare decidis* e a função institucional do Superior Tribunal de Justiça e Supremo Tribunal Federal

Para melhor compreensão da relação do *stare decidis* introduzido no ordenamento jurídico brasileiro com o papel institucional do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça, é importante traçar algumas premissas sobre a

doutrina de vinculação dos precedentes, especialmente, sobre as suas duas dimensões: vertical e horizontal.

3.1 *Stare decidis*: horizontal e vertical

O termo *stare decidis*, de origem latina “*stare decidis et non quieta movere*”, significa respeitar a decisão e não mexer no que foi estabelecido.

No âmbito jurídico, a expressão *stare decidis*¹⁷ é empregada para definir a doutrina¹⁸ segundo a qual as decisões proferidas por um órgão judicial criam precedentes vinculativos para futuras decisões, ou seja, está relacionado a vinculação dos casos futuros aos precedentes, mesmo que os magistrados discordem de suas razões do julgamento.

A vinculação aos precedentes, nos seus primórdios, antes do marco formal do *stare decidis*, iniciou-se de uma forma mais branda, com a mera eficácia vertical, no qual o efeito vinculante dizia respeito à obrigatoriedade de cumprimento do precedente somente pelas instâncias inferiores, sem vinculação da corte que emanou o julgado - *simpliciter binding precedente*.

Posteriormente, surgiu, no final do século XIX, uma versão mais forte da doutrina com a sedimentação da eficácia vinculante vertical (*doctrine of absolutely binding precedent*, que importa no efeito autovinculante das decisões dos tribunais), (BUSTAMANTE, 2012, p. 83).

Por isso, é correto afirmar que o efeito vinculativo dos precedentes judiciais possui duas dimensões: a eficácia vertical e a eficácia horizontal.

¹⁷ Ao analisar o conceito da expressão *stare decidis*, Claudio Ricardo Silva Lima Junior afirma que “na Inglaterra, é utilizada como sinônimo da *doctrine of precedent* (ou *rule of precedent*), definitivamente reconhecida em 1898, no caso *London Trainways Company v. London County Council*, em que a *House of Lords* reiterou a obrigatoriedade de nortear-se por suas próprias decisões, em efeito autovinculante (vinculação horizontal), além de declarar a eficácia externa de seus julgados a todas as cortes de grau inferior (vinculação vertical). LIMA JUNIOR, Cláudio Ricardo Silva, in *Stare decidis e teoria do precedente judicial no sistema anglo saxônico*. Acessado em: <https://conteudojuridico.com.br/consulta/Artigos/40296/stare-decisis-e-teoria-do-precedente-judicial-no-sistema-anglo-saxonico>.

¹⁸ A doutrina da vinculação aos precedentes judiciais ou *stare decidis*, diversamente do que se possa depreender, não foi uma realidade exclusiva do sistema anglo-saxão ou *common law*. Na verdade, ela revelou-se um movimento geral, próprio da Idade Moderna, como representante do Estado de Direito, onde se buscava a uniformidade da interpretação legal, com o escopo de garantir a segurança jurídica e igualdade de tratamento na solução de casos análogos. (BUSTAMANTE, 2012, p. 82)

Ocorre que, com o passar do tempo, a doutrina dos precedentes foi flexibilizada ao aceitar formas de distinção e superação dos precedentes, como meio de evitar injustiças em casos particulares e restrição ao desenvolvimento do Direito.¹⁹

A partir de então, os operadores do direito começaram a utilizar algumas técnicas de aplicação e superação dos precedentes, como os instrumentos do *distinguishing*²⁰ e do *overruling*²¹ que viabilizam uma jurisdição eficiente e capaz de se adequar as mutações sociais, impedindo o engessamento do Direito.²²

3.2 O Superior Tribunal de Justiça e do Supremo Tribunal Federal e Microssistema de Precedentes Vinculantes na sua eficácia horizontal

O estabelecimento do *stare decidis* brasileiro, ao conter o poder criativo dos juízes, fortaleceu institucionalmente as Cortes Supremas, ou seja, colocou, em um patamar de extrema relevância, o papel uniformizador e de formação dos precedentes do Supremo Tribunal Federal, em matéria constitucional e do Superior Tribunal de Justiça, na interpretação das normas infraconstitucionais.

Porém, apresenta como outro lado da moeda, o dever de uniformização de suas próprias jurisprudências, estabelecido no art. 926 do Código de Processo Civil, como meio de proporcionar previsibilidade, clareza e coerência para o desenvolvimento do direito.

¹⁹ De acordo com Bustamante a câmara judicial do Parlamento britânico reconheceu que a aderência excessivamente rígida às decisões pretéritas poderia levar à injustiça em um caso particular, além de restringir indevidamente o correto desenvolvimento do Direito (BUSTAMANTE, 2012, p. 77).

²⁰ A expressão *distinguishing* compreende na técnica na qual a atividade judicial ao se deparar a atividade de juízes e tribunais que, ao se depararem com um dos precedentes vinculantes listados no art. 927 do CPC, entendem pela sua não aplicação ao caso concreto sob o fundamento de que se trata de situação fática ou jurídica diversa da fixada no precedente vinculante.

²¹ A expressão *overruling* compreende a atividade de juízes e tribunais que, ao se depararem com um dos precedentes vinculantes listados no art. 927 do CPC, entendem pela sua não aplicação ao caso concreto sob o fundamento de que o entendimento estabelecido no precedente vinculante não mais deve ser utilizado em casos futuros.

²² Segundo Claudio Ricardo Silva Lima Junior, a utilização dos instrumentos centrais do *distinguishing* e do *overruling*, e, por questões de conveniência política, de suas variantes não derogatórias do paradigma, revelam a viabilidade da sistemática do precedente vinculativo, a qual, longe de prejudicar o corpo social por um eventual engessamento um Direito, outorga à comunidade uma jurisdição eficiente, coerente e potencialmente justa, porquanto isonômica, íntegra na perspectiva sistêmica, e aberta à superação dos valores sociais.

Sabe-se que as citadas alterações normativas foram os primeiros passos da implantação do sistema de precedentes brasileiro.

Para os passos seguintes, é importante observar e definir as premissas de aplicação do modelo de precedentes, como a estabilização dos posicionamentos das Cortes Supremas, a obediência pelos órgãos jurisdicionais a eles submetidos e, principalmente, pelos criadores dos próprios precedentes.²³

Em regra, ao atuar no sistema de precedentes vinculantes, os juízes e tribunais, ao julgar o caso concreto, podem aplicar, distinguir ou superar o precedente obrigatório. Contudo, a atividade judicial não ocorre de forma mecânica, como preleciona Marcelo Ornellas Marchiori:

“A atuação jurisdicional, mesmo em um modelo calcado em precedentes judiciais, não pode ser mecânica, representativa de mera replicação de teses jurídicas firmadas pelas instâncias superiores a casos idênticos ou correlatos numa atividade de automatismo de subsunção da tese firmada em um precedente vinculante ao caso concreto. Cabe aos juízes e tribunais realizar a análise jurídica e fática do precedente ao caso concreto. Esse exame poderá resultar, basicamente, em três cenários: a) aplicação do precedente; b) distinção do precedente; c) superação do precedente. No entanto, da análise dos dispositivos do CPC que regulamentam os efeitos dos recursos repetitivos, pode-se identificar alguns pontos de risco ensejadores de injustiças no caso concreto e limitadores de nova análise do precedente qualificado produzido.”²⁴

Considerando a função precípua das Cortes Supremas de proporcionar a uniformidade e desenvolvimento do Direito a partir da formação dos precedentes qualificados, ganha relevância a aplicação no *stare decidis* nos tribunais superiores, notadamente, na sua eficácia horizontal.

Se por um lado, há o dever da uniformidade, estabilidade, coerência e integralidade destinado aos tribunais, deixando clarividente a preocupação com a

²³ PEIXOTO, Ravi. *O sistema de precedentes desenvolvido pelo CPC/2015 - Uma análise sobre a adaptabilidade da distinção (distinguishing) e da distinção inconsistente (inconsistent distinguishing)*. REPRO VOL. 248 (OUTUBRO2015) Revista de Processo. 2015

²⁴ MARCHIORI, Marcelo Ornellas *A integração promovida pelo Centro Nacional de Inteligência da Justiça Federal e sua imprescindibilidade para o modelo brasileiro de precedentes – análise contextualizada com a Nota Técnica n. 5/2018*. Revista do Centro de Inteligência do Conselho da Justiça Federal, Volume 2. Acesso: <https://www.cjf.jus.br/cjf/corregedoria-da-justica-federal/centro-de-estudos-judiciarios-1/publicacoes-1/serie-cej-cnijf-1>

obediência aos precedentes obrigatórios. Por outro, foi estabelecida como missão institucional das Supremas Cortes a interpretação constitucional ou infraconstitucional, com fundamento na realidade política, social, cultural e econômica atual da sociedade no momento do julgamento, o que pode ensejar a obsolescência do precedente e, por consequência, a necessidade de sua superação.

Não restam dúvidas que as Cortes Supremas devem submeter ao microssistema de precedentes obrigatórios. Porém, não devem engessar a evolução do Direito, como formar de sustentar o próprio modelo e não causar injustiça ao analisar os casos futuros.

A partir de então, como compatibilizar o dever de uniformidade dos entendimentos dos tribunais, sem engessar o desenvolvimento do Direito? Como distinguir o descumprimento da superação do precedente?

4. Descumprimento e superação dos precedentes obrigatórios pelas Cortes Supremas: necessidade de distinção

A atividade jurisdicional precisa seguir um padrão de procedimentos para que a sociedade identifique uma atuação linear do Poder Judiciário (MARCHIORI, 2019, pág.32)

Com base nisso, dando continuidade a sedimentação do modelo de precedentes no ordenamento jurídico brasileiro, é preciso definir algumas premissas de atuação da função judicante dos Tribunais Superiores, no momento da aplicação dos precedentes vinculantes, aos casos futuro, especialmente, na diferenciação das hipóteses de descumprimento das situações de superação dos precedentes vinculantes pelos Tribunais Superiores.

Para melhor compreender as possíveis divergências entre descumprimento e superação dos precedentes qualificados, é imperioso discorrer sobre a dinâmica da técnica do *overruling*.

4.1 A dinâmica do *Overruling*.

A partir da vigência da Lei 13.105/2015, é cristalino os passos do ordenamento jurídico brasileiro em direção a consolidação do modelo de precedentes vinculantes no Brasil.

Acontece que inúmeros desafios precisam ser enfrentados para que a comunidade jurídica possa usufruir dos mecanismos de gestão racional decorrentes do sistema de precedentes. Um deles, é dominar a correta aplicação da técnica do *overruling*.²⁵

Como já antecipado, o *overruling* significa a superação do precedente firmado, ou seja, é a perda da força cogente da *ratio decidendi* do precedente vinculante.

A doutrina cita várias hipóteses que podem ensejar a modificação de um precedente.²⁶ Porém, importante ressaltar que todas elas são ligadas por um elo comum – a necessidade da evolução do ordenamento jurídico, como meio de impedir injustiça com a aplicação da *ratio decidendi* vigente.

A técnica de superação do precedente pode ocorrer de forma expressa (*express overruling*) ou tácita (*implied overruling*), conforme o tribunal manifeste expressamente seu interesse em adotar uma nova orientação, abandonando a anterior, ou adote posição contrária à previamente esposada sem, contudo, dispor diretamente a respeito.

Também é possível verificar na doutrina a modalidade da técnica *anticipatory overruling*, (MARINONI, 2014), na qual o tribunal de segunda instância indica ao tribunal superior a necessidade de revogação do precedente. (MARCHIORI, 2019, pág. 38)

²⁵ De acordo com o Ravi Peixoto, “um dos aspectos a serem dominados é a correta utilização das técnicas de aplicação de precedentes. Várias delas precisam ser incorporadas à prática dos operadores do direito, a exemplo da revogação de precedentes, a antecipação revogada, a revogação prospectiva, dentre outras.” (PEIXOTO, Ravi. *O sistema de precedentes desenvolvido pelo CPC/2015 - Uma análise sobre a adaptabilidade da distinção (distinguishing) e da distinção inconsistente (inconsistent distinguishing)*. REPRO VOL. 248 – OUTUBRO/2015.)

²⁶ Tais como as seguintes citada: por modificação das condições econômicas, políticas, culturais e sociais de determinado povo (LIMA, 2013, p. 206). A mudança de composição do Tribunal que elaborou o precedente e a alteração dos valores sociais também são elementos que ocasionam a substituição do julgado paradigma (NOGUEIRA, 2013, p. 199-200). Pode ocorrer, ainda, de um provimento posterior do Poder Legislativo (lei em sentido estrito) revogar dispositivo normativo que servia de base à interpretação jurisprudencial. Em palestra no Seminário Recursos Repetitivos: 30 anos do STJ, o Min. Rogério Schietti aponta como fatores de que demonstram que o precedente necessita ser superado ou modificado quando: a) estiver obsoleto e desfigurado; b) for absolutamente injusto e/ou incorreto; c) revela-se inexecutável na prática, ou noutros termos quando se mostrar genericamente *bad law*.

Acrescenta-se que em relação aos efeitos da superação, eles podem operar eficácia *ex tunc* (*retrospective overruling*) e eficácia *ex nunc* (*prospective overruling*).

Cabe registrar ainda a diferenciação entre a técnica do *overruling* e conflito de precedentes (*conflict over time*).

Segundo TARRUFO, o *overruling* é uma mudança de opinião consciente feita pelo Tribunal que leva a sério a função dos precedentes, enquanto o *conflict over time* decorre normalmente da “falta de conhecimento acerca da existência de um precedente em sentido contrário ou da falta de consideração acerca do papel que precedentes consistentes têm em um sistema legal”.

Constata-se que a técnica da superação do precedente é necessária para a própria manutenção do modelo de precedentes qualificados. Porém, a ausência de requisitos para aplicação da citada técnica gera insegurança jurídica para todo sistema, o que pode levar a confundir um descumprimento com uma superação do precedente.²⁷

Sendo assim, inevitável alguns questionamentos: é possível que o Tribunal Superior ou seus órgãos fracionados abandonar seus precedentes, decidindo de modo diverso, sem qualquer obediência os precedentes qualificados firmados? Ou deveria, para discordar, necessariamente se desincumbir do ônus argumentativo quanto aos fundamentos determinantes dos julgados conflitantes para superação?

4.2 Procedimento adotado pelas Cortes Superiores para superação do precedente.

Sabe-se que na teoria do *stare decisis*, para efetivação da superação do precedente, faz-se necessário uma fundamentação máxima da decisão proferida pela Corte.

²⁷Conforme Michele Tarrufo: Na realidade, como já vem sendo assinalado há algum tempo, sobretudo por Gino Gorla, mas também por outros autores, o problema não depende da circunstância de que uma corte suprema mude de orientação e deixe de seguir passivamente os próprios precedentes: o problema surge quando estas variações tornam-se muito frequentes, arbitrárias, aleatórias e desprovidas de uma justificativa séria, como não raramente acontece na jurisprudência de nossa Corte de Cassação. Não é por acaso, na verdade, de há tempos de muitas partes foi enfatizada a necessidade de que a Corte inaugure uma séria política do precedente, com a finalidade – não fácil de conseguir mas certamente necessária – de introduzir um grau apreciável de uniformidade e de coerência em sua própria jurisprudência. (TARUFFO, Michele. *Precedente e jurisprudência*. Trad. Chiara de Teffé. Civilistica.com. Rio de Janeiro, a. 3, n. 2, jul.-dez./2014).

A Constituição Federal de 1988 previu, no seu art. 93, IX, o dever constitucional de fundamentação das decisões. Porém, foi com a entrada em vigor do Código de Processo Civil de 2015 que o padrão máximo de motivação das decisões foi inserido no ordenamento jurídico brasileiro. (MARANHÃO, 2016, p. 102)

Tal padrão pode ser observado insculpido no § 1º art. 489 do Código de Processo Civil de 2015²⁸ que considera não fundamentada, ou seja, nula todas as decisões judiciais que, dentre outras hipóteses, deixe de aplicar precedente judicial invocado pela parte, sem demonstrar a existência de distinção (*distinguishing*) no caso em julgamento ou a superação (*overruling*) do entendimento.

Soma-se a isso, o dever de fundamentação das hipóteses de aplicação da técnica do *overruling*, expressamente normatizado no § 4º do art. 927 do Código de Processo Civil de 2015, *in verbis*:

Art. 927

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

Da leitura do § 1º art. 489 e do § 4º do art. 927 do Código de Processo Civil de 2015, constata-se um elo entre o padrão máximo de fundamentação das decisões judiciais e o *stare decidis* estabelecido pela citada norma legal.

²⁸ Art. 489. (...)

§ 1º Não se considera fundamentada qualquer decisão judicial, seja ela interlocutória, sentença ou acórdão, que:

I - se limitar à indicação, à reprodução ou à paráfrase de ato normativo, sem explicar sua relação com a causa ou a questão decidida;

II - empregar conceitos jurídicos indeterminados, sem explicar o motivo concreto de sua incidência no caso;

III - invocar motivos que se prestariam a justificar qualquer outra decisão;

IV - não enfrentar todos os argumentos deduzidos no processo capazes de, em tese, infirmar a conclusão adotada pelo julgador;

V - se limitar a invocar precedente ou enunciado de súmula, sem identificar seus fundamentos determinantes nem demonstrar que o caso sob julgamento se ajusta àqueles fundamentos;

VI - deixar de seguir enunciado de súmula, jurisprudência ou precedente invocado pela parte, sem demonstrar a existência de distinção no caso em julgamento ou a superação do entendimento.

Estabelecidas tais premissas, chega-se a primeira conclusão relativa ao procedimento adotado pelo Tribunais Superiores para superação do precedente vinculante.

O ordenamento jurídico brasileiro veda a possibilidade da aplicação da técnica de superação do precedente de forma tácita (*implied overruling*), uma vez que exige um padrão máximo de fundamentação para tal, ou seja, exige que o tribunal manifeste expressamente seu interesse em adotar uma nova orientação, abandonando a anterior, logo, *a prima facie*, a ausência de fundamentação da decisão configura descumprimento do precedente vinculante.

Após a entrada em vigor do Código de Processo Civil do 2015²⁹, o Superior Tribunal de Justiça, no afã de incorporar as novas diretrizes postas pelo modelo de precedentes, efetivou algumas mudanças no seu regimento interno.

Uma delas e digna de nota, é a Emenda Regimental n. 24/2016 que introduz o art. 104-A³⁰ determinado uma formação argumentativa diferenciada aos precedentes vinculantes, o que permite a identificação dos precedentes vinculantes e sua posterior aplicação.

Então, como identificar a superação do precedente pelas Cortes Supremas?

²⁹ Antes da entrada em vigor do Código de Processo Civil, o *overruling* já era previsto para superação das sumulas tanto no Regimento Interno do STF, por exemplo, no art. 103, ao dizer que “qualquer dos Ministros pode propor a revisão da jurisprudência assentada em matéria constitucional e da compendiada na Súmula, procedendo-se ao sobrestamento do feito, se necessário”, como no Regimento Interno do STJ, no art. 125, caput, e parágrafos.

³⁰ Art. 104-A. Os acórdãos proferidos em julgamento de incidente de assunção de competência e de recursos especiais repetitivos deverão, nos termos do § 3º do art. 1.038, c/c art. 984, § 2º, do Código de Processo Civil, conter:

I - os fundamentos relevantes da questão jurídica discutida, favoráveis ou contrários, entendidos esses como a conclusão dos argumentos deduzidos no processo capazes de, em tese, respectivamente, confirmar ou infirmar a conclusão adotada pelo órgão julgador;

II - a definição dos fundamentos determinantes do julgado;

III - a tese jurídica firmada pelo órgão julgador, em destaque;

IV - a solução dada ao caso concreto pelo órgão julgador.

§ 1º Para definição dos fundamentos determinantes do julgado, o processo poderá ter etapas diferentes de deliberação, caso o órgão julgador, mesmo com votos convergentes, tenha adotado fundamentos diversos para a solução da causa.

§ 2º O Presidente do órgão julgador, identificando que o(s) fundamento(s) determinante(s) para o julgamento da causa não possui(em) a adesão da maioria dos votos dos Ministros, convocará, na mesma sessão de julgamento, nova etapa de deliberação, que contemplará apenas a definição do(s) fundamento(s) determinante(s).

De início, é preciso identificar os critérios utilizados pelo ordenamento jurídico e internalizado pelo Superior Tribunal de Justiça para aplicação da técnica da superação de precedentes qualificados, o que passa a expor.³¹

O Regimento Interno do Superior Tribunal de Justiça disciplinou a possibilidade superação dos precedentes vinculantes nos artigos 256-S ao 256-V.

De acordo com o art. 256-S, § 1º,³² a suscitação da análise de revisão da tese definida recurso repetitivo é realizada através de Questão de Ordem.³³

Agora, é interessante mencionar que está em tramitação no Superior Tribunal de Justiça o projeto de emenda regimental n. 59 que cria a classe processual PRT – Proposta de Revisão de Temas Repetitivos, em substituição à Questão de Ordem.

Assim, já é possível extrair que a superação do precedente deve ocorrer através da Questão de Ordem, ou seja, tem um procedimento próprio definido pelo Superior Tribunal de Justiça para aplicação da técnica do *overruling*.

Quando a modalidade da técnica *antecipatory overruling*³⁴, o recurso especial é afetado como representativo de controvérsia após a sinalização pelos tribunais a quo de possível superação do precedente qualificado.

Definido a forma de superação, precisamos identificar o órgão julgador competente para analisar a possível superação.

Os órgãos fracionados dos tribunais podem proceder a revisão da tese firmada em precedente qualificado? A Seção pode superar precedente vinculante da Corte Especial? O Supremo Tribunal Federal pode, em julgamento de competência originária,

³¹ Lima Junior assevera que no processo judiciário dos Estados Unidos, Saul Brenner e Harold Spaeth, citados por Gustavo Santana Nogueira, defendem o ensino de Sidney Ulmer, para quem um precedente terá sido superado ou *overruled* sempre que: a) a maioria do colegiado julgador expressamente assim o declarar; b) o juiz reconhecer a superação do precedente em outra decisão ou em estudos jurídicos distintos de sua função judicante; c) o *report* da corte citar o precedente como revogado no sumário de casos; d) o *Shpard's Citations* listar o *case* como superado (NOGUEIRA, 2013, p. 198).

³² Art. 256-V. O Presidente do órgão julgador poderá propor, **em questão de ordem**, a revisão de entendimento consolidado em enunciado de tema repetitivo para adequação ao entendimento do Supremo Tribunal Federal em repercussão geral, em ação de controle concentrado de constitucionalidade, em enunciado de súmula vinculante e em incidente de assunção de competência

³³ O Superior Tribunal de Justiça utilizou as citadas disposições regimentais nos seguintes temas: 600 (primeira vez que foram utilizadas), 177, 692, 126 e 695. Fonte: (http://www.stj.jus.br/repetitivos/temas_repetitivos/).

³⁴ Art. 1.041. Mantido o acórdão divergente pelo tribunal de origem, o recurso especial ou extraordinário será remetido ao respectivo tribunal superior, na forma do [art. 1.036, § 1º](#).

superar precedente firmado pelo Superior Tribunal de Justiça em matéria estritamente infraconstitucional?

O tema é, relativamente, novo e muitas questões ainda estão pendentes de respostas. Mas a partir da análise sistemática do modelo de precedentes, é possível antever algumas respostas já sinalizadas na doutrina ou em julgamentos das Cortes Supremas.

Para responder tais questionamentos, partimos da premissa de que apenas o órgão competente para firmar o precedente é o competente para revisá-lo, ou seja, para superá-lo.

Assim, não é possível a superação dos precedentes vinculantes pelas turmas do Superior Tribunal de Justiça, uma que elas não possuem competência para firmar precedentes obrigatórios.

Na hipótese de identificação por parte daquelas turmas de necessidade de uma possível superação de precedentes, o órgão fracionário deverá suscitar questão de ordem ao órgão competente para apreciação da questão.³⁵

E a Seção pode superar precedente firmado Corte?

Tal situação, foi objeto de apreciação por ocasião do julgamento do ERESP 1.269.726/MG,³⁶ onde a Primeira Seção, consignou, expressamente, a superação do entendimento firmado, pela Corte Especial, no julgamento do ERESP 1.164.224/PR, de Relatoria da Ministra ELIANA CALMON, *in verbis*:

“PREVIDENCIÁRIO E ADMINISTRATIVO. EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA EM RECURSO ESPECIAL. PRESCRIÇÃO DO FUNDO DE DIREITO. CONCESSÃO DE PENSÃO POR MORTE DE SERVIDOR PÚBLICO ESTADUAL. RELAÇÃO DE TRATO SUCESSIVO QUE ATENDE NECESSIDADE DE CARÁTER ALIMENTAR. INEXISTINDO NEGATIVA EXPRESSA E FORMAL DA ADMINISTRAÇÃO, INCIDE A SÚMULA 85/STJ. SUPERAÇÃO DA ORIENTAÇÃO ADVERSA ORIUNDA DE JULGAMENTO DA CORTE ESPECIAL DO SUPERIOR

³⁵ Gustavo Azevedo sugere também a possibilidade de superação do precedente através da reclamação repetitiva (AZEVEDO, 2018, pág. 223), considerando que é cabível a suscitação do incidente de demandas repetitiva no Superior Tribunal de Justiça. Tal posicionamento foi firmado na Pet. 11.838/MG, na qual a Corte Especial entendeu que é cabível a suscitação do IRDR diretamente no STJ, em causas de competência originária ou recursal ordinária.

³⁶ EREsp 1269726/MG, Rel. Ministro NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO, PRIMEIRA SEÇÃO, julgado em 13/03/2019, DJe 20/03/2019

TRIBUNAL DE JUSTIÇA, EM RECURSO FUNDADO EM DIVERGÊNCIA ENTRE A PRIMEIRA E A TERCEIRA SEÇÕES DO STJ. ULTERIOR CONCENTRAÇÃO, MEDIANTE EMENDA REGIMENTAL, DA COMPETÊNCIA PARA JULGAR A MATÉRIA NO PRIMEIRA SEÇÃO. EMBARGOS DO PARTICULAR E DO MPF ACOLHIDOS. (...)”

Neste diapasão, considerando que o tema superado – imprescritibilidade dos benefícios previdenciários é de competência da Primeira Seção, reforça-se a premissa que o órgão competente para superar é o que seria competente para definir a matéria.

Por último e não menos difícil, é o questionamento se o Supremo Tribunal Federal pode, em julgamento de competência originária, superar precedente firmado pelo Superior Tribunal de Justiça em matéria estritamente infraconstitucional.

Sabe-se que a Constituição Federal do Brasil outorgou algumas competências originárias ao Supremo Tribunal Federal que não são consideradas exercício judicante de Corte Constitucional ou uniformizadora da matéria constitucional. Cita-se, como exemplo, a competência para apreciar mandado de segurança impetrado contra ato do Tribunal de Contas da União.

O Supremo Tribunal Federal, ao exercer essa competência, analisa matéria infraconstitucional.

Partindo da mesma premissa já citada, na hipótese de existência de tese firmada pelo Superior Tribunal de Justiça, o ordenamento jurídico brasileiro não outorga ao Supremo Tribunal Federal a possibilidade de superação de precedente qualificado em matéria estritamente infraconstitucional, uma vez que a uniformização desse Direito é de atribuição institucional do Superior Tribunal de Justiça.

Assim, ao contrário sensu, abre-se a possibilidade da análise da posição do Supremo Tribunal Federal ante o precedente vinculante do Superior Tribunal de Justiça em matéria infraconstitucional.

Em razão da coerência e unidade do sistema jurídico, entende-se que o Supremo Tribunal Federal deve levar em consideração o precedente qualificado em matéria infraconstitucional, por ocasião do julgamento do exercício judicante da competência originária em matéria infraconstitucional.

Por tais considerações, conclui-se que a competência para superação é do órgão jurisdicional que tem a competência atual para firmar a tese em precedente vinculante.

Além da forma e da competência, o Superior Tribunal de Justiça sinaliza no site (http://www.stj.jus.br/repetitivos/temas_repetitivos/) os precedentes que foram ou serão revisados, onde constam as seguintes situações: os temas repetitivos que estão em processo de revisão (situação: Afetado – Possível revisão de tese) e temas repetitivos já superados (situação: revisado).

Acrescenta-se ainda que tramita no Superior Tribunal de Justiça, o projeto de emenda regimental 77³⁷ que poderá impactar a superação de precedentes, visto que altera o *quorum* para apreciação do recurso repetitivo e, em consequência, da revisão do repetitivo. Atualmente, o *quorum* é a maioria simples e passaria a ser de 2/3 dos membros.

Em conclusão, pelos critérios utilizados pelo ordenamento jurídico e internalizado pelo Superior Tribunal de Justiça no seu Regimento Interno, um precedente terá sido superado sempre que: a) a identificação do *overruling* for realizada através de questão de ordem (com a aprovação da emenda regimental 59 será através da classe processual PRC) ou nas hipóteses da aplicação da técnica do *anticipatory overruling*, no recurso representativo de controvérsia, com fundamento no art. 1041 c/c com art. 1036, 1 do CPC; b) a maioria do colegiado julgador competente, expressamente (art. 927, 4 do CPC) assim o declarar (com a aprovação da emenda regimental 77, o *quórum* passará a 2/3); c) o repositório do STJ e STF da corte citar o precedente como superado.

Sendo assim, diante de tais critérios, é forçoso concluir que configura o descumprimento na decisão dos tribunais superiores que, ao julgar casos futuros, não considera os precedentes vinculantes e nem adota os critérios estabelecidos para superação.

5. A problemática da não observância dos precedentes vinculantes pelas Cortes de Precedentes.

Existe um adágio popular que o exemplo arrasta multidões. Daí a importância da aplicação do *stare decidis* na sua eficácia horizontal.

³⁷ O projeto 77 propõe a alteração para 2/3 dos membros.

Os precedentes judiciais podem assumir objetivos muito mais abrangentes do que simplesmente manter coerente, uniforme e estável a jurisprudência dos tribunais. Eles podem e/ou devem pautar condutas na sociedade, em decorrência da sua função de solucionar as incertezas das interpretações dos textos legais e com isso, gerando uma responsabilidade pessoal.

Para tanto, é importante partir da ideia desenvolvida por MARINONI que a função das Cortes Supremas é definir a interpretação do texto legal, o que significa ter poder para atribuir o sentido do direito e desenvolvê-lo de acordo com as necessidades sociais. Em virtude disso, não podem deixar de possuir força obrigatória, na medida em que são autônomas ao texto legal e constitucional, agregando algo novo à ordem jurídica.

Defende ainda Marinoni que os precedentes judiciais obrigatórios garantem a autoridade do direito, uma vez que não há dúvida de que o direito perde autoridade na quando há indefinição de sentido. A falta de previsibilidade do comando da norma jurídica decorrente da lei conspira contra a sua autoridade, podendo destituí-lo de força para a regulação social. O direito, como ameaça, é tanto menos efetivo quanto mais abre oportunidade para o sujeito pensá-lo como não incidente. Nesse sentido, é claro, falece autoridade ao direito para se evitar o desvirtuamento do comportamento social

Sob o enfoque da Teoria do Precedente Obrigatório (MARINONI, 2015), percebe-se que a força vinculante é necessária para garantir a coerência da ordem jurídica, a igualdade, a estabilidade e a previsibilidade, uma vez que é falsa a suposição advinda da tradição do *Civil Law* que a lei seria suficiente para garantir a segurança jurídica.

Assim, quando os próprios tribunais não seguem os seus precedentes vinculantes geram insegurança jurídica, dificultando a aplicação do *stare decidis* horizontal, pois enfraquece institucionalmente as Cortes Supremas e, por via de consequência, proporciona imprevisibilidade, obscuridade e incoerência para o desenvolvimento do direito.

Ocorre que o sistema faculta a possibilidade de superação e distinção dos precedentes, como meio de viabilizar o *stare decidis*. Daí a necessidade de distinção do

descumprimento da superação, uma vez que o primeiro deve ser desconsiderado e o segundo, seguido.

6. Conclusão

A incerteza sobre a interpretação de um texto legal dilui a responsabilidade pessoal (MARINONI, 2018, p. 114). Em contraposição, a previsibilidade das decisões gera um direito identificável.

A falta de uniformidade das decisões, especialmente, nas decorrentes da litigância de massa, é a grande vilã da história. Devido a isso, foi estabelecido o modelo do *stare decidis* brasileiro.

É fácil entender que a unidade do Direito é alcançada por meio da formação dos precedentes que devem ser obedecidos de forma horizontal (pelos próprios tribunais) e forma vertical por todos os órgãos do Poder Judiciário que deverão aplicar aos casos futuros análogos.

Acontece que a lógica do *stare decisis* no ponto de vista horizontal é a de estabelecer uma vinculação superável para quem forma o precedente, de maneira a permitir o diálogo entre a permanência e a continuidade do precedente. Por outro lado, os tribunais também são obrigados a seguir os seus próprios precedentes.

As citadas alterações normativas foram os primeiros passos para implantação do sistema de precedentes brasileiro.

Os passos seguintes foram a definição das premissas de aplicação do modelo de precedentes, como a estabilização dos posicionamentos das Cortes Supremas, a obediência pelos órgãos jurisdicionais a eles submetidos e, principalmente, pelos criadores dos próprios precedentes.

A partir da análise dos critérios utilizados pelo ordenamento jurídico e internalizado pelo Superior Tribunal de Justiça no seu Regimento Interno, um precedente terá sido superado sempre que: a) a identificação do *overruling* for realizada através de questão de ordem (com a aprovação da emenda regimental 59 será através da classe processual PRC) ou nas hipóteses da aplicação da técnica do *antecipatory overruling*, no recurso representativo de controvérsia, com fundamento no art. 1041 c/c

com art. 1036, 1 do CPC; b) a maioria do colegiado julgador competente, expressamente (art. 927, 4 do CPC) assim o declarar (com a aprovação da emenda regimental 77, o *quórum* passará a 2/3); c) o repositório do STJ e STF da corte citar o precedente como superado.

Sendo assim, diante de tais critérios, é forçoso concluir que configura o descumprimento a decisão dos tribunais superiores que, ao julgar casos futuros, não leva em consideração os precedentes vinculantes e nem adota os critérios estabelecidos para superação.

Assim, resta clarividente que a força e estabilização do modelo de precedentes no Brasil vai depender do respeito pelos tribunais superiores ao dever da uniformidade, estabilidade, coerência e integralidade – se as próprias Cortes de Precedentes não respeitam seus julgados, por que haveria os juízes e demais tribunais no exercício do *stare decidis* horizontal de fazê-lo?

REFERÊNCIA BIBLIOGRÁFICAS:

ATIENZA, Manuel. *As razões do direito: Teorias da Argumentação Jurídica*. Trad. Maria Cristina Guimarães Cupertino. 3. ed. São Paulo: Landy Editora, 2003.

AZEVEDO, Gustavo. *Reclamação constitucional no direito processual civil*. 1. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2018.

BARROSO, Luís Roberto. *Um outro país: transformação no direito, na ética e na agenda do Brasil*. Belo Horizonte: Fórum, 2018.

BUSTAMANTE, Thomas da Rosa. *Uma teoria normativa do precedente judicial: o peso da jurisprudência na argumentação jurídica*. Tese de doutorado. Rio de Janeiro: 2007.

_____. *Teoria do precedente judicial: A justificação e aplicação de regras jurisprudenciais*. São Paulo: Noeses, 2012.

CÂMARA, Alexandre Freitas. *O novo processo civil brasileiro*. São Paulo: Atlas, 2015.

CAMBI, Eduardo. FOGAÇA, Mateus Vargas. Enunciado 344. In: PEIXOTO. Ravi (Coord.). *Enunciados Fórum Permanente de Processualistas Civil: organizados por assunto, anotados e comentados*. Salvador: JusPodivm, 2017.

CAPPELLETTI, Mauro. *Juízes legisladores?* Tradução de Carlos Alberto Alvares de Oliveira. Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris Editor, 1993.

CHASE, Oscar G. Chase. *Direito, cultura e ritual*. Tradução do Sérgio Cruz Arenhant e Gustavo Osa. Marcial Pons: São Paulo, 2014.

CUNHA, Leonardo José Carneiro da. O regime processual das causas repetitivas. In: Revista Processo, São Paulo: RT, n. 179, jan., 2010.

_____, Leonardo Carneiro da. O processo civil no Estado constitucional e os fundamentos do projeto do novo código de processo civil brasileiro. In: Revista de Processo, n. 209, ano 37, jul. 2012.

DAVID, René. *Os grandes sistemas do Direito contemporâneo*. Trad. Hermínio A. Carvalho. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

DIDIER JR., Fredie. *Curso de Direito Processual Civil*. Salvador: JusPodivm. 16. ed. v. 3, 2019.

ENUNCIADOS DO FÓRUM PERMANENTE DE PROCESSUALISTAS CIVIS, 2017, Florianópolis. Disponível em: < <http://fpprocessualistascivis.blogspot.com.br/>>. Acesso em: 28 de outubro de 2017.

FARIA, José Eduardo. *Entrevista ao Blog Estado da Arte*. Estadão. Fonte: <https://cultura.estadao.com.br/blogs/estado-da-arte/jose-eduardo-faria-a-constituicao-deu-papel-de-colegislador-aos-juizes/>. Acessado em: 12.07.2019.

FERRAZ JUNIOR, Tércio Sampaio. *Introdução ao estudo do Direito: técnica, decisão, dominação*. 11. e. São Paulo: Editora Atlas, 2019.

GOUVEIA, Lúcio Grassi. BREITENBACH, Fábio Gabriel. Sistema de Precedentes no Novo Código de Processo Civil Brasileiro, publicado na obra Grandes Temas do NCPC, v. 3 – Precedentes, Editora Juspodivm, 2016

HAZARD JR., Geoffrey C., TARUFFO, Michele. *American civil procedure – an introduction*. New Haven: Yale, 1993.

JUSTIÇA EM NÚMEROS DE 2019. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/conteudo/arquivo/2019/08/justica_em_numeros20190919.pdf> Acesso em: 25 de outubro de 2019)

LIMA JUNIOR, Cláudio Ricardo Silva. *Stare Decisi e teoria do precedente judicial no sistema anglo-saxônio*. Fonte: www.conteudojuridico.com.br. Acessado em: 27.06.2019.

LOURENÇO, Haroldo. *Precedente Judicial como fonte do direito: algumas considerações sob a ótica do novo CPC*. Revista da AGU. Ano 11, nº 33, jul./set. 2012

MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Sistema brasileiro de precedentes: natureza, eficácia e operacionalidade*. 2.ed., rev., atual., e ampl., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

MACÊDO. Lucas Buril. *Precedentes Judiciais e o direito processual civil*. 3a ed., rev.atual. e amp., Salvador: JusPodivm, 2019.

MARANHÃO, Clayton. *O dever constitucional da fundamentação da sentença e o novo código de processo civil brasileiro de 2015: Estudo de caso a respeito dos precedentes judiciais em matéria constitucional e o padrão máximo de fundamentação no direito brasileiro*. Revista Eletrônica de Direito Processual ± REDP. Rio de Janeiro. Ano 10. Volume 17. Número 2. Julho a Dezembro de 2016.

MARCHIORI, Marcelo Ornellas *A integração promovida pelo Centro Nacional de Inteligência da Justiça Federal e sua imprescindibilidade para o modelo brasileiro de precedentes – análise contextualizada com a Nota Técnica n. 5/2018*. Revista do Centro de Inteligência do Conselho da Justiça Federal, Volume 2. Acesso: <https://www.cjf.jus.br/cjf/corregedoria-da-justica-federal/centro-de-estudos-judiciarios-1/publicacoes-1/serie-cej-cnijf-1>

MARINONI, Luiz Guilherme. *A ética dos precedentes: justificativa do novo CPC*. 3a ed. rev. e atual. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2018.

_____. *Precedentes obrigatórios*. 5a ed., rev.atual. e amp., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

_____. *O STJ enquanto corte de precedentes: recompreensão do sistema processual de Corte Suprema*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

_____. *A transformação do civil law e a oportunidade de um sistema precedentalista para o brasil*. Fonte: www.marinoni.adv.br, acessado em: 01.07.2019.

_____. *Respeito ao Direito, Corte de Precedente e Responsabilidade pessoal*. Fonte: www.marinoni.adv.br, acessado em: 01.07.2019.

_____. *Uma nova realidade diante do projeto do CPC: A ratio decidendi ou fundamentos determinantes da decisão*. Fonte: www.marinoni.adv.br, acessado em: 25.06.2019.

MELLO, Patrícia Perrone Campos. *O Supremo e os precedentes constitucionais: como fica a sua eficácia após o Novo Código de Processo Civil*. Universitas Jus, Brasília, v. 26, n. 2, p. 41/54, jul/dez. 2015.

_____. *Precedentes – O desenvolvimento judicial do direito no constitucionalismo contemporâneo*. Rio de Janeiro. Renovar, 2008.

MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. *Comentários ao Código de Processo Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 1974.

MITIDIERO, Daniel. *Precedentes: da persuasão à vinculação*. 3. ed., rev. atual e ampl. São Paulo: Thomson Reuters, 2018.

_____. *Cortes superiores e cortes supremas: do controle à interpretação da jurisprudência ao precedente*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013.

MOTTA, Otávio. *Justificação da decisão: a elaboração da motivação e a formação de precedente*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015.

MUNOZ, Martin Orozco. *La creacion judicial del derecho y el precedente vinculante*. Navarra: Arazandi-Thompson Reuters, 2011.

NEVES, Daniel Amorim Assumpção. *Manual de direito processual civil – Volume único*. 9ª ed. – Salvador: Ed. JusPodivm, 2017.

_____. *Novo Código de Processo Civil Comentado artigo por artigo*. 2ª ed. – Salvador: Ed. JusPodivm, 2017.

OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. *Precedentes no Direito Administrativo*. Rio de Janeiro: Forense, 2018.

PEIXOTO, Ravi. *Superação do Precedente e Segurança Jurídica*. 4a ed., rev. atual. e amp., Salvador: JusPodivm, 2019.

_____. *O sistema de precedentes desenvolvido pelo CPC/2015 - Uma análise sobre a adaptabilidade da distinção (distinguishing) e da distinção inconsistente (inconsistent distinguishing)*. REPRO VOL. 248 (OUTUBRO2015).

REALE, Miguel. *Lições Preliminares de Direito*. 25ª ed. 22ª tiragem. São Paulo: Saraiva, 2001.

SEVERINO, Antônio Joaquim. *Metodologia do Trabalho Científico*. E-pub. 1 ed. São Paulo: Cortez, 2013.

SILVA, Ovídio A. Baptista da. *Jurisdição e execução na tradição romano-canônica*. 2. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1997.

TARUFFO, Michele. *Precedente e jurisprudência*. Trad. Chiara de Teffé. Civillistica.com. Rio de Janeiro, a. 3, n. 2, jul.-dez./2014.

_____. *Dimensioni del precedente giudiziario, Scintillae iurus – Studi in memoria di Gino Gorla*, t. 1, Milano, Giuffrè, 1994.

_____. *Uma simples verdade: o juiz e a construção dos fatos*. Trad. Vitor de Paula Ramos. São Paulo: Marcial Pons, 2012.

TUCCI, José Rogério Cruz e. *Precedentes Judiciais como fonte do direito*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

VIGO, Rodolfo Luís. *Interpretação Jurídica: Do modelo juspositivista-legalista do século XIX às novas perspectivas*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005.

ZANETI JÚNIOR, Hermes. *O valor vinculante dos precedentes judiciais: teoria dos precedentes normativos formalmente vinculantes*. 2. ed. Salvador: Juspodivm, 2016.

RECURSOS ESPECIAIS REPETITIVOS: UNIVERSALIDADE E UNIFORMIDADE DE DECISÕES E O PAPEL CONSTITUCIONAL DO STJ

André Macedo de Oliveira

Professor Adjunto da Faculdade de Direito da Universidade de Brasília - UnB.
Doutor e Mestre em Direito, Estado e Constituição pela UnB.
Desembargador Titular, classe jurista, do Tribunal Regional Eleitoral do Distrito Federal – TRE/DF, biênio 2016-2018.
Advogado.

1. Do nascimento aos 30 anos do Superior Tribunal de Justiça: entre o seu papel constitucional e a sobrecarga processual

A criação do Superior Tribunal de Justiça foi um dos marcos na Constituição de 1988. Uma “mesa-redonda” realizada na Fundação Getúlio Vargas, ainda em 1965, está na origem do debate sobre a concepção do Superior Tribunal de Justiça. Desse encontro participaram os juristas Levy Fernandes Carneiro, Alcino de Paula Salazar, José Frederico Marques, Miguel Seabra Fagundes, G. Ulhôa Canto, Caio Mário da Silva Pereira, Mário Pessoa, Caio Tácito, Flavio Bauer Novelli, Miguel Reale e Themístocles Brandão Cavalcanti, que presidiu os trabalhos.

Falava-se na criação de um tribunal que se ocupasse de parte da competência do Supremo Tribunal Federal no tocante à apreciação dos recursos extraordinários relativos ao direito federal comum. O relatório do debate aponta para a criação de “um único tribunal que teria uma função eminente como instância federal sobre matéria que não tivesse, como especificidade, natureza constitucional, ao mesmo tempo que teria a tarefa de apreciar os mandados de segurança e *habeas corpus* originários, os contra atos dos Ministros de Estado e os recursos ordinários das decisões denegatórias em última instância federal ou dos Estados”.¹

Imbuídos de atribuir um novo papel ao Supremo Tribunal Federal, a ideia desses renomados juristas era, em essência, encaminhar os recursos extraordinários

¹ Revista de Direito Público e Ciência Política da Fundação Getúlio Vargas, vol. VIII, tomo 2, maio/agosto de 1965, págs. 134 e seguintes.

fundados exclusivamente na lei federal ao novo Tribunal, de modo a aliviar a sobrecarga do Supremo Tribunal Federal.²

Aliás, antes mesmo dessa mesa redonda, José Afonso da Silva apontava a necessidade da criação de um Tribunal Superior “correspondente ao TSE e ao TST para compor as estruturas judiciárias do Direito comum, do Direito fiscal federal e questões de interesse da União e do Direito penal militar”. Esse órgão, que José Afonso chamaria de Tribunal Superior de Justiça, “teria como competência fundamental, entre outras, julgar, em grau de recurso, as causas decididas em única ou última instância pelos tribunais ou juízes estaduais, dos feitos da fazenda nacional e militares”.³

Até a Carta de 1988, as questões de uniformização da legislação federal eram submetidas ao Supremo Tribunal Federal, por meio do recurso extraordinário. Foi no art. 27 do ato das disposições constitucionais transitórias que se regulamentou a instalação do Superior Tribunal de Justiça. A composição inicial do Tribunal foi concebida pelo aproveitamento dos Ministros do Tribunal Federal de Recursos e pela nomeação dos Ministros que fossem necessários para completar o número estabelecido na Constituição, qual seja, de 33 Ministros, conforme dispõe o art. 104. Na ocasião, foram criados ainda os cinco Tribunais Regionais Federais.

Egídio Ferreira Lima, na sessão da Comissão da Organização dos Poderes e Sistema de Governo da Assembleia Nacional Constituinte, em 27 de maio de 1987, sob a Presidência de Oscar Corrêa, a qual contou também com a presença do então Procurador-Geral da República, Sepúlveda Pertence, destacou o ponto da “renovação do Judiciário” a partir da criação de um Superior Tribunal de Justiça com “competência para a interpretação da lei federal e para a unificação da jurisprudência no conflito entre Tribunais”.⁴

² Vale conferir ainda artigo de MIGUEL REALE. *O Tribunal Superior de Justiça*. Folha de São Paulo, Tendências/Debates, sexta-feira, 5 de junho de 1987.

³ SILVA, José Afonso. *Do recurso extraordinário*. São Paulo: RT, 1963, pág. 456.

⁴ Diário da Assembleia Nacional Constituinte (Suplemento), Câmara dos Deputados, publicado em 5 de agosto de 1987, pág. 8. Nessa passagem, EGÍDIO FERREIRA LIMA destaca ainda a criação dos Tribunais Regionais Federais, “ensejando-se a descentralização do julgamento da matéria recursal concernente à Justiça Federal”. E ainda: “Comandos precisos visam a uma justiça mais rápida e eficiente, ao tempo em que se instituíram juízos especiais mais próximos da população e com processos rápidos”. Sobre o Constituinte Egídio Ferreira Lima, confira: <http://www2.camara.leg.br/atividade-legislativa/legislacao/Constituicoes_Brasileiras/constituicao>.

Antes, porém, em 6 de maio de 1987, o então Presidente do Supremo Tribunal Federal, Ministro Sydney Sanches, também compareceu à sessão da Comissão, na qualidade de Relator-Geral da proposta do Supremo Tribunal Federal à Constituinte, e destacou que antes de fixar as suas convicções, o Supremo ouviu as sugestões e manifestações de “todos os tribunais do País”.

Entre as propostas analisadas, o STF desaprovou a ideia de se “criar um Tribunal Superior de Justiça (abaixo do Supremo Tribunal Federal), com competência para julgar recursos extraordinários oriundos de todos os Tribunais Estaduais do País”.⁵ A opinião contrária do STF era baseada, segundo revelam os anais da Assembleia Nacional Constituinte, na eventual prejudicialidade da “autonomia das Justiças Estaduais, que ficariam sob a jurisdição de um Tribunal Federal”, e que não seria um Tribunal de toda a Federação, como o Supremo. Seria um Tribunal “intermediário, sem força de Tribunal da Federação, e que reformaria os acórdãos da Justiça dos Estados, que teriam sua autonomia consideravelmente atingida”.

O Ministro Sydney Sanches apresentou ainda a importância de um tribunal de caráter nacional, com jurisdição em todo o País, continuar “exercendo competência sobre as questões federais de maior repercussão na ordem jurídica”. E ainda “que o Brasil tem peculiaridades históricas, geográficas, sociológicas, étnicas, com uma formação fisiológica, política, econômica, moral e religiosa tão diversificada que é muito perigosa a adoção pura e simples de modelos alienígenas para solução de seus problemas judiciários.”⁶

Ao tratar do Tribunal Federal de Recursos, Sydney Sanches o destacou como “notoriamente sobrecarregado”. Apontou a necessidade da “racionalização de trabalho na Justiça Federal de 2ª instância”, pois, na verdade, “o Tribunal Federal de Recursos é a 2ª e a 3ª instâncias na Justiça Federal. Por isso, jamais conseguirá superar o acervo de processos que lá se encontra”. Um cenário, como se vê, de sobrecarga de trabalhos e grande volume de processos. A necessidade de racionalização de trabalho permeava todo o debate.

⁵ Diário da Assembleia Nacional Constituinte, págs. 23-24.

⁶ Diário da Assembleia Nacional Constituinte, pág. 24.

Aliado a isso, apontou Sydney Sanches que “a proposta Afonso Arinos cria um Tribunal Superior que seria superior para a Justiça Federal e para a Justiça dos Estados”. Para o então Ministro, essa proposta seria ideal, “se o Tribunal não tivesse que ter cem ministros”. Eis o problema, segundo Sydney Sanches: “Há sempre o gigantismo nos tribunais.” Com a natural sobrecarga de trabalho, “inevitavelmente, um Tribunal com considerável número de ministros, distribuídos em Turmas Especializadas, limitando-se ao Plenário – isto seria uma solução para o gigantismo – a uniformização interna da jurisprudência, além da possível competência originária”.⁷

Passados mais de 30 anos, esse registro histórico, alinhado aos debates de sua criação, mostra hoje um volume de processos que apresenta uma escala de crescimento preocupante, como revela a estatística do próprio STJ nesse período. Os dados apresentados revelam já no ano de 1989 a distribuição de 6.103 processos e 3.711 julgados. Em 1999, esse número sobe para 118.977 distribuídos e 128.042 julgados. Em 2008 atinge 271.521 distribuídos e 274.247 julgados, para se chegar a 309.677 distribuídos e 274.465 julgados em 2013.⁸ Em 2018, foram julgados 511.761 processos. Os números continuam em escala crescente.

2. A sobrecarga processual e um caminho para a efetividade: Athos Gusmão e os recursos especiais repetitivos

Em 8 de maio de 2008, foi sancionado pelo presidente da República o projeto que estabeleceu o procedimento para o julgamento dos recursos especiais repetitivos no âmbito do Superior Tribunal de Justiça. Consubstanciando-se na lei nº 11.672, acrescentando o art. 543-C ao Código de Processo Civil de 1973, a essência do texto estabeleceu que, nas hipóteses em que houver *multiplicidade de recursos com fundamento em idêntica questão de direito*, o recurso especial será processado nos moldes procedimentais estabelecidos neste artigo. No CPC de 2015, o dispositivo manteve essa

⁷ Diário da Assembleia Nacional Constituinte, pág. 27. Segundo a proposta do STF, “as turmas de ministros, pequenas, seriam especializadas. Só a uniformização seria matéria de Plenário. Assim, as reuniões do Plenário não seriam tão frequentes. Essa é que seria a maior dificuldade, mas a agilidade do Tribunal seria grande nas Turmas, pois cada uma teria a sua especialidade: tributária, administrativa, matéria penal, matéria civil e assim por diante”.

⁸ Relatórios estatísticos do Superior Tribunal de Justiça.

sua essência na redação dada ao art. 1036, que determinou o rito procedimental dos *recursos com fundamento em idêntica questão de direito* na subseção *Do Julgamento dos Recursos Extraordinário e Especial Repetitivos*.

A chamada lei de recursos especiais repetitivos ganhou relevo ao resgatar o papel constitucional do Superior Tribunal de Justiça na qualidade de uniformizador da legislação infraconstitucional. Essa uniformização é essencial para uma efetiva prestação jurisdicional e a preservação da segurança jurídica. O Estado Democrático de Direito exige uma ordem jurídica coerente que culmina na segurança jurídica, ou seja, na estabilidade das decisões judiciais.

Em 5 de abril de 2007, o então Ministro de Estado e da Justiça, Tarso Genro, submeteu o encaminhamento ministerial nº 40 ao Presidente da República, relativo ao projeto de lei que acrescentaria o art. 543-C ao Código de Processo Civil, lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973, “estabelecendo o procedimento para o julgamento de recursos repetitivos no âmbito do Superior Tribunal de Justiça”.

Destaca o encaminhamento ministerial a necessidade de alteração do sistema processual brasileiro com o objetivo de “conferir racionalidade e celeridade ao serviço de prestação jurisdicional”, sem, “contudo, ferir o direito ao contraditório e à ampla defesa”. Ressalta que muitas propostas e sugestões para a reforma do processo civil, como do Instituto Brasileiro de Direito Processual, da Associação dos Magistrados Brasileiros, da Associação dos Juízes Federais do Brasil, de órgãos do Poder Judiciário, do Poder Legislativo e do próprio Poder Executivo, são uniformes na necessidade de alteração do Código de Processo Civil para “conferir eficiência à tramitação de feitos e evitar a morosidade”.

Pelo texto encaminhado à Presidência da República, destacam-se os seguintes pressupostos: (i) conferir racionalidade e celeridade ao serviço de prestação jurisdicional, sem ferir o contraditório e a ampla defesa e (ii) conferir eficiência à tramitação de feitos e evitar a morosidade.

Esse projeto de lei é fruto da sugestão de Athos Gusmão Carneiro, “com o objetivo de criar mecanismo que amenize o problema representado pelo excesso de demanda” do Superior Tribunal de Justiça. O encaminhamento ministerial é enfático ao revelar que, em 2005, foram remetidos mais de 210.000 processos ao Superior Tribunal

de Justiça, “grande parte deles fundados em matérias idênticas, com entendimento já pacificado naquela Corte”.

Assim, com o objetivo de “amenizar esse problema”, o anteprojeto encaminhado ao Presidente da República foi inspirado no procedimento previsto na lei nº 11.418/06 que criou mecanismo para simplificar o julgamento de recursos múltiplos, fundados em idêntica matéria, no Supremo Tribunal Federal.

7. Conforme a redação inserida no diploma processual pela norma mencionada, em caso de multiplicidade de recurso fundados na mesma matéria, a Corte Suprema poderá julgar um ou mais recursos representativos da controvérsia, sobrestando a tramitação dos demais. Proferida decisão pela inadmissibilidade dos recursos selecionados, será negado seguimento aos demais processos idênticos. Caso a decisão seja de mérito, os tribunais de origem poderão retratar-se ou considerar prejudicados os recursos. Mantida a decisão contrária ao entendimento firmado no Supremo Tribunal Federal, o recurso seguirá para aquela Corte, que poderá cassar a decisão atacada.

8. Na proposta que submeto a Vossa Excelência, busca-se disponibilizar mecanismo semelhante ao Superior Tribunal de Justiça para o julgamento do recurso especial.

9. De acordo com a regulamentação proposta, verificando a multiplicidade de recursos especiais fundados na mesma matéria, o Presidente do Tribunal de origem poderá selecionar um ou mais processos representativos da controvérsia e encaminhá-los ao Superior Tribunal de Justiça, suspendendo os demais recursos idênticos até o pronunciamento definitivo dessa Corte.

10. Sobrevindo a decisão da Corte Superior, serão denegados os recursos que ataquem decisões proferidas no mesmo sentido. Caso a decisão recorrida contrarie o entendimento firmado no Superior Tribunal de Justiça, será dada oportunidade de retratação aos tribunais de origem, devendo ser retomado o trâmite do recurso, caso a decisão recorrida seja mantida.

11. Para assegurar que todos os argumentos sejam levados em conta no julgamento dos recursos selecionados, a presente proposta permite ao relator que solicite informações sobre a controvérsia aos tribunais estaduais e admita a manifestação de pessoas, órgãos ou entidades, inclusive daqueles que figurarem como parte nos processos suspensos. Além disso, prevê a oitiva do Ministério Público nas hipóteses em que o processo envolva matéria pertinente às finalidades institucionais daquele órgão.

12. Estas, Senhor Presidente, as razões que me levam a submeter a anexa proposta ao elevado descortino de Vossa Excelência, acreditando que, se aceita, estará contribuindo para a efetivação das medidas que se fazem necessárias para conferir celeridade aos ritos do processo civil (grifos).

Pelo encaminhamento do Ministério da Justiça à Presidência da República, verifica-se que o escopo do projeto de lei baseado na sugestão de Athos Gusmão Carneiro era no sentido de se conferir racionalidade e celeridade ao serviço de prestação jurisdicional, sem violar o direito ao contraditório e à ampla defesa.

Previu ainda o projeto conferir eficiência à tramitação dos processos, para se evitar a morosidade. Tudo isso com o intuito de amenizar o problema representado pelo excesso de demanda do Superior Tribunal de Justiça, em grande parte, fundado em matérias idênticas, com entendimento já pacificado pelo Tribunal. Para tanto, inspirou-se na lei nº 11.418, de 19 de dezembro de 2006, que acrescentou os arts. 543-A e 543-B ao Código de Processo Civil de 1973, a fim de regulamentar o §3º do art. 102 da Constituição Federal, tratando da repercussão geral. Hoje, a matéria constitucional está regulamentada pelo Código de Processo Civil de 2015, entre os arts. 1.029 e 1.041 (Seção *Do Recurso Extraordinário e do Recurso Especial*).

Esse anteprojeto de lei de recursos especiais repetitivos no âmbito do Superior Tribunal de Justiça foi apresentado em plenário da Câmara dos Deputados em 30 de maio de 2007, de autoria do Poder Executivo, e autuado como projeto de lei nº 1.213, de 2007.

Na Comissão de Constituição e Justiça e de Cidadania, o parecer do Relator, Deputado Maurício Rands, foi no sentido da oportunidade e conveniência do projeto, “vindo ao encontro dos anseios dos jurisdicionados por uma prestação jurisdicional mais célere e eficiente.

Com o volume de processos atualmente existentes nos tribunais, fica impossível julgar com rapidez e eficácia, o que tem produzido a morosidade da justiça e o descontentamento dos jurisdicionados.

O Projeto traz inovações salutaras, como a simplificação no julgamento de recursos múltiplos, *cujo fundamento seja idêntico*. Além disso, a possibilidade de oitiva de terceiros interessados no processo fortalece o princípio da segurança jurídica, na prolação da decisão judicial.

Todas essas alterações propostas resultarão em aperfeiçoamento da legislação processual vigente, diante do que o meu voto é pela constitucionalidade, juridicidade e boa técnica do Projeto de Lei nº 1.213/07 e, no mérito, pela sua aprovação. (grifos).

Após o voto do Relator, pediu vista dos autos na Comissão o Deputado Regis de Oliveira para examinar possível violação ao direito dos recorrentes, pois a não apreciação do recurso decorrente do sobrestamento poderia haver, “em tese”, violação ao princípio do duplo grau de jurisdição ou a denegação da jurisdição.

Contudo, após análise, concluiu o Deputado vistor não ser possível tal violação, eis que a suspensão é temporária até o julgamento do processo pelo Superior Tribunal de Justiça.

Analizando o projeto, vê-se que tal situação não ocorrerá, pois a suspensão é temporária até o julgamento do feito pelo Superior Tribunal de Justiça. Na sequência *e se a matéria de direito for exatamente igual à submetida a julgamento pelo Superior Tribunal de Justiça*, terá seu seguimento denegado (inciso I do parágrafo 7º do art. 543-C [CPC de 1973]). Em hipótese contrária, a questão será examinada pelo tribunal de origem, ‘na hipótese de o acórdão recorrido divergir da orientação do Superior Tribunal de Justiça’ (inciso II do art. já mencionado).

Afasta-se, assim, qualquer inconstitucionalidade, uma vez que a sujeição do feito à jurisdição estatal não sofrerá qualquer limitação. Ao contrário, *o procedimento racionaliza o processamento de inúmeros recursos cuja matéria de direito é idêntica a outros tantos*. A apreciação apenas de alguns feitos economiza custos e racionaliza a atividade jurisdicional.

À luz do exposto, meu voto acompanha o voto do eminente deputado Maurício Rands.

Sala da Comissão, 2 de outubro de 2007 (grifos)

Após a tramitação na Câmara dos Deputados, o projeto seguiu para o Senado Federal – PLC nº 117/2007, e foi aprovado em 9 de abril de 2008.

Em 8 de maio de 2008, foi promulgada a lei nº 11.672, com vigência a partir de 8 de agosto de 2008, acrescentando o art. 543-C ao Código de Processo Civil de 1973 e estabelecendo o procedimento para o julgamento de recursos repetitivos no âmbito do Superior Tribunal de Justiça.⁹ No Código de Processo Civil de 2015 o dispositivo se manteve, aperfeiçoado, na redação dada ao art. 1.036.¹⁰

3. Multiplicidade de recursos com fundamento em idêntica questão de direito?

⁹ Art. 543-C. Quando houver multiplicidade de recursos com fundamento em idêntica questão de direito, o recurso especial será processado nos termos deste artigo.

¹⁰ Art. 1.036. Sempre que houver multiplicidade de recursos extraordinários ou especiais com fundamento em idêntica questão de direito, haverá afetação para julgamento de acordo com as disposições desta Subseção, observado o disposto no Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal e no do Superior Tribunal de Justiça.

Athos Gusmão Carneiro, mentor do projeto dos recursos especiais repetitivos, ao encaminhar a proposta de projeto da lei ao Ministério da Justiça, destacou que a maioria dos recursos interpostos no Superior Tribunal de Justiça refere-se a matérias idênticas e com entendimento já consolidado pelo tribunal. Contudo, em nenhum momento, definiu ou mesmo justificou a terminologia ou o conceito do que seria “matérias idênticas”. O que são recursos múltiplos com fundamento em idêntica questão de direito? O que é uma matéria idêntica? Há casos ou matérias idênticas?

Uma análise anterior ao CPC de 2015 faz-se necessária. O artigo 543-C do Código de Processo Civil de 1973 dispôs de forma cogente o procedimento relativo aos recursos especiais repetitivos. Segundo o dispositivo legal, havendo “multiplicidade de recursos com fundamento em idêntica questão de direito”, o recurso especial seguiria procedimento diferenciado. Logo após a edição da lei, decidiu o Superior Tribunal de Justiça que, para que o julgamento do recurso especial produzisse os efeitos programados no art. 543-C do CPC/1973, “a questão de direito idêntica, além de estar selecionada na decisão que instaurou o incidente de processo repetitivo, deve ter sido expressamente debatida no acórdão recorrido e nas razões do recurso especial, preenchendo todos os requisitos de admissibilidade”.¹¹

A lei nº 11.276, de 7 de fevereiro de 2006, que instituiu a chamada súmula impeditiva de recursos, alterando o art. 518 do CPC/1973, determinou ao juiz de primeiro grau não receber o recurso de apelação quando a sentença objeto do recurso estiver em conformidade com súmula do Superior Tribunal de Justiça ou do Supremo Tribunal Federal. O objetivo dessa lei, segundo o STJ, era uniformizar e racionalizar os julgamentos, dando maior efetividade ao processo, eis que permitia impedir que o recurso de apelação prosseguisse quando a matéria do juízo de mérito objeto da sentença estivesse em conformidade com súmula do STJ ou do STF. O instituto na súmula impeditiva, entretanto, deixou de existir com a edição do atual CPC.

O art. 1.010, §3º, do texto vigente, extinguiu esse juízo de admissibilidade do recurso de apelação do juízo singular, cabendo ao relator *ad quem* decidir pela negativa do recurso em havendo contrariedade a súmula do STJ ou STF.

¹¹ Decisão no REsp 1.061.530, rel. Min. Nancy Andrighi, 2ª Seção, DJ 10.3.2009.

Também em 7 de fevereiro de 2006, foi editada a lei nº 11.277, que acrescentou o art. 285-A ao Código de Processo Civil de 1973, dispondo que, nos casos em que a matéria controvertida discutida no processo fosse “unicamente de direito” e no juízo já houvesse sido proferida sentença de total improcedência em outros casos idênticos, poderia ser dispensada a citação e proferida sentença, reproduzindo-se o teor da anteriormente prolatada. Nesse caso, novamente, perguntava-se: o que é um processo com matéria unicamente de direito? O que é um caso idêntico? Há casos idênticos? O CPC/2015 aperfeiçoou o comando por meio do já aludido art. 332, segundo o qual o juiz julgará liminarmente improcedente, independentemente de citação, pedido que contrariar súmula do STJ ou STF, acórdão do STJ ou STF em julgamento de recursos repetitivos, entre outras situações.

Aliado a esses diplomas, o artigo 543-C do CPC então vigente não abordava os procedimentos para os recursos especiais com muitos fundamentos em um único recurso. O termo múltiplos recursos levantava alguns questionamentos. O que significava múltiplo? O que eram múltiplos recursos? Dois? Três? Mais de dez, de cem, de mil? Como um Tribunal de Justiça Estadual ou um Tribunal Regional Federal e até mesmo o Superior Tribunal de Justiça poderá identificar essa multiplicidade de recursos?

Fátima Nancy Andriighi aponta “que o descasamento entre a capacidade de prestar serviços e a necessidade da população levou-nos a conviver com uma situação de caos e, apesar dos mais severos esforços, o cumprimento das funções institucionais do STJ sempre deixou muito a desejar”. O excesso de ações “em torno do mesmo tema era, e ainda é, pernicioso, pois consegue inverter a ordem natural do trabalho dos juízes”.

Para Nancy Andriighi, a repetência de idênticos julgamentos aumenta a produtividade individual de cada magistrado, “transmitindo a falsa ideia de que são decididas variadas questões de direito”. Os recursos complexos são “relegados a segundo plano” e o trabalho “jurisdicional passa a ser direcionado para atender à demanda de massa de poucos e determinados escritórios de advocacia ou de partes que sobrecarregam o sistema judicial com uma avalanche de recursos”. Há, segundo Andriighi, um tratamento desigual dos jurisdicionados.¹²

¹² *Revista de Processo*, v. 35, n. ° 185, julho, 2010, pág. 268.

Idêntica questão de direito, em essência, é a tese objeto do recurso. Mas como identificá-la? O §3º do art. 543-C, do CPC anterior, atribuía ao relator do processo no Superior Tribunal de Justiça a faculdade de solicitar informações aos Tribunais de Justiça e Tribunais Regionais Federais a respeito da controvérsia a ser discutida. Nessa oportunidade, poderia o relator encontrar uma espécie de diagnóstico das demandas que permeavam a discussão de fundo objeto do recurso.

Com essas considerações, os recursos especiais repetitivos levantam a seguinte problematização: há como aplicar uma decisão paradigma em todos os recursos com fundamento em idêntica questão de direito? Ou seja, volta-se ao questionamento: as demandas no âmbito do sistema processual civil brasileiro têm idêntica questão de direito?¹³

4. Universalidade e uniformidade de entendimento nos recursos especiais repetitivos

Neil MacCormick entende que as regras não conseguem dirimir todas as controvérsias, ou seja, não resolvem tudo por si mesmas, “pois problemas de classificação, de avaliação, de interpretação, de relevância e de prova podem surgir, e podem ser apontados pelas partes em processos de todos os tipos”. Consigna o autor que uma vez problematizada a aplicação do Direito, os problemas que tiverem sido apontados (não importando qual tenha sido a parte a fazê-lo) terão que ser resolvidos. A questão é como resolvê-los.¹⁴

Os casos não são iguais. Um caso não é igual ao outro, pois não há como uma parte, um cidadão, uma empresa ser igual a outra. Também os fatos não são iguais. Cada qual apresenta suas particularidades. Para MacCormick, “qualquer incidente envolvendo duas ou mais pessoas será diferente de qualquer outro, ao menos no que diz respeito ao

¹³ Dispõe o art. 1.036 do CPC: “Sempre que houver multiplicidade de recursos extraordinários ou especiais com fundamento em idêntica questão de direito, haverá afetação para julgamento de acordo com as disposições desta Subseção, observado o disposto no Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal e no Superior Tribunal de Justiça”.

¹⁴ MACCORMICK, *Retórica e Estado de Direito*. Tradução Conrado Hübner Mendes. Rio de Janeiro: Elsevier. 2008, pág. 105.

lugar e ao tempo, mas também frequentemente em relação às pessoas e a outras circunstâncias”.¹⁵

A problematização que se apresenta no caso dos recursos especiais repetitivos é no sentido da viabilidade da aplicação de uma decisão paradigma em todos os recursos com idêntica questão de direito, como dispõe o artigo 1.036 do CPC. Teori Albino Zavascki, em palestra proferida no 7º Seminário Ítalo-Ibero-Brasileiro, em 24 de setembro de 2010, defendeu não ser possível no cenário jurídico brasileiro que *questões repetitivas, essencialmente de direito*, sejam julgadas individualmente, de forma artesanal.¹⁶

Na ocasião, Teori Zavascki destacou como exemplo de *questões repetitivas essencialmente de direito* a decisão da 1ª Seção do Superior Tribunal de Justiça reconhecendo a legalidade do repasse de PIS/Cofins ao custo de energia elétrica no recurso especial repetitivo nº 1.185.070-RS.¹⁷ Essa decisão, segundo Zavascki, sozinha, resolveu questão de direito que afetava cerca de um milhão de ações somente no Estado do Rio Grande do Sul.

A questão jurídica central nesse caso diz respeito à legitimidade do repasse, às faturas de energia elétrica a serem pagas pelos consumidores, do valor correspondente às contribuições do PIS e da Cofins incidentes sobre o faturamento das empresas concessionárias. Entendeu o STJ que o repasse de tributos para o valor da tarifa não segue o regime tributário da responsabilidade tributária, mas sim ao edital, ao contrato de concessão, aos atos de regulação do setor e ao Código de Defesa do Consumidor. O repasse tem respaldo no regime de concessão e permissão de prestação de serviços públicos, Lei nº 9.472/97. Esse entendimento foi embasado em precedente do Superior Tribunal de Justiça no REsp 976.836/RS relativo ao repasse das contribuições do PIS e da Cofins em relação às tarifas de telefonia.

As contas de energia elétrica atingem cidadãos, empresas, órgãos, todos, com suas diferenças, mas a questão de direito é idêntica, qual seja: é legítimo o repasse às faturas de energia elétrica do valor correspondente às contribuições de PIS e da Cofins

¹⁵ MacCORMICK, *Retórica e Estado de Direito...*, pág. 106.

¹⁶ Palestra proferida no Auditório do Superior Tribunal de Justiça em 24 de setembro de 2010. Em vigor, na ocasião, o art. 543-C do CPC de 1973: “...com fundamento em idêntica questão de direito...”.

¹⁷ Decisão publicada no DJe de 27.9.2010.

incidentes sobre o faturamento das empresas concessionárias. Essa é a *ratio* da decisão. Não há súmula. Não há súmula vinculante. Os fatos e as circunstâncias no cotidiano de cada consumidor são diferentes, mas a questão de direito, nesse caso, é idêntica para todos.

A *ratio* é a diretriz para a uniformidade de entendimento nas demandas de massa. É a diretriz do acórdão paradigma. Na doutrina dos precedentes, tem-se a *ratio decidendi* (*holding*) com várias definições. Neil MacCormick aponta a *ratio decidendi* como uma “justificação formal explícita ou implicitamente formulada por um juiz, e suficiente para decidir uma questão jurídica suscitada pelos argumentos das partes, questão sobre a qual uma resolução era necessária para a justificação da decisão do caso”.¹⁸ Nessa esteira, Jorge Amaury Maia Nunes destaca as cinco definições mais comuns na literatura jurídica inglesa, que mostram, segundo o autor, a dimensão da dificuldade na prática que esse tema pode assumir:

- a) a regra de direito explicitamente estabelecida pelo juiz como base de sua decisão, isto é, a resposta explícita à questão de direito do caso;
- b) a razão explicitamente dada pelo juiz para decisão, isto é, a dada pelo juiz para decisão, ou seja, a justificação explícita para a resposta dada à questão do caso;
- c) a regra de direito implícita nas razões do juiz para justificação de sua decisão, isto é, a resposta implícita à questão de direito do caso;
- d) a razão implicitamente dada pelo juiz para decisão, isto é, a justificação implícita para a resposta dada à questão do caso;

¹⁸ MACCORMICK, *Retórica e Estado de Direito*, págs. 203-204. Prossegue MacCormick que a *ratio* “é uma função da decisão e da justificativa oferecidas por um juiz para tal decisão. Desse modo, podem existir múltiplas *rationes*. Um juiz pode achar necessário formular uma solução em mais de um ponto em questão. Além disso, uma Corte de Apelações, com vários juízes, pode haver várias *rationes*, e se os juízes produzem votos concorrentes ou dissidentes, diferentes juízes podem tomar diferentes linhas mesmo que em favor da mesma decisão concreta entre as partes do caso. Em alguns casos, muitos juízes podem convergir numa opinião majoritária comum. Em outros, pode ser possível construir uma única solução composta, enquanto produto lógico das muitas *rationes* dos juízes. Em outros, ainda, não haverá uma *ratio* comum de um caso julgado por um tribunal colegiado. Haverá um conjunto de soluções possíveis para a questão, cada uma com justificativas que a apoiam como a melhor para este caso e outros semelhantes. Pode-se dizer que, se todas oferecidas são mutuamente consistentes, todas deveriam ser seguidas ao menos no sentido de não serem contraditadas no futuro. Isso provavelmente não permitirá, porém, muita coerência ao longo do tempo e, nesse sentido, todas devem ser consideradas persuasivas, e cortes futuras serão livres para desenvolver qualquer uma à luz de novas considerações”.

e) a regra de direito na qual se fundamenta o caso ou se cita como autoridade para um posterior intérprete, isto é, a resposta dada à questão de direito do caso.¹⁹

Identificada a *ratio*, vê-se que em todas essas demandas, que no caso são demandas de massa, identifica-se uma universalização. Há uma uniformidade nesse ponto específico – repasse para as faturas de energia elétrica do valor correspondente às contribuições de PIS e da Cofins – que é repetido em inúmeras ações e requerem uma uniformização. É a universalização das idênticas questões de direito para as demandas de massa por meio dos recursos especiais repetitivos. Não há que se questionar, nas milhares de ações no Estado do Rio Grande do Sul, sobre essa incidência de PIS e da Cofins. Os fatos devem ser apreciados pelos magistrados de primeiro e segundo grau. A questão de direito já está uniformizada pelo Superior Tribunal de Justiça. Assim, a provocação é concreta. Há matérias e recursos múltiplos com idêntica questão de direito.

Com apoio em MacCormick, Michele Taruffo advoga que decisão proferida em “precedente” seja “universalizável”.²⁰ O que se verifica nos recursos especiais repetitivos, na linha de MacCormick, é a universalização de casos para certas classes, ou para aqueles que satisfazem “certos predicados”. Uma proposição normativa universal, por exemplo, de que “toda mãe deve criar e cuidar de todos os seus filhos” não tem caráter absoluto. Segundo MacCormick,

“Há casos emblemáticos envolvendo a incapacidade auto-infligida de uma mãe natural cuidar adequadamente de seu filho, ou casos em que ela deseja dar seu filho para adoção, ou casos de trocas de crianças, ou problemas envolvendo acordos de gravidez substituta. Isso nos mostra que o princípio de atribuição dos bebês às suas mães naturais deixa de se aplicar, porque relações e circunstâncias adicionais se puseram em

¹⁹ NUNES, *Segurança jurídica e súmula vinculante*, págs. 124-125. Cf. ainda: TARUFFO, Michele. Precedente e giurisprudenza. *Revista trimestrale di diritto e procedura civile*, v. 61, n. 3, sett. 2007, p. 715: “*In proposito la dottrina del precedente distingue tra ratio decidendi, ossia la regola di diritto che è stata posta a diretto fondamento della decisione sui fatti specifici del caso, e obiter dictum, ossia tutte quelle affermazioni ed argomentazioni che sono contenute nella motivazione della sentenza ma che, pur potendo essere utili per la comprensione della decisione e dei suoi motivi, tuttavia non costituiscono parte integrante del fondamento giuridico della decisione*”.

²⁰ TARUFFO, *Precedente e giurisprudenza*, págs 710-711: “*Per altro verso, e si tratta forse del profilo più rilevante, la decisione resa sul caso precedente può spiegare effetti in qualche modo prescrittivi o normativi sulla decisione del caso successivo soltanto a condizione che dal precedente specifico possa derivarsi una regola applicabile anche ad altri casi, ossia – per dirla con MacCormick – a condizione che la decisione formulata in diritto sul caso precedente sia universalizzabile*”.

jogo de modo a fazer diferença em relação àquilo que parece ser um julgamento apropriado.”²¹

Para cada caso há uma decisão. Contudo, não cabe ao Poder Judiciário quedar-se inerte na uniformização do entendimento relativo à matéria com idêntica questão de direito. Esse é o propósito dos recursos especiais repetitivos, alinhado ao papel constitucional do Superior Tribunal de Justiça de uniformização da legislação federal no Brasil. Como já referido por Teori Zavascki, essa decisão paradigma do STJ em matéria idêntica atingiu cerca de um milhão de processos somente no Estado do Rio Grande do Sul. Isso, por si, corrobora para a tese da universalização, na linha exposta por MacCormick.

Houve uniformização no entendimento para esses casos quanto a essa tese apresentada ao STJ.²² O Superior Tribunal de Justiça, no papel constitucional de uniformizador da interpretação da legislação infraconstitucional federal, ganha especial destaque com as definições dos paradigmas para as demandas de massa tratadas como teses nos recursos especiais repetitivos.

5. Os efeitos das decisões do STJ em recursos especiais repetitivos

As decisões proferidas em recursos especiais repetitivos não se consolidam, necessariamente, em súmulas no Superior Tribunal de Justiça. E também estas não têm

²¹ MacCORMICK, *Retórica e Estado de Direito*, pág. 117.

²² “Com efeito, nas chamadas demandas de massa, os fatos são repetidos em cada uma das demandas. Os autores passaram pela mesma ou semelhante situação. Tal situação afigura-se indiscutível, já demonstrada documentalmente. A discussão, em todos esses casos, é apenas de direito: discute-se se a norma é aplicável ou não, se é válida ou não, se é constitucional ou não. Em demandas tributárias, em que se discute, por exemplo, a constitucionalidade de determinado tributo, a única questão de fato é a demonstração de o autor revestir-se da condição de contribuinte daquele tributo; quanto ao mais, a análise do caso restringe-se a aferir a legitimidade da exação. É o que ocorre, igualmente, em demandas previdenciárias ou que envolvem servidores públicos, em que se postula a agregação de alguma parcela ou a aplicação de determinado índice de correção monetária: nesses casos, os fatos a serem demonstrados e comprovados é a condição de aposentado ou a de servidor e o valor da aposentadoria ou dos vencimentos, consistindo toda a discussão em verificar a legitimidade da argumentação jurídica”. CUNHA, Leonardo José Carneiro da. Primeiras impressões sobre o art. 285-A do CPC (Julgamento imediato de processos repetitivos: uma racionalização para as demandas de massa). *Revista Dialética de Direito Processual*, n.º 39, junho/2006, pp. 95-96.

efeito vinculante, como se sustenta, por falta, quiçá, de previsão legal. Também nessa esteira não têm efeito vinculante as decisões emanadas em recursos especiais submetidos ao rito dos recursos repetitivos. O CPC de 2015 destaca que os Tribunais “deverão observar”. Não há, assim, disposição expressa no texto constitucional e tampouco na legislação infraconstitucional. Com esse cenário, qual a natureza e os efeitos das decisões em recursos especiais repetitivos?

Embora não seja exposto nos dispositivos do CPC sobre a vinculação ou a obrigatoriedade do respeito às decisões em recursos especiais repetitivos, nem mesmo pacífico na doutrina, o que se defende neste texto é a implícita vinculação para as decisões proferidas nesses procedimentos.²³ Isso se dá pelo exposto papel constitucional do Superior Tribunal de Justiça, na qualidade de uniformizador da legislação infraconstitucional e ainda nos propósitos estampados na lei nº 11.678/2008, que instituiu os recursos especiais repetitivos.²⁴

Para Calmon de Passos, a jurisprudência dos tribunais superiores sempre vinculou. Em se tratando de decisão de tribunal superior “em sua plenitude e com vistas à fixação de um entendimento que balize seus próprios julgamentos”, o tribunal “impõe diretrizes para seus julgamentos e necessariamente as coloca, também, para os julgadores de instâncias inferiores”. A força vinculante das decisões de Cortes superiores é “essencial e indescartável”, sob pena de retirar-se desses tribunais justamente a função que os justifica.

²³ O art. 927 do CPC é ilustrativo ao afirmar que “Os juízes e tribunais observarão: (...); III – os acórdãos em incidente de assunção de competência ou de resolução de demandas repetitivas e em julgamento de recursos extraordinário e especial repetitivos”. Cf.: MARINONI, Luiz Marinoni; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. Novo código de processo civil comentado. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015, pág. 872 e segs; ARRUDA ALVIM, Angélica ... [et al.] (coord.). Comentários ao código de processo civil. São Paulo: Saraiva, 2016, pág. 1062. Nos comentários do Ministro Luiz Alberto Gurgel de Faria ao art. 927 verifica-se, por todos, essa controvérsia: “Nas searas doutrinária e jurisprudencial há uma forte controvérsia acerca do poder vinculante (ou seja, que impõe a obrigação de observância) ou persuasivo (isto é, que induz, aconselha) de determinadas decisões”.

²⁴ A adoção de tese firmada em recurso especial repetitivo é imediata, segundo decidiu a Segunda Turma do STJ, em outubro de 2012, sendo desnecessário o trânsito em julgado da decisão proferida em recurso especial submetido ao rito do art. 543-C do CPC [1973] para adoção da tese nele firmada. Em efeitos concretos, isso corrobora com a concretização da tese analisada pelo STJ. Decisão proferida no EDcl no AgRg no Ag 1.067.829/PR, Rel. Min. Herman Benjamin, julgado em 9/10/2012. Cf. nesse mesmo sentido os seguintes precedentes: AgRg no REsp 1.218.277/RS, Rel. Ministro Teori Albino Zavascki, Primeira Turma, DJe 13.12.2011; AgRg no REsp 1.095.152/RS, Rel. Min. Laurita Vaz, DJe de 27.9.2010; AgRg no AREsp 175.188/SC, Rel. Ministro Herman Benjamin, Segunda Turma, DJe 22.8.2012.

Adverte Calmon de Passos pouco importar o nome dessas decisões, como “súmulas, súmulas vinculantes, jurisprudência predominante ou o que for”. Elas obrigam. Obrigam a todos “em favor da segurança jurídica que o ordenamento deve e precisa proporcionar aos que convivem no grupo social, como o fazem as normas de caráter geral positivadas pela função legislativa”.²⁵

A principal função do Superior Tribunal de Justiça é definir a interpretação do direito federal. Essa advertência de Luiz Guilherme Marinoni, na qual se evitará que cada Estado da federação trate da lei federal “a seu gosto”, é fundante, pois, embora o STJ tenha “missão bastante nítida, a sua prática é incapaz de permitir a realização da função que lhe foi atribuída pela Constituição Federal”. Isso ocorre, consoante Marinoni, não em razão dos precedentes do STJ não terem força vinculante sobre os Tribunais Regionais Federais e Estaduais, mas pelo fato de os precedentes do STJ não terem sequer “força persuasiva” sobre os tribunais que lhe são inferiores.²⁶

O termo destacado pelo Poder Constituinte, no seu papel de “fundar o Ordenamento Jurídico” e permanecer como referencial para as demais normas,²⁷ no art. 105, inciso III, da Constituição de 1988, é objetivo ao estabelecer a competência do Superior Tribunal de Justiça para rever as decisões que contrariarem tratado ou lei federal ou negarem-lhes vigência, julgarem válido ato de governo local contestado em face de lei federal e derem a lei federal interpretação divergente da que lhe haja atribuído outro tribunal. Ora, se cabe ao STJ uniformizar a interpretação da lei federal e, em determinados casos, cassar a interpretação destoante, as suas decisões devem, no mínimo, ser consideradas pelos Tribunais Regionais Federais e Tribunais de Justiça dos Estados.²⁸

²⁵ CF. Súmula vinculante. *Revista do Tribunal Regional Federal da 1ª Região*, v. 9, n. 1, jan.-mar. 1997, p. 163-176. A ponderação de Calmon de Passos também é oportuna: “E isso eu percebi muito cedo, quando, falando para juízes federais sobre a irrecusabilidade da força vinculante de algumas decisões de tribunais superiores, um deles, jovem, inteligente, vibrante, me interpelou: Professor Calmon, e onde fica a minha liberdade de consciência e o meu sentido de justiça? Respondi-lhe, na oportunidade, o que aqui consigno. Essa mesma pergunta não seria formulável, validamente, pelos que, vencidos, sofrem os efeitos da decisão que lhes repugna o senso moral e lhes mutila a liberdade? Por que os juízes poderiam nos torturar e estariam livres de ser torturados por um sistema jurídico capaz de oferecer alguma segurança aos jurisdicionados?”

²⁶ MARINONI, Luiz Guilherme. Aproximação crítica entre as jurisdições de *civil law* e de *common law* e a necessidade de respeito aos precedentes no Brasil. *Revista da Faculdade de Direito – UFPR*. Curitiba, n.49, 2009, p. 52.

²⁷ CF. BRITTO, Carlos Ayres. *Teoria da constituição*. Rio de Janeiro: Forense, 2006, p. 123.

²⁸ Nesse sentido, LUIZ GUILHERME MARINONI é enfático ao afirmar que “a suposição de que os juízes e tribunais podem decidir sem considerar os precedentes do Superior Tribunal de Justiça não se coaduna com tal norma constitucional” (Aproximação crítica entre as jurisdições de *civil law* e de *common law* e a

Marinoni pondera que é “tranquilamente possível” sustentar que as decisões do Superior Tribunal de Justiça “devem ter efeito vinculante sobre os juízes e tribunais inferiores”. Segundo Marinoni, essa advertência não é viável em termos concretos e práticos, atualmente, “em razão de a importância das decisões não ser assimilada pela cultura jurídica brasileira”.

6. Conclusões

Apresentada essa moldura, não há que se falar em ausência de disposição expressa específica sobre efeito vinculante ou persuasivo das decisões proferidas em recursos especiais repetitivos. O papel constitucional do Superior Tribunal de Justiça, conforme a Carta de 1988, de uniformizador da legislação infraconstitucional é, de fato, o comando para que os magistrados das Justiças Estadual, Federal e do Distrito Federal e Territórios sigam a interpretação infraconstitucional dada.

Calmon de Passos destaca a força vinculante das decisões das Cortes superiores ou, sem essa força, perde-se o caráter de Corte uniformizadora. Segundo ele, pouco importa o nome dessas decisões.²⁹ Marinoni advoga na mesma linha o efeito vinculante, mas aponta a ausência de uma cultura jurídica no Brasil. Sem cultura jurídica, sem respeito aos precedentes do Superior Tribunal de Justiça, elimina-se a força obrigatória dos precedentes em relação às cortes inferiores.³⁰

As decisões do Superior Tribunal de Justiça em recursos especiais repetitivos devem ser observadas pelas cortes regionais e estaduais. O comando da Constituição de 1988 é claro quanto ao papel de uniformizador da legislação infraconstitucional. Não se trata de efeito vinculante ou persuasivo. Essas decisões, contudo, são sujeitas à revisão. Não são decisões fixas e fechadas. Como adverte MacCormick, o direito jurisprudencial deve ser, “de alguma maneira, aberto e flexível no decorrer do tempo”.³¹ Isso, contudo,

necessidade de respeito aos precedentes no Brasil. *Revista da Faculdade de Direito – UFPR*, Curitiba, n.49, 2009, pág. 53).

²⁹ Súmula vinculante. *Revista do Tribunal Regional Federal da 1ª Região*, v. 9, n. 1, jan.-mar. 1997, p. 163-176.

³⁰ MARINONI, Aproximação crítica entre as jurisdições de *civil law* e de *common law* e a necessidade de respeito aos precedentes no Brasil, pág. 53.

³¹ MACCORMICK, *Retórica e Estado de Direito*, pág. 195. Consigna o autor: “Para que haja razão suficiente que justifique não seguir um precedente, seria necessário mostrar que a nova decisão é mais

não aponta para que os magistrados das Cortes Estaduais e Federais no Brasil deixem de seguir a interpretação já balizada pelo STJ.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

AMARAL, Guilherme Rizzo. Efetividade, segurança, massificação e a proposta de um incidente de resolução de demandas repetitivas. *Revista de Processo*, Ano 36, vol. 196, junho/2011, págs. 237-275.

ANDRIGHI, Fátima Nancy. Recursos repetitivos. *Revista de Processo*, v. 35, n. 185, julho, 2010, págs. 265-281.

_____. Prefácio. In: SERAU JUNIOR, Marco Aurélio; REIS, Silas Mendes dos. Recursos especiais repetitivos no STJ. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2009. p. 7-8. Disponível em: <<http://bdjur.stj.jus.br/dspace/handle/2011/27011>>. Acesso em: 12 out. 2019

_____. Os recursos especiais repetitivos no STJ: um breve balanço do primeiro ano de aplicação do art. 543-C do CPC. *Revista da AGU*, Brasília, DF, v. 8, n. 22, p. 51-66, out./dez. 2009. Disponível em: <<http://bdjur.stj.jus.br/dspace/handle/2011/37005>>. Acesso em: 12 out. 2019.

BARBOSA MOREIRA, José Carlos. Antecedentes da Reforma Processual e Sistemática Geral do Novo Código de Processo Civil. *Revista do Instituto dos Advogados Brasileiros*, nº 31, pág. 7-.

_____. *Comentários ao Código de Processo Civil, Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973*, vol. V: arts. 476 a 565. Rio de Janeiro: Forense, 2009.

_____. *O futuro da justiça: alguns mitos*. In: Temas de Direito Processual, oitava série. São Paulo: Saraiva, 2004.

BARROS, Humberto Gomes de. Lei 11.672/08 vai resgatar o STJ da inviabilidade. <<http://www.conjur.com.br/2008-mai-16/lei_1167208_resgatar_stj_inviabilidade>>. Acesso em 3.6.2012.

BRITTO, Carlos Ayres. *Teoria da constituição*. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

CALMON DE PASSOS, J. J. Súmula vinculante. *Revista do Tribunal Regional da 1ª Região*, v. 9, n. 1, jan.-mar., 1997, págs. 163-176.

coerente com a linha central do desenvolvimento jurídico, que seria mais justa do que a decisão do precedente ou que produziria consequências preferíveis àquelas que seriam geradas pela adoção do(s) precedentes(s) em questão” (pág. 199).

- CAMPILONGO, Celso Fernandes. O Judiciário e o acesso à justiça. In: SADEK, Maria Tereza (org.). *O Judiciário em debate*. São Paulo: Idesp: Editora Sumaré, 1995. – (Série Justiça), págs. 15-17.
- CANOTILHO, J. J. GOMES. *Direito constitucional e teoria da Constituição*. Coimbra, Almedina, 2000.
- _____. Pela necessidade de o sujeito de direito se aproximar dos ‘sujeitos densos’ da vida real. In: *Constituição & Democracia*. UnB: Julho de 2008, n. 24.
- CARNEIRO, Athos Gusmão. Primeiras observações sobre a lei dos recursos repetitivos no STJ. *Revista de Processo*, vol. 160, p. 83. Jun / 2008DTR\2008\347.
- _____. *Intervenção de terceiros*. 13ª ed. São Paulo: Saraiva, 2010.
- CÔRTEZ, Osmar Mendes Paixão. *Recursos para os tribunais superiores: recurso extraordinário, recurso especial, embargos de divergência e agravos*. Rio de Janeiro: GZ Ed., 2012.
- CUNHA, Leonardo José Carneiro da. O regime processual das causas repetitivas. In: DIDIER Jr., Fredie (org.). *Leituras Complementares de Processo Civil*. 8ª ed. Ed. JusPodim, 2010.
- _____. Primeiras impressões sobre o art. 285-A do CPC (Julgamento imediato de processos repetitivos: uma racionalização para as demandas de massa). *Revista Dialética de Direito Processual*, n.º 39, junho/2006, pp. 95-96
- CUNHA, Luciana Gross. Indicadores de desempenho do Judiciário: como são produzidos e qual a sua finalidade. *Cadernos FGV Projetos*, v. 12, p. 41-45, 2010.
- CUNHA, Luciana Gross; PINHEIRO, V. M. . O Poder Judiciário na Visão de seus Ministros: Comentários sobre as Entrevistas dos Integrantes dos Tribunais Superiores. *Revista brasileira de estudos constitucionais*, v. 20, p. 123-129, 2011.
- DINAMARCO, Cândido Rangel. *Fundamentos do processo civil moderno*. 3. ed. São Paulo, Malheiros, 2000, v. 1.
- _____. *Instituições de direito processual civil*. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 2009.
- FISS, Owen. *Um novo Processo Civil: estudos norte-americanos sobre Jurisdição, Constituição e sociedade*; coordenação da tradução Carlos Alberto Salles; tradução Daniel Porto Godinho da Silva, Melina de Medeiros Rós. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004.
- FUX, Luiz. *A desistência recursal e os recursos repetitivos*. BDJur, Brasília, DF, 10 fev. 2010. Disponível em: <<http://bdjur.stj.jus.br/dspace/handle/2011/27102>>. Acesso em: 16 dez. 2012.
- _____. (coord.) *O novo processo civil brasileiro. Direito em expectativa (reflexões acerca do Projeto do novo Código de Processo Civil)*. Rio de Janeiro: Forense, 2011.

- FUX, Luiz; NERY Jr., Nelson; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. *Processo e Constituição: estudos em homenagem ao professor José Carlos Barbosa Moreira*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006.
- HESSE, Konrad. *La fuerza normativa de la Constitución*. In: *Escritos de derecho constitucional*. Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1983, pp. 59-84.
- LEAL, Victor Nunes. Atualidade do Supremo Tribunal Federal. *Revista dos Tribunais*, v. 349, págs. 623-629.
- _____. Passado e Futuro da “súmula do STF”. *Revista dos Tribunais*, Ano 70, novembro de 1981, vol. 553, págs. 287-299.
- MACCORMICK, Neil. *Retórica e Estado de Direito*. Tradução Conrado Hübner Mendes. Rio de Janeiro: Elsevier, 2008.
- MARINONI, Luiz Guilherme. *O STJ enquanto corte de precedentes: recompreensão do sistema processual da corte suprema*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013.
- _____. Direito Fundamental à duração razoável do processo. *Revista Jurídica*, n. 379, maio de 2009.
- _____. Aproximação crítica entre as jurisdições de *civil law* e de *common law* e a necessidade de respeito aos precedentes no Brasil. *Revista da Faculdade de Direito – UFPR*, Curitiba, n. 49, 2009, págs. 11-58.
- MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. *Repercussão geral no recurso extraordinário*. São Paulo: RT, 2ª. Ed., 2008.
- _____. *O Projeto do CPC. Críticas e propostas*. São Paulo: RT, 2010.
- MARINONI, Luiz Marinoni; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. Novo código de processo civil comentado. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015.
- MESQUITA, José Inácio Botelho Vega... [et. al.]. A repercussão geral e os recursos repetitivos. Economia, Direito e Política. *Revista de Processo*, ano 38, vol. 220, junho/2013, pp. 13-31.
- MOREIRA ALVES, José Carlos. O Supremo Tribunal Federal em face da nova Constituição – Questões e perspectivas. *Arquivos do Ministério da Justiça*, Brasília, jun.- set. 1989.
- NORONHA, João Otávio de. Breves considerações sobre a atuação do Superior Tribunal de Justiça. In: TEPEDINO, Gustavo; FRAZÃO, Ana (Coords.). *O Superior Tribunal de Justiça e a reconstrução do direito privado*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p. 33-37. Disponível em: <<http://bdjur.stj.jus.br/dspace/handle/2011/42621>>. Acesso em: 28 nov. 2012.
- NUNES, Jorge Amaury Maia. Mandado de injunção e *amicus curiae*. In: *Mandado de injunção: estudos sobre sua regulamentação*. MENDES, Gilmar Ferreira; VALE,

André Rufino do; QUINTAS, Fábio Lima (orgs.). – São Paulo: Saraiva, 2013, pág. 504.

_____. *Segurança jurídica e súmula vinculante*. São Paulo: Saraiva, 2010. – (Série IDP).

_____. A participação do *amicus curiae* no procedimento de arguição de descumprimento de preceito fundamental – ADPF. *Revista Direito Público*, vol. 1, n. 20, mar-abr/2008, pp. 47-64.

_____. Princípios constitucionais: interpretação visando à efetividade dos direitos fundamentais. *Revista Direito Público*, vol. 1, n. 19, jan-fev/2008, pp. 94-112.

OLIVEIRA, André Macedo de. *Recursos Especiais Repetitivos*. Gazeta Jurídica: Brasília-DF, 2015.

_____. *Recursos especiais repetitivos e efetividade jurisdicional: a terceira margem do Superior Tribunal de Justiça*. Tese de doutorado. Faculdade de Direito da Universidade de Brasília, março de 2014. Disponível em: <http://bdjur.stj.jus.br/dspace/handle/2011/75499>. Acesso em 10.7.2019.

_____. Efetividade Jurisdicional: recursos repetitivos, repercussão geral e o Conselho Nacional de Justiça. *Observatório da Jurisdição Constitucional*, v. ano 4, 2010, pp. 1-14.

PASSOS, J. J. Calmon. As razões da crise do nosso sistema recursal. In: *Meios de impugnação ao julgado civil: Estudos em homenagem a José Carlos Barbosa Moreira*. Coordenador: Adroaldo Furtado Fabrício. Rio de Janeiro: Forense, págs 365-381.

PICARDI, Nicola e NUNES, Dierle. O Código de Processo Civil Brasileiro: Origem, formação e projeto de reforma. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, ano 48, n. 190 abr./jun., 2011, págs. 93-120.

REALE, Miguel. O Tribunal Superior de Justiça. *Folha de São Paulo, Tendências/Debates*, sexta-feira, 5 de junho de 1987.

RODRIGUES NETTO, Nelson, Análise crítica do julgamento ‘por atacado’ no STJ (Lei n. 11.672/2008) sobre recursos especiais repetitivos. *Revista de Processo*, v. 163. São Paulo, setembro/2008.

SILVA, José Afonso. *Comentário contextual à Constituição*. 3ª ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2007.

_____. *Do recurso extraordinário*. São Paulo: RT, 1963.

SILVA, Ovídio A. Baptista da. *Processo e ideologia: o paradigma racionalista*. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

_____. A função dos tribunais superiores. In: *STJ 10 anos: obra comemorativa 1989-1999*. Brasília: Superior Tribunal de Justiça, 1999.

TARUFFO, Michele. Precedente e giurisprudenza. *Revista trimestrale di diritto e procedura civile*, v. 61, n. 3, sett. 2007, p. 709-725.

_____. L'onere come figura processuale. *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*. Milano: Giuffrè editore. Anno LXVI, n. 2, 2012, págs 425-436.

_____. *La protección judicial de los derechos en un estado constitucional*. Trad. de Maximiliano Aramburo Calle. In: Páginas sobre justicia civil. Madrid: Marcial Pons, 2009.

_____. *Cinco lecciones mexicanas: memoria del taller de derecho procesal*. México: Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación, Escuela Judicial Electoral, 2003.

TAVARES Jr., Homero Francisco. Recursos especiais repetitivos: aspectos da Lei 11.672/2008 e da Res. 8/2008 do STJ. *Revista de Processo*, vol. 166, p. 190. Dez / 2008DTR\2008\710.

TEIXEIRA, Rodrigo Valente Giublin. Recursos especiais repetitivos recursos fundados em idêntica questão de direito no âmbito do Superior Tribunal de Justiça. *Revista de Processo*, vol. 191, p. 161. Jan / 2011DTR\2011\1131.

WAMBIER, Luiz Rodrigues; VASCONCELOS, Rita de Cássia Corrêa de. Recursos especiais repetitivos: reflexos das novas regras (Lei 11.672/2008 e Res. STJ 8/200/) nos processos coletivos. *Revista de Processo*, vol. 163, p. 28. Set / 2008.

WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. *Repercussão Geral*. Revista do IASP. Revista dos Tribunais. 2007. n. 19.

ALVIM, Teresa Arruda... [et. al.]. A súmula vinculante vista como meio legítimo para diminuir a sobrecarga de trabalho dos tribunais brasileiros. *Revista Jurídica*, n. 379, maio de 2009.

ZAVASCKI, Teori Albino. *Processo coletivo: tutela de direitos coletivos e tutela coletiva de direitos*. 4. Ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009.

_____. Defesa de direitos coletivos e defesa coletiva de direitos. *Revista de Informação Legislativa*, v. 32, n. 127, p. 83-96, Brasília, Senado Federal, jul.-set. 1995.

RACIONALIDADE E IGUALDADE – SOBRESTAMENTO E DEVOLUÇÃO DE AUTOS, COM MATÉRIA REPETITIVA (STJ) OU COM REPERCUSSÃO GERAL (STF), AOS TRIBUNAIS DE ORIGEM

Jefferson Carús Guedes

Professor da Graduação, Especialização, Mestrado e Doutorado do UniCEUB.
Doutor e Mestre em Direito Processual Civil (PUCSP).
Ex-Advogado da União.

Maurício Alves Santana

Mestrando em direito no UniCEUB, especialista em Direito Público (UNIDERP/Anhaguera),
especialista em Direito Processual Civil (UniCEUB).
Graduado pelo UniCEUB. Ex-advogado.
Assessor de Ministro (STJ).

Resumo: O reconhecimento de repercussão geral (STF) ou de matéria repetitiva (STJ) gera, em regra, o sobrestamento de julgamentos de processos em idêntica situação. Tal suspensão, pode acontecer no próprio tribunal em que está pendente o julgamento ou no Tribunal de origem do recurso. A jurisprudência do STJ, encontram-se praticamente uniformizada no sentido de que, havendo o reconhecimento de repercussão geral sobre determinada matéria ou afetação de recurso especial repetitivo, é necessária a devolução dos autos ao Tribunal de origem, para que se aguarde o julgamento do recurso paradigma. Assim, se o recurso chega no STJ ou no STF, ainda que já julgado o tema, determina-se a devolução dos autos ao Tribunal de origem, para que haja nova admissibilidade após o julgamento do paradigma. A medida tem a função de promoção da igualdade e racionalidade processuais na prestação jurisdicional. Isto porque, um novo julgamento promovido nas Cortes Superiores, diante da reconhecida repetitividade da situação litigiosa, poderia promover desigualdade entre as partes ou divergência entre decisões.

Palavras-chave: recursos repetitivos, repercussão geral, sobrestamento, admissibilidade, igualdade

Abstract: Recognition of general repercussion (STF) or repetitive matter (STJ) generally results in overstatement of trials in similar situations. Such suspension may take place in the court of the judgment itself or in the court of origin of the appeal. The jurisprudence of the Supreme Court is practically uniform in the sense that, if there is a general repercussion on a particular matter or a repetitive special appeal, it is necessary to return the case to the Court of origin, pending the judgment of the appeal. paradigm. Thus, if the appeal arrives at the Supreme Court or Supreme Court, although the matter has already been judged, the case must be returned to the Court of origin, so that there is a new admissibility after the judgment of the paradigm. The measure has the function of promoting procedural equality and rationality in the judicial provision. This is because, a new trial promoted in the Superior Courts, in view of the recognized repetitiveness of the litigious situation, could promote inequality between the parties or divergence between decisions.

Key-words: repetitive appeals, general repercussion, restraint, admissibility, equality

Introdução

Recentemente, antes mesmo da edição do Código de Processo Civil de 2015, a legislação processual foi dotada de instrumentos que buscavam dar celeridade¹ na produção e uniformização da fundamentação das decisões judiciais. A criação do recurso especial repetitivo e do recurso extraordinário com repercussão geral, denotam esta intenção do legislador². Ademais, é possível afirmar que, atualmente, o recurso extraordinário com repercussão geral reconhecida, aparenta ter mais força jurídica coercitiva que a súmula vinculante³, deixando clara a prevalência daqueles instrumentos de uniformização.

O exercício da atividade de prestação da tutela jurisdicional pelo Estado, tem enfrentado dificuldades, ora relacionadas ao excesso de demandas, ora relacionadas à deficiência administrativa das Cortes de Justiça. O sistema falido da processualística formalista, ano a ano vem perdendo espaço para: o processo civil informal, a oralidade, a desjudicialização; *verbi gratia*. Marcam essa prevalência, as previsões do Código de Processo Civil de 2015 no sentido da possibilidade de suprimimento de falhas e formalidades não essenciais, e a clara orientação pela necessidade de produção de

¹ Há quem entenda que a repercussão geral teve como um dos fundamentos de sua criação a redução do número de processos que chegam até o STF, mas consideram que foi sem sucesso a iniciativa, para esse fim: DE SOUZA, Bárbara Cherubini, et al. A problemática na aplicação da repercussão geral e sua relação com a crise do Supremo. **Revista Científica Doctum Direito**, 2019, 1.3.

² “Essa mudança pode ser percebida em três passagens do Código: (i) o art. 1.029, § 3º, do CPC/2015 autoriza que essas Cortes desconsiderem vício formal de recurso tempestivo ou determinem sua correção, desde que não o repute grave; (ii) de acordo com o art. 1.025 do CPC/2015, estarão incluídos no acórdão as questões suscitadas em embargos de declaração opostos para fins de pré-questionamento, mesmo quando inadmitidos ou rejeitados; (iii) os arts. 1.032 e 1.033 do CPC/2015 estabelecem um livre trânsito entre essas Cortes no tocante à admissibilidade dos recursos extraordinários e especial. Assim, quando o relator do recurso especial entender que a questão debatida é de natureza constitucional, deverá conceder prazo para que a parte recorrente demonstre a existência de repercussão geral e se manifeste sobre a questão constitucional, remetendo-o ao STF. Igualmente, se o relator do recurso extraordinário no STF entender que a ofensa à Constituição é reflexa, também deverá remetê-lo ao STJ” (PEREIRA, Carlos Frederico Bastos. O Superior Tribunal de Justiça e a Repercussão Geral no Recurso Especial. **Revista Eletrônica de Direito Processual**, 2019, 20.2. p. 26).

³ DELLAQUA, Leonardo Goldner; DIAS, Ricardo Gueiros Bernardes. Repercussão Geral Superação de Filtros Ocultos e Vinculação das Teses em Abstrato. **Meritum, revista de Direito da Universidade FUMEC**, 2019, p. 100.

decisões de mérito, e não de decisões que extinguem o processo sem o julgamento do mérito. Essa orientação é válida não só para os julgamentos realizados pelos juízes de primeiro grau, mas também nos Tribunais, quanto ao julgamento dos recursos⁴.

Diante destas constatações, fica claro que a mudança, que já vem acontecendo, no sentido de necessidade de mais definições de mérito, é uma orientação a ser seguida pelas Cortes Superiores, responsáveis pela produção de precedentes⁵. Cabe ao STJ e ao STF, portanto, a superação das formalidades sanáveis com o fim de viabilizar a produção de decisões de mérito. A aplicação do princípio da igualdade, nesse mesmo sentido, deve ser um instrumento tanto para limitar a atuação do Estado (Poder Judiciário, na prestação jurisdicional) como para viabilizar o atingimento do benefício social decorrente da prestação da justiça⁶.

O recurso especial repetitivo e o recurso extraordinário com repercussão geral, são dois instrumentos imaginados para possibilitar que as decisões de mérito das Cortes de vértice (STJ e STF) possam ser utilizadas como paradigmas de referência para alcançar mais causas. Para isso, os referidos instrumentos foram dotados, da possibilidade ou poder, de viabilizar a suspensão de julgamentos dos demais processos que estejam em curso e que tratem da mesma matéria tratada no paradigma.

A razão do sobrestamento é evitar que decisões com fundamentos divergentes sejam produzidas. Suspende-se, assim, o julgamento dos processos relativos a mesma

⁴ ARAÚJO, José Henrique Mouta. A primazia da resolução de mérito e seus reflexos no mandado de segurança. **Revista de Processo**, vol. 287/2019, p. 357 – 380, Jan / 2019, DTR\2018\22818.

⁵ “Cortes que ocupam o vértice da estrutura judiciária possuem a missão institucional de zelar pela unidade na interpretação do Direito. No Brasil, ao STF compete, precipuamente, a função de guarda da Constituição, assegurando a unidade na interpretação do texto constitucional (art. 102, CF/1988); ao STJ, por sua vez, incumbe-lhe exatamente a mesma tarefa no tocante à lei infraconstitucional (art. 105, CF/1988). Sendo assim, a manifestação dessas Cortes deve ocorrer única e exclusivamente em julgamentos com aptidão de promover o desenvolvimento da ordem jurídica, seja de maneira retrospectiva, uniformizando entendimentos controversos entre os tribunais ordinários, seja de maneira prospectiva, decidindo causas com relevância para a sociedade brasileira mesmo quando não houver um número considerável de pronunciamentos judiciais em instâncias ordinárias” (PEREIRA, Carlos Frederico Bastos. O Superior Tribunal de Justiça e a repercussão geral no recurso especial. **Revista Eletrônica de Direito Processual**, 2019, 20.2. p. 26.

⁶ Para Paulo Bonavides “ [...] no Estado social contemporâneo, o sentido do princípio da igualdade se contém na sua significação como direito e como técnica, Como direito, ele se vincula à concepção liberal e lhe dá prosseguimento pois restringe e limita a atuação do Estado, sendo o primeiro dos direitos fundamentais”. (BONAVIDES, Paulo. O princípio da igualdade como limitação à atuação do Estado. **Revista Brasileira de Direito Constitucional**, 2003, 2.1: p. 222.

matéria, para que se aguarde o julgamento do processo paradigma. A fim de que, após o julgamento deste, a mesma fundamentação seja aplicada aos processos sobrestados.

Normalmente funciona da seguinte forma: verificado que a matéria é repetitiva ou tem repercussão geral, realiza-se um julgamento para ratificar tais características. Definida tal configuração, há afetação de um ou mais recursos para julgamento da matéria⁷. Nesse julgamento, os Ministros podem ou não determinar, que os processos que estão em trâmite e que tratam da mesma matéria, fiquem sobrestados ou não.

Embora existam decisões variadas no STJ e no STF no sentido de que não se deve sobrestar o julgamento se não foi determinado pelo Relator do processo paradigma, há farta jurisprudência nestas Cortes no sentido de que a determinação de sobrestamento ou não é uma faculdade do relator responsável pelo julgamento, na hipótese em que não há a determinação de sobrestamento dentro do processo selecionado como paradigma. Assim, como veremos, o relator teria a faculdade de determinar ou não o sobrestamento do processo, no caso em que não há a ordem para o sobrestamento no processo afetado para julgamento repetitivo ou com repercussão geral.

Partimos dos pressupostos de que cabe ao judiciário a pacificação social e de que o sobrestamento deve ser um dever. Um dever, tanto dos relatores, como dos órgãos julgadores de concretização do princípio da igualdade processual. Assim, caberia não só o sobrestamento, nesses casos, mas também a devolução dos autos aos Tribunais de origem, para que lá seja realizada a revisão do julgamento, e se necessário, o juízo de retratação. E por que isso? A realização da correção das decisões de mérito pelo próprio STJ ou pelo STF, transformaria estas Cortes em cortes de revisão, o que não seria a interpretação mais eficiente do texto constitucional.

Na primeira parte do trabalho, partimos do pressuposto de que a promoção da pacificação social pelo Poder Judiciário é uma determinação constitucional. Veremos que a principal finalidade da prestação da tutela jurisdicional é a pacificação social. Diante desta perspectiva, a utilização do princípio da igualdade e dos critérios de *discrimen* serviriam para respaldar as decisões, visando o atendimento do critério de justiça definido

⁷ Também aqui na escolha dos processos deve haver um desejo de racionalidade para o fim de dispensar o cumprimento de formalidades não essenciais para ao fim de julgar o mérito do repetitivo ou do processo com repercussão geral, que terá o efeito de uniformizar o entendimento para várias outras causas.

pelas Cortes de vértice. Afinal, o que se pretende demonstrar é que, o princípio da igualdade utilizado como técnica seria a mais importante garantia social⁸ e caberia ao Poder Judiciário o desempenho deste seu papel constitucional.

Assim, o prosseguimento do julgamento de processos cuja matéria tenha sido afetada para julgamento repetitivo ou com repercussão geral, poderia gerar decisões judiciais com resultados diferentes, em situações socialmente equiparáveis. Produzindo, então, a indesejável sensação de desigualdade, injustiça ou falta de credibilidade, no corpo social. Tal situação afastaria a pacificação social, buscada com a prestação da tutela jurisdicional estatal⁹.

Considerando que cabe às Cortes de vértice, em matéria recursal, primordialmente, somente a criação de precedentes, restaria então, às Cortes Estaduais e Regionais, a função revisora. Com a possibilidade de corrigir erros na aplicação da justiça.

Na segunda parte da pesquisa, pretendemos demonstrar que o Constituinte de 1988 criou o STJ (que denominaremos nesta pesquisa como uma das “cortes de vértice”) com função primordial de produção de precedentes em matérias repetitivas, e o que o STF deve assumir sua responsabilidade processual recursal de pacificação jurisprudencial, mediante criação de precedentes com repercussão geral.

A finalização do estudo conduzirá à conclusão de que, não só o sobrestamento, mas o procedimento de devolução de autos para a realização da função revisora pelos tribunais de origem é medida necessária para o asseguramento da igualdade processual. Desta forma, as Cortes Regionais e Estaduais, assumiriam sua atribuição constitucional e processual de manter a higidez da sua própria jurisprudência com o juízo de revisão e de retratação, promovendo a concretização do princípio da igualdade.

1. A determinação constitucional de promoção da pacificação social pelo Poder Judiciário

⁸ BONAVIDES, Paulo. O princípio da igualdade como limitação à atuação do Estado. **Revista Brasileira de Direito Constitucional**, 2003, 2.1: p. 223.

⁹ Sabe-se que, modernamente, a resolução de litígios não deve ser atribuição exclusiva do Estado. Mas o Poder Judiciário foi criado tão somente para esta atribuição, que deve ser bem prestada.

O Poder judiciário recebeu a atribuição constitucional de resolução de litígios, como órgão estatal responsável pela prestação da tutela jurisdicional com a função, social, de pacificação social. É de se ressaltar, para que se firme tal entendimento, que a função do Poder Judiciário não é jurídica, mas social. Os instrumentos de atuação da jurisdição é que são jurídicos¹⁰. A diferenciação é importante, como veremos mais a frente, para tratar da sensação de desigualdade de tratamento, que despreza argumentos jurídicos.

A pacificação social, a ser buscada pelo Poder Judiciário, para ser legítima, entretanto, precisa vir acompanhada de alguns atributos. A resolução de demandas, sem exame do mérito, apenas resolve os problemas das limitações das partes (ou de seus representantes) ou do próprio Judiciário.

Embora alguns pressupostos de constituição e validade do processo devam ser respeitados, pois existe, a mera propositura de demandas sem respaldo jurídico, a viabilização, pelos órgãos do Poder Judiciário, de uma decisão de mérito, é um dever necessário para a pacificação social. Demandas semelhantes devem ter desfecho semelhante. É a igualdade processual, como meio e fim, que deve ser respeitada, tanto pelo legislador, como pelo aplicador da lei¹¹.

1.1. A importância do princípio da igualdade processual para o alcance da pacificação social

Pretende-se tratar nesse estudo, primordialmente, quando nos referimos ao legislador, da igualdade perante a lei, segundo a exigência a ser cumprida pelas Cortes Superiores de equiparação, ou seja, que se cumpra o dever de “concessão de igual tratamento para situações em as diferenças são irrelevantes”¹². Relativamente ao Poder

¹⁰ Em texto que propõe o reenquadramento da ciência processual Glauco Gumerato demonstra que a jurisdição não deve ter a relevância que se lhe quer imprimir: “A jurisdição é demasiadamente importante, não se nega isso. Sem ela de nada adiantariam a ação e o processo. Mas no ambiente republicano e democrático, onde constitucionalmente o poder emana do povo (CRBra, art. 1º, par. ún.), é para ser natural que a realidade semântica e pragmática do exercício da jurisdição seja efetivada sem a interferência de outros argumentos que não os jurídicos, é dizer, da ordem jurídica na qual está sendo operada a jurisdição” (RAMOS, Glauco GUMERATO. Processo jurisdicional, republica e os institutos fundamentais do direito processual. **Revista Direito Processual Civil**, 2019, 1.1: 58-81, p. 79).

¹¹ Para Paulo Bonavides, “o princípio da igualdade pode limitar juridicamente a atuação do Estado, expressa em atos do administrador, do juiz e do legislador” (BONAVIDES, Paulo. O princípio da igualdade como limitação à atuação do Estado. **Revista Brasileira de Direito Constitucional**, 2003, 2.1: p. 222.

¹² Trata-se de uma das quatro formas com as quais a igualdade perante a lei pode surgir, segundo Antônio Henrique Perez Luno citado em: GUEDES, Jefferson Carús. Igualdade e desigualdade: introdução conceitual, normativa e histórica dos princípios. Editora Revista dos Tribunais Ltda., 2014, p. 137.

Judiciário, tratamos do conceito de igualdade na lei, no sentido de que cabe ao magistrado “fazer as correções das desigualdades por meio de seu ato administrativo ou judicial”¹³.

Tanto o conceito de igualdade como as situações de *discrímen* são inesgotáveis¹⁴, e não é objeto deste estudo pormenorizá-las. A pretensão é de tratar tão somente de uma das formas de promoção do princípio da igualdade processual: a igualdade processual na admissibilidade dos recursos constitucionais pelas Cortes Superiores, como dever de racionalidade do sistema e promoção da igualdade das partes processuais.

Não discordamos do entendimento de Hermes Zeneti Jr., quando afirma que a assunção do sistema de precedentes deva ser preponderada com base na racionalidade. Diz o autor que muito embora parcela predominante da doutrina entenda que deva preponderar, para a assunção dos precedentes, “a regra da igualdade, entendemos que é mais adequado defender a racionalidade dos precedentes fundada na universalização (vinculatividade horizontal)”¹⁵.

De fato, a ideia é a mesma que defendemos. A racionalidade é o do sistema de precedentes, a igualdade seria a forma de alcançá-la. Para aquele autor, e com razão, a universalização é mais ampla que a igualdade, pois além de incluir a premissa da igualdade, “exige que os juízes dos casos-futuros tenham, a partir da adoção de um pesado ônus argumentativo decorrente da regra da universalização, o dever (normativo) de seguir os precedentes de forma adequada”¹⁶.

No campo processual, pode-se afirmar que a isonomia de tratamento que deve ser dispensada aos sujeitos processuais, é uma decorrência da necessidade de produção de decisões justas. O processo civil – entenda-se, as regras processuais previstas na legislação processual, não preveem sempre, igualdade de tratamento entre as partes. Então, mesmo que haja isonomia no tratamento das partes, é possível a existência de decisões com resultados desiguais.

¹³ GUEDES, Jefferson Carús. Igualdade e desigualdade: introdução conceitual, normativa e histórica dos princípios. Editora Revista dos Tribunais Ltda., 2014, p. 146.

¹⁴ GUEDES, Jefferson Carús. Igualdade e desigualdade: introdução conceitual, normativa e histórica dos princípios. Editora Revista dos Tribunais Ltda., 2014, p. 28.

¹⁵ ZANETI JR, Hermes. O valor vinculante dos precedentes: teoria dos precedentes normativos formalmente vinculantes. 3. Ed. – Salvador, JusPODIVM, 2017, p. 360-361.

¹⁶ ZANETI JR, Hermes. O valor vinculante dos precedentes: teoria dos precedentes normativos formalmente vinculantes. 3. Ed. – Salvador, JusPODIVM, 2017, p. 360-361.

Não interessa se o tratamento dispensado pela máquina jurisdicional à parte seja isonômico. Em qualquer situação, mesmo naquela em que não foi dispensado tal tratamento, há de ser produzida uma decisão judicial com resultado justo. Assim, importa ressaltar, que o resultado justo pode ser produzido ou alcançado por um tratamento desigual às partes¹⁷.

Então, como alcançar a pacificação social mesmo com um tratamento desigual dispensado às partes? A resposta está no uso do processo (ou da igualdade processual) como mecanismo de promoção de decisões justas, quando há tratamento desigual.

Especificamente para este estudo, caberia as Cortes superiores a solução para o problema principal relacionado à admissibilidade dos recursos constitucionais (recurso especial e extraordinário) dessas partes. A admissibilidade desses recursos é a primeira barreira de acesso às Cortes de vértice. É neste momento processual que o julgador se depara com a desigualdade na representação das partes.

A desigualdade na representação processual das partes é facilmente verificável. Não seria lógico aceitar que, diante da existência de grandes firmas de advocacia que cobram dos seus clientes vultosas quantias, haveria a mesma representatividade daquela parte que é representada por uma defensoria pública assoberbada de demandas. Da mesma forma, seria irrazoável acreditar que os profissionais da advocacia teriam o mesmo conhecimento ou interesse processual¹⁸.

As formalidades exigidas pelas Cortes Superiores, para o conhecimento dos recursos, podem ensejar a concretização daquelas desigualdades sociais citadas. E como seria a atuação das Cortes superiores para solução desse problema? Caberia a estas Cortes,

¹⁷ Para Paulo Bonavides, ao tratar das limitações estatais decorrentes do princípio da igualdade professa que deve-se “a proporcionalidade na aplicação social do Direito, o reconhecimento de que na esfera jurídica a igualdade estará sempre acompanhada da desigualdade para lograr-se, então, a igualdade justa” BONAVIDES, Paulo. O princípio da igualdade como limitação à atuação do Estado. **Revista Brasileira de Direito Constitucional**, 2003, 2.1. p. 221.

¹⁸ Para Marinoni e Laércio Becker “Os advogados de grandes empresas, mesmo que não recebessem honorários mais vultosos, teriam dificuldade de exercer a advocacia para os hipossuficientes por absoluta incompatibilidade de ideologias e postura político-jurídica. Devido à convivência e às necessidades da atividade forense que desempenham, tendem a teorizar em favor do tipo de clientela que lhe bate à porta - e não era de se esperar o contrário. Ou seja, os melhores advogados acabam sendo contratados, evidentemente, por quem tem mais recursos” (MARINONI, Luiz Guilherme; BECKER, Laércio A. A influência das relações pessoais sobre a advocacia e o processo civil brasileiros. Qual é o jogo do processo, 2019, p. 7-8.

nos casos em que há uma discussão de mérito repetitiva ou com repercussão geral, afrouxar ou considerar irrelevante a existência de alguns óbices ao prosseguimento do julgamento de mérito destes recursos. Trata-se de garantir o acesso do jurisdicionado ao judiciário em igualdade de condições, com a finalidade, como veremos no tópico seguinte, de alcançar resultados iguais para situações socialmente equiparáveis.

No campo desse estudo, caberia ao estado, não agir com discriminação passiva, mas sim com ações afirmativas tendentes a concretizar a prevalência do julgamento do mérito dos recursos¹⁹.

1.2. Há sensação de desigualdade na prolação de decisões judiciais com resultados diferentes, em situações socialmente equiparáveis

Consciente da limitação da estrutura do Poder Judiciário para lidar com a explosão de litigiosidade, envolvendo as mesmas matérias, o legislador, ainda na vigência do Código de Processo Civil de 1973, editou as Leis n. 11.418/2006 e 11.672/2008, que acrescentaram ao antigo Código de Processo Civil de 1973, os artigos 543-B e 543-C, introduzindo no sistema processual os procedimentos para julgamento dos recursos especiais e extraordinários repetitivos²⁰.

A sensação de desigualdade diante de uma decisão judicial é uma decorrência da sensação de injustiça na entrega da prestação jurisdicional. O jurisdicionado em litígio judicial pretende que lhe seja assegurado não só os meios justos de demonstrar o seu direito, mas também que a própria solução final seja justa, para o fim de que haja a pacificação social.

¹⁹ “No âmbito da discriminação passiva, uma questão de alta relevância diz respeito ao dever de o Estado promover a igualdade material, o que lhe impõe adotar políticas dirigidas a determinados grupos para melhorar suas condições de vida, reduzindo as desigualdades sociais. Na Constituição de 1988, esse mandamento encontra-se expresso no art. 3º, III, e também pode ser construído a partir do caput do art. 5º, ao mencionar o “direito à igualdade” como algo distinto da igualdade perante a lei. Além dessas normas gerais, a Constituição ainda dispõe de normas específicas que obrigam o Estado a promover o acesso a determinados bens por grupos desfavorecidos (...) (MAUÉS, Antonio Moreira. Fundamentos do direito à igualdade na aplicação da lei. **Revista de Estudos Constitucionais, Hermenêutica e Teoria do Direito**, 2019, p. 53).

²⁰ WAMBIER, Luiz Rodrigues; DE OLIVEIRA RODRIGUES, Dayane Venâncio. INCIDENTE DE RESOLUÇÃO DE DEMANDAS REPETITIVAS: ASPECTOS GERAIS E ADMISSIBILIDADE NO TJDF, TJSP, TJRJ, TJRS e TJPR. **Revista Eletrônica de Direito Processual**, 2019, 20.1. p. 344.

O jurisdicionado vê, nas soluções criadas pela jurisprudência, ou pela lei, para impedir o acesso ao judiciário (admissibilidade ou condições da ação), uma negativa do próprio direito reclamado. Tal sensação é decorrência de vários fatores sociais.

Marinoni e Laércio Becker bem expõem as relações que permeiam o meio jurídico e que, pela verificação do que normalmente acontece, trazem a tona a sensação de diferença de tratamento entre as partes, que conduz à desigualdade de tratamento. Citando Roberto Damata, expõem que:

o resultado dessa “manutenção de um esqueleto hierarquizante e complementar que convive com os ideais igualitários e complica a percepção do modo de operar do sistema” é uma sociedade heterogênea (i.e., desigualdade), fundada em hierarquias de sobrenomes etc., cuja unidade elementar não é o indivíduo (cidadão), mas as relações e pessoas, famílias e grupos de parentes e amigos²¹.

Para os autores “enquanto numa sociedade homogênea, igualitária, individualista e exclusiva, o que importa é o indivíduo e o cidadão” em uma sociedade como o Brasil, “o que conta é a relação, por constituir uma sociedade heterogênea, desigual, relacional e inclusiva”²².

Relativamente a este nosso estudo, caberia às Cortes de vértice afastar essa sensação de desigualdade, promovendo o acesso aos recursos constitucionais destas partes sujeitas à desigualdade processual na admissibilidade dos recursos. Basta que seja assegurado a estas partes o acesso ao resultado que seja aplicável ou alcançável por aqueles que conseguiram conduzir os recursos até a Corte Superior, e provocaram o julgador para que proferisse não somente uma decisão judicial, mas uma decisão judicial repetitiva ou com repercussão geral.

Desta forma, o jurisdicionado, ciente de que fora proferida uma decisão pela Corte regional ou estadual injusta, e recorreu, com recurso munido das formalidades essenciais, teria na Corte Superior a salvaguarda da possibilidade de determinação de prolação de nova decisão em conformidade com o entendimento jurisprudencial dominante, proferido em demandas repetitivas ou com repercussão geral.

²¹ MARINONI, Luiz Guilherme; BECKER, Laércio A. A influência das relações pessoais sobre a advocacia e o processo civil brasileiros. Qual é o jogo do processo, 2019, p. 3.

²² MARINONI, Luiz Guilherme; BECKER, Laércio A. A influência das relações pessoais sobre a advocacia e o processo civil brasileiros. Qual é o jogo do processo, 2019, p. 3.

É nesse sentido que, bem andou o legislador ao prever no Código de Processo Civil de 2015 a diretriz da primazia do julgamento de mérito²³. Pretendia o legislador, que fosse dada mais importância à pacificação social, com prolação de decisões de mérito, do que à mera produção de decisões em que apenas se resolvia o problema jurídico, e não social, da falta de formalidade do recurso. Este, que seria mais uma decorrência, de equívocos ou deficiências, relacionados à representação processual e não à parte que busca a tutela jurisdicional de mérito.

Os problemas relacionados à representação processual que geram a desigualdade processual, estão ligados aos conceitos de litigantes habituais e litigantes eventuais:

Essa profunda desigualdade acima mencionada se reproduz na representação processual, uma vez que o litigante com menos recursos financeiros se vê obrigado, na maioria das vezes, a recorrer a advogados que trabalham ao desamparo das redes relacionais de que se servem os escritórios das grandes corporações.

Tal desigualdade na representação processual, que se encaixa com certa facilidade na classificação dos litigantes em habituais e eventuais, pode ser assim sintetizada, em seus contrastes²⁴.

Estaria, então, como veremos a seguir, nas Cortes de revisão a responsabilidade de executar tais incongruências quando da revisão do julgado diante da devolução dos autos para observância do julgamento paradigma.

1.3. Cortes Estaduais e Regionais têm, na função revisora, a possibilidade de corrigir erros causadores da sensação de desigualdade (crise de credibilidade)

A Constituição Federal, dotou as cortes recursais da função revisora e corretiva das decisões dos juízes singulares. Assim, cabe a estas Cortes, o conhecimento de toda a matéria devolvida para julgamento no Tribunal, inclusive para correção de

²³ “O Código de Processo Civil de 2015 trouxe uma aparente abertura quanto ao recebimento das peças recursais. Conquanto os requisitos de admissibilidade sejam mais específicos, visando a proteção da Constituição, o combate à Jurisprudência Defensiva, liderado pela doutrina, parece ganhar força com a positivação de diversos princípios e determinações expressas, no CPC de 2015, que inibem tal prática” (DELLAQUA, Leonardo Goldner; DIAS, Ricardo Gueiros Bernardes. Repercussão Geral Superação de Filtros Ocultos e Vinculação das Teses em Abstrato. **Meritum, revista de Direito da Universidade FUMEC**, 2019, p. 111).

²⁴ MARINONI, Luiz Guilherme; BECKER, Laércio A. A influência das relações pessoais sobre a advocacia e o processo civil brasileiros. Qual é o jogo do processo, 2019, p. 6.

equivocos relacionados à aplicação ou não de entendimentos das Cortes superiores. Caberia ao STJ a função de uniformização da interpretação da lei federal:

Realmente, a “ideia” de que há decisões de todos os tipos para um mesmo caso ainda não foi contraditada pela prática forense não só porque o Superior Tribunal de Justiça não vem exercendo a função de uma Corte de Precedentes, mas também porque se supõe que os tribunais ordinários podem livremente interpretar a lei federal, inclusive divergindo da Corte investida da função de dar unidade ao direito federal infraconstitucional²⁵.

A possibilidade de interposição de recursos para as Cortes Superiores somente deve ter como objetivo final a realização de unificação ou uniformização das decisões proferidas nas Cortes que já realizaram a adequação dos julgados ao entendimento jurisprudencial, já firmado, nas Cortes de Vértice. Não por outra razão que o recurso extraordinário tem como um dos requisitos a ser cumprido pela parte recorrente a demonstração de repercussão geral da matéria. Assim, o direito à igualdade na aplicação da lei o compreende em duas dimensões: direito a um tratamento igual e direito a um tratamento diferente²⁶. As Cortes regionais e federais devem sempre dar prevalência aos precedentes firmados, em interpretação da lei e da Constituição, nas Cortes de vértice.

Conforme afirma Marinoni, “os precedentes têm a função de garantir a igualdade e a segurança jurídica, e não os objetivos – que, na realidade, são meras consequências – de reduzir a carga de recursos ou acelerar a prestação jurisdicional”, como veremos no capítulo seguinte²⁷.

²⁵ MARINONI, Luiz Guilherme. O Superior Tribunal de Justiça enquanto Corte Suprema: de Corte de Revisão para Corte de Precedentes. Disponível em: [http://www.marinoni.adv.br/wp-content/uploads/2013/03/PROF-MARINONI-O-SUPERIOR-TRIBUNAL-DE-JUSTI%C3%87A-ENQUANTO-CORTE-SUPREMA.pdf.] Acesso em: 29.10.2019.

²⁶ MAUÉS, Antonio Moreira. Fundamentos do direito à igualdade na aplicação da lei. **Revista de Estudos Constitucionais, Hermenêutica e Teoria do Direito**, 2019.

²⁷ MARINONI, Luiz Guilherme. O Superior Tribunal de Justiça enquanto Corte Suprema: de Corte de Revisão para Corte de Precedentes. Disponível em: [http://www.marinoni.adv.br/wp-content/uploads/2013/03/PROF-MARINONI-O-SUPERIOR-TRIBUNAL-DE-JUSTI%C3%87A-ENQUANTO-CORTE-SUPREMA.pdf.] Acesso em: 29.10.2019.

2. O exercício das funções constitucionais recursais do STF e do STJ deve concretizar as atribuições uniformizadoras da jurisprudência

A par das dificuldades enfrentadas pelas Cortes Superiores para dar vazão à quantidade de processos julgados, matéria esta não inserida no contexto deste estudo, antes disso, é dever destas Cortes a prestação da tutela de forma eficiente e justa.

A racionalidade de julgamento promovida pela legislação processual civil visa à uniformidade na prestação jurisdicional. Preza o Código de Processo Civil de 2015 pela oportunização de adequação das decisões proferidas nas Cortes Estaduais e Regionais. Assim, cabe às Cortes Estaduais e Regionais a concretização dos entendimentos firmados nos precedentes jurisprudenciais (art. 927 do CPC/2015)²⁸.

Um das principais razões para a adoção de um sistema de precedentes é a racionalidade²⁹. Nas palavras de Hermes Zeneti a racionalidade é a “premissa de que as decisões judiciais devem tratar igualmente casos iguais, porque, quando foram decididas, assim o foram com a pretensão de universalidade”. Essa foi a intenção do constituinte ao criar tanto o Supremo Tribunal Federal como o Superior Tribunal de Justiça, como veremos no tópico seguinte.

No capítulo seguinte (capítulo 3) veremos que há resistência nas Cortes de revisão na aplicação da jurisprudência do STF e do STJ, pelo menos nos órgãos responsáveis pelo julgamento dos recursos. Caberia, aos órgãos de admissibilidade dos recursos superiores (Presidência ou Vice-Presidência), então, a verificação e a primeira revisão dos julgados, anterior ao envio dos recursos às Cortes de vértice.

²⁸ Hermes Zaneti Jr. defende a precedência dos precedentes vinculantes sobre a jurisprudência, a partir do Código de Processo Civil de 2015. Segundo o autor, “a finalidade desta mudança está em assegurar racionalidade ao direito e, ao mesmo tempo, reduzir a discricionariedade judicial e o ativismo judicial subjetivista e decisionista. Justamente por isto estas decisões foram expressamente vinculadas a fundamentação adequada, art. 489, § 1º, especialmente incisos V (fundamentos determinantes) e VI (distinção e superação), e a vedação das decisões surpresa (art. 10)” (ZANETI JR, Hermes. Precedentes normativos formalmente

vinculantes: a formalização das fontes jurisprudências. **Ius Et Tribunalis**. Ano 1, n. 1, 2015, p. 35.

²⁹ Há quem entende que a racionalidade seria a principal razão do sistema de precedentes: ZANETI JR, Hermes. O valor vinculante dos precedentes: teoria dos precedentes normativos formalmente vinculantes. 3. Ed. – Salvador, JusPODIVM, 2017, p. 358.

2.1. O Constituinte de 1988 criou o STJ com função primordial de produção de precedentes em matérias repetitivas

O sistema de recursos repetitivos foi avocado³⁰ pelo Código de Processo Civil de 2015 do regime anterior, com o objetivo de conferir maior dinamicidade ao sistema processual brasileiro.

Tratar as Cortes Superiores como cortes de revisão, seria considerar que o constituinte pretenderia criar três juízos de verificação para as decisões dos juízes singulares³¹. Ao contrário, é de se entender, que o texto Constitucional, atribuiu como competências destas Cortes a verificação do cumprimento seja da Constituição Federal, seja da legislação federal ou sua interpretação (STJ).

Assim, livre da atividade revisora, cabe às Cortes de vértice a verificação, revisão e reforma, dos acórdão que divirjam da interpretação dada a lei federal ou à Constituição. Com esse procedimento será assegurada a universalização e a igualdade processual³².

Relativamente ao seguinte questionamento: Se não cabe ao STF e ao STJ a reforma de acórdãos produzidos nos Tribunais regionais e federais, como o STJ decidirá teses novas? O IRDR é o instrumento a ser utilizado antes que o recurso chegue ao STJ. Então, cabe as Cortes de revisão a tarefa de tomar conhecimento das matérias em repetição de feitos e dar prevalência, já na Corte, da possibilidade de resolução de forma igualitária, inclusive com sobrestamento de feitos.

³⁰ WAMBIER, Luiz Rodrigues; DE OLIVEIRA RODRIGUES, Dayane Venâncio. Incidente de resolução de demandas repetitivas: aspectos gerais e admissibilidade no tjdf, tjsp, trj, trjs e tjpr. **Revista Eletrônica de Direito Processual**, 2019, 20.1. p. 343.

³¹ “Não é prudente que se adote o Supremo como um Tribunal de terceira instância, utilizado para corrigir decisões equivocadas de instâncias inferiores, cuja matéria não tenha relevância transcendente às partes envolvidas” (DELLAQUA, Leonardo Goldner; DIAS, Ricardo Gueiros Bernardes. Repercussão Geral Superação de Filtros Ocultos e Vinculação das Teses em Abstrato. **Meritum, revista de Direito da Universidade FUMEC**, 2019, p. 112). No mesmo sentido, quanto ao STJ: MARINONI, Luiz Guilherme. O Superior Tribunal de Justiça enquanto Corte Suprema: de Corte de Revisão para Corte de Precedentes. Disponível em: [<http://www.marinoni.adv.br/wp-content/uploads/2013/03/PROF-MARINONI-O-SUPERIOR-TRIBUNAL-DE-JUSTI%C3%87A-ENQUANTO-CORTE-SUPREMA.pdf>.] Acesso em: 29.10.2019.

³² Segundo Hermes Zaneti Jr “Os princípios da igualdade e segurança jurídica, normalmente elencados para justificar a teoria dos precedentes, são, portanto, consequências colaterais do atendimento da racionalidade e universabilidade das decisões” (ZANETI JR, Hermes. Precedentes normativos formalmente vinculantes: a formalização das fontes jurisprudências. *Ius Et Tribunalis*. Ano 1, n. 1, enero-diciembre. 2015. p. 35).

A adoção de um sistema de precedentes judiciais deve transformar o Judiciário brasileiro. “O estudo da repercussão demonstra como a decisão judicial em um *leading case* pelo Supremo Tribunal Federal acaba por influenciar no trâmite de milhares de processos sobrestados nos mais diferentes Tribunais brasileiros”³³. Há dados concretos a respeito da efetividade do procedimento³⁴.

Cabe às Cortes Superiores, utilizando-se da igualdade processual – ou do processo como meio, o dever de atuação republicana, na entrega a tutela jurisdicional de forma racional³⁵.

Tratando-se especificamente do STJ:

“A técnica de julgamento conjunto de recursos repetitivos permite que um recurso ou grupo de recursos, que contenham idêntica questão de direito e em vias de exame no Superior Tribunal de Justiça, sejam julgados e o resultado deste processo paradigma se projete de modo idêntico sobre todos aqueles que estavam reunidos ou suspensos em razão da identidade”³⁶.

2.2. O STF deve assumir sua responsabilidade processual recursal de pacificação jurisprudencial, mediante criação de precedentes com repercussão geral

Cabe às Corte Superiores relativamente à atribuição e realização dos fins de justiça, não a tarefa de cumprimento de metas de julgamento anuais, semestrais, mensais, que tem relação com políticas judiciárias. Estas Cortes devem se dotar, administrativamente, de instrumentos aptos à produção de precedentes que possam ser

³³ PEIXOTO, Fabiano Hartmann; BONAT, Débora; ROESLER, Claudia. A repercussão geral no Supremo Tribunal Federal: um exame sobre suas causas e possíveis consequências no período de 2011 a 2016. **Revista Brasileira de Direito**, 2019, 15.1: p. 119.

³⁴ “Atualmente, o acervo da repercussão geral conta com 992 temas, dos quais 666 já tiveram o mérito julgado. Só o tema número 203, que trata do critério do cálculo de renda para fins de concessão do benefício assistencial ao idoso, gerou consequências diretas para mais de 500.000 pessoas que buscavam uma nova fórmula de cálculo pelo INSS. Já as consequências indiretas, uma vez que a autarquia teve que alterar seu procedimento quando da concessão do benefício, é ampliado cotidianamente” (PEIXOTO, Fabiano Hartmann; BONAT, Débora; ROESLER, Claudia. A repercussão geral no Supremo Tribunal Federal: um exame sobre suas causas e possíveis consequências no período de 2011 a 2016. **Revista Brasileira de Direito**, 2019, 15.1: p. 120).

³⁵ Para Glauco Gumerato Ramos a ciência processual deve ser “(re)equacionada a partir da realidade atual da ordem jurídico-política estabelecida pelas nossas Constituições. Essa atual realidade das coisas nos impõe a missão de manejar uma teoria geral do processo na qual a ação seja a projeção da liberdade, o processo seja a concretização da garantia e a jurisdição seja a manifestação do poder racionalizado pelo princípio republicano” (RAMOS, Glauco GUMERATO. Processo jurisdicional, republica e os institutos fundamentais do direito processual. **Revista Direito Processual Civil**, 2019, 1.1: 58-81. p. 80-81)

³⁶ RAMOS, Glauco GUMERATO. Processo jurisdicional, republica e os institutos fundamentais do direito processual. **Revista Direito Processual Civil**, 2019, 1.1: 58-81. p. 81.

utilizados como paradigmas em outras demandas judiciais ou administrativas em situações semelhantes.

A pacificação social que se espera das Cortes de vértice não é a de decidir casos emblemáticos ou com grande repercussão midiática, mas sim com grande repercussão numérica e socialmente relevante para quantidade significativa de pessoas³⁷.

Foi nesse sentido que foi criado o requisito e pressuposto para julgamentos de matérias constitucionais em recursos pelo Supremo Tribunal Federal, da repercussão geral.

Relativamente ao recurso extraordinário, as hipóteses de cabimento não restritas, atribuiu-se ao Supremo Tribunal Federal, no campo recursal, “a legitimidade pressuposta de direcionar a interpretação constitucional do ordenamento jurídico brasileiro, sanando divergências interpretativas em busca da maior segurança jurídica”³⁸.

Há quem entenda que existe coletividade ínsita no procedimento de julgamento do recurso extraordinário com repercussão geral. A atual sistemática proposta pelo Recurso Extraordinário no Brasil adotaria a mesma “estrutura teórica do modelo de processo coletivo, pois seu objeto versa sobre questões de cunho transindividual”. Para os autores a obrigatoriedade de demonstração prévia da repercussão geral de questão constitucional atribuiria ao recurso extraordinário “o caráter coletivo mencionado, evidenciado no efeito *erga omnes* e na impossibilidade de rediscussão do tema no âmbito nas instâncias ordinárias”³⁹.

³⁷ Para Marinoni “é certamente equivocado supor que uma Suprema Corte deve atuar apenas para resolver questões de direito que podem se repetir ou multiplicar, como se a sua tarefa fosse simplesmente reduzir a massa dos casos apresentados ao Judiciário. A definição judicial das questões federais tem importância muito maior. As decisões da Suprema Corte não impactam apenas os casos judiciais, mas, antes de tudo, a própria vida em sociedade, constituindo-se a base para os homens e as empresas se comportarem num Estado de Direito” (MARINONI, Luiz Guilherme. O Superior Tribunal de Justiça enquanto Corte Suprema: de Corte de Revisão para Corte de Precedentes. Disponível em: [http://www.marinoni.adv.br/wp-content/uploads/2013/03/PROF-MARINONI-O-SUPERIOR-TRIBUNAL-DE-JUSTI%C3%87A-ENQUANTO-CORTE-SUPREMA.pdf.] Acesso em: 29.10.2019)

³⁸ ISHIKAWA, Lauro; JÚNIOR, Clóvis Smith Frota. A abstração do controle difuso de constitucionalidade brasileiro. Revista de Informação Legislativa, 2019, 56.222: 133-154. p. 95. Para o autor, a utilização do requisito da repercussão geral no Brasil “reproduz mais uma vez o modelo autocrático de processo, centrado no decisionismo judicial” (p. 99).

³⁹ COSTA, Fabrício Veiga; SILVA, Alex Matoso; DA SILVA, Rosemary Cipriano. Recurso extraordinário como modelo de processo coletivo. Revista do Direito Público, 2019, 14.2: 91-108. p. 93).

3. O procedimento de devolução de autos para a realização da função revisora pelos tribunais de origem é medida para o asseguramento da igualdade processual

Relativamente ao momento do asseguramento do princípio da igualdade, tem importância os juízos de admissibilidade realizados tanto nos Tribunais Regionais e Estaduais, como naquele realizado nas Cortes Superiores.

Relativamente aos recursos excepcionais (recurso especial e recurso extraordinário), em primeiro juízo de admissibilidade (art. 1.030 do CPC/2015), cabe à Corte de origem verificar a adequação do acórdão recorrido à jurisprudência do STJ e do STF, seja para negar seguimento ao recurso (art. 1.040, I, do CPC/2015), seja para determinar a realização do juízo de retratação pelo órgão interno prolator do *decisum* (art. 1.040, II, do CPC/2015).

Ultrapassados os óbices processuais objetivos sanáveis (art. 932, parágrafo único, do CPC/2015), e verificado que há afetação para julgamento repetitivo (recurso especial) ou repercussão geral reconhecida (recurso extraordinário), os demais pressupostos de óbice à admissibilidade, que dizem respeito à matéria de fundo, tal como a incidência, *v.g.*, dos enunciados n. 7, 83 da Súmula do STJ ou 279 e 284 da Súmula do STF, devem ser superados em respeito à primazia da decisão de mérito (arts. 6º, 317 e 932, parágrafo único, todos do CPC/2015).

A jurisprudência do STJ no sentido de que "não se cogita do sobrestamento do feito para aguardar a solução da questão de mérito submetida ao rito dos recursos repetitivos, quando o apelo não ultrapassa os requisitos de admissibilidade"⁴⁰, relaciona-se ao conhecimento dos embargos de divergência, uma vez que, no caso específico, o recurso especial foi conhecido e provido.

3.1. A atribuição das Cortes Regionais e Estaduais de manter a higidez da sua própria jurisprudência com o juízo de revisão e de retratação

O juízo de retratação é uma forma em que o próprio Tribunal Estadual ou Regional pode conhecer das matérias que as Cortes Superiores julgaram e com isso é

⁴⁰ Superior Tribunal de Justiça. AgRg nos EREsp 1.275.762/PR, Rel. Ministro Castro Meira, Corte Especial, julgado em 3/10/2012, DJe 10/10/2012.

possível alterar o entendimento dos Tribunais para adequação de julgados que, futuramente também serão utilizados como precedentes para os juízes singulares.

O Código de Processo Civil de 2015 concedeu relevância à jurisprudência dos Tribunais. Para isso, a “primeira condição exigível é que os tribunais velem pela coerência interna de seus pronunciamentos. Por isso, o novo CPC dedica tratamento especial ao problema da valorização da jurisprudência”⁴¹.

É a obrigatoriedade da obediência aos resultados alcançados nos processos paradigmas que determina a devolução dos autos cuja matéria seja idêntica. Isto porque caberá às Cortes Regionais e Estaduais a realização do juízo de valoração a respeito da incidência ou similitude existente entre o processo submetido a julgamento e aquele em que foi proferida a decisão com repercussão geral.

Na realização desse juízo, a Corte de revisão poderá reverberar a decisão paradigma para os seus órgãos julgadores⁴², que com isso criarão jurisprudência ou manterão os entendimentos reafirmados nos processos paradigmas, de forma a servir de norte para os juízes monocráticos.

A racionalidade que se quis imprimir ao formato de jurisdição estatal, que coloca as cortes Regionais e Federais na função de revisão de julgamentos visa fechar um ciclo racional. Para Hermes Zaneti Jr.: “um modelo de precedentes é racional porque completa um círculo de interpretação jurídica, propondo um ulterior fechamento do discurso jurídico por uma metodologia de controle de sua aplicação”⁴³.

Todavia, estudos demonstram que há uma transformação lenta nesse entendimento. “O fato de 34,1% das decisões utilizarem como fundamento precedentes judiciais do Superior Tribunal de Justiça revela que há um modelo de julgamento se estabelecendo no tribunal”⁴⁴. Em estudo empírico, foi analisado um universo de decisões

⁴¹ THEODORO JÚNIOR, Humberto. O CPC/2015 e a valorização da jurisprudência como fonte de direito. O CPC/2015 e a valorização da jurisprudência como fonte de direito, 2018, p. 122, disponível em: https://juslaboris.tst.jus.br/bitstream/handle/20.500.12178/146879/2018_theodoro_jr_humberto_cpc_valorizacao.pdf?sequence=1&isAllowed=y.

⁴² Nas palavras de Hermes Zaneti Jr: “Um modelo de precedentes é igualmente racional porque fundado na regra da universalização, ou seja, no controle das decisões exaradas pelos juízes e tribunais que devem atender a premissa de serem decisões universalizáveis para os casos análogos futuro”.

⁴³ ZANETI JR, Hermes. O valor vinculante dos precedentes: teoria dos precedentes normativos formalmente vinculantes. 3. Ed. – Salvador, JusPODIVM, 2017. P. 359.

⁴⁴ DE CASTRO CATHARINA, Alexandre; DE ALMEIDA, Viviane Helbourn. A eficácia dos precedentes judiciais do Superior Tribunal de Justiça: análise de sua aplicabilidade no Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. **Revista Eletrônica Direito e Sociedade-REDES**, 2019, 7.2. p. 211. Para o autor “ainda

das Cortes de revisão com os seguintes dados, a respeito da observância da jurisprudência do STJ:

Na área tributária, 42,9% das decisões utilizaram os julgados do Superior Tribunais de justiça como elemento persuasivo da decisão e 23,6% utilizaram provimentos judiciais vinculantes da Corte, totalizando 66,5% das decisões coletadas. Já na área consumerista, 23,6% das decisões proferidas mencionam julgados da Corte valendo-se de sua força persuasiva e 10,5% utilizaram a força vinculante dos julgados da mesma Corte, totalizando 34,1% das decisões analisadas. A maior observância dos julgados do Superior Tribunal de Justiça, seja em sua dimensão persuasiva ou vinculativa, são observados na área tributária (66,5%), o que corrobora a inferência apresentada acima⁴⁵.

3.2. A observância da jurisprudência da Corte de precedentes pela Corte revisora assegura a concretização do princípio da igualdade

A instrumentalidade do processo deve ser buscada em atenção à observância às regras da promoção da igualdade e da desigualdade. Isto porque cabe ao judiciário alcançar decisões com o resultado de pacificação social. Alguns óbices à admissibilidade de recursos devem ser superados por representarem formalidades não essenciais ou superáveis. A observância da jurisprudência da Corte de precedentes pela Corte revisora promove, sem desconsiderar a instrumentalidade, o princípio da igualdade.

A juntada de procuração, a falta de assinatura de procuração, o não pagamento do preparo, e até a mesmo o entendimento de que a análise da matéria importaria em reexame fático-probatório, são alguns exemplos de óbices relacionados a formalidades não essenciais, que podem ser superados para que se produza decisão de mérito apta a promoção da pacificação social.

Com relação aos óbices de admissibilidade dos recursos existe, portanto, a necessidade inicial da verificação da existência de matéria com repercussão geral

estamos na fase embrionária no sentido de se consolidar um modelo precedental democratizante e inclusivo. Se faz necessário e urgente estabelecer métodos operacionais que assegurem a formação de precedentes judiciais de forma equitativa e sistemática, em uma dimensão, e a necessária reformulação do ensino do ensino jurídico que contribua para superação da cultura jurídica que subjaz a práxis judicial, em outra dimensão. Sem esta articulação metodológica e epistemológica não há como se acreditar que o modelo proposto pelo código se efetive na processualística brasileira”.

⁴⁵ DE CASTRO CATHARINA, Alexandre; DE ALMEIDA, Viviane Helbourn. A eficácia dos precedentes judiciais do Superior Tribunal de Justiça: análise de sua aplicabilidade no Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. **Revista Eletrônica Direito e Sociedade-REDES**, 2019, 7.2. p. 210-211.

reconhecida ou de afetação para julgamento repetitivo, antes mesmo da verificação de existência de óbices objetivos sanáveis⁴⁶.

Portanto, antes da verificação da presença de óbices à admissibilidade do recurso especial, deve ser realizada a verificação da existência ou não de pendência: afetação para julgamento repetitivo; repercussão geral reconhecida sobre a matéria, incidente de resolução de demandas repetitivas ou outro incidente de uniformização de jurisprudência⁴⁷.

Nas situações em que a matéria discutida no recurso especial é a mesma matéria de fundo objeto de repercussão geral, não há, pois, a necessidade de interposição de recurso extraordinário para sobrestamento do recurso especial. Trata-se aqui, da superação do enunciado n. 126 da Súmula do STJ, na situação em que há repercussão geral sobre a matéria⁴⁸. Isto porque a interposição de recurso extraordinário depende da existência de fundamento constitucional no acórdão proferido pela Corte de origem (e. n. 126/STJ) ou de discussão essencialmente constitucional no recurso especial, caso este em que deve ser determinada a conversão do recurso especial em recurso extraordinário, se já não foi interposto recurso extraordinário (art. 1.032 do CPC/2015). Assim, nos casos em que a mesma matéria de fundo em discussão no recurso especial também é objeto de repercussão geral, deve-se dispensar a interposição do recurso extraordinário e determinar o sobrestamento do recurso na origem, pois o STJ não poderá contrariar o entendimento do STF sobre esta matéria.

Por outro lado, o reconhecimento, pelo Supremo Tribunal Federal, de repercussão geral sobre determinada matéria vincula a discussão relacionada à mesma matéria, desde que presente a prejudicialidade no julgamento do recurso. Nesse sentido:

⁴⁶ DELLAQUA, Leonardo Goldner; DIAS, Ricardo Gueiros Bernardes. Repercussão Geral Superação de Filtros Ocultos e Vinculação das Teses em Abstrato. **Meritum, revista de Direito da Universidade FUMEC**, 2019, p. 112.

⁴⁷ “O que nos aparenta é que o intuito do CPC de 2015 foi definir que a filtragem do Recurso Extraordinário se faça após analisada a repercussão geral, transpondo-se, assim, àquela filtragem estritamente formal que diz respeito à apenas o processo em análise, cujos efeitos sedarão somente no caso concreto eventualmente analisado, relacionada à critérios formais de admissibilidade que impedem de se analisar o mérito recursal, o núcleo da questão transcendente às partes, que vincularia os demais Tribunais de Justiça” (DELLAQUA, Leonardo Goldner; DIAS, Ricardo Gueiros Bernardes. Repercussão Geral Superação de Filtros Ocultos e Vinculação das Teses em Abstrato. **Meritum, revista de Direito da Universidade FUMEC**, 2019, p. 112).

⁴⁸ Expressa o enunciado n. 126 da Súmula do STJ: E inadmissível recurso especial, quando o acórdão recorrido assenta em fundamentos constitucional e infraconstitucional, qualquer deles suficiente, por si só, para mantê-lo, e a parte vencida não manifesta recurso extraordinário.

EDcl no AgInt no AREsp 1.364.531/RS, Rel. Ministro Mauro Campbell Marques, Segunda Turma, julgado em 25/6/2019, DJe 28/6/2019; AgRg no REsp 1.295.652/PR, Rel. Ministro Antônio Carlos Ferreira, Quarta Turma, julgado em 30/5/2019, DJe 10/6/2019. Isso porque, novamente, o Superior Tribunal de Justiça, os Tribunais de Justiça e os Tribunais Regionais Federais não poderão deixar de aplicar o entendimento vinculante, firmado no Supremo Tribunal Federal, sobre a matéria submetida à repercussão geral (art. 1.040, I e II, do CPC/2015).

Assim, havendo discussão, no recurso especial, sobre a matéria cuja repercussão geral tenha sido reconhecida pelo Supremo Tribunal Federal, é necessário o sobrestamento do julgamento do recurso especial, ainda que não haja recurso extraordinário interposto na Corte de origem. Nesse mesmo sentido: PET no Recurso Especial n. 1.671.247 - CE (2017/0109744-0 Relator: Ministro Og Fernandes, Publicado em 16/11/2018. A determinação de devolução do recurso especial, para que se aguarde novo juízo de admissibilidade, após o julgamento da repercussão geral, funda-se, portanto, na racionalidade do sistema processual, que preza pela uniformidade de julgamento, sobre a mesma matéria, nas Cortes de Justiça (art. 1.039 do CPC/2015).

Também, a devolução dos autos ao Tribunal de origem, para se aguardar o julgamento de matéria submetida à repercussão geral, independe de determinação de sobrestamento pelo relator do processo no STF, conforme já afirmamos linhas atrás.

Conforme a jurisprudência do STJ, havendo o reconhecimento de repercussão geral, ou afetação para julgamento como repetitivo de recurso especial, é de rigor a devolução dos autos ao Tribunal de origem para que se aguarde o julgamento da matéria paradigma. Nesse sentido: AgInt nos EDcl no AREsp 1.131.306/SP, Rel. Ministro Francisco Falcão, Segunda Turma, julgado em 12/2/2019, DJe 15/2/2019; AgInt no REsp 1.615.887/PR, Rel. Ministro Sérgio Kukina, Primeira Turma, julgado em 7/2/2019, DJe 12/2/2019. Esta decisão é irrecorrível, por não gerar nenhum prejuízo para a parte. Eventual argumentação de *distinguish* também pode ser formulada no juízo *a quo*.

Há que se ressaltar, que no julgamento dos REsp 1.202.071/SP e 1.292.976/SP v.g, na Corte Especial do STJ, decidiu-se pela não devolução dos autos, especificamente nestes casos, diante da falta dessa determinação pelo relator do acórdão paradigma. Assim, trata-se de decisão específica sobre caso específico.

Considerações finais

A realização da justiça exige o atendimento dos princípios constitucionais da eficiência administrativa, da isonomia e do respeito ao postulado da igualdade, além de outros. A promoção da igualdade processual, por sua vez, pode ser realizada de várias formas no trâmite processual.

Caberia ao Supremo Tribunal Federal e ao Superior Tribunal de Justiça a tarefa de promover a igualdade processual mediante a utilização dos instrumentos processuais de prevalência do julgamento do mérito. A determinação de sobrestamento dos recursos para aguardar o julgamento de matéria repetitiva ou com repercussão geral reconhecida é uma destas formas, pois permitiria que superados os óbices objetivos de admissibilidade sanáveis, o recurso aguarde o pronunciamento judicial paradigma, para a prolação de decisão congruente e uniforme, na mesma situação social e jurídica já definida em precedente repetitivo.

Em atenção ao postulado da igualdade processual, vigora na jurisprudência, tanto do Supremo Tribunal Federal como do Superior Tribunal de Justiça, o entendimento de que, se o relator não determinou o sobrestamento dos processos nos termos do art. 1.035, § 5º, do CPC/2015, a determinação de sobrestamento, diante do reconhecimento de prejudicialidade do processo paradigma, é uma faculdade do relator⁴⁹. A faculdade do relator serve para a viabilização de *discrímen* de igualdade a ser ponderado. Tal *discrímen*, nas Cortes de vértice e para esse intento, diz respeito à superação dos óbices de admissibilidade dos recursos.

As decisões monocráticas dos relatores devem ser, então, no sentido de que, verificando que o recurso ultrapassou os óbices objetivos à admissibilidade (art. 932, parágrafo único, do CPC/2015), determina-se o sobrestamento para que se aguarde o

⁴⁹ Como exemplo, nesse sentido: Superior Tribunal de Justiça. EDcl no AgInt no AREsp 1.252.924/SC, Rel. Ministro Gurgel de Faria, Primeira Turma, julgado em 1º/4/2019, DJe 4/4/2019.

julgamento de recurso especial repetitivo ou do recurso extraordinário submetido à repercussão geral, para realização de novo juízo de admissibilidade no recurso especial ou no recurso extraordinário. Também deve, o relator, determinar a devolução dos autos ao juízo *a quo*, para o fim de que se aguarde, nas Cortes de origem, o julgamento do recurso paradigma e após seja feita a revisão do julgado e, se for o caso, determinada a realização do juízo de retratação pelo órgão julgador.

Se a decisão foi objeto de recurso já na Corte, quando já pendente o julgamento do recurso, deve o relator anular as decisões proferidas nesta Corte e determinar o sobrestamento, assim também, para que se aguarde o julgamento do recurso paradigma, para realização de novo juízo de admissibilidade no recurso especial ou no recurso extraordinário.

Tais medidas aumentam a credibilidade no Judiciário, na medida em que favorecem, desconsiderando aspectos formais não essenciais, o alcance do resultado justo, sem depender da representação desigual das partes que impediria o acesso à decisão justa de mérito⁵⁰.

Referências

ARAÚJO, José Henrique Mouta. A primazia da resolução de mérito e seus reflexos no mandado de segurança. **Revista de Processo**, vol. 287/2019, p. 357 – 380, Jan / 2019, DTR\2018\22818.

BONAVIDES, Paulo. O princípio da igualdade como limitação à atuação do Estado. **Revista Brasileira de Direito Constitucional**, 2003, 2.1: 209-223.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. 2012. AgRg nos EREsp 1.275.762/PR, Rel. Ministro Castro Meira, Corte Especial, julgado em 3/10/2012, DJe 10/10/2012.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. 2018. PET no Recurso Especial n. 1.671.247 - CE (2017/0109744-0 Relator: Ministro Og Fernandes, Publicado em 16/11/2018).

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. 2019. : EDcl no AgInt no AREsp 1.364.531/RS, Rel. Ministro Mauro Campbell Marques, Segunda Turma, julgado em 25/6/2019, DJe 28/6/2019.

⁵⁰ Segundo Marinoni e Laércio Becker “as garantias formais de participação, que alguns supõem suficientes para dar legitimidade ao processo, e que estão presentes em todos os ordenamentos jurídicos dos países democráticos, perdem força na proporção direta das desigualdades sociais entre os litigantes” (MARINONI, Luiz Guilherme; BECKER, Laércio A. A influência das relações pessoais sobre a advocacia e o processo civil brasileiros. Qual é o jogo do processo, 2019, p. 12).

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. 2019. AgRg no REsp 1.295.652/PR, Rel. Ministro Antonio Carlos Ferreira, Quarta Turma, julgado em 30/5/2019, DJe 10/6/2019.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. 2019. EDcl no AgInt no AREsp 1.252.924/SC, Rel. Ministro Gurgel de Faria, Primeira Turma, julgado em 1º/4/2019, DJe 4/4/2019.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. 2019. AgInt nos EDcl no AREsp 1.131.306/SP, Rel. Ministro Francisco Falcão, Segunda Turma, julgado em 12/2/2019.

COSTA, Fabrício Veiga; SILVA, Alex Matoso; DA SILVA, Rosemary Cipriano. Recurso extraordinário como modelo de processo coletivo. **Revista do Direito Público**, 2019, 14.2: 91-108.

DE CASTRO CATHARINA, Alexandre; DE ALMEIDA, Viviane Helbourn. A eficácia dos precedentes judiciais do Superior Tribunal de Justiça: análise de sua aplicabilidade no Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. *Revista Eletrônica Direito e Sociedade-REDES*, 2019, 7.2: 199-212.

DELLAQUA, Leonardo Goldner; DIAS, Ricardo Gueiros Bernardes. Repercussão Geral Superação de Filtros Ocultos e Vinculação das Teses em Abstrato. **Meritum, revista de Direito da Universidade FUMEC**, 2019. 14.1.

DE SOUZA, Bárbara Cherubini, et al. A problemática na aplicação da repercussão geral e sua relação com a crise do supremo. **Revista Científica Doctum Direito**, 2019, 1.3.
GUEDES, Jefferson Carús. Igualdade e desigualdade: introdução conceitual, normativa e histórica dos princípios. Editora Revista dos Tribunais Ltda., 2014.

GUEDES, Jefferson Carús, et al. Igualdade e desigualdade no processo civil: o processo civil como técnica compensatória de desigualdades sociais. 2008.

ISHIKAWA, Lauro; JÚNIOR, Clóvis Smith Frota. A abstração do controle difuso de constitucionalidade brasileiro. **Revista de Informação Legislativa**, 2019, 56.222: 133-154.

MARINONI, Luiz Guilherme; BECKER, Laércio A. A influência das relações pessoais sobre a advocacia e o processo civil brasileiros. Qual é o jogo do processo, 2019, 447-480. Disponível em: https://www.unifacs.br/revistajuridica/arquivo/edicao_marco2005/convidados/conv_03.rtf.

MARINONI, Luiz Guilherme. O Superior Tribunal de Justiça enquanto Corte Suprema: de Corte de Revisão para Corte de Precedentes. Disponível em: [<http://www.marinoni.adv.br/wp-content/uploads/2013/03/PROF-MARINONI-O-SUPERIOR-TRIBUNAL-DE-JUSTI%C3%87A-ENQUANTO-CORTE-SUPREMA.pdf>.] Acesso em: 29.10.2019.

MAUÉS, Antonio Moreira. Fundamentos do direito à igualdade na aplicação da lei. **Revista de Estudos Constitucionais, Hermenêutica e Teoria do Direito**, 2019, 11.1: 44-57.

PEIXOTO, Fabiano Hartmann; BONAT, Débora; ROESLER, Claudia. A repercussão geral no Supremo Tribunal Federal: um exame sobre suas causas e possíveis consequências no período de 2011 a 2016. **Revista Brasileira de Direito**, 2019, 15.1: 106-122.

PEREIRA, Carlos Frederico Bastos. O Superior Tribunal de Justiça e a Repercussão Geral no Recurso Especial. **Revista Eletrônica de Direito Processual**, 2019, 20.2.

RAMOS, Glaucio GUMERATO. Processo jurisdicional, república e os institutos fundamentais do direito processual. **Revista Direito Processual Civil**, 2019, 1.1: 58-81.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. O CPC/2015 e a valorização da jurisprudência como fonte de direito. O CPC/2015 e a valorização da jurisprudência como fonte de direito, 2018, disponível em: https://juslaboris.tst.jus.br/bitstream/handle/20.500.12178/146879/2018_theodoro_jr_humberto_cpc_valorizacao.pdf?sequence=1&isAllowed=y.

WAMBIER, Luiz Rodrigues; DE OLIVEIRA RODRIGUES, Dayane Venâncio. Incidente de resolução de demandas repetitivas: aspectos gerais e admissibilidade no tjdft, tjsp, trj, tjrs e tjpr. **Revista Eletrônica de Direito Processual**, 2019, 20.1.

ZANETI JR, Hermes. O valor vinculante dos precedentes: teoria dos precedentes normativos formalmente vinculantes. 3. Ed. – Salvador, JusPODIVM, 2017.

ZANETI JR, Hermes. Precedentes normativos formalmente vinculantes: a formalização das fontes jurisprudências. **Ius Et Tribunalis**. Ano 1, n. 1, enero-diciembre. 2015. DOI: <http://dx.doi.org/10.18259/iet.2016003>.

A TRANSCENDÊNCIA DOS MOTIVOS DETERMINANTES NO CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE E O CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL DE 2015.

João Roberto Machado Neves de Oliveira

Pós-graduado em Direito Processual Civil pelo Instituto Brasiliense de Direito Público.

Professor do Núcleo de Práticas Jurídicas do UniCEUB.

Advogado.

Resumo: O presente estudo analisa a existência e a aplicabilidade da teoria da transcendência dos motivos determinantes no direito brasileiro sob a óptica da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, da legislação infraconstitucional e do efeito vinculante positivado na Constituição Federal com o advento da Emenda Constitucional nº 45/2004, considerando ainda argumentos favoráveis e contrários apresentados pela doutrina sobre o assunto. Leva-se em consideração a existência do paradigmático Código de Processo Civil de 2015, que instituiu no Brasil um sistema de valorização das decisões proferidas pelos tribunais superiores, prevendo o cabimento da reclamação constitucional para os casos em que as instâncias inferiores deixem de observar a tese – e não mais o dispositivo – da decisão definitiva de mérito proferida pelo Supremo Tribunal Federal no controle de constitucionalidade. Examina ainda as dificuldades que serão enfrentadas e os motivos pelos quais argumentos distantes do Direito não devem ser considerados para impedir a aplicação do efeito vinculante à *ratio decidendi* das decisões do Supremo Tribunal Federal em controle de constitucionalidade.

Palavras-chave: Controle de constitucionalidade; Efeito vinculante; Transcendência dos motivos determinantes; Código de Processo Civil de 2015; Reclamação constitucional

Abstract: This study aims to analyze the presence and the applicability of the theory of transcendence of the decisive reasons in Brazilian law according the jurisprudence of the Brazilian Supreme Court's, the infra-constitutional legislation and the bidding effect provided in the Federal Constitution with the advent of the Constitutional Amendment nº 45/2004, considering the arguments in favor and those against on this subject. Consideration is given to the existence of the paradigmatic Civil Procedure Code of 2015, which instituted in Brazil new hypotheses of binding precedents by higher courts and the constitutional claim to cases where lower courts decisions no longer observe the thesis fixed in the concentrated control of constitutionality. Analyses the difficulties to be faced and the reasons why arguments far of Law should not be consider to stop the application of bidding effect to the thesis fixed in the concentrated control of constitutionality.

Keywords: Constitutionality control; Bidding Effect; Transcendence of Decisive Reasons; Civil Procedure Code of 2015; Constitutional claim

INTRODUÇÃO

O Código de Processo Civil de 2015 adentrou no ordenamento jurídico brasileiro com a qualidade de trazer uma das mais importantes e promissoras inovações na linha histórica de reformas legislativas realizadas no intuito de capacitar o judiciário para resolver de forma eficaz a enorme multiplicação de processos e a consequente demora em solucioná-los, cujo ponto de partida tem origem no Estado democrático de direito brasileiro aliado ao Constitucionalismo contemporâneo, nascidos com a paradigmática Constituição da República de 1988, que, além de prever um amplo rol de direitos fundamentais, convive hoje com fatores extraprocessuais aliados da manutenção e do crescimento de processos judiciais.

Entre os principais motivos da enorme repetição de processos no Brasil destacam-se fatos como o reconhecimento dos cidadãos quanto aos seus direitos e sobre os benefícios em exercê-los, a ampliação dos meios de comunicação em massa, o desenvolvimento de novas tecnologias, o aumento na relação entre consumidores e fornecedores de produtos, a crise do Estado social oriunda da falha em atender adequadamente direitos fundamentais, o aumento da ingerência do Poder Judiciário e outros.

Nesse contexto, é natural a demanda por uma maior estruturação dos órgãos do poder judiciário, onde, não só os juízes, mas também a sua equipe de assessoria, utilizem o aproveitamento de teses e fundamentos para a construção rápida de cada solução apresentada em um processo, encaminhando naturalmente para um sistema em que os procedimentos se tornem eficazes. O entendimento final sobre determinada matéria em um processo deixa de passar da primeira instância para o tribunal, e do tribunal para os tribunais superiores, incumbindo estes – agora – de solucionarem os

casos futuros através de decisões que serão aplicadas pelas instâncias inferiores em casos futuros, evitando a repetição de um trabalho já realizado.¹

Assim, é preciso identificar como o novo Código de Processo Civil revive o debate sobre a aplicação do efeito vinculante aos motivos determinantes da decisão definitiva de mérito proferida pelo Supremo Tribunal Federal, de modo a garantir a aplicação da tese que verificou a (in)constitucionalidade de determinada lei para aquelas leis de idêntico teor e/ou finalidade.

1 ASPECTOS GERAIS SOBRE A RECLAMAÇÃO NO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL DE 2015

O Código de Processo Civil de 2015 acolheu diversas técnicas de uniformização da jurisprudência oriundas da Emenda Constitucional 45/2004 (Reforma do Judiciário), tais como a súmula vinculante, o efeito vinculante no controle concentrado de constitucionalidade e os recursos extraordinários com repercussão geral, além de repetir alguns dos institutos previstos no Código de Processo Civil de 1973, a exemplo do recurso especial repetitivo, e criou outros meios de valorização dos entendimentos dos tribunais, como o incidente de resolução de demandas repetitivas (IRDR) e o incidente de assunção de competência (IAC), a fim de reduzir significativamente o número de litígios e garantir maior previsibilidade, segurança e tratamento isonômico ao jurisdicionado.²

Para tanto, criou procedimentos que garantem ao magistrado conduzir o processo de maneira mais célere quando a matéria já estiver debatida e consolidada em pronunciamentos realizados pelos Tribunais Superiores que devem ser observados pelos juízes e tribunais³, tal como a improcedência liminar do pedido prevista no artigo 332 do CPC, aplicável quando for dispensável a fase instrutória e o pedido contrariar enunciado de súmula do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça,

¹ MELLO, Patrícia Perrone Campos; BARROSO, Luís Roberto. *Trabalhando com uma nova lógica: a ascensão dos precedentes no Direito brasileiro*. Revista da AGU, v. 15, p. 9-52, 2016. p. 12.

² BUENO, Cássio Scarpinella. *Manual de direito processual civil: inteiramente estruturado à luz do novo CPC, de acordo com a Lei n. 13.256, de 4-2-2016*. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2016. p. 596.

³ Conforme redação do artigo 927 do CPC: “Os juízes e tribunais observarão”.

acórdão proferido por estes tribunais em julgamento de recursos repetitivos, entendimento firmado em incidente de resolução de demandas repetitivas (IRDR) ou incidente de assunção de competência (IAC) e enunciado de súmula de tribunal de justiça sobre direito local. De igual forma ocorre com os poderes conferidos ao relator no artigo 932 do CPC, onde este pode, monocraticamente, negar ou dar provimento, conforme o caso, quando a matéria estiver entre as hipóteses já mencionadas (com exceção ao enunciado de súmula sobre direito local).

A adoção das técnicas de uniformização da jurisprudência como parte integrante dos procedimentos de aceleração do processo onde se discute matéria já debatida e consolidada revela a opção do legislador em retirar do ordenamento jurídico a possibilidade de julgamento consubstanciado apenas na jurisprudência dominante dos tribunais, como ocorria, por exemplo, na hipótese de julgamento monocrático por parte do relator prevista no artigo 557, §1º-A, do CPC/73.⁴

Assim, apesar de não ser objeto do presente trabalho a discussão se há hoje no Brasil um sistema de precedentes oriundo do *common law*⁵ e tampouco o debate quanto a um possível equívoco na previsão de efeito vinculante à técnicas de uniformização da jurisprudência por parte de legislação infraconstitucional, em detrimento da previsão constitucional – já que será abordado o efeito vinculante dado pela própria Constituição à decisão em controle concentrado de constitucionalidade –, como apontam alguns doutrinadores⁶, é preciso afirmar que o CPC de 2015 inovou ao trazer consigo um sistema de valorização dos pronunciamentos e súmulas oriundas dos Tribunais Superiores, ainda que se entenda ser um sistema à brasileira⁷.

O que se pretende com o CPC de 2015 é evitar a cultura do desrespeito que há muito ronda os tribunais brasileiros em relação aos precedentes e à jurisprudência

⁴ Art. 557. O relator negará seguimento a recurso manifestamente inadmissível, improcedente, prejudicado ou em confronto com súmula ou com jurisprudência dominante do respectivo tribunal, do Supremo Tribunal Federal, ou de Tribunal Superior.

§ 1º-A Se a decisão recorrida estiver em manifesto confronto com súmula ou com jurisprudência dominante do Supremo Tribunal Federal, ou de Tribunal Superior, o relator poderá dar provimento ao recurso.

⁵ Tal como na Inglaterra e nos Estados Unidos.

⁶ BUENO, Cássio Scarpinella. *Manual de direito processual civil: inteiramente estruturado à luz do novo CPC, de acordo com a Lei n. 13.256, de 4-2-2016*. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2016. p. 596.

⁷ KREBS, Hélio Ricardo Diniz. *Sistemas de precedentes e direitos fundamentais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015. p. 179

dominante ou pacificada, que exigiram, como dito, a edição de instituições técnicas impostas por lei, tal como a súmula vinculante, a repercussão geral no recurso extraordinário e o recurso especial e extraordinários repetitivos, necessários para implementar uma nova ordem, prezando pelo respeito aos precedentes e à jurisprudência pacificada, atribuindo também aos próprios tribunais a tarefa de mantê-las estáveis, íntegras e coerentes, na busca pela uniformidade, estabilidade, previsibilidade⁸.

Fato é que a edição de uma nova lei processual, apesar de paradigmática, não alcança e não adentra automaticamente o convencimento dos juízes com a mesma velocidade que entra em vigência no ordenamento jurídico, e a resistência na aplicação da norma acaba por gerar decisões desfundamentadas e sem a participação das partes, incorrendo na chamada perda do diálogo, também em desrespeito ao princípio da cooperação processual, e por vezes distantes de fontes do direito, sem precaução com regras, princípios, doutrina e jurisprudência, tal como fazia Jean-Marie Bernard Magnaud⁹, juiz francês reconhecido por subverter a ordem jurídica.

Por isso não se revela suficiente a edição de técnicas de uniformização da jurisprudência e de procedimentos que aceleram o julgamento dos processos na medida em que, ainda assim, a atividade legislativa pode ficar relegada à não aplicação.

Partindo dessa premissa é indispensável a existência de um meio de controle das decisões que não observam os julgamentos proferidos através de umas das técnicas de uniformização da jurisprudência mencionadas, motivo pelo qual há, tanto na Constituição Federal como no Código de Processo Civil, a previsão da reclamação.

⁸ KREBS, Hélio Ricardo Diniz. *Sistemas de precedentes e direitos fundamentais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015. p. 179

⁹ “Jean-Marie Bernard Magnaud foi o juiz que, na França, presidiu o Tribunal de Primeira Instância de Châtea-Thierry no período de 1899 a 1904, cujos julgamentos se tornaram célebres, mas assim sobressaindo porque subvertiam a ordem jurídica. Almejava ser o bom juiz, clemente com os miseráveis e severo com os poderosos. Apesar de bem redigidas, suas sentenças, muitas vezes, eram distanciadas das fontes do direito, sem qualquer preocupação com regras e princípios jurídicos, com a doutrina ou com a jurisprudência. Algumas decisões por ele lavradas revelavam incerteza e insegurança jurídicas, formulando regras apoiadas unicamente no sentimentalismo e nos seus juízos e opiniões pessoais, que variavam em cada situação apreciada, ainda que semelhantes os casos julgados. Essas decisões assim proferidas simbolizavam anarquia jurídica, porque levavam em conta a classe, a mentalidade religiosa ou a ideologia política das pessoas que postulavam a jurisdição. Ao ditar suas sentenças, comportava-se Magnaud como se fosse a própria encarnação do direito, um misto de legislador, de vidente, de apóstolo e de evangelizador, dir-se-ia espécie mitológica do Juiz-Zeus”. DIAS, Ronaldo Brêtas de Carvalho. *Processo Constitucional e Estado Democrático de Direito*. Belo Horizonte: Del Rey, 2010. p. 120.

Sua origem se deu à margem de qualquer previsão constitucional, legal ou regimental expressa, embasada exclusivamente na chamada teoria dos poderes implícitos, cujo conceito afirma ser ínsito os poderes, meios e/ou instrumentos necessários para a preservação das competências deferidas constitucionalmente a determinado órgão.¹⁰ Posteriormente a reclamação foi incorporada no regimento interno do Supremo Tribunal Federal, explicitando de forma clara as hipóteses de cabimento que até então eram discutidas na jurisprudência do próprio tribunal: a afronta a autoridade de decisão e a usurpação de competência, o que posteriormente veio a ser chancelado com a previsão na Constituição de 1967 quanto à possibilidade do STF estabelecer o processo e o julgamento dos feitos de sua competência originária por meio do seu Regimento Interno.¹¹ Por fim, a Constituição da República de 1988 passou a prever de forma expressa o cabimento da reclamação – agora constitucional – para o Supremo Tribunal Federal e também para o Superior Tribunal de Justiça, órgão criado no mesmo texto.

A reclamação constitucional está prevista no artigo 102, I, alínea “I”¹² e 105, I, alínea “I”¹³, ambos da Constituição Federal e tem natureza de ação de competência originária dos tribunais, sendo cabível como forma de preservar a competência e a autoridade das decisões proferidas pelo Supremo Tribunal Federal e pelo Superior Tribunal de Justiça.¹⁴

No que se refere ao Supremo Tribunal Federal, a reclamação constitucional é cabível para garantir a observância de enunciado de súmula vinculante, de decisões proferidas em controle concentrado de constitucionalidade e de julgamento de recurso

¹⁰ XAVIER, Carlos Eduardo Rangel. *Reclamação constitucional e precedentes judiciais: contributo a um olhar crítico sobre o Novo Código de Processo Civil (de acordo a Lei 13.256/2016)*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016. P.19.

¹¹ XAVIER, Carlos Eduardo Rangel. *Reclamação constitucional e precedentes judiciais: contributo a um olhar crítico sobre o Novo Código de Processo Civil (de acordo a Lei 13.256/2016)*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016. P.28

¹² Art. 102. Compete ao Supremo Tribunal Federal, precipuamente, a guarda da Constituição, cabendo-lhe:

I - processar e julgar, originariamente: [...]

l) a reclamação para a preservação de sua competência e garantia da autoridade de suas decisões;

¹³ Art. 105. Compete ao Superior Tribunal de Justiça:

I - processar e julgar, originariamente: [...]

f) a reclamação para a preservação de sua competência e garantia da autoridade de suas decisões;

¹⁴ MEDINA, José Miguel Garcia. *Direito Processual Civil Moderno*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015. p. 1318

extraordinário repetitivo ou com repercussão geral reconhecida. São hipóteses previstas no artigo 103-A, §3º, da Constituição Federal¹⁵, regulamentado pelo artigo 7º da Lei nº 11.417/2006¹⁶, e no artigo 988, III e §5º, II, do Código de Processo Civil de 2015¹⁷.

Antes do advento da Lei nº 13.105/2015 (Novo Código de Processo Civil), a reclamação era regulamentada pela Lei nº 8.038/1990, a qual instituía normas procedimentais para processos perante o Superior Tribunal de Justiça e o Supremo Tribunal Federal, em seus artigos 13 a 18, que restaram revogados de acordo com o artigo 1.072, IV, do CPC.

Apesar dos artigos 988 a 993 do Código de Processo Civil de 2015 reproduzirem boa parte da regulamentação dada pela Lei nº 8.038/1990¹⁸, não havia qualquer previsão sobre as hipóteses de cabimento da reclamação tal como feito nos incisos do artigo 988 da nova lei. E dentre as hipóteses de cabimento prevista no CPC de 2015, ganha destaque o inciso III combinado com o §4º, ambos do artigo 988, os quais preveem o cabimento da reclamação da parte interessada para “garantir a observância de enunciado de súmula vinculante e de decisão do Supremo Tribunal Federal em controle concentrado de constitucionalidade”, compreendendo esta hipótese a “aplicação indevida da tese jurídica e sua não aplicação aos casos que a ela correspondam”.

¹⁵ Art. 103-A. O Supremo Tribunal Federal poderá, de ofício ou por provocação, mediante decisão de dois terços dos seus membros, após reiteradas decisões sobre matéria constitucional, aprovar súmula que, a partir de sua publicação na imprensa oficial, terá efeito vinculante em relação aos demais órgãos do Poder Judiciário e à administração pública direta e indireta, nas esferas federal, estadual e municipal, bem como proceder à sua revisão ou cancelamento, na forma estabelecida em lei. [...]

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

¹⁶ Art. 7º Da decisão judicial ou do ato administrativo que contrariar enunciado de súmula vinculante, negar-lhe vigência ou aplicá-lo indevidamente caberá reclamação ao Supremo Tribunal Federal, sem prejuízo dos recursos ou outros meios admissíveis de impugnação.

¹⁷ Art. 988. Caberá reclamação da parte interessada ou do Ministério Público para:

III – garantir a observância de enunciado de súmula vinculante e de decisão do Supremo Tribunal Federal em controle concentrado de constitucionalidade;

§ 5º É inadmissível a reclamação:

I – proposta após o trânsito em julgado da decisão reclamada;

II – proposta para garantir a observância de acórdão de recurso extraordinário com repercussão geral reconhecida ou de acórdão proferido em julgamento de recursos extraordinário ou especial repetitivos, quando não esgotadas as instâncias ordinárias.

¹⁸ MEDINA, José Miguel Garcia. *Direito Processual Civil Moderno*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015. P. 1318

Em relação à previsão do inciso III do artigo 988 do CPC não se verificam maiores inovações no novo código na medida em que a possibilidade de manejo da reclamação constitucional para garantir a observância de decisão do STF proferida em controle concentrado de constitucionalidade já tinha espaço com a edição da Emenda Constitucional nº 03/1993¹⁹, que conferiu de forma expressa o efeito vinculante às decisões proferidas pelo Supremo Tribunal Federal nas ações declaratórias de constitucionalidade, bem como com a edição da Lei nº 9.868/99²⁰, que fez de igual forma – no plano infraconstitucional – ao prever o efeito vinculante também para a ação direta de inconstitucionalidade, e, principalmente, com a edição da Emenda Constitucional nº 45/2004, que incorporou as previsões do parágrafo único do artigo 28 da Lei nº 9.868/99 no texto constitucional, com a edição do §2º do artigo 102 da Constituição Federal a fim de abranger o efeito vinculante – no texto constitucional – para a ação direta de inconstitucionalidade.

Controvérsia maior, objeto do presente estudo, reside no debate sobre a extensão do efeito vinculante conferido à decisão proferida em controle concentrado de constitucionalidade²¹ pelas Emendas Constitucionais nº 03/1993 e 45/2004, na medida em que há na jurisprudência, na doutrina e agora no Código de Processo Civil de 2015, em seu §4º do artigo 988, a previsão do cabimento da reclamação constitucional também para os casos em que a decisão reclamada aplica indevidamente ou deixa de aplicar a tese jurídica consolidada pelo Supremo Tribunal Federal em casos que a ela correspondam.

¹⁹ A EC 3/1993 inseriu o §2º no artigo 102 da Constituição Federal com a seguinte redação: § 2.º As decisões definitivas de mérito, proferidas pelo Supremo Tribunal Federal, nas ações declaratórias de constitucionalidade de lei ou ato normativo federal, produzirão eficácia contra todos e efeito vinculante, relativamente aos demais órgãos do Poder Judiciário e ao Poder Executivo.

²⁰ Conforme parágrafo único do artigo 28: Parágrafo único. A declaração de constitucionalidade ou de inconstitucionalidade, inclusive a interpretação conforme a Constituição e a declaração parcial de inconstitucionalidade sem redução de texto, têm eficácia contra todos e efeito vinculante em relação aos órgãos do Poder Judiciário e à Administração Pública federal, estadual e municipal.

²¹ Adota-se o entendimento apresentado por Eduardo Arruda Alvim, Rennan Faria Kruger Thamay e Daniel Willian Granado no sentido de que “não se incluem aqui o mandado de injunção e a ADI interventiva (conhecida como representação interventiva), pois são ações de natureza diversa que pretendem, subjetivamente e em concreto, debater as questões”, limitando-se à aquelas ações previstas no §2º do artigo 102 da Constituição Federal. Arruda alvim. ALVIM, Eduardo Arruda. THAMAY, Rennan Faria Kruger. GRANADO, Daniel Willian. *Processo constitucional*. 1ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. P.96

Discute-se, portanto, a viabilidade e a existência do efeito vinculante dos motivos determinantes da decisão proferida em controle concentrado no ordenamento jurídico brasileiro, à luz da Constituição Federal, do Código de Processo Civil e dos entendimentos apresentados pelo Supremo Tribunal Federal sobre o tema.

A pertinência da discussão reside no fato de que, assim como ocorre em uma decisão proferida no julgamento do recurso extraordinário com repercussão geral, no julgamento do recurso especial e extraordinários repetitivos e nos julgamentos do incidente de resolução de demandas repetitivas ou de assunção de competência, não menos importante para a uniformização da jurisprudência e para a aceleração no julgamento de processos é aquilo que foi apresentado pelo Supremo Tribunal Federal nas razões adotadas para o julgamento em controle concentrado de constitucionalidade, além da parte dispositiva da decisão.

Soma-se a isso o fato de que o Brasil adota como cláusula pétrea da Constituição Federal o modo federal de ser do Estado, ou seja, uma organização descentralizada administrativa e politicamente, havendo no próprio texto constitucional uma ampla repartição de competências entre a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios.²² Essa circunstância confere a possibilidade de que – a depender da matéria – a União, seus 26 (vinte e seis) Estados, o Distrito Federal e os 5.570 (cinco mil quinhentos e setenta) Municípios deliberem sobre matérias idênticas e/ou semelhantes, cada qual com a particularidade de ter uma composição específica de sua casa legislativa, cujos membros defendem as mais diversas ideologias, influenciadas ou não pela cultura do Estado e da cidade, cuja diferenças são naturais em razão do tamanho continental de nosso país.

Nesse cenário, não é difícil ocorrer uma situação em que várias casas legislativas editem uma lei sobre o mesmo tema, as vezes com idêntico teor, cuja (in)constitucionalidade venha a ser questionada perante o Supremo Tribunal Federal, exigindo a propositura de uma ação direta de inconstitucionalidade para cada lei combatida, em razão do entendimento – até então – apresentado pelo Tribunal no sentido de que o efeito vinculante dessas decisões definitivas se limitaria ao dispositivo

²² MENDES, Gilmar Ferreira. BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de direito constitucional*. 11ª ed. São Paulo: Saraiva, 2016. p. 125

de cada uma delas. Deste modo, apenas a lei declarada inconstitucional seria retirada do ordenamento jurídico ou teria sua constitucionalidade confirmada, ainda que todas as outras ações em controle abstrato abordem questões idênticas.

Foi o que ocorreu em diversas ações propostas por empresas fabricantes do amianto crisotila perante o Supremo Tribunal Federal²³ a fim de discutir a inconstitucionalidade de leis estaduais que proibiram a produção e extração do mineral, alegando que a competência para tanto seria da União, cuja lei por esta editada autorizava a extração do minério. Por sua vez, entidades e associações que defendem a proibição do amianto defendiam, em outras ADI's, a inconstitucionalidade da lei federal que autorizava a extração do amianto crisotila. Como se observa, o julgamento de todas as ADI's que questionavam as leis estaduais e/ou a lei federal discutiam, frente ao texto constitucional, a comercialização do amianto crisotila no Brasil, de modo que o entendimento apresentado pelo Supremo Tribunal Federal no julgamento de quaisquer destes casos seria – inevitavelmente – utilizado como solução para os casos idênticos, sob pena de violação ao princípio da segurança jurídica.

Desta maneira, o novo Código de Processo Civil revive na doutrina e nos tribunais o debate sobre o efeito vinculante dos motivos determinantes da decisão proferida em ação direta de inconstitucionalidade ou em ação declaratória de constitucionalidade, frente ao novo paradigma de uniformização da jurisprudência e de suas técnicas de aceleração dos julgamentos.

2 O EFEITO VINCULANTE E A TRASCENDÊNCIA DOS MOTIVOS DETERMINANTES NO CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE: DOCTRINA E JURISPRUDÊNCIA

Ainda que o Código de Processo Civil de 2015 tenha revivido o debate sobre a transcendência dos motivos determinantes no controle abstrato brasileiro, em razão da previsão do §4º do artigo 988 já apresentada, é preciso identificar, à luz da

²³ A título de exemplificação, ver as ADI's nº 4.066/DF, 3.937/SP, 3.470/RJ, 3.406/RJ, 3.357/RS, 3.356/PE e outras, todas questionando leis estaduais e municipais que proibiam o uso do amianto.

doutrina, da lei e da jurisprudência, se o novo código foi realmente o responsável por inserir (ou não) este instituto no ordenamento jurídico brasileiro.

Sabe-se que a eficácia *erga omnes* é considerada como a qualidade da decisão definitiva de mérito proferida pelo Supremo Tribunal Federal no controle abstrato de constitucionalidade que retira da ordem jurídica a norma declarada inconstitucional,²⁴ salvo se o tribunal restringir os efeitos da declaração de inconstitucionalidade de seu pronunciamento²⁵. Por sua vez, enquanto a eficácia *erga omnes* na ação direta de inconstitucionalidade retira da ordem jurídica a norma declarada inconstitucional, não há efeito análogo na ação declaratória de constitucionalidade na medida em que a validade da lei independe de declaração judicial, e esta vige do mesmo modo como vigorava antes do pronunciamento do Supremo Tribunal Federal, o que vincula – através da eficácia *erga omnes* – os órgãos do Poder Judiciário e impede que estes declarem a norma inconstitucional.²⁶ Pode se considerar, assim, que a eficácia *erga omnes* na ação declaratória de constitucionalidade produz efeito negativo em relação aos demais órgãos do Poder Judiciário.

A partir desta premissa tem-se que ninguém poderá se valer da norma retirada do ordenamento jurídico como causa de pedir próxima,²⁷ e a eventual aplicação da norma após a declaração de inconstitucionalidade pelo Supremo Tribunal Federal equivale à aplicação de cláusula juridicamente inexistente.²⁸

Isso porque é assente na doutrina a orientação de que a eficácia contra todos prevista no §2º do artigo 102 da Constituição Federal refere-se à parte dispositiva do

²⁴ XAVIER, Carlos Eduardo Rangel. *Reclamação constitucional e precedentes judiciais: contributo a um olhar crítico sobre o Novo Código de Processo Civil (de acordo a Lei 13.256/2016)*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016. p.44.

²⁵ MENDES, Gilmar Ferreira. BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de direito constitucional*. 11ª ed. São Paulo: Saraiva, 2016. p. 1374

²⁶ MENDES, Gilmar Ferreira. BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de direito constitucional*. 11ª ed. São Paulo: Saraiva, 2016. p. 1371

²⁷ XAVIER, Carlos Eduardo Rangel. *Reclamação constitucional e precedentes judiciais: contributo a um olhar crítico sobre o Novo Código de Processo Civil (de acordo a Lei 13.256/2016)*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016. p. 44.

²⁸ MENDES, Gilmar Ferreira. BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de direito constitucional*. 11ª ed. São Paulo: Saraiva, 2016 p. 1374

julgado²⁹, e “confere ao conteúdo declaratório do dispositivo da ação direta o caráter de imutabilidade próprio à coisa julgada, tornando esse conteúdo declaratório impassível de discussão por terceiros”.³⁰

Assim, pode-se dizer que é da eficácia *erga omnes* a responsabilidade por retirar da ordem jurídica a norma declarada inconstitucional, bem como – através de seu efeito negativo – obrigar que os demais órgãos do Poder Judiciário sigam a orientação de constitucionalidade da norma, impedindo que a lei declarada constitucional seja declarada inconstitucional por outras instâncias, fazendo com que seus efeitos recaiam sobre o dispositivo da decisão e, portanto, especificamente sobre a lei questionada.

O efeito vinculante, por sua vez, ainda que tenha se consolidado no texto constitucional com a edição da Emenda Constitucional nº 45/2004, já tinha previsão constitucional quando da edição da Emenda Constitucional nº 03/1993, ao prever que as decisões definitivas de mérito, e exclusivamente aquelas proferidas nas ações declaratórias de constitucionalidade, produziram eficácia contra todos e efeito vinculante.

Posteriormente foi editada a Lei nº 9.868/1999, que dispõe sobre o processo e julgamento da ação direta de inconstitucionalidade e da ação declaratória de constitucionalidade perante o STF, onde se positivou expressamente o efeito vinculante também para a ação direta de inconstitucionalidade no âmbito infraconstitucional, mais especificamente no parágrafo único do artigo 28, onde há a previsão de que “a declaração de constitucionalidade ou de inconstitucionalidade, inclusive a interpretação conforme a Constituição e a declaração parcial de inconstitucionalidade sem redução de texto, tem eficácia contra todos e efeito vinculante em relação aos órgãos do Poder Judiciário e à Administração Pública federal, estadual e municipal.”³¹

²⁹ MENDES, Gilmar Ferreira. BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de direito constitucional*. 11ª ed. São Paulo: Saraiva, 2016

p. 1369

³⁰ XAVIER, Carlos Eduardo Rangel. *Reclamação constitucional e precedentes judiciais: contributo a um olhar crítico sobre o Novo Código de Processo Civil (de acordo a Lei 13.256/2016)*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016. p. 44.

³¹ Art. 28. [...] Parágrafo único. A declaração de constitucionalidade ou de inconstitucionalidade, inclusive a interpretação conforme a Constituição e a declaração parcial de inconstitucionalidade sem redução de texto, têm eficácia contra todos e efeito vinculante em relação aos órgãos do Poder Judiciário e à Administração Pública federal, estadual e municipal.

Todavia, como mencionado anteriormente, a eficácia contra todos (eficácia *erga omnes*) não se apresenta como instituto suficiente para que as decisões definitivas de mérito do Supremo Tribunal Federal no controle de constitucionalidade carreguem efetivamente a autoridade que delas se espera, tendo em vista a existência concomitante dos modelos de controle concentrado e difuso de constitucionalidade no Brasil. Assim, as instâncias inferiores detém o poder de afastar a aplicação da lei no caso concreto em razão do sistema difuso previsto nos artigos 97, 102, III, alíneas “a” a “d” da Constituição Federal de 1988³².

Ocorre que o reconhecimento incidental da (in)constitucionalidade das leis por parte das instâncias inferiores não deve ficar aberto quando já houver, no âmbito do Supremo Tribunal Federal, a apreciação da questão em sede de controle concentrado. Portanto, havendo decisão judicial que não observa a decisão do Supremo Tribunal Federal em controle concentrado de constitucionalidade, seja ao aplicar uma lei já declarada inconstitucional ou ao declarar inconstitucional determinada lei que já teve sua compatibilidade confirmada, faz-se necessário o manejo da reclamação constitucional como forma de garantir a autoridade do controle concentrado.³³ Não é outra a previsão do artigo 988, III, do Código de Processo Civil.

Assim, vê-se que a figura do efeito vinculante surge no texto constitucional como forma de complementar a eficácia *erga omnes*, agregando a reclamação constitucional como instrumento para o controle da decisão judicial que desrespeita o dispositivo da decisão definitiva do Supremo Tribunal Federal no controle abstrato.³⁴

³² MENDES, Gilmar Ferreira. BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de direito constitucional*. 11ª ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

p. 1138

³³ XAVIER, Carlos Eduardo Rangel. *Reclamação constitucional e precedentes judiciais: contributo a um olhar crítico sobre o Novo Código de Processo Civil (de acordo a Lei 13.256/2016)*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016. p. 48.

³⁴ “As decisões consubstanciadoras de declaração de constitucionalidade ou de inconstitucionalidade, inclusive aquelas que importem em interpretação conforme à Constituição e em declaração parcial de inconstitucionalidade sem redução de texto, quando proferidas pelo Supremo Tribunal Federal, em sede de fiscalização normativa abstrata, revestem-se de eficácia contra todos (“*erga omnes*”) e possuem efeito vinculante em relação a todos os magistrados e Tribunais, bem assim em face da Administração Pública federal, estadual, distrital e municipal, impondo-se, em consequência, à necessária observância por tais órgãos estatais, que deverão adequar-se, por isso mesmo, em seus pronunciamentos, ao que a Suprema Corte, em manifestação subordinante, houver decidido, seja no âmbito da ação direta de inconstitucionalidade, seja no da ação declaratória de constitucionalidade, a propósito da validade ou da invalidade jurídico-constitucional de determinada lei ou ato normativo. Precedente. O DESRESPEITO À EFICÁCIA VINCULANTE, DERIVADA DE DECISÃO EMANADA DO PLENÁRIO DA SUPREMA

Cumpra ressaltar que a reclamação “jamais foi admitida pelo Supremo como consequência direta a eficácia *erga omnes*. Enquanto esta (a eficácia *erga omnes*) foi a única carga eficaz reconhecida às decisões do controle abstrato de constitucionalidade, o STF jamais admitiu a reclamação.”³⁵

Feitas essas breves considerações sobre a eficácia *erga omnes* e o efeito vinculante previstos no §2º do artigo 102 da Constituição Federal, o que permite uma melhor compreensão sobre os dois principais efeitos decorrentes da decisão definitiva do Supremo Tribunal Federal no controle de constitucionalidade, há de se identificar a ocorrência (ou não) da chamada transcendência dos motivos determinantes no direito brasileiro.

No direito germânico o efeito vinculante é compreendido como a “qualidade que se agrega aos fundamentos a fim de que o conteúdo da decisão adotada em uma específica ação direta estenda seus efeitos a outras leis eivadas da mesma situação de inconstitucionalidade”,³⁶ fazendo com que os órgãos estatais abrangidos pelo efeito vinculante observem não apenas a parte dispositiva da decisão mas também a norma abstrata que dela se extrai. Ou seja, superada a constatação de qual lei foi retirada do ordenamento jurídico através de uma leitura simples do dispositivo da decisão, assim como exige a eficácia *erga omnes*, deve se observar, em respeito ao efeito vinculante, a interpretação constitucional adotada pelo Supremo Tribunal Federal como premissa necessária para se concluir pela validade (ou não) da norma impugnada.³⁷

CORTE, AUTORIZA O USO DA RECLAMAÇÃO. - O descumprimento, por quaisquer juízes ou Tribunais, de decisões proferidas com efeito vinculante, pelo Plenário do Supremo Tribunal Federal, em sede de ação direta de inconstitucionalidade ou de ação declaratória de constitucionalidade, autoriza a utilização da via reclamatória, também vocacionada, em sua específica função processual, a resguardar e a fazer prevalecer, no que concerne à Suprema Corte, a integridade, a autoridade e a eficácia subordinante dos comandos que emergem de seus atos decisórios. Precedente: Rcl 1.722/RJ, Rel. Min. CELSO DE MELLO (Pleno).” (Rcl 2143 AgR, Relator(a): Min. CELSO DE MELLO, Tribunal Pleno, julgado em 12/03/2003, DJ 06-06-2003 PP-00030 EMENT VOL-02113-02 PP-00224)

³⁵ XAVIER, Carlos Eduardo Rangel. *Reclamação constitucional e precedentes judiciais: contributo a um olhar crítico sobre o Novo Código de Processo Civil (de acordo a Lei 13.256/2016)*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016. p. 49

³⁶ XAVIER, Carlos Eduardo Rangel. *Reclamação constitucional e precedentes judiciais: contributo a um olhar crítico sobre o Novo Código de Processo Civil (de acordo a Lei 13.256/2016)*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016. p. 46

³⁷ MELLO, Patrícia Perrone Campos; BARROSO, Luís Roberto. *Trabalhando com uma nova lógica: a ascensão dos precedentes no Direito brasileiro*. Revista da AGU, v. 15, p. 9-52, 2016. p. 28

Entendimento contrário, no sentido de que o efeito vinculante deveria ficar limitado à parte dispositiva de decisão, tornaria desnecessária a figura deste efeito ao lado da eficácia *erga omnes*, uma vez que pouco acrescentaria à eficácia contra todos.

É certo que não falta na doutrina argumentos relevantes e devidamente fundamentados contrários à força obrigatória dos provimentos vinculantes do novo Código de Processo Civil, e mais especificamente também no que se refere à transcendência dos motivos determinantes da ação direta de inconstitucionalidade e da ação declaratória de constitucionalidade.

Um dos argumentos contrários à transcendência dos motivos determinantes aponta que “atribuir efeito vinculante aos motivos determinantes da sentença constitucional pode acarretar um entrave à evolução constitucional”³⁸, o que permitiria supor o impedimento do natural desenvolvimento da doutrina e da jurisprudência, imobilizando o direito apesar do transcorrer do tempo, das alterações legislativas e das circunstâncias fáticas de toda a sociedade, tudo a partir de uma premissa que o julgamento não pode ser alterado.³⁹ Ocorre que, ao menos em relação ao controle de constitucionalidade que aqui se discute, eventual decisão que declaratória de inconstitucionalidade da norma não impede que o órgão legislativo edite uma nova lei, ainda que de teor idêntico àquela declarada inconstitucional.⁴⁰ No tocante à decisão proferida em ação declaratória de constitucionalidade o argumento de entrave à evolução da doutrina e da jurisprudência deve levar em consideração que se admite a provocação da inconstitucionalidade da norma já declarada constitucional perante o Supremo Tribunal Federal nos casos de significativa mudança das circunstâncias fáticas ou de relevante alteração das concepções jurídicas dominantes.⁴¹ Como se vê, a decisão proferida em controle de constitucionalidade não impede que o legislativo e/ou o judiciário acompanhem a evolução da doutrina, longe de estagnar o desenvolvimento do direito e eternizar o entendimento apresentado pelo Supremo Tribunal Federal.

³⁸ ABBOUD, Georges. *Processo constitucional brasileiro*. São Paulo: Revista dos tribunais, 2016. p. 249

³⁹ MARINONI, Luiz Guilherme. *Precedentes obrigatórios*. 5ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016. P. 140-141.

⁴⁰ MENDES, Gilmar Ferreira. BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de direito constitucional*. 11ª ed. São Paulo: Saraiva, 2016. fl. 1375

⁴¹ MENDES, Gilmar Ferreira. BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de direito constitucional*. 11ª ed. São Paulo: Saraiva, 2016. fl. 1373

Também há entendimento no sentido de que a transcendência dos motivos determinantes desprestigiaria os ideais órgãos do judiciário em flagrante desconformidade aos ditames democráticos constitucionais.⁴² De acordo com o entendimento do Ministro Ayres Britto nos autos da reclamação constitucional nº 5.595/MG, “tal aplicabilidade implica prestígio máximo ao órgão de cúpula do Poder Judiciário e desprestígio aos órgãos da judicatura de base, o que se contrapõe à essência mesma do regime democrático, que segue lógica inversa: a lógica da desconcentração do poder decisório. Sabido que democracia é movimento ascendente do poder estatal, na medida em que opera de baixo para cima, e nunca de cima para baixo.”⁴³ Todavia, deve se levar em consideração a igualdade que se espera do Estado Democrático de Direito, autorizando que pessoas iguais, submetidas à leis de idêntico teor/finalidade, possam obter decisões diferentes do Judiciário quando questionarem a (in)constitucionalidade de determinada norma através do controle difuso de constitucionalidade. Como bem observado por Luiz Guilherme Marinoni ao mencionar trecho do Acórdão 810/93 do Supremo Tribunal de Justiça de Portugal, “a subordinação devida pelos tribunais àquela jurisprudência tem algo de comum com a generalidade das decisões proferidas em via de recurso às quais é devido acatamento mesmo quando delas dissintam os juízes dos tribunais de instâncias”.⁴⁴ Ou seja, a transcendência dos motivos determinantes apenas facilita a observância daquilo que foi consolidado pelo tribunal hierarquicamente superior e torna desnecessária a interposição de diversos recursos na instância *a quo* a fim de submeter a mesma questão para debate, caso em que, caso o recurso seja provido para alinhar a prestação jurisdicional àquilo que foi decidido pelo Supremo Tribunal Federal, não haverá qualquer tipo de violação à independência dos juízes e tampouco negativa ou rebeldia destes em relação à determinação superior.⁴⁵

⁴² ABOUD, Georges. *Processo constitucional brasileiro*. São Paulo: Revista dos tribunais, 2016 p. 247

⁴³ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Reclamação nº 5.585/MG*. Reclamante: Município de Ipatinga. Reclamado: Juiz do Trabalho da 4ª Vara do Trabalho de Coronel Fabriciano. Relator: Ministro Ayres Britto. Brasília, 19 de setembro de 2011. Diário de Justiça. Disponível em < <http://stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudenciaDetalhe.asp?s1=000104739&base=baseMonocraticas>>. Publicado em 01/02/2012. Acesso em 29/10/2019.

⁴⁴ MARINONI, Luiz Guilherme. *Precedentes obrigatórios*. 5ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016. Fl. 153.

⁴⁵ MARINONI, Luiz Guilherme. *Precedentes obrigatórios*. 5ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016. Fl. 152.

Tem-se ainda, a alegação de que a vinculação aos fundamentos do que foi decidido em controle de constitucionalidade pelo Supremo Tribunal Federal impediria o tratamento diferenciado de situações que – apesar de parecidas – não se enquadram na lei declarada (in)constitucional. Essa circunstância, todavia, justamente por não ser idêntica ao caso que foi julgado pelo Supremo Tribunal Federal, impede a aplicação dos fundamentos determinantes em razão das diferenças fáticas. Portanto, é imperioso que os operadores do direito se atenham às técnicas necessárias para a utilização racional de provimentos vinculantes, tais como as técnicas de *distinguished*⁴⁶, *ratio decidendi*⁴⁷ e *obter dicta*⁴⁸. Observar os provimentos vinculantes não significa uma obrigação irrefletida e irresponsável destes julgamentos por parte das instâncias inferiores.⁴⁹

Por sua vez, também surge preocupação no sentido de “ocasionar uma atuação inconstitucional do STF, que poderia, nas causas de maior complexidade, usurpar a competência do STJ, tal como definida no art. 105 da CF/1988”⁵⁰ na medida em que “precisa interpretar a legislação federal como causa de pedir antes de proferir sentença”⁵¹ e “assim, nem mesmo o STF pode ultrapassar sua competência e agregar efeito vinculante ao decidir matérias cuja competência final é do próprio STJ”.⁵² Em

⁴⁶ “Realizar o *distinguishing* entre casos, ensina Neil Duxbury, é essencialmente uma questão de diferenciar a *ratio decidendi* do *obter dicta*, separando os fatos que são materialmente relevantes daquele que são irrelevantes para a decisão. Fazer o *distinguishing* é, antes de tudo, uma questão de demonstrar diferenças fáticas entre o caso anterior e o caso presente, para então demonstrar que a *ratio* do precedente não se aplica satisfatoriamente ao caso em mãos. Tendo em vista que, dois casos nunca são exatamente iguais, será sempre possível, em certa medida, realizar o *distinguishing*, ressaltando-se que as *rationes* formuladas em termos mais amplos geralmente são mais difíceis de serem distinguidas (*distinguishable*) do que aquelas que tem um raio de aplicação mais estreito.” KREBS, Hélio Ricardo Diniz. *Sistemas de precedentes e direitos fundamentais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015. p. 212-213.

⁴⁷ Adota-se como conceito de *ratio decidendi* “a deliberação explícita ou implícita oferecida por um juiz, que seja suficiente para resolver uma questão de direito posta em discussão pelos argumentos das partes em um caso, sendo essa deliberação necessária para a justificação (ou uma de suas justificações alternativas) da decisão no caso”. KREBS, Hélio Ricardo Diniz. *Sistemas de precedentes e direitos fundamentais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015. p. 196

⁴⁸ Por sua vez, adota-se como conceito de *obter dictum* “uma passagem da motivação do julgamento que contém argumentação marginal ou simples opinião, prescindível ao deslinde da controvérsia. Por isso, o *obter dictum* não se presta a ser invocado como precedente em caso análogo, mas pode perfeitamente ser referido como argumento de persuasão.” KREBS, Hélio Ricardo Diniz. *Sistemas de precedentes e direitos fundamentais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015. p. 197

⁴⁹ MARINONI, Luiz Guilherme. *Precedentes obrigatórios*. 5ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016. p. 144.

⁵⁰ ABBOD, Georges. *Processo constitucional brasileiro*. São Paulo: Revista dos tribunais, 2016. p. 253

⁵¹ ABBOD, Georges. *Processo constitucional brasileiro*. São Paulo: Revista dos tribunais, 2016. p. 254

⁵² ABBOD, Georges. *Processo constitucional brasileiro*. São Paulo: Revista dos tribunais, 2016.

que pese tal preocupação se apresente de forma bastante relevante, parece-nos ainda mais evidente a necessidade dos tribunais superiores e dos operadores do direito em identificar e distinguir a *ratio decidendi* da *obiter dicta*, na medida em que o Supremo Tribunal Federal não estará dando a última palavra sobre a interpretação da norma infraconstitucional, mas sim realizando o controle de constitucionalidade da lei em face – e com a interpretação – da Constituição Federal. Isso permite que os órgãos do judiciário identifiquem que outras leis de idêntico teor são (in)constitucionais através de uma análise do julgamento, sem se falar em análise da interpretação da lei em si mesma, mas sim do seu confronto com a Constituição Federal, o que resulta no controle de constitucionalidade. Há de se ressaltar que o próprio Superior Tribunal de Justiça precisa, em certos casos, realizar uma análise da Constituição Federal para se chegar à interpretação final da lei infraconstitucional,⁵³ o que não significa dizer que o tribunal está usurpando a competência do STF e dando a palavra final sobre o texto constitucional.

Como se observa, argumentos no sentido de que a aplicação da teoria da transcendência dos motivos determinantes no controle de constitucionalidade ocasionaria (i) um entrave à evolução constitucional, (ii) o desprestígio aos órgãos da judicatura de base, (iii) a violação à isonomia substancial e (iv) a usurpação da

p. 254

⁵³ Veja-se o exemplo do Recurso Especial nº 1.685.937/RJ, onde foi necessária a interpretação dos artigos 1.726 do Código Civil e do artigo 8º da Lei nº 9.278/96 em observância à norma do artigo 226, §3º da Constituição Federal: “[...] Ocorre, entretanto, que a norma prevista no referido artigo não se encontra isolada no sistema jurídico. Conforme se depreende da literalidade do seu art. 226, § 3º, a Constituição Federal optou por estabelecer que, de forma a oferecer proteção adequada à família, a lei deve facilitar a conversão de união estável em casamento. Assim, em vista da hierarquia do texto constitucional, a interpretação dos arts. 1.726, do CC e 8º da Lei n. 9.278/96 deve se dar em observância ao objetivo delineado constitucionalmente, qual seja, a facilitação da conversão de modalidade familiar. Observa-se quanto aos artigos ora em análise que não há, em nenhum deles, uma redação restritiva ou o estabelecimento de uma via obrigatória ou exclusiva, mas, tão somente, o oferecimento de opções: o art. 8º da Lei n. 9.278/96 prevê a opção de se obter a conversão pela via extrajudicial, enquanto o art. 1.726, do CC/2002 prevê a possibilidade de se obter a conversão pela via judicial. Ainda, considerando que a Lei n. 9.278/96 é anterior ao Código Civil de 2002, a única interpretação que permite a coexistência entre as duas normas no sistema jurídico é a de que nenhuma delas impõe procedimento obrigatório. Entendimento contrário levaria à exclusão do art. 8º da referida lei do sistema jurídico, vez que a norma posterior revoga a anterior.” BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 1.685.937/RJ. Recorrente: J. C. DA S. V.. Recorrido: D. A. A. F.. Relatora: Ministra Nancy Andrighi. Brasília, 17 de agosto de 2017. Diário de Justiça. Disponível em <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=75428554&num_registro=201602645132&data=20170822&tipo=51&formato=PDF>. Publicado em 22/08/2017.

competência do Superior Tribunal de Justiça, possuem fundamentos mas devem sopesar frente ao que restou demonstrado.

Por sua vez, percebe-se de uma análise cronológica das decisões do Supremo Tribunal Federal que a aplicação da teoria da transcendência dos motivos determinantes chegou a ser reconhecida em um primeiro momento mas deixou de ser aplicada ao longo dos anos no julgamento reclamações constitucionais que buscavam a sua aplicação.

Inicialmente, no julgamento da Rcl nº 1.987/DF⁵⁴ em 01/10/2003, antes mesmo da positivação do efeito vinculante para a ADI no texto constitucional, o Ministro Maurício Corrêa, então relator do caso, identificou que a insurgência em relação à decisão judicial de instância inferior que decidiu de forma contrária ao que fora decidido no julgamento de mérito da ADI 1.662/SP desafiava a autoridade da decisão de mérito tomada nesta ação direta, o que autorizaria a impugnação pela via da reclamação, ainda que interposta por quem não foi parte no processo de controle concentrado. Afirmou ainda, citando decisão do Ministro Gilmar Mendes no julgamento da Rcl nº 2.126, que “a eficácia da decisão do Tribunal transcende o caso singular, de modo que os princípios dimanados da parte dispositiva e dos fundamentos determinantes sobre a interpretação da Constituição devem ser observados por todos os Tribunais e autoridade nos casos futuros, exegese que fortalece a contribuição do Tribunal para a preservação e desenvolvimento da ordem constitucional”. Concluiu-se no caso pela possibilidade de manejo da reclamação constitucional, vencidos os Ministros Sepúlveda Pertence, Ayres Carlos Britto e Marco Aurélio.

Posteriormente no julgamento do AgRg na Rcl nº 2.475/MG o Supremo Tribunal Federal decidiu em sentido contrário, afirmando que “o efeito vinculante, evidentemente, é para o que foi decidido pela Corte. E o que foi decidido está no dispositivo do voto do Relator [...]”.⁵⁵ Esse entendimento foi mantido no decorrer dos

⁵⁴ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Reclamação nº 1.987/DF*. Reclamante: Governador do Distrito Federal. Reclamado: Presidente do Tribunal Regional do Trabalho da 10ª Região. Relator: Ministro Maurício Corrêa. Brasília, 01 de outubro de 2003. Diário de Justiça. Disponível em < <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=87272>>. Publicado em 21/05/2004. Acesso em 29/10/2019.

⁵⁵ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Reclamação nº 2.475/MG*. Reclamante: União Federal. Reclamado: Superior Tribunal de Justiça. Relator: Ministro Carlos Velloso. Brasília, 19 de novembro de 2003. Diário de Justiça. Disponível em <

anos, havendo inclusive menção no julgamento da Rcl nº 2.990/RN no sentido de que “o reexame da sentença reclamada pela via do controle difuso de constitucionalidade, mas – por outro lado – impede o conhecimento do caso concreto pela via estreita da Reclamação: a reclamação não substitui recursos previstos no Código de Processo Civil, nem se pode presumir que – se interposto o recurso cabível – o juízo de primeiro grau insistirá na orientação adotada.”⁵⁶

No julgamento do AgRg na Reclamação nº 11.479/CE novamente verificou-se que a parte pretendia “valer-se desse instituto para exigir respeito aos fundamentos determinantes aproveitados pelo Supremo Tribunal Federal no julgamento das Ações Diretas de Inconstitucionalidade”⁵⁷, afirmando, contudo, que “a aplicação da teoria dos motivos determinantes foi rejeitada por este Supremo Tribunal”⁵⁸.

Mais recentemente no julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4.697/DF o debate sobre a transcendência dos motivos determinantes foi reaberto pelo Ministro Luís Roberto Barroso. Primeiramente foi feita uma importantíssima observação pelo Ministro Barroso no que diz respeito à *ratio decidendi* das decisões proferidas pelo Supremo Tribunal Federal no controle de constitucionalidade. Observou-se que “nem sempre chegamos à conclusão pelos mesmos fundamentos, mas considero que termos um denominador comum que sirva de fundamento para decisão é muito importante. Já houve decisões, no meu tempo de advogado, em que eu lia o acórdão e ficava na dúvida de qual tinha sido a tese jurídica”.⁵⁹ Essa preocupação,

<http://stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudenciaDetalhe.asp?s1=000031698&base=baseMonocraticas>. Publicado em 26/11/2003. Acesso em 29/10/2019.

⁵⁶ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Reclamação nº 2.990/RN*. Reclamante: Estado do Rio Grande do Norte. Reclamado: Juiz de Direito da 1ª Vara da Fazenda Pública da Comarca de Natal. Relator: Ministro Sepúlveda Pertence. Brasília, 30 de março de 2005. Diário de Justiça. Disponível em <<http://stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudenciaDetalhe.asp?s1=000018366&base=baseMonocraticas>>. Publicação em 05/04/2005. Acesso em 29/10/2019.

⁵⁷ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Reclamação nº 11.479/CE*. Reclamante: José Araújo Souto. Reclamado: Estado do Ceará e Tribunal de Contas do Município do Estado do Ceará. Relator: Ministra Cármen Lúcia. Brasília, 04 de abril de 2011. Diário de Justiça. Disponível em <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=3432871>>. Publicado em 25/02/2013. Acesso em 29/10/2019.

⁵⁸ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Reclamação nº 11.479/CE*. Reclamante: José Araújo Souto. Reclamado: Estado do Ceará e Tribunal de Contas do Município do Estado do Ceará. Relator: Ministra Cármen Lúcia. Brasília, 04 de abril de 2011. Diário de Justiça. Disponível em <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=3432871>>. Publicado em 25/02/2013. Acesso em 29/10/2019.

⁵⁹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4.697*. Requerente: Confederação Nacional das Profissões Liberais – CNPL. Interessado: Congresso Nacional e Presidente da

segundo o Ministro Barroso, teria relevância pelo fato de que o novo Código de Processo Civil “trata de forma ligeiramente diferente o que seja a tese de julgamento do que seja o fundamento jurídico do julgamento”⁶⁰. Ademais, em relação à transcendência dos motivos determinantes, observou o Ministro que o novo CPC ainda diz em seu artigo 988, §4º, que a reclamação seria cabível para garantir a aplicação da tese jurídica consolidada no controle concentrado de constitucionalidade, o que exigiria uma nova discussão sobre a tese – até então rejeitada pelo STF – da transcendência dos motivos determinantes.

No mesmo caso o Ministro Gilmar Mendes, que defende a aplicação da transcendência dos motivos determinantes, trouxe uma nova observação a fim de demonstrar a incongruência na rejeição da teoria pelo Supremo Tribunal Federal. No caso, mencionou a situação de diversas ações diretas que impugnavam normas que tratavam da permissão de bingo, onde se consolidou o entendimento de que o Estado não pode legislar sobre jogos, mas sempre existia uma portaria ou resolução de conselho que contrastava o entendimento do STF. Assim, o tribunal teve de editar uma súmula vinculante “para reforçar decisões que já eram hiper-reforçadas”.⁶¹

Ora, a produção dos enunciados de súmulas vinculantes por parte do Supremo Tribunal Federal resulta em verbetes que resumem em poucas linhas as razões de decidir adotadas pelo tribunal em diversos julgamentos sobre matéria idêntica, e, ainda que sintetizados, ganham força normativa⁶² decorrente da previsão do artigo 103-A da Constituição Federal, que prevê o efeito vinculante em relação aos demais órgãos

República. Relator: Ministro Edson Fachin. Brasília, 06 de outubro de 2016. Diário de Justiça. Disponível em < <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=12660374>>. Publicado em 30/03/2017. Acesso em 29/10/2019.

⁶⁰ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4.697*. Requerente: Confederação Nacional das Profissões Liberais – CNPL. Interessado: Congresso Nacional e Presidente da República. Relator: Ministro Edson Fachin. Brasília, 06 de outubro de 2016. Diário de Justiça. Disponível em < <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=12660374>>. Publicado em 30/03/2017. Acesso em 29/10/2019.

⁶¹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4.697*. Requerente: Confederação Nacional das Profissões Liberais – CNPL. Interessado: Congresso Nacional e Presidente da República. Relator: Ministro Edson Fachin. Brasília, 06 de outubro de 2016. Diário de Justiça. Disponível em < <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=12660374>>. Publicado em 30/03/2017. Acesso em 29/10/2019.

⁶² MELLO, Patrícia Perrone Campos. *O Supremo e os precedentes constitucionais: como fica a sua eficácia após o novo código de processo civil*. UNIVERSITAS JUS, v. 26, p. 41-53, 2015. p. 48. Disponível em < <https://www.publicacoesacademicas.uniceub.br/jus/article/viewFile/3596/2842>>. Acesso em 29/10/2019.

do Poder Judiciário e à administração pública direta e indireta. Ocorre que os enunciados de súmula não são capazes de fornecer aos juízes dos casos futuros as razões adotadas para se chegar à determinada conclusão na medida em que as súmulas derivam de resultados iguais e não necessariamente de fundamentos iguais.⁶³

Surge, assim, a dúvida: por que se admitir a vinculação de verbetes enquanto uma fundamentação maior no controle de constitucionalidade, estendida para casos iguais oriundos de leis diferentes, permite uma maior segurança jurídica para o jurisdicionado?

É certo que, como observado por Luís Roberto Barroso e Patrícia Perrone, a utilização dos precedentes não permite uma atuação mecânica e automática dos operadores do direito e exige a aplicação de institutos controvertidos até mesmo no *common law*, tais como as já citadas técnicas de *distinguished*, *ratio decidendi* e *obiter dicta*, cujo destaque advém principalmente com a edição do Código de Processo Civil de 2015.⁶⁴

Ademais, como já mencionado sobre o julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4.697/DF, sendo corriqueira a existência de decisões plurais⁶⁵ nos julgamentos colegiados, não podem estas serem suficientes para definir um sentido ou uma regra para aquilo que restou decidido em controle de constitucionalidade, a fim de regular casos futuros ou atuais que exijam a aplicação da transcendência dos motivos determinantes, o que impede a consolidação de uma base e permite que magistrados que não participaram do julgamento sejam os responsáveis por dizer qual a *ratio decidendi* do caso, gerando mais liberdade para adotarem outros entendimentos⁶⁶.

Todavia, argumentos políticos e a falta de costume dos operadores do direito com as técnicas oriundas do *common law* devem ser encarados com calma para justificar a inaplicabilidade da teoria da transcendência dos motivos determinantes. Novamente, convém ressaltar, que não se pretende identificar a real natureza do sistema

⁶³ MARINONI, Luiz Guilherme. *O julgamento nas cortes supremas: precedentes e decisão do recurso diante do novo CPC*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015. P. 26

⁶⁴ MELLO, Patrícia Perrone Campos; BARROSO, Luís Roberto. *Trabalhando com uma nova lógica: a ascensão dos precedentes no Direito brasileiro*. Revista da AGU, v. 15, p. 9-52, 2016. P. 25.

⁶⁵ Entenda-se por decisão plural uma decisão majoritária que não possui uma *ratio decidendi* sustentada pela maioria do órgão colegiado.

⁶⁶ MARINONI, Luiz Guilherme. *O julgamento nas cortes supremas: precedentes e decisão do recurso diante do novo CPC*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015. P. 60

vigente com a edição do novo CPC, mas sim que este inovou ao trazer consigo um sistema de valorização dos pronunciamentos dos tribunais superiores, e no caso do controle de constitucionalidade, do Supremo Tribunal Federal.

É preciso, portanto, identificar que a aplicabilidade da teoria da transcendência dos motivos determinantes não decorre do Código de Processo Civil de 2015, o que chegou a ser reconhecido pelo STF muito antes de sua edição, mas sim da Lei nº 9.868/99 (caso se admita a vinculação por parte de lei infraconstitucional), ou da Emenda Constitucional nº 45/2004 (caso se exija a positivação do efeito vinculante no texto constitucional). Identificar o lapso temporal da vinculação aos motivos determinantes não possui efeitos práticos para o presente estudo. Relevância maior é identificar que o novo CPC apenas contribuiu para reviver o debate da questão – até então adormecida no STF – para garantir a aplicabilidade e a unidade do direito em relação à decisão definitiva de mérito proferida pelo Supremo Tribunal Federal no controle de constitucionalidade, principalmente ao prever a hipótese de cabimento da reclamação constitucional pela inaplicabilidade da tese jurídica no artigo 988, §4º, em conjunto com as técnicas de uniformização da jurisprudência e de procedimentos que aceleram o julgamento dos processos.

Assim, não havendo uma tradição no Brasil em relação à observância dos provimentos vinculantes, se revela essencial a existência da reclamação constitucional como meio para assegurar a última palavra do Supremo Tribunal Federal.

Concluiu-se que a transcendência dos motivos determinantes na decisão definitiva de mérito proferida pelo Supremo Tribunal Federal em controle de constitucionalidade tem respaldo no efeito vinculante previsto no artigo 102, §2º da Constituição Federal, sendo o Código de Processo Civil de 2015 figura importante – mas não responsável – para sua aplicação ao expressar o cabimento da reclamação constitucional no caso da inobservância da tese jurídica fixada no julgamento da ação direta de inconstitucionalidade ou da ação declaratória de constitucionalidade. A essência do texto constitucional é conferir efeito vinculante aos motivos determinantes.

Garante-se com a vinculação dos motivos determinantes a estabilidade e a continuidade da ordem jurídica, a previsibilidade das consequências jurídicas de

determinada conduta, protegendo a confiança do cidadão em relação às qualificações jurídicas de seus atos.⁶⁷

O jurisdicionado espera a igualdade diante das decisões judiciais na medida em que uma definição judicial de direito fundamental ou da incompatibilidade da lei federal em face da Constituição permite que todos sejam tratados igualmente perante estas. Luiz Guilherme Marinoni observa bem que a coerência da ordem jurídica passa, necessariamente, pela lógica do sistema estruturado sobre tribunais e recursos, pelo respeito à hierarquia e pela coerência na afirmação da ordem normativa, impedindo que juízes de instâncias inferiores decidam sozinhos sem considerar as decisões do Supremo Tribunal Federal, o que significaria “um castigo à parte que tem razão perante a Corte Suprema, pois a penalizaria com a necessidade da interposição de recurso – com o consequente consumo de tempo e dinheiro – para chegar à decisão que, desde o início, se sabia – ou ao menos se pressupunha – que prevaleceria”.⁶⁸

Por fim, consequência prática do reconhecimento da vinculação dos motivos determinantes no controle de constitucionalidade seria, conforme exposto pelo Ministro Gilmar Mendes na já citada ADI 4.697/DF, “aceitar-se uma reclamação e, na reclamação, vir-se com uma arguição de inconstitucionalidade que declararíamos *incidenter tantum* [...] porque o juiz estaria aplicando não a mesma norma”⁶⁹ e, complementado pela Ministra Cármen Lúcia, “estaria desaplicando a mesma tese”.⁷⁰

Cada vez mais desponta a necessidade de superar o entendimento até então consolidado no Supremo Tribunal Federal a fim de garantir a autoridade de suas decisões para além do dispositivo da decisão proferida em controle de constitucionalidade, principalmente com os novos ares trazidos pelo Código de

⁶⁷ MARINONI, Luiz Guilherme. *Precedentes obrigatórios*. 5ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016. P. 96

⁶⁸ MARINONI, Luiz Guilherme. *Precedentes obrigatórios*. 5ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016. P. 127.

⁶⁹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4.697*. Requerente: Confederação Nacional das Profissões Liberais – CNPL. Interessado: Congresso Nacional e Presidente da República. Relator: Ministro Edson Fachin. Brasília, 06 de outubro de 2016. Diário de Justiça. Disponível em < <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=12660374>>. Publicado em 30/03/2017. Acesso em 29/10/2019.

⁷⁰ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4.697*. Requerente: Confederação Nacional das Profissões Liberais – CNPL. Interessado: Congresso Nacional e Presidente da República. Relator: Ministro Edson Fachin. Brasília, 06 de outubro de 2016. Diário de Justiça. Disponível em < <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=12660374>>. Publicado em 30/03/2017. Acesso em 29/10/2019.

Processo Civil de 2015, ainda mais se considerada a existência de competências concorrentes entre a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios no próprio texto da Constituição Federal, o que impede – a depender da matéria – que a União, seus 26 (vinte e seis) Estados, o Distrito Federal e os 5.570 (cinco mil quinhentos e setenta) Municípios deliberem sobre matérias idênticas e/ou semelhantes em contrariedade com a tese fixada pelo STF.

CONCLUSÃO

O Código de Processo Civil de 2015 trouxe inovações promissoras e paradigmáticas na linha histórica de reformas legislativas realizadas para permitir que o judiciário atue de forma eficaz em face da enorme multiplicação de processos e lide com a consequente mora em solucioná-los de forma igualitária entre os jurisdicionados brasileiros. Para tanto, destacam-se no novo código a edição de procedimentos de aceleração do processo, tal como a improcedência liminar do pedido, prevista no artigo 332 do CPC, aplicável quando for dispensável a fase instrutória e o pedido contrariar enunciado de súmula do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça, acórdão proferido por estes tribunais em julgamento de recursos repetitivos, entendimento firmado em incidente de resolução de demandas repetitivas (IRDR) ou incidente de assunção de competência (IAC) e enunciado de súmula de tribunal de justiça sobre direito local. De igual forma ocorre com os poderes conferidos ao relator no artigo 932 do CPC, onde este pode, monocraticamente, negar ou dar provimento, conforme o caso, quando a matéria estiver entre as hipóteses já mencionadas (com exceção ao enunciado de súmula sobre direito local).

Por sua vez, a adoção de técnicas de uniformização da jurisprudência oriundas da Emenda Constitucional nº 45/2004, tais como a súmula vinculante, o efeito vinculante na ação direta de inconstitucionalidade e na ação declaratória de constitucionalidade e os recursos extraordinários com repercussão geral, foram de igual modo relevantes para afirmar a autoridade do Supremo Tribunal Federal, garantindo a diminuição de processos neste tribunal, além de reduzir significativamente o número de

recursos e litígios nos assuntos constitucionais, garantindo ao jurisdicionado uma maior previsibilidade, segurança e tratamento isonômico.

Especificamente em relação ao efeito vinculante das decisões definitivas de mérito proferidas pelo Supremo Tribunal Federal no controle de constitucionalidade, tal como previsto no artigo 102, §2º da Constituição Federal, trata-se de instituto fundamental para agregar, ao lado da eficácia contra todos (eficácia *erga omnes*), a autoridade que destas decisões se espera. Isso porque o efeito vinculante, em um primeiro momento, autoriza o manejo da reclamação constitucional como instrumento para o controle da decisão judicial proferida por instância inferior que desrespeita o dispositivo da decisão emanada do STF no controle de constitucionalidade. Neste ponto, apenas a lei declarada (in)constitucional pode ser objeto da reclamação constitucional.

Ocorre que, como apresentado no presente trabalho, o Brasil possui dimensões continentais e possui em seu texto constitucional uma ampla repartição de competência entre a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios, de modo que tanto a União, seus 26 (vinte e seis) Estados, o Distrito Federal e os 5.570 (cinco mil quinhentos e setenta) Municípios podem – a depender da matéria – editar leis de idêntico teor que venham a ter sua (in)constitucionalidade questionada perante o Supremo Tribunal Federal através de uma ADI ou de uma ADC.

Nesse contexto, a vinculação restrita ao dispositivo da decisão proferida pelo STF em controle de constitucionalidade não garante que a autoridade do seu entendimento seja observada por aqueles entes federativos, motivo que ensejou na discussão sobre a viabilidade e a aplicação da teoria da transcendência dos motivos determinantes no ordenamento jurídico brasileiro, a fim de agregar qualidade aos fundamentos adotados em decisão proferida no controle de constitucionalidade para que seus efeitos se estendam a outra leis de teor idêntico e/ou na mesma situação.

A aplicação da teoria pelo Supremo Tribunal Federal tem início com fundamento no artigo 28 da Lei nº 9.868/99, antes mesmo da inclusão do efeito vinculante também para a ação direta de inconstitucionalidade no artigo 102, §2º da Constituição Federal, com a edição da Emenda Constitucional nº 45/2004. No caso, a decisão foi proferida na Rcl nº 1.987/DF, onde afirmou-se, por maioria dos votos, que a eficácia da decisão alcançava os fundamentos determinantes, garantindo a observância

por todos os Tribunais e autoridade nos casos futuros a fim de fortalecer a preservação e desenvolvimento da ordem constitucional. Em que pese o entendimento apresentado pelo STF, a jurisprudência se consolidou posteriormente no sentido de que o efeito vinculante ficaria limitado ao dispositivo da decisão no controle de constitucionalidade, apresentando fundamentos – na maioria das vezes – ligados a política judiciária de não abarrotar a Corte com reclamações constitucionais apresentadas *per saltum*.

Contudo, a aplicação do efeito vinculante aos motivos determinantes decorre da Lei nº 9.868/99 (caso se admita a vinculação por parte de lei infraconstitucional), ou da Emenda Constitucional nº 45/2004 (caso se exija a positivação do efeito vinculante no texto constitucional), não importando para o presente estudo a identificação exata do lapso temporal.

Isso permite concluir que o Código de Processo Civil de 2015, apesar de não ser a legislação responsável pela existência da transcendência dos motivos determinantes no controle de constitucionalidade, teve papel fundamental ao trazer uma nova cultura de respeito às decisões proferidas pelos tribunais superiores, atribuindo também a estes o dever de manter a jurisprudência estável, íntegra e coerente, na busca pela uniformidade, estabilidade e previsibilidade. Em que pese a previsão constitucional do efeito vinculante se apresente suficiente para autorizar a reclamação fundamentada na violação aos motivos determinantes, a previsão de cabimento da reclamação no CPC para garantir a observância de decisão do Supremo Tribunal Federal em controle concentrado de constitucionalidade inclusive no caso de aplicação indevida da tese jurídica e sua não aplicação aos casos que a ela correspondam (artigo 988, III, §4º do CPC/15) foi de extrema relevância para o STF reviver o debate na Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4.697/DF.

É certo que novas dúvidas e preocupações surgem com a indicação de mudança da jurisprudência pelo STF, tais como a existência de decisões plurais que dificultam a identificação dos motivos determinantes adotados para a declaração de (in)constitucionalidade da norma, a incapacidade dos operadores do direito de lidar com os institutos necessários e a suposta explosão de reclamações. Todavia, cabe ressaltar novamente, argumentos distantes do direito devem ser analisados com cautela. A essência do texto constitucional é conferir efeito vinculante aos motivos determinante.

REFERÊNCIAS

ABBOUD, Georges. Processo constitucional brasileiro. São Paulo: Revista dos tribunais, 2016.

ALVIM, Eduardo Arruda. THAMAY, Rennan Faria Kruger. GRANADO, Daniel Willian. Processo constitucional. 1ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

BRASIL. Constituição Federal do Brasil de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em 29/10/2019.

BRASIL. Lei 13.105/2015 (Novo Código de Processo Civil). Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13105.htm>. Acesso em 29/10/2019.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 1.685.937/RJ. Recorrente: J. C. DA S. V.. Recorrido: D. A. A. F.. Relatora: Ministra Nancy Andrighi. Brasília, 17 de agosto de 2017. Diário de Justiça. Disponível em <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=75428554&num_registro=201602645132&data=20170822&tipo=51&formato=PDF>. Publicado em 22/08/2017. Acesso em 29/10/2019.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4.697. Requerente: Confederação Nacional das Profissões Liberais – CNPL. Interessado: Congresso Nacional e Presidente da República. Relator: Ministro Edson Fachin. Brasília, 06 de outubro de 2016. Diário de Justiça. Disponível em <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=12660374>>. Publicado em 30/03/2017. Acesso em 29/10/2019.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Reclamação nº 1.987/DF. Reclamante: Governador do Distrito Federal. Reclamado: Presidente do Tribunal Regional do Trabalho da 10ª Região. Relator: Ministro Maurício Corrêa. Brasília, 01 de outubro de 2003. Diário de Justiça. Disponível em <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=87272>>. Publicado em 21/05/2004. Acesso em 29/10/2019.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Reclamação nº 11.479/CE. Reclamante: José Araújo Souto. Reclamado: Estado do Ceará e Tribunal de Contas do Município do Estado do Ceará. Relator: Ministra Cármen Lúcia. Brasília, 04 de abril de 2011. Diário

de Justiça. Disponível em
<<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=3432871>>.
Publicado em 25/02/2013. Acesso em 29/10/2019.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Reclamação nº 2.475/MG. Reclamante: União Federal. Reclamado: Superior Tribunal de Justiça. Relator: Ministro Carlos Velloso. Brasília, 19 de novembro de 2003. Diário de Justiça. Disponível em <<http://stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudenciaDetalhe.asp?s1=000031698&base=baseMonocraticas>>. Publicado em 26/11/2003. Acesso em 29/10/2019.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Reclamação nº 2.990/RN. Reclamante: Estado do Rio Grande do Norte. Reclamado: Juiz de Direito da 1ª Vara da Fazenda Pública da Comarca de Natal. Relator: Ministro Sepúlveda Pertence. Brasília, 30 de março de 2005. Diário de Justiça. Disponível em <<http://stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudenciaDetalhe.asp?s1=000018366&base=baseMonocraticas>>. Publicação em 05/04/2005. Acesso em 29/10/2019.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Reclamação nº 5.585/MG. Reclamante: Município de Ipatinga. Reclamado: Juiz do Trabalho da 4ª Vara do Trabalho de Coronel Fabriciano. Relator: Ministro Ayres Britto. Brasília, 19 de setembro de 2011. Diário de Justiça. Disponível em <<http://stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudenciaDetalhe.asp?s1=000104739&base=baseMonocraticas>>. Publicado em 01/02/2012. Acesso em 29/10/2019.

BUENO, Cássio Scarpinella. Manual de direito processual civil: inteiramente estruturado à luz do novo CPC, de acordo com a Lei n. 13.256, de 4-2-2016. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

KREBS, Hélio Ricardo Diniz. Sistemas de precedentes e direitos fundamentais. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

MARINONI, Luiz Guilherme. O julgamento nas cortes supremas: precedentes e decisão do recurso diante do novo CPC. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

MARINONI, Luiz Guilherme. Precedentes obrigatórios. 5ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

MEDINA, José Miguel Garcia. Direito Processual Civil Moderno. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

MELLO, Patrícia Perrone Campos. O Supremo e os precedentes constitucionais: como fica a sua eficácia após o novo código de processo civil. UNIVERSITAS JUS, v. 26, p. 41-53, 2015. p. 48. Disponível em <<https://www.publicacoesacademicas.uniceub.br/jus/article/viewFile/3596/2842>>. Acesso em 29/10/2019.

MELLO, Patrícia Perrone Campos; BARROSO, Luís Roberto. Trabalhando com uma nova lógica: a ascensão dos precedentes no Direito brasileiro. Revista da AGU, v. 15, p. 9-52, 2016.

MENDES, Gilmar Ferreira. BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. Curso de direito constitucional. 11ª ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

MITIDIERO, Daniel. Cortes superiores e cortes supremas: do controle à interpretação da jurisprudência ao precedente. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

XAVIER, Carlos Eduardo Rangel. Reclamação constitucional e precedentes judiciais: contributo a um olhar crítico sobre o Novo Código de Processo Civil (de acordo a Lei 13.256/2016). São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

O PAPEL DAS CORTES SUPERIORES

Jorge Amaury Maia Nunes

Doutor em Direito pela Faculdade do Largo de São Francisco.
Professor da Faculdade de Direito da Universidade de Brasília.
Ex-Presidente e fundador da Associação Brasiliense de Processo Civil.
Ex-Consultor Jurídico do Ministério do Desenvolvimento e Comércio Exterior.
Ex-Procurador do Banco Central do Brasil.

I. OBJETO DA INVESTIGAÇÃO

O intuito do presente estudo é o exame do papel das chamadas cortes superiores, sua função, seus limites, seus percalços. Intentaremos fixar uma taxionomia a respeito dessas cortes, estudando, para tanto e o quanto for possível, consideradas as naturais limitações de espaço, algumas funções de cortes similares que estejam ou tenham estado em atuação em países cujo Direito seja mais ou menos expressivo (sob a nossa perspectiva, é claro) no chamado mundo ocidental.

De plano, convém traçar uma linha diretiva que tem a missão de esclarecer que há ordenamentos jurídico-políticos muito díspares, uns com jurisdição dual¹², outros com jurisdição una, e ainda os com sistemas de controle de constitucionalidade eminentemente político, outros com órgãos de controle encartados na estrutura do Poder Judiciário (e isso será objeto de aguda investigação), outros com tribunais judiciais de controle de convencionalidade e legalidade, considerados, aqui, como tais, tanto os órgãos pura cassação quanto aqueles mistos, que realizam a cassação e a revisão das decisões advindas das chamadas instâncias ordinárias.

Como, no caso, o nosso parâmetro (mas não o objeto) de estudo é o Direito brasileiro, parece certo alinhar previamente a ideia de que se criou, no nosso ordenamento jurídico, uma espécie de divisão de competência funcional entre dois

¹ Fica o registro de que não se comporta, no âmbito deste trabalho, o exame da competência dos tribunais administrativos existentes nos países de jurisdição dual, ainda que possam e devam ser considerados como cortes superiores, como é o caso, por exemplo, do Conselho de Estado da França e de seus símiles de Portugal, da Itália e da Alemanha.

²² Preferimos deixar de fora o exame das cortes de convencionalidade, que exigiriam um detalhamento maior, principalmente em decorrência da necessidade de uma releitura aguda do conceito de soberania, tarefa que não se comporta nos limites deste trabalho.

órgãos de cúpula do Judiciário brasileiro, o Supremo Tribunal Federal e o Superior Tribunal de Justiça.

Convém, entretanto, traçar o cenário teórico em que se estabelecem ou podem se estabelecer as cortes superiores de outras estruturas políticas soberanas, sendo certo que a forma constitucionalmente estabelecida para cada uma dessas soberanias influirá decisivamente no papel fixado para suas respectivas cortes. Assim, como já dito, e apenas a título de exemplificação, pode ocorrer a existência de países de jurisdição una e países de jurisdição dual, em que, ao lado da jurisdição comum, estabelece-se outra jurisdição chamada administrativa. Claro que outras escolhas do legislador constituinte, decorrentes da história de formação e de vida de cada um desses povos soberanos podem influir e influem, decisivamente, na conformação do chamado pacto político.

Daí, é possível verificar, pelo exame das diversas constituições, a estruturação de órgãos, ora encartados em algum segmento dos poderes tradicionais, ora fora dessa estrutura, que controlam somente a legalidade, somente a constitucionalidade, somente a convencionalidade, e assim sucessivamente.

Dada a absoluta pletora de possibilidades, e para fins de sistematização, parece conveniente estudar o papel das cortes superiores com base em uma cisão entre aquelas que controlam a constitucionalidade e as que controlam a legalidade. É um sistema simples e facilmente aferível.

Dentre as que controlam a constitucionalidade, é usual o entendimento de que esse controle ou é político ou é jurisdicional, podendo ser concebido um misto dos dois sistemas.

Para fins ainda de entendimento da sistematização proposta, registre-se que, controle político tem sido entendido como aquele que é exercido por “entidade com missão exclusiva, ou principal, de verificar se os diversos atos das autoridades estão de acordo com a constituição.”³A concepção desse modelo remonta ao pensamento de SIEYÈS, que firmou a ideia de um *Jurie Constitutionnaire* para a constituição francesa, papel esse que foi exercido pelo Senado Conservador nas constituições de 1799 e 1852.

³ Pinto Ferreira, Princípio da Supremacia da Constituição e Controle de Constitucionalidade, in, RDP, pp. 20/21.

Na história do chamado controle político de constitucionalidade, esse poder de controle já foi deferido ao próprio poder legislativo⁴. Na Europa do século XX, são exemplos disso o *Presidium* do Soviet Supremo, o Comité Constitucional previsto na constituição francesa de 1946 e Conselho Constitucional da constituição de 1958.

Na África, a Constituição de Angola de 1980 previa, no art. 37, que trata da Assembleia do Povo — órgão que aprova, modifica e revoga as leis — o poder de velar pela constitucionalidade das leis e demais disposições legais e exercer o controle geral sobre o cumprimento da lei constitucional.

Em Cabo Verde, a Lei nº 2, de 12 de fevereiro de 1981, procedeu à revisão da Constituição daquele país e estabeleceu, no seu art. 58, a competência da Assembleia Nacional popular para “decidir da constitucionalidade das leis e de demais diplomas legislativos.”.

Na Hungria, a Constituição de 1949, com as modificações da Lei nº I, de 1972 e de 1975, e na Bulgária, a Constituição de 1971, havia a previsão formal de controle de constitucionalidade pelas respectivas Assembleias Nacionais. Na constituição da Polônia, de 1952, estava prevista a estrutura de um Tribunal Constitucional, mas as decisões dele emanadas deveriam ser examinadas pela Dieta (art. 33ª 1 e 2), que era, na conformidade daquela constituição, além de órgão supremo do poder estatal, o próprio poder legiferante (art. 20).

Além dessa atividade de controle exercida pelo parlamento de diversos países, há outra modalidade de controle exercido por órgãos especialmente criados para esse fim e que não se encartam em nenhuma estrutura relativa aos três poderes tradicionais (executivo, legislativo e judiciário), e que parece ser a tendência atual. Na Europa contemporânea, tem sido usual a criação de cortes constitucionais, cuja atividade preponderante é o controle de constitucionalidade das leis. Esses órgãos especiais — que, reitere-se, estão alocados fora do âmbito do Judiciário — têm a incumbência, no limite da função, de exercer uma espécie de papel do poder moderador, concebido por Benjamin Constant.

⁴ Até mesmo o art. 15, IX, da nossa Constituição do Império parece sugerir essa possibilidade, ainda quando não se tenha notícia de que haja efetivamente ocorrido.

A existência dessas cortes constitucionais induz a permitir a classificação dos ordenamentos que as possuem dentre aqueles que privilegiam o controle político de constitucionalidade em sentido amplo. Quadra consignar que esse não parece ser o entendimento de MAURO CAPPELLETTI⁵ que, no atilado exame realizado sobre o tema, no âmbito do direito comparado, optou por enquadrar esses ordenamentos no rol dos que exercem o controle jurisdicional de constitucionalidade das leis.

A necessidade da divergência se impõe e a questão não é meramente acadêmica, nem bizantina. Deveras, não parece que a inserção topológica dos tribunais na estrutura de qualquer um dos poderes deva ser fator a ser considerado para classificar um controle de constitucionalidade como político ou como jurisdicional. Muito mais razoável seria perscrutar a natureza da atividade de controle exercida, perceber seus elementos constitutivos, decompô-los e, então, verificar se o mister assim exercido pode ser enquadrado como jurisdicional ou não.

II. CORTES QUE EXERCEM CONTROLE POLÍTICO DE CONSTITUCIONALIDADE

Não obstante o que acaba de ser afirmado, e apenas para efeitos taxinômicos (*taxis + nomos*), no curso do presente artigo, será admitido como político em sentido amplo o controle de constitucionalidade exercido por cortes constitucionais que se insiram fora da estrutura do Poder Judiciário e como jurisdicional o controle exercido por cortes constitucionais que, ao revés, se enquadrem formalmente naquela estrutura. Reafirme-se, isso está dito apenas para efeito classificatório porque, segundo o entendimento que é esposado no presente artigo, a atividade desenvolvida por essas cortes no controle *in abstracto* de constitucionalidade, qualquer que seja sua situação topológica, será sempre marcadamente política e nada jurisdicional, ou somente jurisdicional na forma.

Com base na premissa acima fixada, possuem cortes constitucionais que exercem controle político em sentido amplo, a Espanha, constituição de 1976, art. 159 e seguintes; a Áustria, art. 137 do texto fundamental de 1929, reafirmado pela Lei

⁵ O Controle Judicial de Constitucionalidade das Leis no Direito Comparado. Tradução de Aroldo Plínio Gonçalves. Porto Alegre: Fabris Editor, 1984, *passim*.

Constitucional de 1º de maio de 1945; a Itália, art. 134 e segs. da Constituição de 1947; a Coreia, art. 111 da Constituição de 1948; o Suriname, art. 144 da Constituição de 1987; Portugal, art. 221 e seguintes da Constituição de 1976, com a Emenda de Revisão de 2005.

Esse controle político tanto como ser exercido preventivamente como *a posteriori*.

Como modalidade de controle preventivo, a doutrina aponta, por exemplo, o veto por inconstitucionalidade, exercido na França, previsto no art. 61 da Constituição de 1958, *in litteris*:

Art.61. As leis orgânicas, antes e sua promulgação, os regulamentos das Assembleias parlamentares, antes de sua aplicação, deverão ser submetidos ao Conselho Constitucional que se pronunciará sobre a conformidade destes com a Constituição.”

Para os mesmos fins, as leis poderão ser deferidas ao Conselho Constitucional, antes de sua promulgação, pelo Presidente da República, pelo Primeiro Ministro, pelo Presidente da Assembleia Nacional, pelo Presidente do Senado ou por sessenta deputados ou sessenta senadores”

Controle político repressivo, ou *a posteriori*, é tanto o exercido pelas assembleias legiferantes a que nos reportamos no breve exame feito a respeito do Direito comparado, e ao qual denominamos controle estritamente político, quanto o exercido por órgãos especiais, não integrantes da estrutura do Poder Judiciário, após a promulgação do texto legal e a que apelidamos, neste trabalho, de controle político em sentido amplo.

Cumprе apontar aqui, à guisa de esclarecimento, que a própria Constituição da França de 1958, que acaba de ser mencionada, sofreu um aditamento recente para, em alinhamento com o que vem sendo feito na Europa continental, atribuir ao Conselho Constitucional competência para, mediante provocação feita pelo Conselho de Estado ou pela Corte de Cassação, examinar a compatibilidade vertical de um preceito legislativo que, no curso de um processo, possa implicar ameaça a direitos e liberdades constitucionalmente garantidos. O novo texto, que animou a criação da Chamada Questão Prioritária de Constitucionalidade, tem esta redação, *verbis*:

ARTIGO 61º-1 Quando, no âmbito de um processo pendente perante um órgão jurisdicional, é argumentado que uma disposição legislativa

ameaça direitos e liberdades garantidos pela Constituição, o Conselho Constitucional pode ser convocado para analisar o caso por meio de citação do Conselho de Estado ou da Corte de Cassação, que se pronuncia em um prazo determinado. Uma lei orgânica determina as condições de aplicação do presente artigo.

O novo texto constitucional francês foi regulamentado pela Lei Orgânica nº 2009-1523, de dezembro de 2009, que fixou o procedimento para apreciação da chamada Questão Prioritária de Constitucionalidade, ou simplesmente QPC. Quadra aduzir que essa forma de controle repressivo, hoje em dia, já é a modalidade prevalecente no Direito francês. De fato, breve consulta ao sítio do Conselho Constitucional daquele país dá conta de que, no período de setembro de 2018 a agosto do ano em curso, o Conselho Constitucional⁶ recebeu 75 QPC (controle repressivo) contra apenas 20 DC (controle preventivo), ou seja, a utilização do novo instrumento de controle superou em mais do que três vezes o controle tradicional.

Mais expressivo do que isso é, em relação ao controle incidental brasileiro, o fato de que o tempo médio de exame das QPC se situa em torno dos 75 dias contados da data de ingresso do incidente no Conselho Constitucional. No Brasil.... melhor não comentar, mesmo porque o STF tem de desincumbir-se de um rosário de outras competências. A comparação não seria muito justa para com o nosso Tribunal maior.

III. CORTES QUE EXERCEM CONTROLE JURISDICIONAL DE CONSTITUCIONALIDADE

De outra banda, o controle jurisdicional de constitucionalidade é a verificação de compatibilidade de leis e normas com a constituição, realizada por órgãos integrantes da estrutura do Poder Judiciário, sendo irrelevante para essa classificação, que haja um órgão do Judiciário criado especialmente para esse fim ou que o controle em tela seja exercido indistintamente por quaisquer órgãos judicantes. Como, entretanto, estamos a cuidar do tema relativo ao papel das cortes superiores, esse aspecto será aqui privilegiado doravante.

⁶ <https://www.conseil-constitutionnel.fr/rapport-activite-2019-numerique/#entretien>, consultado em 11/11/2019.

A verificação de constitucionalidade por essa via dá origem a uma parcela daquilo a que se concebe, sempre de forma mais crescente, como jurisdição constitucional, cujo objeto, no específico caso brasileiro, compreende a ação direta de inconstitucionalidade, a ação declaratória de constitucionalidade, a ação de inconstitucionalidade por omissão, a ação de descumprimento de preceito fundamental e, por que não, o mandado de injunção.

Para fins de viabilizar a continuidade do exame a que nos propusemos inicialmente, é preciso pontuar que não são raros os ordenamentos em que o controle de constitucionalidade ultrapassa os lindes da atuação das cortes superiores e passa a ser exercido, também, por vários outros órgãos de jurisdição, como ocorre, no âmbito do Direito norte-americano e, sobretudo, no âmbito do Direito brasileiro. Impõe-se, por isso, examinar de forma um pouco mais aguda, a natureza da assim chamada jurisdição constitucional, exatamente para o fim de entender o papel do segmento das cortes superiores responsáveis por essa atividade.

III.1 Natureza da jurisdição constitucional

Em um de seus últimos trabalhos, FRANCESCO CARNELUTTI mostrava preocupação com a distinção que se fazia entre legislação e jurisdição tendo por base a natureza dos mandatos obtidos com o método processual e com o método legislativo. Com o primeiro, se obtinham mandatos jurídicos concretos, uma espécie de *lex specialis*. Com o segundo, se obtinha uma *lex generalis*.⁷

Dizia CARNELUTTI que, com o advento do Estado moderno, havia uma espécie de onipotência do Legislativo⁸, fenômeno patológico da evolução do Direito, que fazia ruir o velho critério diferencial. Mas, acrescentou o mestre italiano, estava vendo uma revalorização do juiz em confronto com o legislador. Identificava dois aspectos em que essa revalorização se mostrava de forma mais evidente.

O primeiro, no campo das relações entre empresários e trabalhadores, que deu origem, na Itália, à regulação coletiva das relações de trabalho, sobretudo por

⁷ Derecho Procesal Civil y Penal, Trad. Santiago Sentis Melendo, Ediciones Juridicas Europa-America, 1981.

⁸ Segundo Carnelutti, o Legislativo pode fazer o que devem fazer o poder judicial e o administrativo, os quais, de sua vez, não podem fazer aquilo que corresponde ao Legislativo., *op. cit.* p. 24.

meio da decisão judicial coletiva, que se resolve em um <mandato geral> pronunciado por um juiz, e não pelo legislador, como decorrência de um processo que merece o nome de processo coletivo, decisão essa que tem o preciso caráter de lei.

O segundo tinha como tema o problema da validade das leis. Afirmou CARNELUTTI que, com o advento da atual constituição italiana, se atribuiu a um juiz, chamado Corte Constitucional (art. 134), o poder de retirar eficácia das leis a respeito das quais haja sido declarada a ‘ilegitimidade constitucional’ (art. 136), de maneira que também a Corte Constitucional, ainda quando seja juiz, pronuncia um mandato geral em lugar de um mandato particular, tanto mais porque a Corte não declara a nulidade da lei inconstitucional, ou seja, não declara que ela nunca teve eficácia, senão que lhe retira a eficácia ‘desde o dia seguinte ao da publicação da decisão’⁹ resolvendo-se sua decisão em uma nova lei, que ab-roga a lei precedente.¹⁰

Apesar de o texto constitucional italiano indicar sentido contrário, CARNELUTTI não teve nenhuma hesitação em colocar a Corte Constitucional italiana no mesmo âmbito do Poder Judiciário. Explica-se: a constituição daquele país tratou da magistratura na Parte II, *Titolo IV*, sob a epígrafe *Ordinamento Giurisdizionale* e somente regrou a Corte Constitucional na Parte II, *Titolo VI, Sezione I*, que cuida de *Garanzie Costituzionali*, claramente fora do âmbito do Poder Judiciário o que, se não é argumento definitivo para fins de identificação da atividade exercida por aquela Corte, serve como um bom indicativo da possível distinção entre as atividades de um e outro, a exigir do intérprete minimamente cauteloso um pouco de reflexão sobre o tema.

Em 2007, JOAQUÍN URÍAS MARTÍNEZ, ao discorrer sobre as sentenças e controle das leis, no Direito espanhol, não teve dúvidas em afirmar que “*la eficacia de la Constitución normativa exige, como una de sus garantías fundamentales, la existencia de una jurisdicción capaz de asegurar la constitucionalidad de las leyes.*”¹¹

No mesmo ano, PIERRE AVRIL, escrevendo a respeito da jurisprudência do Conselho Constitucional francês, demitiu-se de investigar a questão, ao afirmar: “*on ne*

⁹ Cf. Constituição da Itália, art. 136: “Quando la Corte dichiara l’illegittimità costituzionale di una norma di legge o di atto avente forza di legge [134], la norma cessa di avere efficacia dal giorno successivo alla pubblicazione della decisione.”

¹⁰ Obra citada, especialmente p. 26.

¹¹ Sobre las sentencias de control de leyes, in *El futuro de la justicia constitucional*, Actas de las XII Jornadas de la Asociación de Letrados Del Tribunal Constitucional, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2007, p. 73.

s'aventurera pas non plus sur le terrain théorique pour déterminer si le Conseil est un juge, s'il se borne à appliquer la Constitution ou s'il est un co-legislateur, voire un co-constituant."¹²

Mais recentemente, THALES MORAES DA COSTA, ao escrever sobre Justiça Constitucional, também tendo como referência o direito francês, trilhou o mesmo caminho e eximiu-se de syndicar a natureza da atividade exercida no controle de constitucionalidade. Sem embargo disso, quando estudou o exercício concentrado da justiça constitucional, deixou evidenciado que "O exercício da justiça constitucional será dito concentrado quando competir exclusivamente a um determinado órgão jurisdicional a solução de certo tipo de contencioso. Como visto na introdução, é o caso, notadamente, do controle objetivo e abstrato dos atos normativos à Constituição."¹³

Aqui no Brasil, da mesma forma, tem-se admitido, de forma quase incontroversa — e, por que não dizer, quase leviana — que a atividade de controle de constitucionalidade, seja pela via incidental, seja *principaliter*, possui natureza jurisdicional¹⁴.

Ora, dentro de uma concepção meramente orgânica e reducionista, dúvida não deve remanescer na mente dos estudiosos do Direito brasileiro, quando percebem que o órgão responsável pelo controle abstrato de constitucionalidade é o Supremo Tribunal Federal, que ostenta a condição de Corte de cúpula do Poder Judiciário.

Controle jurisdicional de constitucionalidade, nesse sentido, é a verificação da compatibilidade de leis com a constituição, realizada por órgãos integrantes da estrutura do Poder Judiciário, sendo irrelevante, para a conceituação, que haja um órgão do Judiciário criado especialmente para esse fim ou que o controle seja exercido indistintamente por quaisquer órgãos judicantes. A verificação de constitucionalidade por essa via dá origem a uma parcela daquilo que se concebe como jurisdição constitucional

¹² La jurisprudence institutionnelle du Conseil constitutionnel est-elle créatrice de droit? In, La creation du droit par le juge, Archives de philosophie du droit, tome 50. Paris: Dalloz, 2007, p. 33.

¹³ Introdução ao Direito Francês. Thales Moraes da Costa, vol. 1, Curitiba: Juruá, p. 153.

¹⁴ Veja-se, por todos, Mendes, Gilmar Ferreira *et. al.* Curso de Direito Constitucional. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 957 *et passim*.

Quando, porém, se tem em conta uma concepção funcional da atividade de controle de constitucionalidade considerada como a verificação de compatibilidade vertical de normas pertencentes ao mesmo sistema jurídico, as dúvidas que afloram¹⁵ são muitas e sérias, sugerindo fortes questionamentos sobre se realmente o controle abstrato de constitucionalidade pode ser inserido no âmbito daquilo que normalmente se conhece como jurisdição, poder jurisdicional, atividade jurisdicional.

Para investigação do tema, convém retomar alguns conceitos usuais dos manuais de Direito Constitucional e de monografias sobre controle de constitucionalidade. A jurisdição constitucional faz-se mediante o processo constitucional, cumprindo observar, porém, que, de acordo com o tipo de controle de constitucionalidade das leis exercido (classificação modal ou formal), o processo ou será de sujeitos ou será objetivo, distinção que agora fica apenas debuxada, mas que será necessário aprofundar em outro momento.

É certo, porém, que o chamado controle jurisdicional quanto ao órgão incumbido possui pelo menos duas variantes possíveis. Uma, em que o controle é exercido de forma difusa, competindo esse mister a todos os órgãos da jurisdição, indistintamente; outra, em que esse poder é enfeixado na competência de um único órgão (normalmente uma corte de constitucionalidade), a que se denomina sistema concentrado.

Há uma tendência natural para se associar ao controle difuso¹⁶ (classificação de natureza orgânica) o sistema de controle por via de exceção (classificação formal, ou modal, como prefere MAURO CAPPELLETTI¹⁷); e ao controle concentrado o sistema de controle por via de ação, *principaliter*. Assim, com efeito, normalmente se dá. Não se trata, todavia, de ocorrência obrigatória. É perfeitamente

¹⁵ Mesmo no caso brasileiro, dito de controle jurisdicional de constitucionalidade, já foi sustentado no Supremo Tribunal Federal, pela voz do Ministro Sepúlveda Pertence, que o controle abstrato é ato só formalmente jurisdicional. (STF, Pleno, ADIn 127-2, Relator. Min. Celso de Mello, DJ, de 04.12.92, parte I, p. 23.057).

¹⁶ É usual confundir-se **controle difuso**, que considera a questão sob o ponto de vista orgânico, subjetivo, e que responde à pergunta "quem controla?", com o controle por **via de exceção**, que a considera sob o ponto de vista, formal, modal, que responde à pergunta "como se controla?"

¹⁷ O Controle Judicial de Constitucionalidade das Leis no Direito Comparado. Tradução de Aroldo Plínio Gonçalves. Porto Alegre: Fabris Editor, 1984, p. 101.

possível, por exemplo, o controle por via de exceção¹⁸ associar-se ao controle concentrado.

Não é raro, também, pensar que o controle abstrato é apanágio dos sistemas que o preveem por via de ação, sendo o controle concreto próprio da investigação por via de exceção (*incidenter tantum*). No julgamento da ADPF nº 33, por exemplo, o relator, Ministro GILMAR MENDES, asseverou que o sistema italiano não conhece o controle abstrato de normas.

Ora, o fato de um processo de controle iniciar-se por via de exceção, num caso concreto, não implica que a atividade do ente de controle se faça *incidenter tantum*. Ao revés, são vários os sistemas jurídicos, como o italiano, em que o controle se inicia no exame do caso concreto e no qual, dada a ausência de competência dos órgãos da jurisdição para dizer sobre a constitucionalidade das leis, se remete a matéria para exame da corte de constitucionalidade que a aprecia *in abstracto*, valendo a decisão, como o diz o art. 136 da Constituição daquele País, desde o dia seguinte ao da sua publicação para retirar a eficácia da lei havida por inconstitucional. Trata-se, pois, de controle abstrato de norma¹⁹, argumento que pode ser reforçado pelo fato de que as regras que regem o controle de constitucionalidade pela Corte dispõem que a suspensão, interrupção ou extinção do processo principal (*i.e.*, aquele em se deu a dúvida de constitucionalidade), não geram nenhum efeito em relação à atividade de controle que estiver sendo desenvolvida pela Corte. Demais disso, o dispositivo seguinte, art. 19, cogita, expressamente, da possibilidade do exame de legitimidade constitucional em via principal.

¹⁸ Insta, porém, ao apreciar conceitualmente o sistema, tentar desfazer um equívoco quase cristalizado. George H. Jaffin e Cândido Mota Filho tendem a associar o controle difuso de constitucionalidade das leis ao federalismo norte-americano. Não vemos, *venia concessa*, relação de causa e efeito necessária. Deveras, o máximo que se pode dizer é que o sistema federativo impõe a existência de uma corte suprema que decida, jurisdicionalmente, os litígios entre as várias unidades da federação, ou entre unidades da federação e o poder federal. Daí, porém, a dizer-se que o controle jurisdicional de constitucionalidade deva ser feito por tal ou qual órgão judiciário, ou por todos os órgãos do Poder Judiciário, vai uma distância muito grande. Há sim, e isso é indisputável, a necessidade da existência de um Judiciário federal, até como forma de preservar a própria federação, pela uniformização da interpretação da lei federal, *tout court*.

¹⁹ Cf. NORME INTEGRATIVE PER I GIUDIZI DAVANTI ALLA CORTE COSTITUZIONALE 7 ottobre 2008 (*Gazzetta Ufficiale* 7 novembre 2008, n. 261) . Capo Primo, art. 18. 1. La sospensione, l'interruzione e l'estinzione del processo principale non producono effetti sul giudizio davanti alla Corte costituzionale. No mesmo texto, CAPO SECONDO, surge uma sessão sobre QUESTIONI DI LEGITTIMITÀ COSTITUZIONALE IN VIA PRINCIPALE, encimando o art. 19.

Também a Constituição da França, como já dito, sofreu reforma, há pouco mais de dez anos, para cogitar de algo semelhante, somando ao controle meramente preventivo (que está insculpido na Constituição de 1958 desde seu primeiro dia de vigência) um controle repressivo de constitucionalidade, encartado em um novo art. 61.1, nas condições ali especificadas, *in verbis*:

Art. 61-1. Lorsque, à l'occasion d'une instance en cours devant une juridiction, il est soutenu qu'une disposition législative porte atteinte aux droits et libertés que la Constitution garantit, le Conseil constitutionnel peut être saisi de cette question sur renvoi du Conseil d'État ou de la Cour de cassation qui se prononce dans un délai déterminé.

Une loi organique détermine les conditions d'application du présent article.²⁰

Do fragmento legal, resulta que o processo de controle repressivo terá origem em determinado caso concreto e alçado ao exame do Conselho Constitucional. Duas questões principais hão de ser anotadas a esse respeito: a primeira concerne ao fato de que a questão prioritária de constitucionalidade (QPC) somente poderá ser alçada ao Conselho Constitucional pelas instâncias máximas de julgamento, *i.e.*, o Conselho de Estado e a Corte de Cassação; a segunda, ao fato de que o Conselho não aprecia nada além da questão de constitucionalidade trazida a exame por via do incidente suscitado. A competência é estabelecida somente com relação à questão constitucional, máxime porque o Conselho Constitucional não integra a estrutura do Poder Judiciário e porque não há nenhuma relação de subordinação entre o Conselho e os órgãos de cúpula do Judiciário (na França, até onde nos foi dado pesquisar, não existe o instituto da reclamação).

Essa, todavia, é uma questão lateral. O que interessa debater, segundo pensamos, é a natureza mesma da atividade exercida no controle de constitucionalidade *in abstracto*. Cabe apressar o entendimento de que não se trata de mero bizantinismo, de tertúlia acadêmica cerebrina, mas, isso sim, de verificar, justamente pela identificação

²⁰ Disponível em <http://www.legifrance.gouv.fr/html/constitution/constitution2.htm#titre7>. Consultado em 21.07.2019. “ARTIGO 61º-1 Quando, no âmbito de um processo pendente perante um órgão jurisdicional, é argumentado que uma disposição legislativa ameaça direitos e liberdades garantidos pela Constituição, o Conselho Constitucional pode ser convocado para analisar o caso por meio de citação do Conselho de Estado ou da Corte de Cassação, que se pronuncia em um prazo determinado. Uma lei orgânica determina as condições de aplicação do presente artigo.” Nossa tradução.

da natureza jurídica da atividade de controle, quais princípios são aplicáveis ao instituto, quais atividades se compadecem com a Constituição etc.

No chamado controle concentrado, *in abstracto*, o que se questiona é a própria higidez da regra submetida à verificação de compatibilidade com seu fundamento de validade. Quer-se, em princípio, a “declaração” de conformidade ou de desconformidade da lei com a Constituição. Ora, essa apreciação é só formalmente jurisdicional. Deveras, a atividade do Supremo ao examinar a conformidade da lei com a Constituição, na via de controle concentrado, como diz HUGO DE BRITO MACHADO²¹, não possui natureza jurisdicional, nada tem com a concreção da norma. Não pode ser tida como atividade jurisdicional, eis que esta pressupõe um conflito, uma controvérsia ou um obstáculo, ainda que legal (isso para as hipóteses dos chamados processos necessários que, no mais das vezes, servem para identificar a jurisdição voluntária), em torno da realização do Direito.²²

Na seara do Direito Comparado, agudas manifestações placitam esse entendimento. CANOTILHO, forte no pensamento de Kelsen, é incisivo ao asseverar, *in expressis verbis*:

A concepção kelseniana diverge substancialmente da judicial review americana: o controlo constitucional não é propriamente uma fiscalização judicial, mas uma função constitucional autónoma que tendencialmente se pode caracterizar como função de legislação negativa. No juízo acerca da compatibilidade ou incompatibilidade (*Vereinbarkeit*) de uma lei ou norma com a constituição não se discutiria qualquer caso concreto (reservado à apreciação do tribunal *a quo*) nem se desenvolveria uma actividade judicial."²³

Na doutrina italiana, que vale inteiramente para essa modalidade de controle, as palavras de CALAMANDREI são muito precisas:

²¹ Efeitos da Declaração de Inconstitucionalidade, *in* Direito & Justiça, Suplemento do Correio Braziliense de 04.10.93, p. 4.

²² Contra esse entendimento há o magistério de Michel Temer: "Pode inexistir interesse pessoal e mesmo material em jogo. Mas o Judiciário não tem a missão constitucional de solucionar conflitos individuais ou coletivos apenas. Tem, também, a de manifestar-se sobre o direito infraconstitucional que pode permanecer no sistema, porque a este não vulnera. Trata-se de interpretação de normas, de apreciação do direito, atividade decorrente da jurisdição. A circunstância de a decisão interessar à coletividade não transmuta a função do órgão. Todas as decisões por ele proferidas interessam à comunidade dado que visam à pacificação das relações sociais. Daí entendermos que a função de declarar a inconstitucionalidade de ato normativo é jurisdicional." Elementos..., cit. p. 43.

²³ Direito Constitucional, 5a. edição, refundida. Coimbra: Livraria Almedina, 1991, p. 980.

“En realidad, cuando el control sobre la constitucionalidad de leyes se desenvuelve, como en el sistema austríaco fundamentalmente adoptado en Italia, en vía principal y general, el órgano que ejercita este control *no es un órgano jurisdiccional*; no tanto porque, como se ha observado, "subsistirán siempre en las controversias sometidas a su examen estrías políticas" (también una decisión fundada sobre criterios políticos puede tener, en ciertos ordenamientos, carácter jurisdiccional), sino porque ninguno de los síntomas que se indican como típicos de la función jurisdiccional, se encuentran en este control general de constitucionalidad.... El control de la Corte constitucional afecta a la lei em su momento normativo, no en su momento jurisdiccional: la misma no es, por conseguinte, en esta atribución suya, un órgano judicial, sino más bien, como piensa Kelsen, un órgano paralegislativo o superlegislativo, que a través del control de legitimidad puede ejercitar sobre las leyes ordinárias, aunque sea con las garantías del debate público y de la motivación, una especie de derecho de veto, o mejor un poder legislativo solamente negativo.”²⁴

Como se percebe, CALAMANDREI confere a essa atividade uma função paralegislativa ou superlegislativa — se bem que o autor peninsular se trai ao final do texto supratranscrito — enquanto que CANOTILHO, primeiramente citado, aprisiona a atividade no conceito de legislação negativa²⁵, o que, de rigor, não nos parece correto, porque no conceito de revogação (ab-rogação e derrogação), **tirar a voz**, não se compadece com o que resulta dos provimentos usualmente proferidos no controle *in abstracto*.

De fato, não se trata de um juízo de legislação negativa, mas de um juízo político, autônomo, diverso do juízo legislativo, que é paralegislativo, superlegislativo, e que — diversamente do juízo legislativo negativo *stricto sensu*, que pode operar essencialmente em toda a seara constitucionalmente permitida — opera justamente na descoberta e cancelação da atividade legislativa constitucionalmente inadmitida.

O pressuposto, pois, do exercício dessa técnica de controle — cuja acentuada diferença nos faz concluir não se afinar com a ideia de legislação negativa — é a conveniência política de manter a supremacia constitucional, ao passo que o pressuposto da verdadeira legislação negativa é a opção por uma dentre várias condutas legiferantes permitidas. O exercício dessa tem como pressuposto a constitucionalidade;

²⁴ Piero Calamandrei, Estudios sobre el Proceso Civil p. 84/85.

²⁵ Na doutrina brasileira, o saudoso Athos Gusmão Carneiro, entendia tratar-se de "atividade legislativa", sem outro qualificativo, em artigo intitulado "Jurisdição - Noções Fundamentais", in Revista de Processo nº 19, p. 17.

o daquela só incide onde houver inconstitucionalidade. Ambos têm em comum, todavia, o fato de atuar no momento normativo da regra.

Com a vênua pelo argumento de autoridade, cabe uma vez mais recorrer a CALAMANDREI, cujo comentário a respeito desse tema é hialino:

“Hay, sin embargo, entre la función de la Corte constitucional que anula las leyes viciadas por ilegitimidad constitucional, y la función de los órganos más propiamente legislativos que pueden abrogar cualquier ley independientemente de su inconstitucionalidad, una profunda diferencia: que mientras los órganos legislativos obran libremente, bajo el impulso de la sola oportunidad política, que los induce a abrogar una ley vieja para sustituirla por una ley nueva considerada mejor, la Corte constitucional anula la ley no al objeto de sustituirla por una considerada políticamente más conveniente, sino tan sólo porque la misma está en contraste con una norma constitucional que debe ser hecha respetar.... La Corte constitucional se inspira en el pasado, no, como el Parlamento, en el porvenir; anula las leyes no para dar ingreso a leyes nuevas, sino para hacer respetar la ley vieja (esto es, la norma constitucional).”²⁶

Parece conveniente, por isso, caracterizar esse controle fora da atividade jurisdicional como o fez GAETANO AZZARITI, ao procurar conceituar a natureza da função da Corte Constitucional italiana: *"A Corte Constitucional pertenece a una función autónoma de controle constitucional que não se identifica com nenhuma das funções dos três poderes a fim de conduzi-los à observância das normas constitucionais."*²⁷

Nesse campo, parece concordar com o magistério de KARL LOEWENSTEIN para quem, no exercício do controle de constitucionalidade, a atividade do Judiciário extrapassa o âmbito normal de seus misteres, cujo limite deveria ser nada mais que a execução da decisão política tomada. O controle da constitucionalidade é essencialmente controle político e, quando se impõe frente a outros detentores do poder é, em realidade, uma decisão política²⁸, no sentido de ser tendente à organização do Estado.

Trata-se, pois, de controle político, que atua no momento normativo da regra, ainda que se possa tomá-lo por formalmente jurisdicional. Exatamente por isso, não há de cuidar, aqui, estritamente de regras que digam com o devido processo legal, garantia do contraditório, ampla defesa, duplo grau de jurisdição, inafastabilidade do

²⁶ Piero Calamandrei, Estudios sobre el Proceso Civil, p. 85.

²⁷ *Apud*, Themístocles Brandão Cavalcanti, do Controle da Constitucionalidade, p. 35.

²⁸ Kark Loewenstein, *op. cit.* pp.308/309.

controle jurisdicional (e outras garantias que, diga-se a bem da honestidade científica, já se encontram encartadas na expressão “devido processo”), garantias essas que protegem o processo de partes, os direitos e garantias individuais e que não se encontram em testilha quando se fala de controle *in abstracto* de leis.

Cuida-se aqui, ao revés, daquilo que a doutrina conhece como processo objetivo, processo sem partes (ou, no máximo, com partes funcionais), unilateral, no qual existe um requerente, mas não um requerido, sem contraditório e cujo objetivo é a regularidade da vida constitucional do Estado.²⁹

No particular, portanto, afinamo-nos parcialmente (e só parcialmente!) com o entendimento já expressado pelo Supremo Tribunal Federal a respeito do assunto. Sem embargo disso, e apenas para dar substância ao nosso entendimento, retiramos do voto condutor da Reclamação nº 2.256-RN, da lavra do Ministro Gilmar Mendes, o seguinte excerto, *in verbis*:

“Sabe-se com VON GNEIST, desde 1879, que a ideia, segundo a qual, como pressuposto de qualquer pronunciamento jurisdicional, devam existir dois sujeitos que discutam sobre direitos subjetivos, assenta-se em uma petição de princípio civilista.”

Pela continuação do voto, percebe-se que a ideia do relator era amparar a existência e regularidade dos processos objetivos, processos sem partes, que são próprios do controle de constitucionalidade. Concordamos, como já foi visto, com a existência de processos objetivos; temos como certo, também, que o controle de constitucionalidade se faz por meio desses processos judicialiformes, mas não jurisdicionais, como supõe GILMAR MENDES.

Antes de mais nada, razão não assiste a VON GNEIST quando assevera que a discussão sobre direitos subjetivos, como condição do pronunciamento judicial, seja uma petição de princípio. Dizendo de outra maneira, não concordamos com a forma como a afirmação foi reproduzida (até pela data do comentário, sabe-se que não havia nada de profundamente sedimentado em termos de processos objetivos de controle de constitucionalidade). É fato que, em pronunciamentos de jurisdição voluntária, não cabe falar sobre dois sujeitos que discutem; nesse sentido, seria certo o que disse VON GNEIST, mas a doutrina do direito processual não pensa nada diferente.

²⁹ Gilmar Ferreira Mendes, Ação Declaratória..., cit. p. 6.

Qualquer outra dimensão, entretanto, que se pretenda emprestar ao texto ofenderá o conceito que se tem de jurisdição, exercitável mediante um pronunciamento que delibere sobre uma relação jurídica (ou sua inexistência). Em outras palavras, à exceção dos processos de jurisdição voluntária, a jurisdição se manifesta sobre relações jurídicas ou situações jurídicas em que contendem sujeitos de direitos (no plural). Deveras, é de sabença geral que, historicamente, a jurisdição tem sido entendida como a atividade, função, ou poder do Estado por meio do qual se dá a resolução de conflitos de interesses entre sujeitos de direito ou a constituição de novas situações jurídicas (jurisdição voluntária). Sempre, na jurisdição, persegue-se a aplicação da lei sobre determinado caso concreto (relação jurídica) capaz de (i) atribuir certo bem da vida a alguém ou (ii) constituir nova situação jurídica, que afete diretamente as partes, os sujeitos de direitos que estão em juízo. Esse conceito é fruto de longa evolução histórica, que vem desde o Direito Romano (só nesse período podem ser computados 14 séculos de maturação), passou por toda a idade média, aprimorou-se na idade moderna e consolidou-se no século XX. Não se trata, assim, de *petitio principii*, quando se exige a presença de partes no processo jurisdicional, mas de expressão utilizada *brevitatis causa* que, como fórmula matemática, pode ser deduzida a qualquer instante.

Ademais, a possibilidade da existência de um processo objetivo, sem partes, por meio do qual se exerce o controle de constitucionalidade, decorre exatamente do fato de que não se trata de um processo jurisdicional e sim de uma atividade política do Estado, exercida, no caso brasileiro, por um órgão que eventualmente integra a estrutura do Poder Judiciário (mas não há de ser assim, necessariamente, e, como já visto preambularmente, o Direito Comparado possui abundantes exemplos), quiçá em decorrência do fato de que, além da competência constitucional para exercer o controle de constitucionalidade, possui o Supremo Tribunal Federal competências tipicamente jurisdicionais, tais assim, *v.g.*, as encartadas no art. 102, I, “e”, “f”, “m”, “n” etc.

Porque se trata de um processo objetivo, sem partes, não cabe falar em litigantes aos quais seja deferida a proteção do devido processo legal. Seria, conceda-se, uma contradição essencial. Explica-se o óbvio: a cláusula de proteção do devido processo legal foi instituída e existe para evitar que qualquer pessoa seja privada da vida, da liberdade ou de seus bens de forma arbitrária, abusiva. Como, no processo

objetivo não há partes, não há pessoas que possam ser privadas de algo, não há falar em devido processo legal, direito de defesa, garantia do contraditório etc.

Dessa afirmação resulta claro que o termo jurisdição constitucional só pode ser utilizado por empréstimo, dado que a atividade exercida pelas cortes de constitucionalidade não é funcionalmente/materialmente jurisdicional. Daí, em sede doutrinária, poderia ser tirado um rosário de conclusões a respeito do controle de constitucionalidade *in abstracto*, como, v.g. desnecessidade de partes, inexistência de contraditório, irrecorribilidade das decisões da corte etc.

Da mesma maneira, e em decorrência disso, poderiam ser expungidos da linguagem e da doutrina do controle de constitucionalidade conceitos relativos a litisconsórcio e assistência, causa de pedir (e a invenção da causa de pedir aberta), mérito, decisão declaratória, coisa julgada material, etc., que, além de serem próprios do processo de partes, não se ajustam ao processo objetivo, a não ser com imenso sacrifício e deturpação do seu âmbito de aplicabilidade.

O que ocorre, em verdade, é o fato de que a legislação, a doutrina e a jurisprudência ainda não se preocuparam em construir uma linguagem separada para os dois tipos de processo, objetivo e subjetivo, uma teoria geral do processo de fiscalização de constitucionalidade, com seus signos próprios, seus padrões, seus institutos, seu jargão, desatentos à advertência de VITALINO CANAS que, a respeito do tema, assevera: “a atitude mais correta não é a de, perante um precipitar da realidade que se pretende conhecer, procurar adaptar a fenômenos novos conceitos criados a pensar numa outra realidade. Novas exigências postulam novos institutos³⁰.” Em outras palavras: para novos problemas, novas respostas!

O que se propõe, portanto, é exatamente o contrário do que insistem em fazer os estudiosos do controle de constitucionalidade, que apanham conceitos sedimentados nos processos subjetivos (embora sua sistematização possua menos de dois séculos) e os aplicam sem nenhuma ressalva aos processos objetivos, o que finda por provocar as dúvidas antes suscitadas e as inconsistências demonstradas.

³⁰ CANAS, Vitalino. Introdução às decisões de provimento do Tribunal Constitucional. 2ª, edição. Lisboa, 1994.

Evidencia-se, assim, que a utilização, sem ressalvas, do termo Jurisdição constitucional, conduz ao equivocado entendimento de que os processos de natureza objetiva teriam natureza jurisdicional, ou, mais bem explicitado, de que o Supremo Tribunal Federal, no exercício das atividades de controle de constitucionalidade *in abstracto* estaria a exercer função jurisdicional, tanto quanto estaria no julgamento de uma ação rescisória, ou no julgamento de um recurso extraordinário em que, incidentalmente, tivesse de apreciar a constitucionalidade de uma lei para aplicá-la, ou não, ao caso concreto sob seu exame naquele momento.

Simplificando o tema, podemos afirmar, com segurança, que o papel das cortes de constitucionalidade poderá ser mais bem entendido na medida em que os cultores da matéria passem a ter perfeita percepção da distinção que existe entre um juízo de compatibilidade vertical (norma ordinária X norma constitucional), exercido em um momento que chamamos de estritamente normativo, e um juízo aplicativo da norma, em que se discute a sua (dela, norma) incidência sobre determinada relação ou situação jurídica.

Vale anotar, *en passant*, que uma luz no fim do túnel parece começar a surgir: em 2013 foi criada uma associação brasileira que está vocacionada ao estudo do Direito Processual Constitucional, o que, ao menos em tese, sugere a possibilidade da realização de pesquisas apropriadas e descontaminadas do processo subjetivo, a permitir maior clareza na percepção do fenômeno do controle abstrato de constitucionalidade.

IV. CORTES DE LEGALIDADE

Além do que já visto sobre cortes de constitucionalidade, passamos, agora, a um breve exame do agir das cortes de legalidade, tendo por referência o Superior Tribunal de Justiça do Brasil.

Seria lícito dizer, em uma primeira aproximação, que o nosso STJ — cuja missão precípua é cuidar da uniformização da jurisprudência relativa ao direito federal — se enquadra no rol das cortes de revisão, e assim realmente parece ser, haja vista que se insere nos misteres do Tribunal superior o poder de reexaminar a matéria decidida, dentro da moldura fática fixada nas chamadas instâncias ordinárias. Dentro desse espectro, o STJ pode deliberar em qualquer sentido (mesmo em sentido

diametralmente oposto ao fixado pelo tribunal recorrido), com o fito de fixar o correto entendimento (e, idealmente, o único, em certo momento histórico) sobre o direito federal a ser aplicado em todo o território nacional.

Não são raras, entretanto, as situações em que o STJ se demite de exercer o juízo de revisão e se limita a uma simples cassação, com determinação de retorno dos autos do processo ao tribunal de onde se originou, para que outra decisão seja proferida pela corte recorrida, escoimada do vício identificado pela corte superior.

Trata-se, pois, de um misto de corte de revisão e de cassação, sendo certo que, no mais das vezes, é plenamente possível separar essas duas modalidades de atuação de qualquer corte superior. Bem por isso, examinaremos exemplos de uma e outra em subseções separadas.

IV.1 Cortes de revisão

IV.1.1 Portugal

No que concerne às chamadas cortes de revisão, podemos começar com o modelo instituído pelo ordenamento português que, além dos tribunais de segunda instância, chamados tribunais da relação, prevê, no seu texto constitucional em vigor, uma terceira instância composta pelo Supremo Tribunal de Justiça (art. 210.1) e pelo Supremo Tribunal Administrativo (art. 212.1)³¹.

O Supremo Tribunal de Justiça, composto por 64 juízes, entre outras atribuições, possui competência uniformizadora da jurisprudência, exerce juízo de revisão, e só raramente determina o retorno dos autos à instância inferior, consoante deflui das *verba legis* do Código de Processo Civil daquele país, mais precisamente do seu art. 682:

Artigo 682.º

Termos em que julga o tribunal de revista

- 1 - Aos factos materiais fixados pelo tribunal recorrido, o Supremo Tribunal de Justiça aplica definitivamente o regime jurídico que julgue adequado.
- 2 - A decisão proferida pelo tribunal recorrido quanto à matéria de facto não pode ser alterada, salvo o caso excepcional previsto no n.º 3 do artigo 674.º.
- 3 - O processo só volta ao tribunal recorrido quando o Supremo Tribunal de Justiça entenda que a decisão de facto pode e deve ser ampliada, em ordem a constituir base suficiente para a decisão de direito, ou que ocorrem contradições na decisão sobre a matéria de facto que inviabilizam a decisão jurídica do pleito.

³¹ Para nós, no âmbito deste trabalho, não cabe cuidar da competência de tribunal administrativo, mas fica assentado que o Tribunal em referência funciona como uma espécie de terceira instância dos tribunais administrativos e fiscais.

Vê-se, pois, que o modelo de Portugal é muito próximo daquele adotado no Brasil, ressalva feita ao fato de que acolhemos o sistema de jurisdição una. De toda sorte, o fato de tratar-se de uma corte de revisão, autoriza o entendimento de que ocorre aí um verdadeiro terceiro grau de jurisdição, o que somente é mitigado pelo fato de que o órgão da terceira instância apanha os fatos da causa exatamente na moldura que haja sido fixada nas chamadas instâncias ordinárias, isso, com todas as ressalvas que fazemos ao artificialismo da dicotomia criada entre questão de fato e questão de direito, como forma de estabelecer qual o papel a ser exercido por essa corte judiciária excepcional, que tem vergonha de ser verdadeira instância julgadora.

Não é por outro motivo, aliás, que se inventou uma classificação que permite separar os recursos em objetivos e subjetivos. Essa discussão, porém, fica para outro momento.

IV.1.2 Alemanha

Na Alemanha, o desenho institucional das cortes vem lançado no *Grundgesetz*, Lei Fundamental ou Lei Básica. A palavra *Verfassung*, Constituição, não nomina o texto maior daquele país.

O **Tribunal Federal de Justiça** (*Bundesgerichtshof*, *BGH*) é a mais alta corte do sistema de jurisdição ordinária, deixada de lado, aqui, a investigação sobre o controle de constitucionalidade de leis, tarefa que fica a cargo do Tribunal Constitucional (*Bundesverfassungsgericht*).

É o Supremo Tribunal Federal (tribunal de última instância) que decide sobre todas as matérias, sejam de direito penal, sejam de Direito Privado. A decisão proferida pelo BGH, em tese, pode ser modificada pelo Tribunal Constitucional Federal da Alemanha (o que, na prática, pouco ocorre), quando suscitada a inconstitucionalidade da aplicação de alguma norma (pelo Tribunal Federal), e isso seja confirmado pelo Tribunal Constitucional sobre a constitucionalidade (com a Lei Fundamental da República Federal da Alemanha).

IV.2 Cortes de Cassação

IV.2.1 França

Dos modelos de Corte de Cassação, parece interessante o exame do sistema francês, quando por outro motivo não seja, por sua ancianidade. GARSONNET, no seu monumental Tratado, vol. VI, ainda em fins do século XIX, bem dava conta da história da cassação francesa, que antecede, em muito, a Revolução de 1789. Não cabe, aqui, em linhas angustas, reproduzir aquele magistério.

O certo é que a Corte de Cassação é o órgão de cúpula da jurisdição civil francesa (sabido que o Conselho Constitucional é órgão político que não integra a estrutura judiciária), sendo certo, tal como dito em relação ao sistema português, que há outro órgão de cúpula, destinado ao exame das questões relativas à jurisdição administrativa, que é o Conselho de Estado.

A atividade fundamental da corte é exercida (I) por meio do exame do *pourvoi en cassation*; e (II) por meio do exame da chamada QPC - *question prioritaire de constitutionnalité*.

O recurso de cassação é uma via excepcional de recorrer, sendo certo que, no direito processual francês, regra geral, os recursos extraordinários hostilizam a chamada coisa julgada, mas não se encontra no CPCF um texto afirmando que, no específico caso do recurso de cassação, ocorre esse ataque. Sem embargo disso, o exame do comparatístico é esclarecedor. Essa via de recurso extraordinário somente é cabível **(a)** contra decisão de última instância, **(b)** em específicas hipóteses de desconformidade do julgamento com as regras de direito que deveriam incidir. FRÉDÉRIQUE FERRAND³², amparado em doutrina e jurisprudência, faz uma boa resenha dessas hipóteses: cabe a cassação se ocorrer **(i)** violação da lei; **(ii)** excesso de poder; **(iii)** vício de incompetência; **(iv)** inobservância de forma; **(v)** vício de motivação; **(vi)** contrariedade entre julgamentos; e **(vii)** perda de fundamento jurídico.

Bem percebidos, esses motivos se reduzem a espécies de um tronco geral chamado violação do Direito, ou manifesta violação de norma jurídica, situação que ensejaria, em nosso ordenamento, o cabimento da chamada ação rescisória.

É certo, entretanto, com relação ao *pourvoi en cassation*, que **(i)** não se trata de uma espécie de terceiro grau de jurisdição; **(ii)** não constitui um juízo de

³² Guinchard, Serge; Ferrand, Frédérique; Chainais, Cécile. *Procédure Civile*. Paris: Dalloz, 3ème édition. 2013, p. 613, nossa tradução.

retratação, haja vista que a matéria sob recurso foi decidida em última instância por outros órgãos da jurisdição; **(iii)** não é meio de revisão/reforma da decisão proferida, haja vista que a Corte de Cassação não reexamina todo o processo. A rigor, examina o teor da decisão recorrida e verifica se ocorreu algum daqueles sete motivos susoenunciados. Se sim, a Corte cassa, anula, no todo ou em parte, a decisão recorrida e determina, se for o caso, a remessa dos autos do processo ao órgão prolator da decisão cassada para que outra seja proferida.

Quando se diz que a remessa é determinada “se for o caso” é porque, em determinadas situações, a cassação não implica a necessidade de novo julgamento, exatamente como ocorre com as ações rescisórias no Direito brasileiro, em que, algumas vezes, basta que ocorra o chamado *iudicium rescindens*, sem que haja necessidade do *iudicium rescissorium*.

No que concerne à chamada Questão Prioritária de Constitucionalidade, encartada, desde 2008, no texto do novo art. 61.1 da Constituição da França de 1958, foi ela regulamentada pela Lei Orgânica nº 2009-1523, que entrou em vigor nos primeiros meses do ano de 2010. Se, em determinado processo, está em jogo a alegação de que uma disposição legislativa ameaça direitos e liberdades garantidos pela Constituição, a matéria pode ser submetida à Corte de Cassação (ou ao Conselho de Estado, se se tratar de tema afeto à jurisdição administrativa), que deverá examinar a questão incidental e, se o caso, determinar sua remessa ao Conselho Constitucional.

Apenas a título exemplificativo, no transato ano de 2018³³, foram examinadas pela Corte de Cassação 82 QPC. Dessas, 70 foram rejeitadas por motivos vários e 12 foram alçadas ao exame do Conselho Constitucional.

IV.2.2 Itália

A *Corte di Cassazione* é o órgão de cúpula do Judiciário italiano que lida com as violações da lei e é considerado um dos maiores tribunais do mundo, com mais de 300 julgadores. Diferentemente de sua congênere francesa, a Corte de Cassação é competente para apreciar os recursos contra as decisões de qualquer tribunal daquele país, aí incluídas as decisões que tenham sido proferidas pelo Conselho de Estado (o

³³ Dados confirmados em: <https://www.courdecassation.fr/IMG///Statistiques%20-%202018.pdf>. Consulta realizada em nov/2019.

que não é possível no ordenamento francês), justamente em função de sua estatura maior na escala hierárquica dos órgãos judicantes.

A Lei n.º 12 de 30 de janeiro de 1941 (artigo 65.º), atribui à Corte o dever de “assegurar a correta aplicação da lei e a sua interpretação uniforme, assim como garantir a Corte de Cassação pode conhecer dos fatos de um processo tão somente se estes tiverem sido examinados em instâncias inferiores e apenas na medida do necessário para apreciação dos fundamentos previstos por lei para a interposição do recurso perante essa instância especial.

Tal como o nome indica, a Corte de Cassação italiana não exerce juízo de revisão. Assim como no Direito francês, seu mister no exame dos recursos consiste em cassar a decisão recorrida (e remeter, se o caso, ao tribunal de onde proveio), ou mantê-la, se não houver razões que autorizem o provimento do recurso.

Há uma tarefa que aproxima as duas cortes de cassação. Tal como acontece na França, também a Corte de Cassação Italiana (com enorme precedência temporal, diga-se de passagem), realiza a filtragem dos incidentes de inconstitucionalidade, que, como o nome indica, nascem no fluxo de um processo de partes e são destacados e passam por um crivo de admissibilidade até sua remessa para a Corte de Constitucionalidade.

À GUIA DE CONCLUSÃO

É evidente que outras formas de abordagem seriam possíveis. De passagem, cumpre recordar que seria possível examinar outros desenhos de cortes superiores; por exemplo, caberia investigar o papel do Supremo Tribunal de Justiça do Reino Unido, que não é propriamente uma corte de constitucionalidade; antes, uma corte de convencionalidade. Aliás, sobre cortes de convencionalidade, apesar dos riscos por que vem passando a União Europeia, esse é um tema cada vez mais presente e que, por isso mesmo, necessita ser estudado com afinco.

Seria possível, também, examinar o papel de outras cortes de constitucionalidade, que se ajustam às chamadas *weak forms* adotadas, por exemplo,

pelas cortes do Canadá e da Nova Zelândia, que, parece, cuidam de um diálogo institucional capaz de dar novas forças ao tão combalido Princípio da Separação dos Poderes!

A SUPREMACIA CONSTITUCIONAL E A APROXIMAÇÃO DOS INSTRUMENTOS DE CONTROLE DIFUSO E CONCENTRADO EM DECORRÊNCIA DA REPERCUSSÃO GERAL NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO

José Henrique Mouta Araújo

Doutor e mestre em direito (UFPA).

Professor do Centro Universitário do Estado do Pará (CESUPA) e

do Instituto Brasiliense de Direito Público (IDP).

Procurador do Estado do Pará e advogado.

I. O CONTROLE CONCENTRADO NO STF: A SUPREMACIA CONSTITUCIONAL E A ANÁLISE DA USURPAÇÃO DE COMPETÊNCIA

Tema dos mais importantes no direito constitucional diz respeito às formas de controle da Supremacia do Texto Constitucional em relação aos atos normativos editados pelo Poder Público.

Como é sabido, o controle de constitucionalidade brasileiro é *híbrido*: concentrado ou difuso. No caso de apreciação por ação, a competência é absolutamente variável e dependerá do caso concreto: Supremo Tribunal Federal ou no próprio Tribunal de Justiça do respectivo Estado ou Distrito Federal.

O ponto de partida deste ensaio diz respeito à análise do Órgão competente para a realização do controle concentrado de constitucionalidade.

Ora, se no controle difuso, a competência é ampliada e pode ser feita por qualquer juiz ou tribunal, no concentrado, dependendo da causa de pedir contida na ação, a competência é do Pretório Excelso ou do próprio Tribunal local.

Como bem salientado por Zeno Veloso:

“Na ação direta de inconstitucionalidade não se estará julgando uma relação jurídica específica, uma situação particularizada, mas a validade da norma, *in abstracto*. Portanto, tem por objeto a regra jurídica, em si mesma, sem considerar sua aplicação a um caso concreto”¹

Outrossim, como será apontado posteriormente, com a Repercussão Geral no Recurso Extraordinário, há uma tendência de aproximação dos sistemas, quanto aos efeitos e vinculação decorrentes da apreciação feita pelo STF.

Visando abordar a questão da competência para a apreciação da ação direta, importante partir da leitura dos arts. 102, I “a” (*lei ou ato normativo federal ou estadual X Constituição Federal*) c.c art. 125, §2º (*lei ou ato normativo estadual ou municipal X Constituição Estadual*) da CF/88². Assim, é possível estabelecer quatro critérios: a) *norma federal X Constituição Federal*; b) *norma estadual X Constituição Federal*; c) *norma estadual X Constituição estadual*; d) *norma estadual X Constituição estadual com mesmo dispositivo da Constituição Federal (normas de reprodução ou norma de imitação)*.

Nos dois primeiros casos, a ação de controle deve ser proposta no STF, enquanto que, no terceiro, no Tribunal de Justiça local. Já no último caso, a própria Corte Suprema passou por uma evolução interpretativa em relação à análise do órgão competente, como será tratado no item seguinte.

¹ VELOSO, Zeno. **Controle Jurisdicional de Constitucionalidade**. Belém: Cejup, 1999, p. 67.

² “O Supremo Tribunal Federal é competente para processar a julgar a ação direta de inconstitucionalidade cujo objeto seja lei ou ato normativo federal ou estadual em que se pretende demonstrar a contrariedade à CF; a ação declaratória de constitucionalidade cujo objeto somente poderá ser lei ou ato normativo federal de constitucionalidade discutida e a arguição de descumprimento de preceito fundamental que poderá ter como objeto leis federais, estaduais e municipais, inclusive anteriores à atual ordem constitucional ofensivas a preceitos fundamentais da CF. Resta aos Tribunais de Justiça dos Estados a competência para processar e julgar as ações diretas de inconstitucionalidade por ação e por omissão. Nas primeiras, o objeto deverá ser lei ou ato normativo estadual ou municipal, em que se pretende demonstrar a contrariedade à Constituição estadual do respectivo Estado”. FROELICH, Charles Andrade; HAMMES, Elia Denise. *Manual do controle de constitucionalidade*. Curitiba: Juruá, 2009, p. 124.

De toda sorte, a análise e controle das normas nacionais está diretamente ligada ao princípio da *Supremacia da Constituição*. José Afonso da Silva aponta que:

“O princípio da supremacia da constituição que, no dizer de Pinto Ferreira, ‘é reputado como pedra angular, em que assenta o edifício do moderno direito político’. Significa que a constituição se coloca no vértice do sistema jurídico do país, a que confere validade, e que todos os poderes estatais são legítimos na medida em que ela os reconheça e na proporção por ela distribuídos. É, enfim, a lei suprema do Estado, pois é nela que se encontram a própria estruturação deste e a organização de seus órgãos; é nela que se acham as normas fundamentais de Estado, e só nisso se notará sua superioridade em relação às demais normas jurídicas”³.

Também Alexandre de Moraes assevera que o controle de constitucionalidade está ligado à supremacia da Constituição sobre todo o ordenamento jurídico e, também, à ideia de rigidez constitucional e a proteção dos direitos fundamentais⁴.

Já Elival da Silva Ramos aponta que:

“O que importa, entretanto, é deixar patentado que a rigidez e a supremacia (formal) das normas constitucionais estão umbilicalmente ligadas, devendo-se entender a supremacia hierárquica, simultaneamente, como regra estrutural (do ordenamento) e como um princípio constitucional, inferido, enquanto tal, das normas agasalhadoras da rigidez e do controle de constitucionalidade”⁵.

Ainda no que respeita à Supremacia Constitucional, importante destacar as lições de Saul Tourinho Leal:

³ SILVA, José Afonso. *Curso de direito constitucional positivo*. 19 ed. rev. e atual. São Paulo: Ed. Malheiros, 2001, 45.

⁴ MORAES, Alexandre de. *Direito constitucional*. São Paulo: Ed. Atlas, 2006, p. 625.

⁵ *A inconstitucionalidade das leis*. São Paulo : Saraiva, 1994, p. 60.

“A supremacia da Constituição se dá sob duas óticas. A primeira se refere à supremacia formal da Constituição, pela qual o processo de alteração constitucional é mais dificultoso do que o processo de alteração infraconstitucional, ou seja, é mais difícil aprovar uma emenda constitucional do que uma lei. A outra vertente da supremacia da Constituição se dá pelo aspecto material. Aqui, estamos tratando da adequação do conteúdo da norma questionada aos princípios e regras constantes na Constituição”⁶.

Como se pode observar, em decorrência a própria Supremacia da Constituição, há o efetivo controle e verificação de conformidade vertical das leis e atos normativos infraconstitucionais⁷. Assim, se de um lado a Supremacia da Constituição fundamenta as várias formas de controle das leis e atos normativos infraconstitucionais, inclusive nos casos de objetivação do Recurso Extraordinário e de fixação de precedentes obrigatórios, de outro, é necessário ao intérprete analisar qual o órgão competente para tal função constitucional.

Existem julgados da Corte Suprema sobre essa questão. Em caso de incompetência de lei local com usurpação de atribuição de outro ente federativo, o próprio STF é competente para a realização deste controle, tendo em vista que “*para que a unidade federada possa legislar sobre tal matéria, é necessária expressa autorização em lei complementar federal (par. único do mesmo artigo)*” (ADI n.1.991 MC – Rel. Min. Ministro Maurício Corrêa, Tribunal Pleno, DJ 25.6.1999).

É muito comum, no âmbito de ações de controle abstrato propostas diretamente no STF, a discussão relativa à divisão, a autonomia e a usurpação de

⁶ *Controle de constitucionalidade moderno*. 3ª edição, Niterói: Impetus, 2014, p. 61.

⁷ Em relação à supremacia da constituição, vale citar passagem do voto do Min. Celso Mello, na ADI 652/MA (J. 02.02.1992): “Esse postulado fundamental de nosso ordenamento normativo impõe que preceitos revestidos de **menor** grau de positividade jurídica guardem, **necessariamente**, relação de conformidade vertical com as regras inscritas na Carta Política, sob pena de sua ineficácia e de sua completa inaplicabilidade” (**grifo no original**).

competência entre os entes federativos⁸, como ocorreu, *vg*, nas ADIs Relatadas pela Min. Carmen Lúcia, nºs 5168/AL (J. em 30.06.2017), 4879/MS (J. em 30.06.2017) e 4707/SC (J. em 30.06.2017).

Aliás, vale citar a ementa da ADI 5332 (*também relatada pela Min. Carmen Lúcia e apreciada na sessão do dia 30/06/2017*), onde a discussão de inconstitucionalidade envolvia lei catarinense com usurpação de competência quanto à edição normas de trânsito:

“AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. ARTS.1º, INC. V, E 2º, § 1º, § 6º E § 7º, DA LEI CATARINENSE N. 13.721/2006.DELEGAÇÃO DE SERVIÇO PÚBLICO DE TRÂNSITO: FABRICAÇÃO DE PLACAS DE VEÍCULOS AUTOMOTORES. COMPETÊNCIA PRIVATIVA DA UNIÃO PARA LEGISLAR SOBRE O TEMA. ARTS. 22, 115 E 221 DA LEI N. 9.503/1997 E RESOLUÇÃO N. 510/2014 DO CONTRAN: PARÂMETROS NACIONAIS A SEREM OBSERVADOS PELOS ÓRGÃOS E PELAS ENTIDADES EXECUTIVAS DE TRÂNSITO. INOBSERVÂNCIA. AUSÊNCIA DA LEI COMPLEMENTAR PREVISTA NO PARÁGRAFO ÚNICO DO ART. 22 DA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA. CONSTITUCIONALIDADE DO § 1º, ART. 2º, DA LEI EM QUESTÃO, NO QUE RESPEITA AOS DEMAIS SERVIÇOS PREVISTOS, EXCEÇÃO FEITA À FABRICAÇÃO DE PLACAS VEICULARES. AÇÃO JULGADA PARCIALMENTE PROCEDENTE PARA DECLARAR A INCONSTITUCIONALIDADE DOS ARTS. 1º, INC. V, E 2º, § 6º E § 7º DA LEI CATARINENSE N. 13.721/2006”

⁸ “O problema nuclear da repartição de competências na Federação reside na partilha da competência legislativa, pois é através dela que se expressa o poder político cerne da autonomia das unidades federativas. De fato, é na capacidade de estabelecer as leis que vão reger as suas próprias atividades, sem subordinação hierárquica e sem intromissão das demais esferas de poder, que se traduz fundamentalmente a autonomia de cada uma dessas esferas. Auto governar-se não significa outra coisa senão ditar-se as próprias regras.(...) Está aí bem nítida a ideia que se quer transmitir: só haverá autonomia onde houver a faculdade legislativa desvinculada da ingerência de outro ente autônomo. Assim, guarda a subordinação apenas ao poder soberano – no caso o poder constituinte, manifestado através de sua obra, a Constituição -, cada centro de poder autônomo na Federação deverá necessariamente ser dotado da competência de criar o direito aplicável à respectiva órbita. E porque é a Constituição que faz a partilha, tem-se como consequência lógica que a invasão – não importa por qual das entidades federadas – do campo da competência legislativa de outra resultará sempre na inconstitucionalidade da lei editada pela autoridade incompetente. Isso tanto no caso de usurpação de competência legislativa privativa, como no caso de inobservância dos limites constitucionais postos à atuação de cada entidade no campo da competência legislativa concorrente” ALMEIDA, Fernanda Dias Menezes de. *Competências na constituição de 1988*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2005. p. 97.

Por outro lado, o STF já consagrou que o Tribunal Estadual não é competente para apreciar a inconstitucionalidade abstrata de lei ou ato normativo estadual ou municipal em face de artigos da CF/88. Esta é a Ementa do RE 421.256 – Rel. Min. Ricardo Lewandowski, 1ª T, J. em 24.11.2016):

“CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE DE LEIS OU ATOS NORMATIVOS MUNICIPAIS. TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO. VALIDADE DA NORMA EM FACE DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. IMPOSSIBILIDADE. HIPÓTESE DE USURPAÇÃO DA COMPETÊNCIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. I - Os Tribunais de Justiça dos Estados, ao realizarem o controle abstrato de constitucionalidade, somente podem utilizar, como parâmetro, a Constituição do Estado. II - Em ação direta de inconstitucionalidade, aos Tribunais de Justiça, e até mesmo ao Supremo Tribunal Federal, é defeso analisar leis ou atos normativos municipais em face da Constituição Federal. III - Os arts. 74, I, e 144 da Constituição do Estado de São Paulo não constituem regra de repetição do art. 22 da Constituição Federal. Não há, portanto, que se admitir o controle de constitucionalidade por parte do Tribunal de Justiça local, com base nas referidas normas, sob a alegação de se constituírem normas de reprodução obrigatória da Constituição Federal. IV - Recurso extraordinário conhecido e provido, para anular o acórdão, devendo outro ser proferido, se for o caso, limitando-se a aferir a constitucionalidade das leis e atos normativos municipais em face da Constituição Estadual”

Portanto, dependendo do parâmetro de inconstitucionalidade discutido no caso concreto, a ação de controle pode ser apresentada no Tribunal Local ou diretamente no Supremo Tribunal Federal. O que se reputa de suma importância é a

causa de pedir constante na ação de controle direto, para se concluir qual o órgão competente para análise e julgamento do feito.

Aliás, uma consequência natural desse controle híbrido de constitucionalidade, é a existência de mais de uma Ação Direta impugnando o mesmo dispositivo constitucional, nos Tribunais Estaduais e também no Supremo Tribunal Federal. Nesse caso, deve-se enfrentar a seguinte pergunta: *há algum grau de prejudicialidade entre elas?*

Essa questão foi tratada na ADI 3659 (Rel. Min. Alexandre de Moraes – J. em 13.12.2018): *o resultado do julgamento da ADI local em relação à permanência de interesse na ADI do STF dependerá do objeto de discussão. A prejudicialidade não é automática, como se poder observar na leitura da ementa:*

CONSTITUCIONAL. CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE DE PRECEITO NORMATIVO ESTADUAL. COEXISTÊNCIA DE PROCESSOS DE FISCALIZAÇÃO ABSTRATA NO STF E EM CORTE ESTADUAL. TRÂNSITO EM JULGADO DA DECISÃO DO TRIBUNAL ESTADUAL, AFIRMANDO A INCONSTITUCIONALIDADE, POR OFENSA A NORMA DA CONSTITUIÇÃO DO ESTADO REPRODUZIDA DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. EFICÁCIA LIMITADA DA DECISÃO, QUE NÃO COMPROMETE O EXERCÍCIO DO CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE PELO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. LEI ESTADUAL 2.778/2002 DO ESTADO DO AMAZONAS. LIMITAÇÃO DE ACESSO A CARGO ESTADUAL. RESTRIÇÃO DE COMPETITIVIDADE INCOMPATÍVEL COM A CONSTITUIÇÃO. 1. Coexistindo ações diretas de inconstitucionalidade de um mesmo preceito normativo estadual, a decisão proferida pelo Tribunal de Justiça somente prejudicará a que está em curso perante o STF se for pela procedência e desde que a inconstitucionalidade seja por incompatibilidade com dispositivo constitucional estadual tipicamente estadual (= sem similar na Constituição Federal). 2. Havendo declaração de inconstitucionalidade de preceito normativo estadual pelo Tribunal de Justiça com base em norma constitucional estadual que constitua reprodução (obrigatória ou não) de dispositivo da Constituição Federal, subsiste a jurisdição do STF para o controle abstrato tendo por parâmetro de confronto o dispositivo da Constituição Federal reproduzido. 3. São inconstitucionais os artigos 3º, § 1º, 5º, § 4º, e a expressão “e Graduação em Curso de Administração Pública mantido por Instituição Pública de Ensino Superior, credenciada no Estado de

Amazonas”, inserida no caput do artigo 3º da Lei Ordinária 2.778/2002 do Estado do Amazonas, por ofensa ao princípio constitucional de igualdade no acesso a cargos públicos (art. 37, II), além de criar ilegítimas distinções entre brasileiros, o que é vedado pela Constituição Federal (art. 19, III). 4. Ação direta de inconstitucionalidade julgada procedente”.

Portanto, em razão da supremacia da Constituição, existem variáveis importantes acerca para apreciação da Ação de Controle e, em última análise, é possível a coexistência duas ADIs simultâneas – uma no âmbito local e outra no Supremo Tribunal Federal. Contudo, em caso de procedência da primeira, nem sempre irá ocorrer a prejudicialidade da segunda.

Acerca da concorrência das Jurisdições Constitucionais Estadual e Federal, Gilmar Ferreira Mendes assevera que:

“A coexistência de jurisdições constitucionais federal e estadual enseja dúplice proteção judicial, independentemente da coincidência ou divergência das disposições contidas na Carta Magna e na Constituição estadual. A ampla autonomia de que gozam os Estados-Membros em alguns modelos federativos milita em favor da concorrência de jurisdições constitucionais”⁹.

De outro prisma, após a distribuição da Ação de Controle, normalmente três caminhos são traçados: *concessão da medida liminar; indeferimento ou não apreciação da tutela provisória; aplicação do procedimento abreviado*.

Visando a concessão da medida liminar, há a necessidade de demonstração dos requisitos gerais da tutela provisória, consoante art. 10, § 3º, da Lei 9.868/1999 c.c art. 21, V, do Regimento Interno da Corte Constitucional¹⁰.

⁹ *Moreira Alves e o controle de constitucionalidade no Brasil*. São Paulo : Saraiva, 2004, p. 69.

¹⁰ Apesar de, tradicionalmente, denominar-se de medida cautelar, em verdade essa tutela provisória tem, em regra, natureza de tutela antecipada (arts. 294 e seguintes do CPC). No mesmo sentido, aponta Sylvio Motta: “o ordenamento constitucional manteve a denominação de ‘medida cautelar’ para essa providência que hoje, seguindo-se o pensamento dominante na doutrina processual pátria, seria tipicamente de antecipação”. *Controle de Constitucionalidade – uma abordagem teórica e jurisprudencial*. 4ª edição, Rio de Janeiro: Elsevier, 2006, p. 101.

Outrossim, o art. 12, da Lei 9.868/1999 consagra, em face da relevância da matéria e de seu especial significado para a ordem social e a segurança jurídica, a possibilidade do Relator submeter o processo diretamente ao Plenário, que tem a faculdade de julgar definitivamente o objeto da demanda¹¹. Em resumo, o procedimento abreviado permite que o próprio Órgão Colegiado aprecie a medida liminar ou, como muitas vezes ocorre na prática, analise logo o mérito da ação concreta.

Reputo importante apresentar *duas derradeiras observações* em relação ao tema ora apresentado: em processo de controle de constitucionalidade objetivo, não há prazo em dobro para recurso da Fazenda Pública¹², sendo inaplicável o art. 183, do CPC/15¹³. Ademais, não se admite desistência na ação de controle objetivo de constitucionalidade (art. 5º, da Lei 9868/99) e, nos casos de Recurso Extraordinário com Repercussão Geral, este requerimento não impede o julgamento do tema (art. 998, parágrafo único, do CPC/15).

III- A REPERCUSSÃO GERAL E A OBJETIVAÇÃO DO CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE EXERCIDO PELO STF

Além dos casos de controle concentrado, é necessário tratar da aplicabilidade *erga omnes* e *vinculante*, oriunda do julgamento dos Recursos

¹¹ Como ocorreu, v.g., nas ADIs 6168/DF (Rel. Min. Ricardo Lewandowski); 6153 / RJ (Rel. Min. Ricardo Lewandowski) e ADI 5842 MC / RN (Rel. Min. Celso de Mello).

¹² “AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO COM AGRAVO. RECURSO EXTRAORDINÁRIO INTEMPESTIVO. NULIDADE DA INTIMAÇÃO. INOVAÇÃO RECURSAL. INADMISSIBILIDADE. PROCESSO DO CONTROLE ABSTRATO DE CONSTITUCIONALIDADE. FAZENDA PÚBLICA. PRAZO EM DOBRO PARA RECORRER. INAPLICABILIDADE. AGRAVO A QUE SE NEGA PROVIMENTO. I – O agravo regimental traz alegações que constituem inadmissível inovação recursal, por não terem sido suscitadas oportunamente no agravo em recurso extraordinário. II – É simples a contagem do prazo recursal para a Fazenda Pública recorrer em processo objetivo, mesmo que seja para interposição de recurso extraordinário em processo de fiscalização normativa abstrata, não se aplicando o prazo em dobro. Precedentes. III – Agravo regimental a que se nega provimento” (ARE 1191269 AgR / SP - SÃO PAULO – Rel. Min. Ricardo Lewandowski – 2ª T – J em 31.05.2019 DJe de 10.06.2019).

¹³ No assunto, aponta Saul Tourinho Leal: “quanto ao prazo dos embargos, é importante lembrar que não há prazo recursal em dobro no processo de controle concentrado de constitucionalidade, ainda que a parte recorrente disponha dessa prerrogativa especial nos processos de índole subjetiva”. *Controle de constitucionalidade moderno*. pp. 377 e 378.

Extraordinários com Repercussão Geral (RG). Em regra, a RG provoca uma aproximação entre os sistemas de controle difuso e concentrado.

Com efeito, os recursos excepcionais (RE e REsp, bem como o RR trabalhista), por força da cognição restrita (recursos de estrito direito) caracterizaram-se pela presença de requisitos de admissibilidade diferenciados, normalmente ligado às preliminares recursais¹⁴. Estes requisitos, em regra, têm apreciação *bifásica*, primeiramente pelo tribunal local (art. 1.030, do CPC) e, em seguida, pelo Tribunal Superior, em dois momentos (pelo Relator e pelo Colegiado).

Contudo, quando o assunto é a RG como requisito de admissibilidade diferenciado, esta afirmação deve ser revisitada, bem como deve ser reinterpretado o poder do Relator previsto no art. 932, do CPC.

A legislação processual de 2015 procurou ratificar e melhor tratar desse filtro de acesso de competência (pelo menos no recurso paradigma) exclusiva do STF, cuja decisão trará vinculação vertical e mesmo horizontal às causas repetitivas. Apesar de ser feita análise *em caso concreto*, a *transcendência* e a *eficácia* da decisão atingirão, como consequência *pan-processual*, as causas constitucionais posteriores, espalhando-se a interpretação aos demais órgãos do Poder Judiciário.

Trata-se de requisito de admissibilidade diferenciado, ligado à transcendência da matéria, cuja apreciação não pode ocorrer, pelo menos no primeiro recurso (na primeira análise da *questão constitucional*), no Tribunal Local e nem pelo Relator do STF¹⁵.

¹⁴ “O juízo de admissibilidade dos recursos antecede lógica e cronologicamente o exame do mérito. É formado de questões prévias. Estas questões são aquelas que devem ser examinadas necessariamente antes do mérito do recurso, pois que lhe são antecedentes”. NERY JR, Nelson. *Teoria geral dos recursos*. 6ª edição. São Paulo : RT, 2004, p. 252.

¹⁵ É interessante observar a utilização, pelo art. 102, §3º, da CF/88, da palavra Tribunal, com T maiúsculo, demonstrando que está se referindo ao Tribunal Excelso. Logo, a condição de admissibilidade envolvendo a repercussão geral é exclusiva do colegiado máximo do STF. No mesmo sentido, entendem Elvino Ferreira Sartório e Flávio Cheim Jorge que: “houve por bem o legislador em dizer que o Tribunal (com letra maiúscula) competente só pode recusar a causa por ausência da *repercussão geral* por meio a manifestação de dois terços de seus membros. A letra maiúscula de Tribunal sugere que o Tribunal

Portanto, este requisito diferenciado procura diminuir o número de RE no âmbito daquela Corte e, em consequência, provocar maior celeridade e efetividade à prestação jurisdicional.

Pela análise sistemática do art. 1.035, do CPC, é possível afirmar que a RG é *requisito de admissibilidade prévio aos demais requisitos de admissibilidade recursal*¹⁶. Haverá, portanto, dois momentos de admissibilidade: o *prévio invertido* (ligado a transcendência)¹⁷, a ser feito pelo Colegiado e, com a decretação positiva, o *segundo*, feito para análise monocrática do Relator.

Bem a propósito, vale aduzir que a análise da transcendência da matéria constitucional está ligada ao novo papel das decisões oriundas do STF e a própria objetivação de seus julgamentos, como instrumentos voltados a diminuição do tempo de duração dos processos e a ampliação do caráter vinculante de suas interpretações constitucionais.

De outra banda, a RG também é utilizada como estímulo ao cumprimento de Súmula e Jurisprudência Dominante da Corte Suprema. Esses instrumentos de vinculação vertical e de eficácia *erga omnes* atuam em claro *processo de auto-estimulação*: quando a decisão recorrida por Recurso Extraordinário desatender Súmula ou Jurisprudência Dominante, necessariamente há RG (art. 1.035, §3º, I, do CPC).

competente é o STF, uma vez que na sistemática da Constituição Federal de 1988 a palavra tribunal (com letra minúscula), em regra, é utilizada para designar os tribunais em geral (ou os ordinários) e, em letra maiúscula, para designar os tribunais superiores”. *O recurso extraordinário e a demonstração da repercussão geral*. Reforma do judiciário. Teresa Arruda Alvim Wambier, Luiz Rodrigues Wambier, Luiz Manoel Gomes Jr., Octavio Campos Fischer e William Santos Ferreira (coords). São Paulo : Revista dos Tribunais, 2005, p. 186.

¹⁶ Arruda Alvim, quanto ao assunto, assevera que “É ato prévio extrínseco à possibilidade mesma da admissão *jurisdicional* do recurso extraordinário, mas essencial, que se coloca como *conditio sine qua non*, para se poder vir a admitir, propriamente, ou para proferir a decisão de admissibilidade do recurso extraordinário”. *A EC n. 45 e o instituto da repercussão geral*. Reforma do judiciário. Teresa Arruda Alvim Wambier, Luiz Rodrigues Wambier, Luiz Manoel Gomes Jr., Octavio Campos Fischer e William Santos Ferreira (coords). São Paulo : Revista dos Tribunais, 2005, p. 75.

¹⁷ Com possibilidade de derrubar a presunção existente em favor do recorrente, cuja decisão terá eficácia vertical.

Não se deve esquecer que a RG faz parte do processo de reengenharia do papel constitucional do STF, eis que sua interpretação constitucional deve ser atendida pelos demais Órgãos do Poder Judiciário, bem como sua atuação em matéria recursal excepcional é restrita às causas com Repercussão Geral, incluídas aquelas que desatendem Súmula (vinculante ou não) e jurisprudência dominante¹⁸.

Nesse sentido, é possível falar em *ampliação dos poderes para as causas repetitivas* cuja questão constitucional já tenha sido apreciada no recurso paradigma.

É interessante observar que a sistemática de apreciação da inexistência de RG é colegiada tão-somente para o recurso paradigma. Há *eficácia vinculante* à negativa de RG para os recursos posteriores com a mesma *questão constitucional*.

Trata-se, vale repisar, de eficácia pan-processual à rejeição da RG, demonstrando que o controle realizado em determinado caso concreto terá eficácia vinculante¹⁹.

No *site* do STF já há ícone indicando quais matérias já apreciadas possuem (e quais não possuem) repercussão geral, inclusive com indicação do recurso em que o requisito foi discutido, para ciência de toda coletividade e aplicação pelos demais Órgãos do Poder Judiciário²⁰.

¹⁸ A implementação da súmula vinculante, apesar do aspecto positivo, provoca alguns questionamentos importantes, ligados ao poder de criação dos demais magistrados e o risco de *engessamento do precedente*. Sobre o assunto, ver ARAÚJO, José Henrique Mouta. *Reflexões envolvendo a implantação da súmula vinculante decorrente da Emenda Constitucional n. 45*. Revista Dialética de Direito Processual n. 26, São Paulo : Dialética, 2005, pp. 64-73.

¹⁹ “O não-reconhecimento da repercussão geral de determinada questão tem efeito pan-processual, no sentido de que se espraia para além do processo em que fora acerada a existência de relevância e transcendência da controvérsia levada ao Supremo Tribunal Federal. O efeito pragmático oriundo desse não-reconhecimento está em que outros recursos fundados em idêntica matéria não serão conhecidos liminarmente, estando o Supremo Tribunal Federal autorizado a negar-lhes seguimento de plano (art. 543-A, §5.º, do CPC). Há evidente vinculação horizontal na espécie”. MARINONI, Luiz Guilherme e MITIDIERO, Daniel. *Repercussão geral no recurso extraordinário*. São Paulo : Revista dos Tribunais, 2007, p. 52.

²⁰ Para verificação dos assuntos que possuem ou não repercussão geral, ver <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudenciaRepercussao/pesquisarProcesso.asp>. Acesso em 14.10.19.

A possibilidade de ampliação da decisão do RE para casos similares é um claro instrumento de *objetivação do recurso extraordinário*, tendo em vista que o recurso tende a controlar a ordem constitucional objetiva e não somente o caso concreto que está em julgamento²¹. Portanto, nessa reengenharia, está remodelado o papel do RE como instrumento de controle da ordem constitucional objetiva²².

Este raciocínio também se aplica às hipóteses de RE em que a RG é analisada por amostragem, considerando a extensão e vinculação da interpretação constitucional aos casos de massa. Há, de um lado, a possibilidade de Repercussão Geral por amostragem e, de outro, o permissivo de readaptação do julgado local para atendimento aos preceitos do Pretório Excelso.

Com as modificações em relação aos objetivos do Recurso Extraordinário, não há grandes diferenças em relação às consequências práticas entre o caráter vinculante das decisões em controle concentrado e difuso de constitucionalidade, desde que apreciados pela Corte Constitucional.

Em derradeira análise: as decisões em RE também possuem caráter vinculante, quer pela análise da RG, quer pelo julgamento do mérito recursal. Há, portanto, a aproximação entre o controle de constitucionalidade concentrado e o difuso, nos aspectos ligados aos efeitos, à aplicabilidade prática, à modulação, intervenção de *amicus curiae*, cabimento de ação rescisória ou de impugnação ao cumprimento de sentença (art. 525, §§12 a 15 c.c art. 535, §§5º a 8º do CPC)²³, etc.

²¹ Sobre a *objetivação* ver, STF, o [RE 388.830-7/RJ](#) e a MC no RE nº 376.852/SC.

²² No julgamento do RE-AgR 475812 / SP (Rel. Min. Eros Grau, j. em 13.06.2006 – 2ª T – DJ de 04.08.2006, pp. 00073), o STF bem demonstrou o “novo” papel do STF. Esta é a ementa da decisão: “Agravamento regimental no Recurso Extraordinário. Contribuição social. Alteração. Base de cálculo. Lei n. 9.718/98. Violação do artigo 239 da Constituição do Brasil. O Supremo Tribunal Federal tem entendido, a respeito da tendência de não-estrita subjetivação ou de maior objetivação do recurso extraordinário, que ele deixa de ter caráter marcadamente subjetivo ou de defesa de interesse das partes, para assumir, de forma decisiva, a função de defesa da ordem constitucional objetiva. Precedentes. Agravamento regimental a que se nega provimento”.

²³ ARAÚJO, José Henrique Mouta. *Rescisória e impugnação nos casos de títulos executivos inconstitucionais: a modulação no controle difuso de constitucionalidade*. Revista de Processo v. 288, São Paulo : Revista dos Tribunais, 2019, pp. 211-234.

Como conclusão, o controle de constitucionalidade subjetivo (*caso concreto*) pode se *transformar* em objetivo (*objetivação do controle difuso*), em caso de julgamento de Recurso Extraordinário com RG, com clara aproximação das consequências advindas das ações de constitucionalidade.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALMEIDA, Fernanda Dias Menezes de. Competências na constituição de 1988. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2005.

ALVIM, Arruda. *A EC n. 45 e o instituto da repercussão geral*. Reforma do judiciário. Teresa Arruda Alvim Wambier, Luiz Rodrigues Wambier, Luiz Manoel Gomes Jr., Octavio Campos Fischer e William Santos Ferreira (coords). São Paulo : Revista dos Tribunais, 2005.

ARAÚJO, José Henrique Mouta. *Rescisória e impugnação nos casos de títulos executivos inconstitucionais: a modulação no controle difuso de constitucionalidade*. Revista de Processo v. 288, São Paulo : Revista dos Tribunais, 2019, pp. 211-234.

_____. *Reflexões envolvendo a implantação da súmula vinculante decorrente da Emenda Constitucional n. 45*. Revista Dialética de Direito Processual n. 26, São Paulo : Dialética, 2005.

FROEHLICH, Charles Andrade; HAMMES, Elia Denise. *Manual do controle de constitucionalidade*. Curitiba: Juruá, 2009.

JORGE, Flávio Cheim e SARTÓRIO, Élvio Ferreira. *O recurso extraordinário e a demonstração da repercussão geral*. Reforma do judiciário. Teresa Arruda Alvim Wambier, Luiz Rodrigues Wambier, Luiz Manoel Gomes Jr., Octavio Campos Fischer e William Santos Ferreira (coords). São Paulo : Revista dos Tribunais, 2005

LEAL, Saul Tourinho. *Controle de constitucionalidade moderno*. 3ª edição, Niterói: Impetus, 2014.

MARINONI, Luiz Guilherme e MITIDIERO, Daniel. *Repercussão geral no recurso extraordinário*. São Paulo : Revista dos Tribunais, 2007

MENDES, Gilmar Ferreira. *Moreira Alves e o controle de constitucionalidade no Brasil*. São Paulo : Saraiva, 2004.

MORAES, Alexandre de. *Direito constitucional*. São Paulo: Ed. Atlas, 2006

MOTTA, Sylvio. *Controle de Constitucionalidade – uma abordagem teórica e jurisprudencial*. 4ª edição, Rio de Janeiro: Elsevier, 2006.

NERY JR, Nelson. *Teoria geral dos recursos*. 6ª edição. São Paulo : RT, 2004

RAMOS, Elival da Silva. *A inconstitucionalidade das leis*. São Paulo : Saraiva, 1994

SILVA, José Afonso. *Curso de direito constitucional positivo*. 19 ed. rev. e atual. São Paulo: Ed. Malheiros, 2001

VELOSO, Zeno. ***Controle Jurisdicional de Constitucionalidade***. Belém: Cejup, 1999.

A REPERCUSSÃO GERAL COMO CONCEITO JURÍDICO INDETERMINADO E OS PARÂMETROS DE DWORKIN

Juliano Ricardo de Vasconcellos Costa Couto

Advogado.
Professor.
Mestre em Direito Constitucional pelo IDP e Ex-Presidente da
OAB/DF.

1. INTRODUÇÃO

O presente artigo é desenvolvido dentro da área de Direitos Fundamentais e Processos Constitucionais. Tem como objetivo a análise dos requisitos da repercussão geral pelo Supremo Tribunal Federal (STF), entendendo que tal avaliação deve tentar seguir alguns parâmetros, podendo, inclusive, fazer uso de alguns dos instrumentos constantes da teoria de Ronald Dworkin na obra *Levando os Direitos a Sério*.

A evolução das normas constitucionais tem gerado novos desafios para os atores da atividade jurisdicional. Destaca-se aí a repercussão geral, que tem o intuito de tornar mais efetivo, seguro e racional o controle de constitucionalidade exercido pelo STF.

A repercussão geral “introduziu inédito regime de processamento de recursos e de geração de efeitos sobre as ações individuais”¹. Tal instituto faz com que a “questão constitucional suscitada deverá ostentar as qualidades da relevância e da transcendência”².

Não há dúvida de que, com seus efeitos pan-processuais, a repercussão geral visa a diminuir a insegurança jurídica advinda de decisões díspares para casos

¹ FERRAZ, Taís Schilling. “Repercussão geral – muito mais que um pressuposto de admissibilidade”. in *Repercussão Geral no Recurso Extraordinário. Estudos em homenagem à Ministra Ellen Gracie*. Porto Alegre: LIVRARIA DO ADVOGADO. 2011. P. 77.

² Op. Cit. Pag. 79

semelhantes. Assim sendo, também o STF deve se pautar por parâmetros precisos para admitir ou rejeitar a presença da repercussão geral em cada caso concreto.

A repercussão geral, aplicável ao recurso extraordinário, seria originalmente um instrumento relacionado ao controle difuso e concreto de constitucionalidade. Não obstante, controle difuso e concreto de constitucionalidade são coisas distintas. O controle difuso está vinculado à idéia de que pode ser feito por qualquer órgão jurisdicional, no que contrapõe-se ao concentrado. O controle concreto é feito a *posteriori* vinculado às peculiaridades do caso, no abstrato a constitucionalidade só pode ser apreciada por órgãos colegiados com tal mister e é examinada em tese.³

A objetivação da análise da constitucionalidade por meio do Recurso Extraordinário adveio, também, do reconhecimento da limitação da corte constitucional para julgar milhares de casos concretos, já tendo o Ministro Gilmar Ferreira Mendes registrado, no RE 556.664/RS, sobre o recurso extraordinário, que:

“Esse instrumento deixa de ter caráter marcadamente subjetivo ou de defesa do interesse das partes, para assumir, de forma decisiva, a função de defesa da ordem constitucional objetiva.”

Em seguida, o Ministro Gilmar Ferreira Mendes arrematou:

“Nesse sentido, destaca-se a observação de Häberle segundo a qual “a função da Constituição na proteção dos direitos individuais (subjetivos) é apenas uma faceta do recurso de amparo”, dotado de uma “dupla função”, subjetiva e objetiva, “consistindo essa última em assegurar o Direito Constitucional objetivo (Peter Häberle, o recurso de amparo no sistema germânico, *Sub judice* 20/21, 2001, p. 33)”⁴

³ CUNHA, Leonardo Carneiro da. “**A função do Supremo Tribunal Federal e a força de seus precedentes: enfoque nas causas repetitivas**”. in **Repercussão Geral no Recurso Extraordinário. Estudos em homenagem à Ministra Ellen Gracie**. Porto Alegre: LIVRARIA DO ADVOGADO. 2011. P. 64.

⁴ Cf. STF, **Informativo** nº. 481 (24 a 28 de setembro de 2007) – Seção “Transcrições”, à disposição no site do STF na internet.

Tal necessidade foi reforçada pelo claro reconhecimento da existência de causas repetitivas, que assoberbam o Judiciário e, conseqüentemente, o STF. Há consenso de que a Suprema Corte, julgando um menor número de recursos, cumprirá com mais qualidade sua função constitucional, tendo o Min. Gilmar Mendes também registrado que:

“Houve uma opção política na reforma constitucional. Temos que assumir definitivamente a função de Corte Constitucional e abandonar a função de Corte de Revisão” E, mais adiante, “Desde que demos aplicação a este novo modelo, tivemos a oportunidade de julgar, em Plenário, questões constitucionais de relevância ímpar, porque se alargou nosso tempo de dedicação aos aspectos de grande complexidade e de alta indagação que as cercavam e que as distanciavam da pauta”⁵

Assim sendo, vemos que o Recurso Extraordinário, a partir de sua necessária repercussão geral, assume nova envergadura, atraindo para o Pleno do STF maior responsabilidade em sua análise.

2. DA ARGUIÇÃO DE RELEVÂNCIA À REPERCUSSÃO GERAL.

A Constituição Federal de 1988 deu ao Supremo, de forma ampla, a missão de guardião da Constituição, assegurando a este o controle difuso e concentrado de constitucionalidade. A Emenda Constitucional (EC) 45/2004, com a inserção da repercussão geral, deu ao recurso extraordinário um componente de natureza objetiva, fazendo ainda com que o resultado do julgamento oriente todas as decisões judiciais futuras em processos que tragam a mesma discussão constitucional, em claro efeito *pan-processual*.

Ainda que criada pela EC 45/2004, a repercussão geral, como requisito do recurso extraordinário, só passou a ser exigida a partir de 3 de maio de 2007, conforme decidido na Questão de Ordem do Agravo de Instrumento nº 664.567, que foi a data da publicação da Emenda Regimental nº 21 do STF.

⁵ RE 760.358 – STF.

Importante registrar que, como competente para regular o instituto da repercussão geral, o Regimento Interno do STF ganhou mais força normativa, visto que os dispositivos do Código de Processo Civil que regulamentam a matéria, trazem expresso registro de delegação ao RISTF (§§ 5º e 6º do art. 543-A, § 5º. Do art. 543-B do CPC e Art. 3º da Lei 11.418/2006, segundo o qual “caberá ao Supremo Tribunal Federal, em seu Regimento Interno, estabelecer as normas necessárias à execução desta Lei”).

Importante notar que a atual redação dos artigos retro mencionados ‘delegaram’ ao Regimento Interno do STF a missão de regular questões relativas ao recurso extraordinário e, via de consequência, do controle de constitucionalidade. Isso já havia acontecido por meio da Emenda Constitucional nº 1/69 e, posteriormente, pela EC 7/77, que introduziu parágrafos no artigo 119, onde a Constituição delegava poderes ao STF para, por meio de seu Regimento Interno (RISTF), tratar as questões relativas ao trâmite da arguição da relevância.

Conforme as normas atuais, nos termos do § 3º do art. 102 da CF/88, a rejeição da repercussão geral depende da votação de 2/3 dos ministros do STF. Diante disso, temos que há uma presunção em favor da existência da repercussão geral. Os demais procedimentos, como já dito, foram regulamentados pelo RISTF.

Em seguida, identificou-se que seria necessária a criação de instrumento que permitisse agilidade e clareza na apreciação da repercussão, no que foi criado o ‘Plenário Virtual’ no STF. Trata-se de sistema desenvolvido pelo próprio Tribunal onde os ministros selecionam, dentre os processos à eles distribuídos, os que melhor representam a controvérsia.

Identificado o processo, este terá a função de **leading case** e, feita a análise pelo relator, será inserido no sistema já com a manifestação do mesmo. A partir desse

momento, os demais ministros têm 20 dias para apreciação. Ao final do prazo, o próprio sistema apura o resultado, nos termos do quórum já mencionado.

A repercussão geral também pode ser objeto de debate por meio de questões de ordem, quando da inserção dos processos na pauta de julgamento do plenário. Registre-se que a competência para a análise da repercussão geral é exclusiva do Plenário do STF que “examina se a matéria é relevante sobre os aspectos social, jurídico, político ou econômico e se tem transcendência, ou seja, se a decisão pretendida alcançará regular mais que os interesses subjetivos postos em determinada causa”⁶

A inserção do requisito da repercussão geral no RE representa quebra de paradigma na forma de se pensar o processo civil brasileiro. Via de regra, o processo desenvolve-se sob uma concepção individualista, com coisa julgada apenas aos litigantes e com o interesse de agir como condição da ação, tudo vinculado ao princípio da inércia do Judiciário. A concessão de efeitos pan-processuais aos processos com repercussão geral joga nova luz na jurisdição brasileira e, em especial, nos poderes do Supremo Tribunal Federal.

A aplicação do instituto da repercussão geral exigiu que os órgãos jurisdicionais se comunicassem, definindo os processos e recursos que seriam sobrestados até que seu respectivo *leading case* fosse julgado pelo STF. Como sabido, a solução dada pela Suprema Corte deve ‘repercutir’ nas demais causas com a mesma questão constitucional.

Não é a primeira vez que o STF faz uso de um sistema de “filtragem” de recursos para enfrentar uma crise. A Emenda Regimental nº 3, de 17/06/1975 inseriu como requisito para a apreciação do recurso extraordinário a arguição de relevância. A idéia era livrar o STF da ‘crise’ no qual o mesmo estava inserido e que não era a primeira. Já em 1956, em comissão que contava com a presença de Santiago Dantas, foi

⁶ FERRAZ, Taís Schilling. “Repercussão geral – muito mais que um pressuposto de admissibilidade”. in *Repercussão Geral no Recurso Extraordinário. Estudos em homenagem à Ministra Ellen Gracie*. Porto Alegre: LIVRARIA DO ADVOGADO. 2011. P. 86.

elaborado estudo⁷, encomendado por Nereu Ramos, então Ministro da Justiça, onde já se registrava preocupação com o alarmante aumento do número de recursos extraordinários.

Novo estudo⁸ foi feito em 1965, com a presença do saudoso Ministro Vitor Nunes Leal, identificou-se que a ampliação das matérias sujeitas ao recurso extraordinário era, entre outras, uma das causas da sobrecarga do STF. Dentre as medidas propostas, destacou-se a introdução de novo requisito para a admissão do recurso extraordinário: a alta relevância da questão federal. Para tal sugestão, Vitor Nunes se valeu do exemplo dos EUA, cuja suprema corte, adotando o princípio da relevância, diminuiu em mais de 80% os casos levados à julgamento⁹. Os juristas se inspiraram no *Judiciary Act*, de 13/02/1925, que restringiu a competência e alargou a discricionariedade da corte na concessão do *writ of certiorari*.

Mesmo assim, “não obstante os esforços do STF, principalmente do Ministro Vitor Nunes Leal para que a introdução do critério de relevância já se desse em 1965, fato é que a adoção de tal requisito não foi acolhida nesse primeiro momento, por se entender que a relevância era um requisito penoso demais para as partes e excessivamente subjetivo para o Tribunal, haja vista a dificuldade para se obter um critério único e preciso para definição do que seja “questão federal relevante””¹⁰.

Somente após 10 anos, em 1975, é que tal requisito foi inserido no RISTF, tendo alguns entendido que o mesmo teria permitido a flexibilização dos critérios de admissibilidade adotados pelo STF, justamente pelo fato de o termo ‘relevância’ ser juridicamente indeterminado, o que concederia uma certa discricionariedade aos julgadores. Pela Emenda Constitucional 7/77 o instituto da arguição de relevância foi inserido na constituição, como já registrado.

⁷ Esse relatório consta da RDA 46/40.

⁸ Esse relatório consta da RDA 81/176.

⁹ COELHO, Gláucia Mara. **Repercussão Geral – Da Questão Constitucional no Processo Civil Brasileiro**. São Paulo: Editora Atlas, 2009, p. 25

¹⁰ COELHO, Gláucia Mara. **Repercussão Geral – Da Questão Constitucional no Processo Civil Brasileiro**. São Paulo: Editora Atlas, 2009, p. 26.

Em seguida, uma última emenda regimental, de 09/12/1985, promoveu alterações no cabimento do recurso extraordinário. Uma delas foi inserida no § 3º do art. 327, o que teve o intuito de esclarecer o que seria a indigitada “questão federal relevante”, registrada como “pelos reflexos na ordem jurídica, e considerados os aspectos morais, econômicos, políticos ou sociais da causa, exigir a apreciação do recurso extraordinário pelo Tribunal”.

Mesmo diante de tais esclarecimentos, temos que ainda havia dificuldades para precisar o conceito do que seria “questão social relevante”. Quando da apresentação do estudo que inseriu referido instituto no RISTF, apresentado ao Ministro da Justiça, a relevância estaria vinculada à idéia de ‘interesse público’, que ultrapassasse o pleito dos litigantes.

A doutrina, à época, buscou identificar critérios para localização do que seria ‘questão federal relevante’. Interessante registrar que já se considerava como relevante a questão processual cujos reflexos pudessem extravasar os efeitos do processo específico.

Travou-se debate também sobre a avaliação de que o STF teria ou não discricionariedade para determinar o que seria relevante. Arruda Alvim defendia¹¹ que não haveria discricionariedade na apreciação da relevância. Para ele somente uma opção válida e correta poderia ser alcançada pelo STF pois a decisão judicial, ao contrário da administrativa, não se submete aos critérios de oportunidade e conveniência.

Tal posição encontrava resistência por parte de Sydney Sanches e Evandro Gueiros Leite¹² que entendiam que o controle da relevância pelo STF representava um poder discricionário, que permitiria critérios de conveniência e oportunidade. Essa idéia

¹¹ ARRUDA ALVIM NETTO, José Manoel de. **A arguição de relevância no recurso extraordinário**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1988.

¹² COELHO, Gláucia Mara. **Repercussão Geral – Da Questão Constitucional no Processo Civil Brasileiro**. São Paulo: Editora Atlas, 2009, p. 39.

também encontrava amparo no fato de que a ‘arguição de relevância’ teve origem no *writ of certiorary* americano que, efetivamente, dava poder à suprema corte americana de ‘escolher’ as causas que julgaria.

O instituto já vinha sofrendo duras críticas, entre as quais o fato de que sua apreciação era feita em sessão reservada onde não era permitida vista dos autos nem a presença das partes. Além disso, não se exigia a motivação de suas decisões¹³.

Não obstante a tentativa, tal instituto não resolveu a crise do STF, pelo que foi extinto quando da edição da CF/88. Após alguns debates, decidiu-se pela criação do Superior Tribunal de Justiça, cingindo-se o recurso extraordinário também em recurso especial, para a salvaguarda da legislação federal, reservando-se ao STF, exclusivamente, o debate sobre questões constitucionais.

Não obstante, não foi criado nenhum mecanismo que selecionasse as causas que seriam julgadas pelo STF, tudo nos termos do art. 102 da CF/88. Além disso, é pacífica a compreensão de que a CF/88 é uma constituição ampla e detalhista, ensejando os mais variados tipos de questionamento à possíveis violações ao texto constitucional.

Como consequência disso, o STF, composto por 11 (onze) ministros, teve protocolado, no ano de 1990, o total de 16.226 recursos extraordinários ou seus respectivos agravos de instrumento. Já no ano de 2000 esse número subiu para 90.839, ensejando um aumento de mais de 500% (quinhentos por cento) do total de recursos distribuídos. No ano de 2003, um ano antes da Emenda Constitucional 45/2004, o STF distribuiu aos seus ministros o total de 109.965 recursos¹⁴. O número de acórdãos publicados pulou de 1.067 em 1990 para 10.770 no ano 2000¹⁵.

¹³ Op. Citada p. 44.

¹⁴ Conforme

<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verTexto.asp?servico=estatistica&pagina=REAIProcessoDistribuido>, acesso em 09/08/2011 - 22:42h.

¹⁵ Conforme

<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verTexto.asp?servico=estatistica&pagina=movimentoProcessual>, acesso em 09/08/2011 - 22:42h.

Diante disso, não há dúvidas de que a formatação então dada ao controle difuso de constitucionalidade estava inviabilizando o exercício da missão constitucional pelo STF. Registre-se ainda que, nesse meio, diversas foram as alterações processuais cujo intuito era preservar as cortes superiores.

Dentre elas destacam-se as inovações trazidas pela Lei 9.756/98, que previu a retenção de recursos extraordinários e especiais interpostos contra decisões interlocutórias bem como a possibilidade de apreciação dos recursos de forma monocrática. Além disso, variados são os critérios processuais exigidos para o conhecimento de um recurso extraordinário, além do excessivo rigor com que seus requisitos são exigidos pelas Cortes Superiores. Não obstante, tais paliativos não foram capazes de curar a patologia apontada, como vimos pelos dados estatísticos anteriormente demonstrados.

Não havendo outra alternativa, restou promulgada a Emenda Constitucional 45/2004 que, entre diversas alterações, inseriu o § 3º no art. 102 da CF/88, cuja redação é:

“§ 3º No recurso extraordinário o recorrente deverá demonstrar a repercussão geral das questões constitucionais discutidas no caso, nos termos da lei, a fim de que o Tribunal examine a admissão do recurso, somente podendo recusá-lo pela manifestação de dois terços de seus membros.”

Como já dito e registrado, não há dúvida de que uma das grandes intenções da inserção de tal requisito seria tirar o STF da crise instalada, desafogá-lo. Luis Guilherme Marinoni¹⁶ entende que “os conceitos de repercussão geral e arguição de relevância não se confundem”. No entanto, admite que ambos tem a mesma função de “filtragem recursal”, de contenção do número de processos encaminhados ao STF.

¹⁶ MARINONI, Luís Guilherme; MITIDIERO, Daniel. **Repercussão Geral no Recurso Extraordinário**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008. P. 30-31

Marinoni¹⁷ registra que a repercussão geral teria função similar à de institutos existentes no direito alienígena, como o *writ of certiorari* da Suprema Corte Americana e a “significação fundamental” do recurso de *revision* do direito alemão. Da mesma forma, sistema semelhante temos no Direito Argentino, no instituto da *gravidad institucional*¹⁸, previsto no art. 280 do CPC Argentino, com a seguinte redação:

“La Corte, según su discreción, y con la sola invocación de esta norma, podrá rechazar el recurso extraordinario, por falta de agravio suficiente e cuando las cuestiones planteadas resultaren insustanciales o carentes de trascendencia”

A Suprema Corte Americana normalmente não conhece do *writ of certiorary* quando a “questão jurídica tem repercussão restrita à esfera jurídica dos interesses das partes litigantes”¹⁹. Registre-se que o julgamento de admissão do *Writ* não tem publicidade nem mesmo motivação, podendo ser feito a partir de critérios discricionários e até mesmo pessoais dos julgadores. Na Alemanha, “somente se admite o recurso de revisão nas hipóteses em que a causa mostre uma significação ou importância fundamental”²⁰.

Diante disso, temos o reconhecimento de que a diminuição de acesso aos tribunais superiores é tendência mundial, encontrando respaldo no sistema judicial de diversos países. Para alguns autores, como Gomes da Cruz, a repercussão geral seria dizer que a “a antiga arguição de relevância está de volta”²¹. Ao mesmo tempo, registra também que “a Constituição de 1988 não permite completo retorno ao passado” e que “diante do amplo sistema recursal brasileiro e da sua vasta utilização, explica-se a tentativa de contenção dos recursos extraordinários”²².

¹⁷ *Op. cit.*, p. 21

¹⁸ LOR, Encarnacion Alfonso. **Súmula Vinculante e Repercussão Geral: novos institutos de direito processual constitucional**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009. p. 46.

¹⁹ COELHO, Gláucia Mara. **Repercussão Geral – Da Questão Constitucional no Processo Civil Brasileiro**. São Paulo: Editora Atlas, 2009, p. 83.

²⁰ *Op. cit.*, p. 83

²¹ GOMES DA CRUZ, José Raimundo. **A Emenda Constitucional n. 45, de 08/12/2004, Interpretada**. In 20 Anos da Constituição Federal do Brasil. São Paulo. BDJur Justitia, 2008. P. 203.

²² *Op. Cit.* P. 217.

Registrando específicas diferenças entre os institutos da arguição de relevância e da repercussão geral o autor²³ pontua que esta, agora: “a) será regulada por lei e não mais por normas regimentais; b) só por dois terços dos seus membros o tribunal poderá recusar o recurso; c) o julgamento não poderá ser secreto; d) a decisão deverá ser fundamentada”.

Quer nos parecer que a atual ordem constitucional seria incompatível com julgamentos secretos e não fundamentados, visto que houve a constitucionalização das garantias de publicidade e fundamentação, de forma expressa, como determina o inc. IX do art. 93 da CF/88.

Ainda sobre as diferenças e semelhanças dos institutos da arguição de relevância e da repercussão geral, temos como certo que ambos surgiram pelas mesmas razões e com as mesmas propostas, criando sistema de seleção dos recursos que terão acesso ao STF. Entre as diferenças, além daquelas anteriormente mencionadas, temos que a repercussão geral ganhou vida em nova ordem constitucional onde, além de novos princípios processuais, deu ao STF a exclusiva competência para proteger a constituição e não mais a legislação federal, ora encargo do STJ, que o faz por meio do Recurso Especial.

3. DA REPERCUSSÃO GERAL COMO CONCEITO JURÍDICO INDETERMINADO

Cientes da necessidade de um instituto de contenção da chegada de processos à Suprema Corte, passemos agora à análise do conceito jurídico da repercussão geral.

²³ *Op. Cit. P. 217.*

Indene de dúvidas de que o instituto da repercussão geral é conceito jurídico indeterminado, nos mesmos moldes do que acontecia com a arguição de relevância. Nesse ponto, indaga-se sobre a conveniência de tal opção legislativa, se boa ou ruim para o exercício da jurisdição pelo STF e, em seguida, se, por conta disso, o reconhecimento da presença ou ausência da repercussão envolveria discricionariedade.

Repercutir, com a idéia de ultrapassar, reverberar, consiste em conceito elástico, impreciso, apresentando zona de incerteza, de penumbra, de dúvida. Tal situação autorizaria o STF a decidir discricionariamente na apreciação da repercussão geral²⁴? Conceitos jurídicos indeterminados ensejam discricionariedade em sua aplicação?

Para Celso Antônio Bandeira de Mello²⁵, ainda que mais vinculada à idéia de direito administrativo, temos que a discricionariedade é "a margem de liberdade que remanesça ao administrador para eleger, segundo critérios consistentes de razoabilidade, um, dentre pelo menos dois comportamentos cabíveis, perante cada caso concreto, a fim de cumprir o dever de adotar a solução mais adequada à satisfação da finalidade legal".

Kelsen²⁶ identificou na atividade interpretativa um certo espaço para a discricionariedade, pois sempre há uma margem mais ou menos ampla de livre apreciação, a 'moldura'. Registra ele que:

"o resultado de uma interpretação jurídica somente pode ser a fixação da moldura que representa o Direito a interpretar e, conseqüentemente, o conhecimento das várias possibilidades que dentro desta moldura existem. Sendo assim, a interpretação de uma lei não deve necessariamente conduzir a uma solução como sendo a única correta, mas possivelmente a várias soluções que têm igual valor, se

²⁴ COSTA, Regina Helena. "Repercussão geral em matéria tributária". in **Repercussão Geral no Recurso Extraordinário. Estudos em homenagem à Ministra Ellen Gracie**. Porto Alegre: LIVRARIA DO ADVOGADO. 2011. P. 114.

²⁵ BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. **Discricionariedade e Controle Jurisdicional**, 2ª ed, São Paulo: Malheiros. 1993. P. 48.

²⁶ KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito**, 8ª ed, trad. João Baptista Machado, São Paulo: Martins Fontes, 2009, p. 390.

bem que apenas uma delas se torne Direito positivo no ato do aplicador do Direito – no ato do Tribunal especialmente".

Os termos linguísticos utilizados na conceituação do que é repercussão geral possuem carga moral e valorativa. Robert Alexy²⁷ falando do argumento da injustiça e das normas individuais, se preocupa com os argumentos lingüísticos, de clareza, de efetividade e segurança jurídica, entre outros, que, por obvio, são preocupações aplicáveis ao instituto da repercussão geral.

Voltando ao ponto dos conceitos jurídicos indeterminados, temos que os mesmos podem estar vinculados ao conceito de experiência ou conceito de valor, como assinala Regina Helena Costa²⁸, frisando que:

"Conceito de Experiência é um conceito que diz respeito a objetos sensíveis, que remete a idéia técnica, e, portanto, é um conceito que, uma vez apreciado e esgotado o processo interpretativo, o aplicador chegará a uma solução para o caso concreto".

Em relação aos conceitos de valor a autora²⁹ registra que eles “são sempre mais difíceis de lidar – tais como “boa-fé”, “justo preço”, “justa indenização”. Esses conceitos, quando apreciados, ou seja, uma vez esgotado o processo interpretativo, por vezes, deixarão uma margem de apreciação subjetiva que o processo de interpretação não foi capaz de eliminar”. Ao final, a autora defende, no artigo citado, que “o Supremo Tribunal Federal não desfruta de oportunidade e conveniência para decidir quando o recurso extraordinário deve ser admitido ou não”.

De fato, como registrado, o instituto da repercussão geral, ao contrário do *writ of certiorary* e também da arguição de relevância, até mesmo pelo fato da

²⁷ ALEXY, Robert. **Conceito e Validade do Direito**, 1ª ed, trad. Gercélia Batista de Oliveira Mendes, São Paulo: Martins Fontes, 2009, p. 390.

²⁸ COSTA, Regina Helena. “Repercussão geral em matéria tributária”. in **Repercussão Geral no Recurso Extraordinário. Estudos em homenagem à Ministra Ellen Gracie**. Porto Alegre: LIVRARIA DO ADVOGADO. 2011. P. 115.

²⁹ Op. Cit. P. 115

necessária publicidade e necessidade de fundamentação da decisão, não seria efetivamente um ato discricionário do STF.

Não obstante, ainda que não estejamos diante de ato eminentemente discricionário, estamos diante de conceito jurídico indeterminado, cuja interpretação e aplicação envolve atividade valorativa, de cunho subjetivo. Por conta disso é que parece conveniente a identificação de parâmetros na aplicação do instituto da repercussão geral. Quando o Plenário do STF admite ou rejeita a repercussão geral, tal atividade não é de simples subsunção.

4. DA APLICAÇÃO DOS PARÂMETROS DE DWORKIN – LEVANDO OS DIREITO A SÉRIO

A partir do reconhecimento da repercussão geral como conceito jurídico indeterminado, temos a necessidade de apurada reflexão sobre o reconhecimento do requisito da repercussão geral pelos seus aplicadores, membros do STF.

No presente artigo, após sucinta análise histórica do instituto, entendemos que podem ser aplicados, no caso da análise da repercussão geral pelo STF, alguns parâmetros sugeridos pela doutrina de Ronald Dworkin, destacando-se que, como os juízes do STF não são eleitos, não deveriam – via de regra - ocupar o lugar do legislativo nem adotar decisões políticas.

Dworkin registra³⁰ que, mesmo diante da ausência de uma regra clara, como pode ser o caso do instituto da repercussão geral, o juiz “continua tendo o dever, mesmo nos casos difíceis, de descobrir quais são os direitos das partes”. Já reconhecemos aqui que a atual roupagem da repercussão geral não dá ao STF discricionariedade mas, por possibilitar certa subjetividade, entendemos razoável trazer algumas ‘sugestões’ da teoria de Dworkin.

³⁰ DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. São Paulo: Martins Fontes, 2010. P. 127.

Dworkin registra³¹ a diferença entre argumentos de Princípio e argumentos de Política, entendendo que os de política defendem objetivos da sociedade como um todo e que os argumentos de princípio justificam a decisão política, que defende ou garante um direito, o que seria o fundamento da decisão judicial no caso concreto.

Na hipótese da repercussão geral, com o reconhecimento de que seus efeitos ultrapassam os limites da lide específica, temos que o resultado do julgamento depende, além das regras e princípios aplicáveis, também da análise dos argumentos de política. Isso assim ocorre por conta dos efeitos pan-processuais da repercussão, onde os argumentos de política – provavelmente – serão levados em conta pelos julgadores. Nas palavras de Dworkin “Os argumentos de Política justificam uma decisão política, mostrando que a decisão fomenta ou protege algum objetivo coletivo da comunidade como um todo”³².

Como visto, quando o STF admite a presença da repercussão geral, a decisão a ser por ele proferida deverá, de fato e de direito, proteger um objetivo coletivo da comunidade. Se assim não fosse, a repercussão não teria sido admitida. Paulo Paiva, em artigo³³ sobre o tema, registrou que, no entender do Ex-Ministro Menezes Direito, “não bastava a pertinência da matéria veiculada no recurso para um número definido, ainda que extenso, de situações jurídico-subjetivas. Em suas recorrentes palavras, questões relevantes para uma categoria - não importa se de funcionários públicos ou contribuintes - não ensejavam o conhecimento do recurso extraordinário, pois que não repercutiam “na sociedade como um todo”.

Nessa linha de raciocínio, de que o instituto da repercussão deve refletir na ‘sociedade como um todo’, temos que os magistrados devem justificar sua decisão

³¹ Op. Cit. P. 128.

³² Op. Cit. P. 129.

³³ PAIVA, Paulo. **A repercussão geral no pensamento do Ministro Carlos Alberto Menezes Direito.** in Observatório da Jurisdição Constitucional. ISSN 1982-4564 Ano 4, 2010/2011.

também com argumentos políticos, ainda que vinculados à questão constitucional do caso concreto.

Outra preocupação de Dworkin é em relação a Princípios e Democracia, sendo certo que deve ser evitada a originalidade judicial, tanto por conta do fato de que os juízes não são eleitos – não podendo legislar - como também pelo fato de que referida inovação traria insegurança jurídica³⁴.

Tal preocupação, registrada por Dworkin, é objeto de debate no Judiciário nacional, mais precisamente com o nome de ‘ativismo judicial’, onde juízes estariam a exercer, por meio de suas decisões, políticas públicas que seriam da competência do legislativo. No caso da repercussão geral, referida preocupação ganha ainda mais corpo pois, como já dito, os efeitos e reflexos da decisão ultrapassarão as figuras das partes no processo.

Para evitar tal mazela, Dworkin chega a registrar que os juízes “estão sujeitos à doutrina da responsabilidade política”³⁵, afirmando ainda que sua teoria “condena a prática de tomar decisões que parecem certas isoladamente, mas que não podem fazer parte de uma teoria abrangente dos princípios e das políticas gerais que seja compatível com outras decisões igualmente consideradas certas”. Não há dúvidas de que a repercussão geral deve ser aplicada sem solavancos, sem surpresas para os jurisdicionados, exigindo de seus julgadores responsabilidade e vínculo com suas próprias decisões, devendo o STF agir com coerência.

Para alcançar tal intuito, em conformidade também com as idéias de Dworkin, temos que o STF deve dar valor aos seus precedentes, bem como à sua história institucional. Nesse sentido, com base no aqui relatado, inclusive com a análise histórica do instituto da repercussão geral, nasce a seguinte indagação: os precedentes

³⁴ Op. Cit. P. 132

³⁵ Op. Cit. P. 137

do STF em relação à argüição de relevância podem servir como parâmetro para a aplicação do novo instituto da repercussão geral?

Ainda que inserida em nova ordem constitucional, vimos que a repercussão geral guarda relação com o instituto da argüição de relevância e, assim sendo, entendemos que, no que for cabível, não há incompatibilidade nesse exercício, desde que respeitados os preceitos legais e constitucionais em vigor.

Em seguida, Dworkin fala em utilitarismo das regras³⁶, fazendo uma correlação entre a realização de um direito com uma meta coletiva, a qual ganha ainda mais importância com os efeitos extra-processuais da repercussão geral. Nesse senso, temos que o STF, quando da apreciação da presença ou ausência da repercussão geral deve, também, ter um compromisso com o que o Dworkin chama de “sistema de governo”, visto que o julgador deve, também, ter foco no cumprimento de metas coletivas.

Tal registro pode ser entendido como inserido na missão do STF, de guardião da Constituição, devendo suas decisões levar em conta as normas constitucionais como um todo, de forma sistêmica e equilibrada.

Na teoria de Dworkin encontram-se também registros dos vínculos entre economia e a aplicação do direito³⁷. No caso específico da repercussão geral, temos que o instituto encontra respaldo nas idéias de Dworkin relação às conseqüências econômicas da decisão judicial que, no caso da repercussão geral, estão expressamente inseridas no próprio texto do parágrafo único do art. 322 do RISTF, senão vejamos:

“Art. 322. O Tribunal recusará recurso extraordinário cuja questão constitucional não oferecer repercussão geral, nos termos deste capítulo.

Parágrafo único. Para efeito da repercussão geral, será considerada a existência, ou não, de questões que, relevantes do ponto de vista

³⁶ Op. cit. p. 149.

³⁷ Op. cit. p. 151.

econômico, político, social ou jurídico, ultrapassem os interesses subjetivos das partes.”

Além disso, encontramos ainda na teoria de Dworkin³⁸, expressa menção à causa que fez com que o STF impusesse a repercussão como requisito do RE, para descongestionar o tribunal, tendo o mesmo registrado, com vínculo à idéia da solução econômica mais conveniente, ainda que limitadora do direito de ação, que:

“...outro tipo de exemplo no conhecido argumento de que certos tipos de ação judicial não deveriam ser permitidos, porque isso equivaleria a sobrecarregar os tribunais com litígios. O tribunal supõe que, se fosse permitido tal tipo de ação judicial, não lhe restaria tempo suficiente para examinar, com a devida rapidez, outras ações voltadas para a defesa de direitos que, tomados em conjunto, são mais importantes que os direitos que, por essa razão, ele se propõe a bloquear”.

Adiante, registrando sua idéia sobre “Direitos Institucionais” o autor afirma que “as partes tem direito a seu melhor juízo sobre a verdadeira natureza de seus direitos”, sendo certo também que o julgamento deve ocorrer com sinceridade entre as conjecturas “entre uma filosofia da mente e os fatos da instituição, cuja natureza deve elucidar”³⁹.

Nesse senso, temos que o STF, ao apreciar a presença ou ausência da repercussão geral, deve tentar fazer do julgamento, tanto no plenário virtual quanto nas próprias sessões, o mais claro e sincero possível, mais ainda porque os argumentos ali lançados interessam não só às partes específicas como também todos os demais interessados no resultado do caso.

Personagem importante na doutrina de Dworkin é o juiz Hércules, que seria onisciente e representaria o juízo ideal das causas jurídicas. Por óbvio que isso não pode ser exigido Supremo Tribunal Federal, ainda que sua formação se dê por meio da

³⁸ Op. cit. p. 157.

³⁹ Op. cit. p. 162.

união de notáveis juristas, pois, ao final, são seres humanos, falíveis, com emoções e valores.

Não obstante, seguindo a ‘dica’ dada por Dworkin a Hércules, temos que o STF, ao apreciar o importante instituto da repercussão geral, deve estar atento ao fato de que “uma teoria constitucional requer juízos sobre questões complexas de adequação institucional, bem como juízos sobre filosofia política e moral”⁴⁰.

Dworkin faz ainda interessante registro sobre o possível conflito que pode haver entre a moralidade popular e a moralidade constitucional, sendo certo que “é esse direito constitucional, do modo como o define a moralidade constitucional da comunidade, que Hércules (no caso o STF) deve defender contra qualquer opinião incoerente, por mais popular que seja”⁴¹.

Não é raro o STF se ver diante de decisões ‘impopulares’, devendo as mesmas terem respaldo na Constituição que é, efetivamente, o depósito, mais seguro e estável, da moralidade política da sociedade.

5. CONCLUSÕES

Da análise da exposição aqui registrada, temos que o instituto da repercussão geral tem importantíssima missão de dar mais eficácia, não só ao controle de constitucionalidade, como também à própria atividade exercida pelo Supremo Tribunal Federal, por conta da clara diminuição de sua carga de trabalho.

Mencionado anteriormente que o número de recursos extraordinários e agravos distribuído no STF no ano de 2003 foi de 109.965. Em 2010, 3 anos após a efetiva inserção da repercussão geral como requisito do RE, temos que o número total

⁴⁰ Op. cit. p. 183.

⁴¹ Op. cit. p. 197.

de recursos extraordinários e agravos distribuídos para STF caiu para 41.014⁴², o que representa uma redução de mais de 50% (cinquenta por cento).

Vemos que o STF, ainda que não tenha alcançado já tal posição, está caminhando a passos largos para se configurar como efetiva Corte Constitucional, ainda que não nos moldes europeus pois aqui o cargo é vitalício, a escolha é política e sem participação da sociedade, entre outros⁴³.

Além disso, temos que a responsabilidade do STF no julgamento dos recursos advindos do controle difuso se vê aumentada, justamente por conta dos efeitos pan-processuais, que extravasam os limites da causa.

Com base nessa nova visão é que a identificação de parâmetros para o reconhecimento da presença ou ausência da repercussão no caso concreto ganha importância, sendo conveniente, tanto quanto possível, deixar identificados quais serão os critérios utilizados na apreciação do instituto.

Registre-se que o presente artigo, apresentado como trabalho de final de semestre da cadeira Fundamentos da Teoria Geral do Direito, do Mestrado do IDP, poderá servir de base para eventual aprofundamento do tema, inclusive dissertação, após as considerações do professor da Disciplina.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALEXY, Robert. **Conceito e Validade do Direito**, 1ª ed, trad. Gercélia Batista de Oliveira Mendes, São Paulo: Martins Fontes, 2009,.

ARRUDA ALVIM NETTO, José Manoel de. **A arguição de relevância no recurso extraordinário**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1988.

⁴² Conforme

<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verTexto.asp?servico=estatistica&pagina=REALProcessoDistribuido>, acesso em 09/08/2011.

⁴³ CAMBI, Eduardo. **Neoconstitucionalismo e Neoprocessualismo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, p. 207.

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. **Discrecionalidade e Controle Jurisdicional**, 2ª ed, São Paulo: Malheiros. 1993.

CAMBI, Eduardo. **Neoconstitucionalismo e Neoprocessualismo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

COELHO, Gláucia Mara. **Repercussão Geral – Da questão constitucional no processo civil brasileiro**. São Paulo: Ed. Atlas, 2009.

COSTA, Regina Helena. “**Repercussão geral em matéria tributária**”. *in* **Repercussão Geral no Recurso Extraordinário. Estudos em homenagem à Ministra Ellen Gracie**. Porto Alegre: LIVRARIA DO ADVOGADO. 2011.

CUNHA, Leonardo Carneiro da . “**A função do Supremo Tribunal Federal e a força de seus precedentes: enfoque nas causas repetitivas**”. *in* **Repercussão Geral no Recurso Extraordinário. Estudos em homenagem à Ministra Ellen Gracie**. Porto Alegre: LIVRARIA DO ADVOGADO. 2011.

DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. São Paulo: Martins Fontes, 2010.

FERRAZ, Taís Schilling. “**Repercussão geral – muito mais que um pressuposto de admissibilidade**”. *in* **Repercussão Geral no Recurso Extraordinário. Estudos em homenagem à Ministra Ellen Gracie**. Porto Alegre: LIVRARIA DO ADVOGADO. 2011.

KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito**, 8ª ed, trad. João Baptista Machado, São Paulo: Martins Fontes, 2009.

LOR, Encarnacion Alfonso. **Súmula Vinculante e Repercussão Geral: novos institutos de direito processual constitucional**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais. 2009.

MARINONI, Luís Guilherme; MITIDIERO, Daniel. **Repercussão Geral no Recurso Extraordinário**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008.

PAIVA, Paulo. **A repercussão geral no pensamento do Ministro Carlos Alberto Menezes Direito**. *in* Observatório da Jurisdição Constitucional. ISSN 1982-4564 Ano 4, 2010/2011.

—.
<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verTexto.asp?servico=estatistica&pagina=REAIProcessoDistribuido>, acesso em 09/08/2011 - 22:42h.

—.
<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verTexto.asp?servico=estatistica&pagina=movimentoProcessual>, acesso em 09/08/2011 - 22:42h.

IMPUGNAÇÃO COMO FORMA DE IMPEDIR A ESTABILIZAÇÃO DA TUTELA ANTECIPADA

Lenda Tariana Dib Faria Neves

Mestranda em Direito Profissional pelo IDP.

Pós-graduada em Direito Processual Civil pelo IDP.

Pós-graduanda em Direito do Trabalho e Previdenciário pela PUC/MG.

Advogada e sócia do Escritório Amaury Nunes & Advogados Associados.

Secretária-geral da Associação Brasileira de Direito Processual Civil.

INTRODUÇÃO

O tenro Novo Código de Processo Civil teve a missão de reinaugurar uma nova sistemática processual. Dentre as inúmeras inovações no Código, o Livro V, Da Tutela Provisória (de urgência e de evidência) se tornou um celeiro de debates e discussões. Repleto de peculiaridades, o novidadeiro instituto trouxe a figura da estabilização da tutela antecipada envolta na orientação de que a estabilização da decisão seria obstada por meio de “recurso”.

Os questionamentos começaram a surgir de toda a parte: a contestação e outras formas de impugnação não seriam capazes de obstar a estabilização? O presente estudo vem analisar se a exigência da interposição de um recurso (ou apenas a desconsideração de outras formas de impugnação vai de encontro com as finalidades do novel *Codex*).

Para tanto, inicia-se o estudo por meio de análise das tutelas de urgência no âmbito do Novo Código de Processo Civil: seu formato, contornos e reflexos práticos. O estudo passa por um afunilamento chegando ao estudo específico da figura estabilização da tutela antecipada antecedente.

Em seguida, passa-se à análise do entendimento do Superior Tribunal de Justiça aplicado no julgamento do Recurso Especial 1.760.966/SP que aplicou interpretação extensiva do art. 304 do Novo Código de Processo Civil, admitindo outras formas de impugnação como instrumentos capazes de obstar a estabilização da decisão.

Com a compreensão do entendimento aplicado pela Corte Superior, o estudo passa a analisar a legalidade da ampliação da interpretação aplicada pelo Superior Tribunal de Justiça. Posteriormente, o estudo recai sobre o anteprojeto do Novo Código de Processo Civil, passando ao exame das mudanças no decorrer do projeto, sempre com o fito de compreender a verdadeira intenção do legislador.

O estudo, assim, passa a se debruçar sobre a origem do instituto que originou a estabilização da decisão, o *ordonnance de référé* para que se possa compreender o intuito originário da estabilização.

À derradeira, é feita uma análise do entendimento do Superior Tribunal de Justiça à luz da interpretação conforme a Constituição Federal.

1. DAS TUTELAS DE URGÊNCIA NO NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL¹

Antes de adentrar à *vexata quaestio* da estabilização da decisão (e os temas a ela relacionados, em especial possíveis formas de impedir a estabilização da decisão), mister tecer uma breve análise da nova formatação dada às tutelas de urgência, antecipatória e cautelar à luz do novel *Codex*.

Na nova sistemática processual trazida pelo Código de Processo de 2015, é possível verificar a pretensão de dar tratamento único às tutelas: urgência, evidência e cautelar, pois ficaram todas no Livro V, “Da Tutela Provisória” — como se todas elas fossem provisórias.

Desacertado seria seguir na análise do instituto das tutelas (e aqui, frise-se, cerne do nosso estudo, é a estabilização da tutela antecipada) sem uma pausa para a observação e estudo dessa agregação. Jorge Amaury Maia Nunes, que segue o entendimento de Ovídio Batista da Silva e Alfredo de Araújo Lopes da Costa, afirma que as tutelas antecipatórias e as cautelares não merecem o mesmo tratamento — como se “provisórias” fossem. Segundo entendem, as tutelas cautelares são “temporárias” — e apenas a tutela antecipada satisfativa que dá, *ab initio*, o bem da vida vindicado é que seria provisória.

¹ Excluídos, da presente análise, os estudos relativos à Tutela de Evidência.

O ponto, muito embora na prática não tenha causado nenhuma complicação ou adversidade mais séria, merece a crítica acadêmico-doutrinária: “a tutela cautelar no estrito sentido do termo, é temporária e não provisória, porquanto não será substituída por uma decisão definitiva sobre o mesmo mérito”² — o mérito da cautelar é meramente conservativo, com o fim de assegurar o resultado até o término do processo e não se confunde com o bem da vida vindicado pretendido na tutela antecipada (o objeto, a pretensão da ação principal).

Não é outra conclusão a que se chega que não seja a de concordar com o fato de que provisória, mesmo, seria só aquela tutela de cunho satisfativo, cuja decisão de deferimento anteciparia os resultados a serem obtidos após o término do processo (antecipação provisória do bem da vida vindicado) — e que se encontra em oposição à tutela definitiva. Não obstante a nomenclatura adotada pelo legislador — ou a falha ao denominar o instituto, se é que assim se pode dizer — fato é que muito embora o novel *Codex* tenha tentado unificar o tratamento dados a tais institutos ao reger a matéria (com o Livro V, da Tutela Provisória) não teve outro caminho que não fosse a divisão e a efetiva distinção entre tais institutos: (i) Tutela de Urgência no Título II que, além das disposições gerais, subdividiu-se em dois capítulos distintos, o da (ii) tutela antecipada requerida em caráter antecedente e a (iii) tutela cautelar em caráter antecedente.

Avançando sobre o tema, e analisando os requisitos para a concessão das tutelas, é bem de ver que o Novo Código de Processo trouxe um sistema simplificado, unificando o regime e estabelecendo os mesmos requisitos para a concessão da tutela antecipada e da cautelar, quais sejam: o *periculum damnum irreparabile* e o *periculum in mora* (perigo de dano irreparável e o perigo da demora). O momento de formulação do pedido também passou a ser ponto de convergência entre os institutos: tanto o pedido de tutela satisfativa quanto o requerimento de pretensão cautelar podem ser requeridos em caráter antecedente e/ou incidental.

² MAIA NUNES, Jorge Amaury Maia. Processo e Procedimento. Portal Migalhas. *A chamada tutela provisória no CPC de 2015 e a perplexidade doutrinária que provoca*. Acesso em fev 2019. Disponível em <https://www.migalhas.com.br/ProcessoeProcedimento/106,MI221866,41046-A+chamada+tutela+provisoria+no+CPC+de+2015+e+a+perplexidade>

Cabe destacar que na seara doutrinária, a distinção entre perigo de dano irreparável e o perigo da demora mostra-se incontestável, muito embora o novo código tenha se afastado desse *discrímen* histórico. Nesse sentido:

Ao que parece, o legislador pretendeu afastar-se do *discrímen* histórico (*omissis*) que havia, desde o direito medieval, entre os conceitos de *periculum damnum irreparabile* e *periculum in mora*, este último relativo a certas causas que, dada a sua simplicidade, relevância, ou urgência da matéria a ser examinada, a prudência e a lógica recomendavam que fossem tratadas por um procedimento sumário. O primeiro, perigo de dano irreparável, relativo a qualquer causa em que se impusesse uma resposta jurisdicional expedita, em decorrência da irrupção de um elemento de risco de dano iminente. Afirma Ovídio, ainda com arrimo na doutrina italiana, que o primeiro conceito responde ao risco da tardividade, enquanto que o segundo responde ao risco da infrutuosidade.³

Assim, o perigo de dano irreparável estaria [historicamente] ligado ao risco da tardividade, voltado às tutelas antecipatórias de urgência. Já o perigo da demora é inerente às tutelas de cautelares e ligado ao risco da infrutuosidade, de natureza conservativa, que visam à preservação do bem da vida vindicado.

Feitas tais considerações, passa-se à análise do cerne do presente estudo.

2. DA TUTELA ANTECIPADA ANTECEDENTE

Apesar das inúmeras alterações trazidas pelo sistema unificado, a novidadeira formatação do Novo Código de Processo Civil parece que não trouxe grandes questionamentos quanto às cautelares, especificamente. Doutra banda, já em relação às inovações trazidas relativas à tutela antecipada de cunho satisfativo, requerida em caráter antecedente, o novo código tem se mostrado um terreno fértil para debates e dúvidas dos amantes do Direito.

Pois bem. Traz o art. 303 que “nos casos em que a urgência for contemporânea à propositura da ação, a petição inicial pode limitar-se ao requerimento da tutela

³ MAIA NUNES, Jorge Amaury Maia. Processo e Procedimento. Portal Migalhas. *A chamada tutela provisória no CPC de 2015 e a perplexidade doutrinária que provoca*. Acesso em fev 2019. Disponível em <https://www.migalhas.com.br/ProcessoeProcedimento/106,MI221866,41046-A+chamada+tutela+provisoria+no+CPC+de+2015+e+a+perplexidade>

antecipada e à indicação do pedido de tutela final, com a exposição da lide, do direito que se busca realizar e do perigo de dano ou do risco ao resultado útil do processo”, além da indicação do valor da causa⁴.

Logicamente, e nos termos do § 5º do art. 303, será necessária a indicação de que o autor pretende valer-se do instituto da tutela antecipada requerida em caráter antecedente — de forma a permitir que o magistrado identifique o instituto utilizado e pretendido pelo autor.

Em tais pontos, o dispositivo relembra as orientações do CPC/73 relativas à petição inicial das medidas cautelares⁵ — a matéria, especificamente, parece indene de maiores polêmicas.

Seguindo a sistemática da tutela antecipada antecedente, a nova estrutura processual traz diferentes orientações que deverão ser seguidas pelo autor, a depender da decisão liminar:

(i) caso a liminar não seja concedida, o juízo determinará a emenda inicial no prazo de cinco dias, sob pena de extinção do processo sem resolução do mérito (art. 303, § 6º, CPC/15) — da decisão cabe recurso de agravo; doutra banda,

(ii) caso o magistrado conceda tutela antecipada requerida — entendendo estarem preenchidos os requisitos autorizadores da concessão, os já mencionados *fumus boni iuris* e *periculum in mora* — o autor deverá, no prazo de quinze dias, ou outro prazo que o juiz fixar, aditar a petição inicial com a complementação de sua argumentação, a juntada de novos documentos e a confirmação do pedido de tutela final (art. 303, I, CPC/15), sob pena de extinção do processo sem resolução do mérito (art. 303, § 2º, CPC/15).

⁴ Achou por bem, o legislador, orientar a respeito do valor da causa em parágrafo apartado (art. 303, § 4º).

⁵ Art. 801 - Art. 801. O requerente pleiteará a medida cautelar em petição escrita, que indicará:

I - a autoridade judiciária, a que for dirigida;

II - o nome, o estado civil, a profissão e a residência do requerente e do requerido;

III - a lide e seu fundamento;

IV - a exposição sumária do direito ameaçado e o receio da lesão;

V - as provas que serão produzidas.

Parágrafo único. Não se exigirá o requisito do no III senão quando a medida cautelar for requerida em procedimento preparatório.

Concedida a liminar, o réu é citado e intimado para audiência de conciliação, nos moldes do NCPC. Não havendo acordo ou não sendo o caso da audiência, é aberto o prazo para contestação.

Doutra banda, caso o réu não interponha recurso contra a decisão que concedeu liminarmente a tutela antecipada antecedente, a decisão se torna estável. Nasce, assim, a figura da estabilização da tutela antecipada.

É a partir desse ponto que a sucessão de dúvidas, imbróglis e controvérsias começam a surgir, conforme passará a ser minuciosamente analisado.

2.1 DA ESTABILIZAÇÃO DA TUTELA ANTECIPADA ANTECEDENTE

Cabe o registro inicial, quanto ao ponto, que a estabilização da tutela antecipada encontra sua origem no direito francês que, em seu art. 484, dispõe a respeito de um sistema denominado *donnance de référé* — algo que poderia ser traduzido como ‘jurisdição sumária’.

Em análise perfunctória — limitando o estudo às características gerais do instituto sem adentrar ao funcionamento processual do sistema francês — tem-se que o *référé* visa à estabilização de uma situação, a interrupção de uma ilicitude ou paralisação de um abuso e acontece em um procedimento sumário que será julgado perante um juízo que não é, necessariamente, o condutor do processo principal — e nem precisa que exista uma ação em curso para a sua concessão.

Humberto Theodoro Júnior⁶ relembra que “o procedimento [do *référé*] se encerra no plano da emergência, com provimento próprio e independente de qualquer outro processo. Mas a decisão é desprovida de autoridade de coisa julgada”.

A Itália adaptou o modelo francês e criou, em 2003, uma sistemática processual, aplicável apenas aos processos societários (*provvedimenti d’urgenza con strumentalità attenuata*⁷), que se assemelham com a do *référé* francês. A sistemática italiana estabelece, assim como no sistema francês, autonomia da decisão que antecipa os efeitos da tutela, permitindo que a ação principal seja aviada em prazo posterior (30

⁶ THEODORO JÚNIOR, Humberto. Tutela antecipada. *Evolução. Visão comparatista. Direito brasileiro e direito europeu*. Revista de Processo. São Paulo: Ed. RT. Vol. 157, 2008. p. 137.

⁷ Nos termos do art. 669-octies do *Codice di Procedura Civile*.

dias). No molde italiano, contudo, a decisão só poderia ser modificada a pedido das partes e se houvesse mudança nas circunstâncias.⁸

Prosseguindo o estudo, o legislador brasileiro optou por não dar a autonomia processual tal como ocorre na França e na Itália e condicionou a estabilidade da decisão que concede a tutela antecipada à não interposição de recurso: “torna-se estável se da decisão que a conceder não for interposto o respectivo **recurso**” (*caput* do art. 304⁹), o que acarretará a extinção do processo (nos termos do art. 304, §1º).

A letra da lei fala em recurso. É dizer: se for apresentada contestação, a decisão, ainda assim, estará estável.

A norma, tal como está, — que admite apenas o recurso como forma de obstar a estabilização da decisão, deixando de lado outras espécies de impugnação — é objeto de crítica por inúmeros doutrinadores.

Foram vários os apontamentos relacionados à omissão legislativa, em especial a que se relaciona com a natureza da decisão estabilizada, que não foi mencionada pelo legislador (nos termos do já mencionado art. 304, §1º): se terminativa (sem resolução do mérito) ou definitiva (com resolução do mérito) e que, muito embora não sejam objeto do presente estudo, merece o devido registro.

O Novo Código de Processo, que otimizou e tanto acelerou a sistemática processual brasileira, falou menos do que deveria ou, pelo menos, é o que parte da doutrina sustenta, visto que a interpretação literal ofenderia a lógica e o bom-senso: a regra impõe que o processo seja extinto, unicamente, pela falta de recurso, levando à conclusão de que, num mesmo processo, a cognição precária deve prevalecer em relação à cognição verticalizada, exauriente, própria dos juízos ordinários.

Dito de outro modo, tal como está redigido o art. 304 do NCPC, exige que a parte ré recorra da decisão de cognição sumária para impedir a estabilização da decisão para, somente então, ter direito à cognição exauriente — o que, segundo converge grande parte da doutrina, não parece ser condizente com a sistemática, fugindo da finalidade, racionalidade e, quiçá, da constitucionalidade do novel *Codex*.

⁸ GRINOVER, Ada Pellegrini. *Tutela Jurisdicional diferenciada: a antecipação e sua estabilização*. *Revista de Processo*. Ano 30. n. 121. Março de 2015. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015. p. 32.

⁹ Sempre que não houver referência legislativa específica, os artigos citados referem-se ao Novo Código de Processo Civil, Lei 13105, de 16 de março de 2015.

Jorge Amaury Maia Nunes, sustenta que soa rigorosamente absurdo entender que um procedimento sumário (e é natural a criação de procedimentos sumários) seja concebido de sorte a permitir a sua extinção, mesmo ante a oferta de contestação, pelo simples fato de não haver sido tirado recurso de uma decisão de natureza precária. Confira-se:

Aduza-se, em favor de nosso entendimento, o fato de que a necessidade de contestar somente ocorrerá se frustrada a autocomposição e após o aditamento ofertado pelo autor (até porque, não ofertado o aditamento, o processo será extinto sem resolução de mérito, com cessação da eficácia da tutela antecipada que foi concedida), **situação em que, pela lógica, terá ocorrido a ordinarização do procedimento, a sugerir a necessidade de realização de cognição exauriente.** Na prática, imagine-se que um réu saiba que seu agravo não será provido ou até mesmo concorde que a pretensão do autor é mesmo verossímil — visto que os pressupostos para a concessão da tutela provisória não são, necessariamente, os mesmos pressupostos da procedência do pedido e que o réu possa, por exemplo, precisar de uma perícia mais complexa para revelar uma verdade contra-intuitiva — mas se vê obrigado a se irressignar contra os pressupostos da tutela provisória, tendo que interpor o recurso apenas para afastar a estabilização.

Sustenta, ainda, que a lei não pode modificar o sentido de algo existente no mundo fático — ‘uma mesa não pode virar cadeira porque a lei quer’. A literalidade da norma, tal como está, cria a impugnação de uma inicial por meio de um agravo de instrumento.

Luiz Guilherme Marinoni, Sérgio Cruz Arenhart e Daniel Mitidiero¹⁰ posicionam-se também no sentido de que a manifestação do réu, em primeiro grau de jurisdição, serve tanto quanto a interposição do recurso para evitar a estabilização da decisão, *in verbis*:

É claro que pode ocorrer de o réu não interpor o agravo de instrumento, mas desde logo oferecer contestação no mesmo prazo — ou, ainda, manifestar-se dentro desse mesmo prazo pela realização da audiência de conciliação ou de mediação. Nessa situação, tem-se que

¹⁰ MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. *Novo Curso de Processo Civil*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017

entender que a manifestação do réu no primeiro grau de jurisdição serve tanto quanto a interposição do recurso para evitar a estabilização dos efeitos da tutela. Essa solução tem a vantagem de economizar o recurso de agravo e de emprestar a devida relevância à manifestação de vontade constante da contestação ou do intento de comparecimento à audiência. Em ambas as manifestações, a vontade do réu é inequívoca no sentido de exaurir o debate com o prosseguimento do procedimento.

Daniel Amorim Assumpção Neves corrobora tal posicionamento e sustenta que a própria lógica do sistema, a própria razão de ser da estabilização da decisão é o réu deixar de se insurgir contra a tutela provisória concedida. Além da disso, o doutrinador entende que o objetivo do sistema é a diminuição do número de recursos o que iria de encontro com a interpretação literal do art. 304¹¹.

Há, porém, quem adote um posicionamento mais legal, à lítera, como é o caso de Alexandre Freitas Câmara, ao considerar que o mero fato de o réu oferecer contestação (ou se valer de qualquer outro meio postular a suspensão da medida liminar) não será suficiente para impedir a estabilização¹². Elpídio Donizetti segue a mesma linha e sustenta que cabe aos juízes atender à vontade da lei. O excesso de garantismo com criação de possibilidades, caminhos e faculdades não previstos na lei atenta contra a celeridade por todos almejada, constitui manifesto atentado à segurança jurídica¹³.

Lúcio Delfino e Diego Crevelin de Sousa trazem o contraponto e são enfáticos em afirmar que se a lei condiciona a estabilização da decisão concessiva da tutela antecipada à não interposição do respectivo recurso, não pode o intérprete, que não dispõe de licença criativa, avançar para recomendar, como caminho viável, a prática de quaisquer outros atos pelo réu que traduzam a sua vontade de dar sequência ao procedimento e obter tutela jurisdicional de mérito.

Apontam, ainda, que ignorar a nitidez do disposto no art. 304 seria fingir-se de cego. Nesse mesmo sentido Igor Raatz sintetiza em três razões para não se admitir que qualquer resposta do réu seja meio idôneo para impugnar a estabilização, são elas: (i) os limites semânticos do texto normativo; (ii) a diminuição (e até inutilidade) da

¹¹ NEVES, Daniel Amorim Assumpção. *Novo Código de Processo Civil*. Rio de Janeiro: Método, 2016, p. 214.

¹² CÂMARA, Alexandre Freitas. *O Novo Processo Civil Brasileiro*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2017, p. 150.

¹³ DONIZETTI, Elpídio. *Curso Didático de Processo Civil Comentado*. 20. ed. São Paulo: Atlas, 2017, p. 575.

estabilização em virtude de eventual ampliação interpretativa; e, por fim (iii) que o objetivo da norma seria a jurisdição sumária, sem finalidade cognitiva. A abordagem merece destaque, *in verbis*:

Três razões nos levam a não concordar com esse entendimento. A primeira, diz respeito à necessidade de que sejam **respeitados os limites semânticos do texto normativo**. O legislador não modificou o significado da palavra recurso, razão pela qual nem a doutrina, nem o órgão jurisdicional tem a liberdade para substituir a palavra recurso por qualquer manifestação do réu tendente a dar prosseguimento ao processo. Ora, texto e a norma não são cindíveis (embora exista entre eles uma diferença ontológica), razão pela qual não se pode considerar correta uma interpretação que extrapole os limites semânticos do texto. A segunda, é que **esse entendimento transforma a estabilização numa figura tão excepcional que ela acabaria deixando de existir**, até por razões práticas: como, no final das contas, somente em caso de revelia haveria a estabilização (pois qualquer atitude do réu impediria esse fenômeno) o autor nunca teria interesse na estabilização, pois diante da revelia do réu inevitavelmente teria preferência pela decisão fundada em cognição exauriente com aptidão para ser coberta pela coisa julgada. A terceira, está no contra sensu da proposta: se **a tônica é a jurisdição sem finalidade cognitiva**, com a prevalência da tutela sumária, os mecanismos tendentes a impedir a estabilização devem ser os mais restritos possíveis, sob pena de nunca nos desvencilharmos da ordinariedade.¹⁴

Essa parte positivista da doutrina entende que o art. 304 não pode ser objeto de interpretação e acreditam que a solução legislativa não é de todo despropositada: “se o recurso é meio interno de impugnação de decisão judicial e é razoável supor que só se obsta a estabilização de tutela antecipada antecedente da qual se discorda, mostra-se plenamente compreensível a escolha do legislador de atar a contenção da estabilização à interposição do recurso de agravo”¹⁵ — concluindo, então, que a intenção do legislador era evidentemente nítida.

¹⁴ DELFINO, Lúcio. CREVELIN DE SOUZA, Diego. A (não)estabilização da tutela antecipada: ajuste no conceito de recurso ou surgimento de um novo efeito recursal. Acesso em mar 2019.

Disponível em <https://emporiiodireito.com.br/leitura/a-nao-estabilizacao-da-tutela-antecipada-ajuste-no-conceito-de-recurso-ou-surgimento-de-um-novo-efeito-recursal> Acesso em mar 2019.

¹⁵ DELFINO, Lúcio. CREVELIN DE SOUZA, Diego. A (não)estabilização da tutela antecipada: ajuste no conceito de recurso ou surgimento de um novo efeito recursal. Acesso em mar 2019.

Disponível em <https://emporiiodireito.com.br/leitura/a-nao-estabilizacao-da-tutela-antecipada-ajuste-no-conceito-de-recurso-ou-surgimento-de-um-novo-efeito-recursal> Acesso em mar 2019.

A par da divisão doutrinária a respeito do thema, aguardava-se com entusiasmo o posicionamento do Superior Tribunal de Justiça a fim de saber se seria o caso de prevalecer a diretiva gramatical de interpretação ou se seria o caso de interpretação extensiva do dispositivo legal (interpretação sistemática e/ou teleológica).

3. INTERPRETAÇÃO AMPLIADA DO ART. 304 NO ENTENDIMENTO DO STJ – O CASE

O Superior Tribunal de Justiça, num primeiro momento, no julgamento do REsp 1.760.966/SP¹⁶, entendeu que **qualquer tipo de impugnação** à decisão que concede tutela antecipada é meio hábil para impedir a ocorrência do fenômeno estabilizatório do art. 304 do NCPC. Naquele caso, alçado o especial à Corte Superior e passando à análise da negativa de vigência dos arts. 303 e 304 do Novo Código de Processo Civil, o ilustre relator entendeu que qualquer meio de impugnação seria suficiente para obstar a estabilização da tutela antecipada antecedente.

Quanto ao ponto, iniciou suas considerações analisando o instituto do *référé* do Direito francês — outrora já mencionado —, na medida em que foi referência para a figura da estabilização da decisão no direito brasileiro. Lá, segundo a análise do Ministro Relator, o instituto é aplicável em situações em que as partes teriam se contentado com a tutela antecipada, não havendo necessidade de se prosseguir com o processo até a decisão final (sentença). Confira-se o excerto, *ad litteram*:

Em outras palavras, o autor fica satisfeito com a simples antecipação dos efeitos da tutela satisfativa e o réu não possui interesse em prosseguir no processo e discutir o direito alegado na inicial (*omissis*)

A ideia central do instituto, portanto, é que, após a concessão da tutela antecipada em caráter antecedente, nem o autor nem o réu

¹⁶ STJ, REsp 1.760.966/SP, Terceira Turma, rel. Min. Marco Aurélio Bellizze, julgamento em 04/12/2018. Acesso em fev 2019. Disponível em : https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=87842082&num_registro=201801452716&data=20181207&tipo=51&formato=PDF

tenham interesse no prosseguimento do feito, isto é, não queriam uma decisão de cognição exauriente do Poder Judiciário, apta a produzir coisa julgada material.

O relator, em seguida, afirma que a leitura do dispositivo deve ocorrer utilizando como base na interpretação “sistemática e teleológica” e, por isso, a estabilização deveria ocorrer somente se não houvesse qualquer tipo de impugnação, *in verbis*:

O referido dispositivo legal disse menos do que pretendia dizer, razão pela qual a interpretação extensiva mostra-se mais adequada ao instituto, notadamente em virtude da finalidade buscada com a estabilização da tutela antecipada. Nessa perspectiva, caso a parte não interponha o recurso de agravo de instrumento contra a decisão que defere a tutela antecipada requerida em caráter antecedente, mas, por exemplo, se antecipa e apresenta contestação refutando os argumentos trazidos na inicial e pleiteando a improcedência do pedido, evidentemente não ocorrerá a estabilização da tutela.

Assevera que admitir apenas os recursos como forma de obstar a estabilização da tutela antecipada antecedente estimularia a interposição de agravos de instrumento, e de ações autônomas (art. 304, § 2º), sobrecarregando os Tribunais.

Aponta ao final, doutrinadores que comungam do mesmo posicionamento. Destaca-se, aqui, posicionamento trazido de Daniel Amorim Assumpção Neves que sustenta, de forma ampla, que qualquer forma de manifestação de inconformismo do réu seria suficiente para afastar a estabilização prevista no art. 304. Na mesma linha de entendimento, a colenda Corte ressaltou Fredie Didier Jr., Paula S. Braga e Rafael A. de Oliveira nos seguintes termos, *in verbis*:

Se, no prazo de recurso, o réu não o interpõe, mas resolve antecipar o protocolo da sua defesa, fica afastada a sua inércia, o que impede a estabilização - afinal, se contesta a tutela antecipada e a própria tutela definitiva, o juiz terá que dar seguimento ao processo para aprofundar sua cognição e decidir se mantém a decisão antecipatória ou não. Não se pode negar ao réu o direito a uma prestação jurisdicional de mérito definitiva, com aptidão para a coisa julgada" (Curso de Direito Processual Civil: Teoria da Prova, Direito Probatório, Decisão, Precedente,

Coisa Julgada e Tutela Provisória. 12^a ed. Salvador: Editora Juspodivm, 2016, p. 690).

Conforme se extrai do posicionamento, a Corte Superior não chegou a invocar expressamente a interpretação extensiva, aplicando a interpretação sistemática e teleológica, sem aprofundar a respeito do que seria cada uma delas.

Mostra-se, portanto, imperiosa a análise do sistema hermenêutico aplicado ao caso, bem como a análise do projeto do Novo Código de Processo Civil.

Posteriormente, em recente julgado, e em decisão antagônica, o STJ entendeu que apenas o agravo de instrumento seria capaz de impedir a estabilização da decisão (a votação foi acirrada: 3 (três) votos a 2 (dois)).

Naquela oportunidade, o voto-vencedor, proferido pelo Ministro Sergio Kukina, entendeu que “a interpretação ampliada do conceito, efetuada pelo tribunal de origem, caracterizaria indevida extrapolação da função jurisdicional”.

4. LEGALIDADE DA AMPLIAÇÃO DA INTERPRETAÇÃO PELO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

A partir do texto do art. 304 e do entendimento aplicado pela Corte Superior, indaga-se se há espaço hermenêutico para a interpretação extensiva, tal como ocorreu.

Inafastável, portanto, analisar, com base nos princípios do ordenamento jurídico brasileiro e nas regras de hermenêutica, a validade da interpretação aplicada pelo STJ: qual seria a finalidade do texto legal? O legislador de 2015 quis ser mais garantista ao trazer a expressão “recurso”? Quais seriam os limites da interpretação extensiva a ser aplicada pela Corte Superior?

É diante de tais hesitações, sejam elas de ordem sintática, semântica ou pragmática, é que o Superior Tribunal de Justiça passou a ter a função de manter íntegro o ordenamento jurídico por meio da interpretação das leis. A hermenêutica jurídica surge, assim, como forma de compreender as normas e obter soluções para os conflitos que surgem, aplicando métodos para a decifrar o texto legal.

Diante das incertezas e inseguranças, não há outro caminho que não seja o estudo a respeito [do acerto] da técnica, dos métodos hermenêuticos utilizados pelo Superior Tribunal de Justiça e da constitucionalidade da interpretação aplicada.

Pois bem. É cediço que a função da hermenêutica jurídica é a de fixar o sentido e o alcance da norma, porquanto os destinatários devem saber e conhecer os fins para os quais a norma foi preceituada.¹⁷ Assim, utilizando-se do círculo hermenêutico, o jurista coteja elementos textuais e extratextuais para chegar a uma compreensão final: ‘o texto é portador de um significado que é o texto, e não o seu autor’.¹⁸

Hans-Gregor Gadamer, uma das maiores referências da exegese, esclarece que a compreensão hermenêutica não deve partir de uma opinião prévia, mas de opiniões quanto à sua origem e validade. Merece destaque:

La comprensión sólo alcanza sus verdaderas posibilidades cuando las opiniones previas con las que se inicia no son arbitrarias. Por eso es importante que el intérprete no se dirija hacia los textos directamente, desde las opiniones previas que le subyacen, sino que examine tales opiniones en cuanto a su legitimación, esto es, en cuanto a su origen y validez. (...)

Frente a todo texto nuestra tarea es no introducir directa y acriticamente nuestros propios hábitos lingüísticos (...). Por el contrario, reconocemos como tarea nuestra el ganar la comprensión del texto sólo desde el hábito lingüístico de su tiempo o de su autor.¹⁹

Os fenômenos interpretativos exigem da hermenêutica jurídica mecanismos capazes de solucionar situações não imaginadas pelo legislador. Os métodos de

17 MAGALHÃES, Maria da Conceição Ferreira. *A hermenêutica jurídica*. Rio de Janeiro: Forense, 1989.

18 Nas palavras de Inocêncio Mártires Coelho: Não há exegese sem um portador de significado (teneur), que é o texto e não o seu autor e, muito menos, aquele que o interpreta; se não existe um significado objetivo, então o texto não tem nada a dizer sobre qualquer coisa, liberando-se os seus ‘intérpretes’ para manipulá-lo e reduzindo-se a atividade hermenêutica a um relativismo banalizador; ‘entre a intenção do autor e o propósito do intérprete, exteste a intenção do texto. MARTIRES COELHO, Inocêncio. *Da hermêutica filosófica à hermenêutica jurídica / Fragmentos*. Ed. Saraiva. 3ª Ed. p 434.

19 Tradução livre: A compreensão somente alcança sua verdadeira possibilidade, quando as opiniões prévias, com as quais ela inicia, são arbitrárias. Por isso faz sentido que o intérprete não se dirija aos textos diretamente, a partir da opinião prévia que lhe subjaz, mas que examine tais opiniões quanto à sua legitimação, isto é, quanto à sua origem e validade. (...) Face a qualquer texto, nossa tarefa é não introduzir, direta ou acriticamente, nossos próprios hábitos lingüísticos. Pelo contrário, reconhecemos como nossa tarefa o alcançar a compreensão do texto somente a partir do hábito lingüístico epocal e de seu autor. E

m GADAMER, Hans-Georg. *Verdad y Método*. Salamanca: Ediciones Sígueme. 12 edição, 2007, p. 334.

interpretação são, portanto, regras técnicas que visam a obtenção de um resultado, qual seja, a orientação do intérprete para os problemas de decidibilidade dos conflitos.

Analisando precisamente o caso objeto da controvérsia, o Recurso Especial 760.966/SP, foi possível verificar que o Superior Tribunal de Justiça invocou, de forma expressa, a interpretação “sistemática e teleológica” — mas sem, contudo, adentrar na definição do que seria tal interpretação, ou por quais motivos estaria interpretando dessa forma. Considerou, ainda, aquela Corte Superior, que o legislador disse menos do que queria, mas não mencionou estar aplicando a interpretação extensiva.

Tem-se que, seguindo a lição de Tércio Sampaio Ferraz Júnior, a interpretação pode ocorrer de diversas formas. Pode ser gramatical, lógica ou sistemática quando se relaciona com os problemas das palavras dentro de um contexto ou quando se relaciona às conexões entre as expressões. A interpretação pode, ainda, ser histórica, sociológica e evolutiva, quando a celeuma estiver ligada ao significado das palavras, considerando o conjunto cultural, político e econômico. É o caso, por exemplo, de análise de precedentes normativos que vigoravam no passado e que antecederam a nova disciplina.

A interpretação teleológica e axiológica, por sua vez, relaciona-se ao método de atribuir um propósito à norma: “ativa a participação do intérprete na configuração do sentido. É como se o intérprete tentasse fazer com que o legislador fosse capaz de mover suas próprias previsões”.

À luz da redação do art. 304, salta aos olhos que a celeuma interpretativa se relaciona à interpretação teleológica e axiológica — tal como mencionado pelo Ministro Relator — haja vista que não há qualquer indagação ligada às palavras, expressões, nem existem indagações a respeito da interpretação sob o viés histórico-evolutivo da norma.

Muito embora naquele julgado a Corte Superior não tenha adentrado na definição do que seria a interpretação teleológica, fato é que os questionamentos que contornam o art. 304 giram em torno do fim, do objetivo, do propósito que a norma pretendia servir ou tutelar.

Mas há mais a respeito das técnicas hermenêuticas que poderiam ser adotadas pela Corte Superior. Não obstante a imensa cadeia de nomenclaturas, divisões e nuances a respeito dos vários métodos e tipos dogmáticos de interpretação, mantem-se, no presente estudo, a classificação tradicional adotada por Tércio Sampaio Ferraz Júnior que classifica a interpretação, quanto ao alcance da norma, como (i) especificadora (declarativa); (ii) restritiva ou (iii) extensiva.²⁰

A primeira delas, interpretação especificadora é aquela em que “a letra da lei está em harmonia com a *mens legis* ou o espírito da lei, cabendo ao intérprete apenas constatar a coincidência”²¹.

A interpretação restritiva, por sua vez, é aquela que se limita ao sentido da norma jurídica, por ela ter sido muito vaga.

A interpretação extensiva, por seu turno, é aquela que amplia a norma para além do contido em sua letra — essa última foi, sem sombra de dúvidas, o instrumento utilizado pela Corte Superior para entender que não só o recurso seria capaz de obstar a estabilização os efeitos da tutela, muito embora aquela Corte não tenha mencionado, explicitamente, a tivesse aplicado.

Utilizando a melhor doutrina hermenêutica, na hipótese de divergência entre o sentido literal e o sentido genético, teleológico ou sistemático, adota-se “uma das interpretações corretivas, entre as quais se destaca a extensiva, que é um modo de interpretação que amplia o sentido da norma para além do contido em sua letra”²². Não foi outro o caminho adotado pelo STJ.

Identificados o método interpretativo utilizado pelo Superior Tribunal de Justiça — a interpretação teleológica e extensiva — além de atestar a validade do método hermenêutico de interpretação jurídica utilizado — passa-se à delicada análise do acerto da interpretação aplicada pela Corte Superior à luz da intenção precípua do legislador.

²⁰ SAMPAIO JR., Tercio Sampaio. *Introdução ao estudo do direito: técnica, decisão e dominação*. 3 ed. São Paulo Atlas, 2001.

²¹ SAMPAIO JR., Tercio Sampaio. *Introdução ao estudo do direito: técnica, decisão e dominação*. 3 ed. São Paulo: Atlas, 2001, pág. 290.

²² CUNHA, Leonardo Carneiro da; DIDIER JR, Fredie. *Agravo de instrumento contra decisão que versa sobre competência e a decisão que nega eficácia a negócio jurídico processual na fase de conhecimento: uma interpretação sobre o agravo de instrumento previsto no CPC/2015*. *Revista de Processo*, São Paulo, v.40, p. 279.

4.1 Do anteprojeto do Novo Código de Processo Civil

No comando legal do art. 304 há menção expressa a respeito do fato de que a estabilização da decisão ocorre caso não seja interposto o referido “recurso”. Merece destaque, *ipsis litteris*:

Art. 304. A tutela antecipada, concedida nos termos do art. 303, torna-se estável se da decisão que a conceder não for interposto o respectivo recurso.

Em uma primeira linha investigativa, para que se identifique qual seria a intenção do legislador, mister a análise da Exposição de Motivos do Anteprojeto do Novo CPC, de forma a aproximar o intérprete à intenção precípua do legislador. Confira-se o excerto, *in verbis*:

No afã de atingir esse escopo deparamo-nos com o excesso de formalismos processuais, e com um volume imoderado de ações e de recursos. Mergulhamos com profundidade em todos os problemas, ora erigindo soluções genuínas, ora criando outras oriundas de sistema judiciais de alhures, optando por instrumentos eficazes, consagrados nas famílias da civil law e da common law, sempre prudentes com os males das inovações abruptas mas cientes em não incorrer no mimetismo que se compraz em repetir, ousando sem medo.

A tentativa de buscar soluções para combater o formalismo processual e o volume imoderado de ações foi, sem margem para dúvidas, a mola impulsora do legislador de 2015. O Anteprojeto deixa claro, ainda, o intuito de verem aplicados os valores constitucionais ao Novo Código de Processo Civil, *in verbis*:

Na elaboração deste Anteprojeto de Código de processo Civil, essa foi uma das linhas principais de trabalho: resolver problemas. deixar de ver o processo como teoria descomprometida de sua natureza fundamental de método de resolução de conflitos, por meio do qual se realizam valores constitucionais²³ (pág. 22)

²³ Anteprojeto de reforma do Código de Processo Civil. Acesso em mar 2019. Disponível em <http://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/496296/000895477.pdf?sequence=1>

Ocorre que, parte da doutrina, já mencionada, sustenta que o projeto inicial do código, Projeto de Lei n.166/2010, empregava, genericamente, o termo “impugnação”, sendo, posteriormente, modificado para “recurso” — o que reforçaria a tese de que caso fosse a intenção do legislador de que qualquer meio de impugnação fosse capaz de obstar a estabilização, ele o teria feito mantendo a expressão “impugnação”. Merece análise a redação original:

Art. 288. Não sendo contestado o pedido, os fatos alegados pelo requerente presumir-se-ão aceitos pelo requerido como verdadeiros, caso em que o juiz decidirá dentro de cinco dias.

§ 1º Contestada a medida no prazo legal, o juiz designará audiência de instrução e julgamento, caso haja prova a ser nela produzida.

§ 2º Concedida a medida em caráter liminar e não havendo impugnação, após sua efetivação integral, o juiz extinguirá o processo, conservando a sua eficácia.

Art. 289. Impugnada a medida liminar, o pedido principal deverá ser apresentado pelo requerente no prazo de um mês ou em outro prazo que o juiz fixar.

§ 1º o pedido principal será apresentado nos mesmos autos em que tiver sido veiculado o requerimento de medida de urgência, não dependendo do pagamento de novas custas processuais.

§ 2º A apresentação do pedido principal será desnecessária se o réu, citado, não impugnar a liminar. § 3º na hipótese prevista no § 2o, qualquer das partes poderá propor ação com o intuito de discutir o direito que tenha sido acautelado ou cujos efeitos tenham sido antecipados.

Da leitura do excerto acima é possível verificar que o projeto anterior continha moldes diferentes do formato que foi posteriormente aprovado. O mecanismo da estabilização, por exemplo, continha regra que excluía explicitamente a estabilização em caráter incidental. A redação, tal como estava, era incompatível com o regime das medidas incidentais e, por isso, foi necessária uma completa reformulação do instituto.

O projeto de lei chegou a ter um dispositivo relacionado à estabilização nas tutelas de urgência incidentais: “Aplicam-se à medida requerida incidentalmente as disposições relativas à estabilização dos efeitos da medida de urgência não contestada. Havendo contestação o processo prosseguirá”, mas o dispositivo acabou sendo rejeitado e o novo código foi aprovado permitindo a estabilização na seara da tutela incidental no formato que conhecemos atualmente.

Nas palavras de Eduardo Talamini, quando analisou a alteração o projeto inicial, o emprego da técnica de estabilização nas medidas incidentais dependia de regras específicas, compatíveis com a estrutura e a dinâmica de todo um processo. Confira-se:

Não se ignora a possibilidade de emprego da técnica da estabilização nas medidas sumárias incidentais — como acontece na Itália, por exemplo. Mas isso depende de regras específicas que definam parâmetros de estabilização compatíveis com a estrutura e dinâmica de um processo de cognição exauriente já em curso.²⁴

Teria sido o caso de aplicação de má técnica no desenvolvimento das regras e parâmetros para estabilização da decisão? A resposta só o legislador possui.

Bem a propósito, Eduardo Talamini traz a lume que a estabilização da tutela urgente não constava das linhas gerais previamente anunciadas pela comissão de juristas incumbida da elaboração do anteprojeto do novo Código, não tendo sido submetido à discussão nas audiências públicas que antecederam a apresentação do Projeto.

Analisando as considerações trazidas e o percurso legislativo do art. 304, vêm à tona que os debates a respeito da matéria foram parcos. O instituto que seria inédito no sistema processual brasileiro, a ser importado do sistema francês e do sistema italiano, merecia a minúcia e a astúcia do legislador.

Fato é que, considerando a tramitação e as modificações legislativas no projeto no novo código, não se pode concluir qual a real intenção do legislador: (i) nem que a expressão aprovada no Novo Código de Processo seria contraditória ao texto anterior (e por isso descarta-se a suposta intenção expressa de estabelecer que o recurso seria o único meio hábil para obstar a estabilização da decisão); e (ii) nem que o legislador teria falado menos do que queria — não tomando por referência o projeto de lei.

Não encontrando a pronta resposta no anteprojeto do novo código, e para encontrar resposta às indagações existentes, mostra-se imperioso retomar o estudo do

²⁴ TALAMINI, Eduardo. *Tutela de urgência no projeto de novo Código de Processo Civil: a estabilização da medida urgente e a “monitorização” do processo civil brasileiro*. Revista de Processo, São Paulo, a. 37, v. 209, p. 30.

instituto francês e italiano para, somente então, avaliar o acerto da interpretação do Superior Tribunal de Justiça.

4.2 Análise à luz da origem — *ordonnance de référé*

Basta uma breve análise do procedimento francês do *référé* para verificar que o instituto visa a conferir um maior grau de efetividade à tutela jurisdicional, que deve ser prestado de forma célere, autônoma e independente. No sistema francês, conforme já analisado, as partes podem se contentar com a *ordonnance de référé* e não ajuizar nova demanda a fim de obter a cognição exauriente, mas sempre, em todas as hipóteses, será analisado se o direito das partes não foi contestado. Confira-se:

Sempre foi admitido que o juiz do *référé* pudesse colocar fim a uma circunstância de fato, sem que, para tanto, houvesse a necessidade de prejudicar o mérito do litígio. Concede-se uma oportunidade de intervenção do juiz do *référé* nos casos de flagrante ilegalidade, que pudessem ser conceituados como aqueles sem fundamento ou justificação legal ou aqueles que impediam o exercício de um direito evidente. **É também reconhecido ao juiz do *référé* o poder de fundamentar as *ordonnance* sobre o direito das partes, quando se tratasse de direitos evidentes e não seriamente contestado.**

Ocorre que, no que interessa ao cerne da controvérsia aqui analisada, no instituto francês, para que ocorra a estabilização da decisão, é fundamental que o Réu não se insurja contra o seu conteúdo.

É bem verdade que o sistema francês mostra procedimentos verdadeiramente diferentes do sistema vigente no Brasil.

Sem adentrar no estudo profundo do direito comparado do *référé* — que não é objeto da presente análise — é preciso verificar os contornos do instituto criado pelo sistema brasileiro para que se apure se a intenção do legislador era, de fato, conferir estabilização da decisão apenas em situações em que as partes se contentavam com a decisão de antecipação de tutela — na linha interpretativa aplicada pela Corte Superior.

Assim, da mera análise do procedimento francês, é possível constatar inúmeras diferenças entre eles. É possível, v.g., que no sistema do *référé* se dispense a

representação processual por um advogado, assemelhando-se com o que acontece nos Juizados Especiais da Lei 9.099/95 no Brasil. O sistema também se diferencia do brasileiro quando dispõe que a parte sucumbente pode ainda, por exemplo, recorrer da decisão judicial exarada pelo juiz do *référé* e, ao mesmo tempo, ajuizar nova demanda para obter a cognição exauriente. Em várias passagens é possível ver o afastamento do sistema brasileiro do sistema francês.

Cécile Chainais aponta que “o procedimento provisório do *référé* é caracterizado pela oralidade, informalidade, economia processual, simplicidade e pela celeridade” — características bem diferentes do sistema de estabilização vigente no Brasil.

Já se disse que a nova legislação processualista brasileira foi proposta no intuito de garantir maior efetividade e celeridade ao processo, transformando a estabilização da tutela em uma fuga do procedimento comum (longo e demorado), mesmo que tal solução seja realizada em caráter provisório, num primeiro momento.

Extraí-se que foi na tentativa de retirar do judiciário montantes exagerados de lides que se procurou propiciar uma tutela que pudesse apaziguar as situações controvertidas pois em determinados casos, sendo a tutela antecipada suficiente para ambos os polos da demanda, o processo deveria ser extinto. Confira-se:²⁵

Como forma de retirar do Judiciário o montante exagerado de lides a seres solucionadas, procurou-se compulsar os interesses discutidos, e proporcionar uma tutela que possa apaziguar as situações controversas, pois em determinados casos, conforme for a decisão tomada em caráter antecipado antecedente, **pode ser suficiente para ambos os polos do processo**, extinguindo já nesse momento o interesse em prosseguir e levar a diante o desenrolar do processo.

Diante disso, **o interesse brasileiro em estimular o não prolongamento das lides e afastar em determinadas situações o exaurimento da cognição, nos fez buscar na legislação francesa a saída a esta problemática.**

²⁵ MALINOVSKI, Andrey. *A estabilização da Tutela antecipada antecedente e o comparativo com o référé francês*. 2017. Monografia -Curso de Direito, Universidade Federal do Paraná, p.51-52.

Note-se que no modelo escolhido pelo legislador pátrio, a estabilização da tutela é aplicada em apenas em casos em que a parte contrária não usufrua do seu direito de contraditório e ampla defesa. Nesse viés, o manejo de agravo de instrumento, que por vezes estaria sabidamente fadado ao fracasso, seria aviado com o único fim de obstar a estabilização da decisão — soma-se a isso o fato de que não seria necessário o provimento do recurso: bastaria o mero aviamento do agravo para que se obste a estabilização da decisão.

Ora, o agravo não se presta a esse fim e nunca se teve registro que o novo código de processo civil pretendia criar uma nova figura recursal e nem mesmo um novo “efeito recursal”.

Imagine-se uma a situação em que o réu, num primeiro momento, se conformasse com a tutela antecipada concedida mas necessitasse da dilação probatória para reverter os rumos da decisão que lhe foi desfavorável. Seria imposto a esse réu a obrigatoriedade do manejo de recurso sem qualquer proveito, utilidade ou interesse — visto que o réu não teria qualquer irresignação quanto à tutela concedida ao Autor. Ora, não haveria nenhum proveito processual nessa sistemática: nem na efetividade nem em celeridade na resolução do conflito, o que contraria o próprio instituto — tanto na sua origem francesa, quanto no formato adaptado pelo legislador brasileiro.

Enquanto isso, na doutrina francesa é praticamente impossível crer em estabilização sem a participação da parte que teve uma decisão desfavorável a si — quiçá ignorar uma impugnação ofertada pelo réu.

Para aquele ordenamento, a estabilização somente será observada se a parte “derrotada” pôde dar ao magistrado um mínimo de conhecimento a respeito da sua visão da controvérsia²⁶. Daí o positivo resultado de que 80% das decisões do *référé* estabilizam-se.

Postas essas considerações, observa-se que em muito se afastou o sistema brasileiro do francês, mas fato é que a natureza do instituto, em sua própria essência, não permite que a vontade inequívoca do réu de ver o prosseguimento do feito, com o

²⁶ MALINOVSKI, Andrey. *A estabilização da Tutela antecipada antecedente e o comparativo com o référé francês*. 2017. Monografia -Curso de Direito, Universidade Federal do Paraná, p. 53.

exaurimento da cognição, seja desconsiderada. Ignorar a manifestação do réu — ou outras formas de impugnação — com o intuito de obstar a estabilização da decisão seria uma evidente violação aos direitos constitucionais do contraditório e da ampla defesa.

Bem a propósito, a violação constitucional passa ser doravante analisada.

4.3 Da interpretação conforme

Em que pese a análise teleológica da estabilização da tutela antecipada permitir a aceitação de outras formas de impugnação para estabilização da decisão, o estudo merece o mapeamento das hipóteses em que a diretiva gramatical deve ceder diante de outras diretivas institucionais, o que acarreta na necessária análise hermenêutica à luz da interpretação conforme a Constituição Federal.

A interpretação conforme, não obstante os demais instrumentos interpretativos já trazidos ao presente ensaio, é uma das mais modernas formas de hermenêutica que visa, não só a descoberta da vontade da lei, mas, ao seu enquadramento à moldura constitucional. Não é dado, aqui, ao intérprete, a discricionariedade para subverter o sentido da lei, onde a interpretação conforme a Constituição enfrenta os limites do próprio texto legal. Desse modo, se a norma for inevitavelmente incompatível com a Constituição a declaração de sua inconstitucionalidade deve ser decreta.²⁷

Corolário do processo legal o princípio do contraditório impede que o direito do litigante de se manifestar seja encurtado, diminuído ou restringido, nos termos da Carta Magna que dispõe que “aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes” (art. 5º, LV da CF).

²⁷ DORNELES, Tatiana Poltosi. *O controle de constitucionalidade e a interpretação conforme a Constituição*. In: **Âmbito Jurídico**, Rio Grande, IX, n. 35, dez 2006. Disponível em: http://www.ambitojuridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_%20artigos%20leitura&artigo_id=1528<http://www.ambitojuridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_%20artigos%20leitura&artigo_id=1528>. Acesso em fev 2019.

Sob a proteção constitucional, deve-se ter em mente que os institutos do Novo Código de Processo Civil só podem ser considerados efetivos se abarcarem as garantias constitucionais.

Analizando sob tal ótica, é possível verificar que o atrelamento do impedimento da estabilização por meio da interposição do recurso seria desconsiderar, em absoluto, a manifestação do réu, em evidente ofensa aos princípios do contraditório e ampla defesa. Rememore-se que não há qualquer necessidade de admissibilidade ou provimento do recurso (!).

Nessa senda, desconsiderar por completo eventual impugnação, ignorando a insurgência do réu contra a decisão sumária não atenderia às garantias constitucionais mínimas. Nas palavras de Gustavo Bohrer Paim:

Uma decisão antecipatória que possua maior estabilidade e que preveja a inversão do contraditório, facultando ao sucumbente da referida decisão a propositura ou a continuidade de uma ação plenária, **não atentaria às garantias constitucionais**, tratando-se, por conseguinte, de matéria passível de ser analisada em conformidade com a conveniência de sua aplicação²⁸

É possível apurar, ainda, que afastar a impugnação ofertada, aplicando o evento estabilizador, resulta no cerceamento ao direito do réu de obter a cognição exauriente, em nítida afronta ao devido processo legal.

De todo exposto, parece certo afirmar que a inversão da iniciativa, de incumbir ao réu a insurgência contra a decisão concessiva de tutela, é válida e plenamente constitucional.²⁹ O que parece fugir da Carta Magna é a desconsideração da contestação ou outras formas de impugnação como forma de obstar a estabilização.

5. CONCLUSÃO

²⁸ PAIM, Gustavo Bohrer. *Estabilização da tutela antecipada*. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2012., p. 189

²⁹ Nas palavras de Ovídio Baptista da Silva: “o princípio do contraditório está igualmente preservado nos casos do chamado contraditório eventual, em que a defesa transforme-se de contestação, em causa petendi de uma ação inversa a ser facultativamente ajuizada pelo sucumbente no juízo sumário. “ SILVA, Ovídio Baptista. *O contraditório nas ações sumárias. Da sentença liminar à nulidade da sentença*, Rio de Janeiro. Ed. Forense. 2002. p. 281.

A interpretação extensiva aplicada pelo Superior Tribunal de Justiça, muito embora não tenha esmiuçado a matéria ou se debruçado sobre os instrumentos hermenêuticos aplicados, aplicou de forma equivocada a interpretação restritiva ao não reconhecer outras formas de impugnação como instrumentos hábeis a obstar a estabilização da tutela antecipada.

Pela arquitetura organizacional do Novo CPC não é possível extrair se era a vontade do legislador criar um novo efeito ou uma nova formatação de recurso³⁰. É possível verificar, todavia, que a estabilização da tutela foi mecanismo criado para dar celeridade e efetividade aos processos de cognição sumária. É preciso, assim, que sejam criados ‘freios para que desastres não aconteçam’.

Analizado o procedimento a partir de sua origem histórica, é possível verificar, ainda, que o instituto da estabilização jamais se sobreporia à contrariedade do réu com a decisão em ver o processo ser estabilizado. O instituto foi criado precipuamente para atender situações em que as partes se contentam com a decisão: o autor com a antecipação da tutela satisfativa e o réu sem interesse em prosseguir no litígio. Seria inimaginável no sistema francês ignorar uma impugnação (ou contestação, v. g.) e estabilizar uma decisão pelo simples do fato da parte não ter aviado o “recurso”.

Sob a ótica do direito pátrio, a manifesta vontade do réu em não ver a decisão estabilizada, seja por meio do recurso, seja por meio de outras formas de impugnação, deve ser considerado instrumento hábil a impedir a estabilização.

Ainda assim, não seria possível admitir, à luz dos princípios elencados na Carta Magna, que a estabilização pudesse ocorrer em detrimento da impugnação apresentada, sob pena de afronta direta ao contraditório e à ampla defesa.

REFERÊNCIAS

BRASIL. *Projeto de Lei do Senado nº 186/2005*. Disponível em: <https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/73862> Acesso em 5 de mar de 2019.

³⁰ MARINONI, Luiz Guilherme. *Tutela de urgência e tutela de evidência. Soluções Processuais diante do tempo da Justiça*. 2ª ed. Ed. RT 2017.p. 234.

BUENO, Cassio Scarpinella. *Novo Código de Processo Civil anotado*. São Paulo: Saraiva, 2015.

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

CUNHA, Leonardo Carneiro da; DIDIER JR, Fredie. *Agravo de instrumento contra decisão que versa sobre competência e a decisão que nega eficácia a negócio jurídico processual na fase de conhecimento: uma interpretação sobre o agravo de instrumento previsto no CPC/2015*. *Revista de Processo*, São Paulo.

DELFINO, Lúcio. CREVELIN DE SOUZA, Diego. *A (não)estabilização da tutela antecipada: ajuste no conceito de recurso ou surgimento de um novo efeito recursal*. Acesso em mar 2019.

DONIZETTI, Elpídio. *Curso Didático de Processo Civil Comentado*. 20. ed. São Paulo: Atlas, 2017.

GADAMER, Hans-Georg. *Verdad y Método*. Salamanca: Ediciones Sígueme. 12 edição, 2007.

GRINOVER, Ada Pellegrini. *Tutela Jurisdicional diferenciada: a antecipação e sua estabilização*. *Revista de Processo*. Ano 30. n. 121. Março de 2015. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015.

LOPES DA COSTA, Alfredo de Araújo. *Medidas preventivas*. 2. ed. Belo Horizonte: Livraria Bernardo Alvares Ed., 1958.

MAGALHÃES, Maria da Conceição Ferreira. *A hermenêutica jurídica*. Rio de Janeiro: Forense, 1989.

MAIA NUNES, Jorge Amaury Maia. Processo e Procedimento. Portal Migalhas. *A chamada tutela provisória no CPC de 2015 e a perplexidade doutrinária que provoca*. Acesso em fev 2019. Disponível em <https://www.migalhas.com.br/ProcessoeProcedimento/106,MI221866,41046-A+chamada+tutela+provisoria+no+CPC+de+2015+e+a+perplexidade>

MALINOVSKI, Andrey. *A estabilização da Tutela antecipada antecedente e o comparativo com o référé francês*. 2017. Monografia -Curso de Direito, Universidade Federal do Paraná.

MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. *Novo Curso de Processo Civil*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017.

MARINONI, Luiz Guilherme. ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. ***Novo Código de Processo Civil Comentado***. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

MARINONI. Luiz Guilherme. *Tutela de urgência e tutela de evidência. Soluções Processuais diante do tempo da Justiça*. 2ª ed. Ed. RT 2017.

MARTIRES COELHO, Inocêncio. *Da hermêutica filosófica à hermenêutica jurídica / Fragmentos*. Ed. Saraiva. 3ª Ed.

NEVES, Daniel Amorim Assumpção. *Novo Código de Processo Civil*. Rio de Janeiro: Método, 2016.

PAIM, Gustavo Bohrer. *Estabilização da tutela antecipada*. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2012.

RAATZ, Igor. *Tutelas Provisórias no Processo Civil Brasileiro*. Livraria do Advogado. 2018.

SAMPAIO JR., Tercio Sampaio. ***Introdução ao estudo do direito: técnica, decisão e dominação.*** 3 ed. São Paulo Atlas, 2001.

SILVA, Ovídio A. Baptista. *Curso de Processo Civil* v.2. Processo Cautelar (tutelas de urgência) 4.ed.rev.atual. Rio de Janeiro: Forense, 2008.

TALAMINI, Eduardo. *Tutela de urgência no projeto de novo Código de Processo Civil: a estabilização da medida urgente e a “monitorização” do processo civil brasileiro.* Revista de Processo, São Paulo, a. 37, v. 209.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. Tutela antecipada. *Evolução. Visão comparatista. Direito brasileiro e direito europeu.* Revista de Processo. São Paulo: Ed. RT. Vol. 157, mar. 2008.

VUITTON, Xavier; VUITTON, Jacques. *Les référés: procédure civile, contentieux administratif, procédure pénale.* 3. ed. Paris: LexisNexis, 2012

WAMBIER, Luiz Rodrigues; TALAMINI, Eduardo. ***Curso Avançado de Processo Civil: cognição jurisdicional (processo comum de conhecimento e tutela provisória).*** 16.ed. 2.v. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

O PREQUESTIONAMENTO NO STJ.

Uma breve abordagem sobre a evolução desse fenômeno e sobre a dinâmica de julgamento do Recurso Especial diante das mudanças trazidas pelo CPC/2015.

Leonardo Fernandes Ranña

Doutorando e Mestre em Direito Processual Civil pela PUC-SP.
Presidente da Comissão da Advocacia nos Tribunais Superiores da OAB/DF.
Membro da Comissão de Integração com os Tribunais Superiores do Conselho Federal da OAB.
Advogado em Brasília, sócio do escritório Leonardo Ranña e Advogados Associados.

Eduardo de Alencar Araripe Diniz

Mestrando em Direito Processual Civil pela PUC-SP.
Advogado em Brasília, sócio do escritório Araripe Diniz e Advogados Associados.

1. Introdução.

Passados trinta anos da criação do Superior Tribunal de Justiça e do Recurso Especial, um dos pressupostos de admissibilidade dessa espécie recursal ainda provoca muita divergência no campo da doutrina e da jurisprudência. Trata-se do pressuposto do prequestionamento.

O tema é historicamente polêmico, da sua evolução conceitual retiramos diversas concepções acerca do que se tem entendido por prequestionamento, sendo que a aceitação dessas concepções varia entre os tribunais superiores e até mesmo a denominação de prequestionamento, na medida em que a sua configuração nem sempre está vinculado ao prévio questionamento das partes, é alvo de muitas críticas por consagrados processualistas.

O legislador do Código de Processo Civil de 2015, consciente desses pontos de divergências que sempre orbitaram ao redor desse fenômeno, procurou, por meio do § 3º do artigo 941 e principalmente por meio do artigo 1.025, unificar o conceito de prequestionamento para ambas as cortes superiores, o que obrigou o STJ, pelo menos teoricamente, a reavaliar a dinâmica de julgamento do Recurso Especial até então pautada nas suas súmulas 211 e 320 e na técnica do reenvio.

Como será visto, a análise da sua evolução história e o enfrentamento das recentes mudanças legislativas sobre o tema pelo Superior Tribunal de Justiça demonstram que o tema continua para lá de polêmico e cada vez mais atual.

2. A concepção histórica e o conceito atual de prequestionamento.

Até 1946, todas as Constituições brasileiras estabeleciam como condição para conhecer o recurso extraordinário o prévio questionamento sobre a aplicação da lei federal na instância local.¹

A Constituição de 1891 foi o primeiro diploma a cuidar do recurso extraordinário². No seu artigo 59, III, § 1º, alínea “a”, previa como condição do cabimento de recurso ao Supremo Tribunal Federal que “quando se questionar sobre a validade ou a aplicação de tratados e leis federais se a decisão do tribunal dos Estados for contra ela”. A mesma Carta, no inciso II, utilizava também a expressão “questões resolvidas” para delimitar o que competia ao Supremo Tribunal Federal julgar em grau de recurso.³

Conforme interpretação literal do dispositivo constitucional, para que fosse cabível o recurso extraordinário era necessário a) que a questão tivesse sido resolvida; b) que houvesse *questionamento* sobre a validade de tratado ou lei federal e c) que a decisão recorrida fosse contrária à validade de tratado ou lei federal. Esse entendimento atrelava o conhecimento do recurso excepcional, no caso o recurso extraordinário, ao anterior questionamento da matéria pelas partes perante o órgão inferior.

¹ MELLO, Augusto Cordeiro de. O processo no Supremo Tribunal Federal. v.2. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1964, p.709. Confira-se a Constituição de 1937: “Artigo 101 – Ao Supremo Tribunal Federal compete: [...] III – julgar, em recurso extraordinário, as causas decididas pelas Justiças locais em única ou última instâncias: a) quando a decisão for contra a letra de tratado ou lei federal, sobre cuja aplicação se haja questionado.”

² A denominação de recurso extraordinário, porém, somente se lhe aplicou no primeiro Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal, passando à Lei n.221, de 20.11.1894, artigo 24, ao Decreto n.3.084, de 5.11.1898, Parte III, arts.678, letra d, e 744, e outros diplomas.” (MOREIRA, José Carlos Barbosa. Comentários ao Código de Processo Civil. v.V: arts.476 a 565. Rio de Janeiro: Forense, 2013, p.581-582).

³ “Artigo 59 – Ao Supremo Tribunal Federal compete: II – julgar, em grau de recurso, as questões resolvidas pelos Juízes e Tribunais Federais, assim como as de que tratam o presente artigo, §1º, e o artigo 60; III – rever os processos, findos, nos termos do artigo 81. §1º – Das sentenças das Justiças dos Estados, em última instância, haverá recurso para o Supremo Tribunal Federal: a) quando se questionar sobre a validade, ou a aplicação de tratados e leis federais, e a decisão do Tribunal do Estado for contra ela;”

A Constituição Federal posterior, promulgada em 1934, manteve o pré-requisito de que houvesse *questionamento* sobre a validade de tratado ou lei federal, mas substituiu a expressão “questões resolvidas” por “causa decidida”.⁴

Ambas foram mantidas nas Constituições que seguiram até a entrada em vigor da Constituição de 1946 que não trazia mais a expressão “questionamento”. Já o termo “causas decididas”⁵ foi adotada por todas as constituições desde 1946, inclusive pela de 1988, que vinculou a expressão tanto ao recurso extraordinário, como ao recurso especial.⁶

Eduardo Ribeiro relembra que nos textos constitucionais editados até 1937, no que tange ao cabimento do recurso extraordinário com base em violação de lei, consignava-se que sobre sua aplicação haveria de ser questionado; que na Constituição de 1946 a expressão “questionar” é encontrada apenas no dispositivo regulador da hipótese de cabimento do recurso extraordinário para discutir a validade de lei federal em face da Constituição e que na Carta de 1967 o prequestionamento foi eliminado.⁷

De fato, a retirada definitiva da expressão “questionamento” dos textos constitucionais desde 1967 parece revelar que o legislador constituinte da época pretendia afastar definitivamente a exigência do prequestionamento já que a cláusula “causa decidida” era a exigência que de fato deveria condicionar o conhecimento do recurso extraordinário. A história confirma o acerto dessa afirmação, na medida em que sempre foi exigido é que a decisão recorrida tratasse do tema objeto do recurso extraordinário, mesmo no *writ of error* do direito inglês e do direito norte-americano,

⁴ “Artigo 76 – A Corte Suprema compete: III – em recurso extraordinário, as causas decididas pelas Justiças locais em única ou última instância: a) quando a decisão for contra literal disposição de tratado ou lei federal, sobre cuja aplicação se haja questionado;”

⁵ “Artigo 101 – Ao Supremo Tribunal Federal compete: III – julgar, em recurso extraordinário, as causas decididas pelas Justiças locais em única ou última instâncias: [...]”

⁶ “Artigo 102. Compete ao Supremo Tribunal Federal, precipuamente, a guarda da Constituição, cabendo-lhe: III – julgar, mediante recurso extraordinário, as causas decididas em única ou última instância, quando a decisão recorrida: [...]” “Artigo 105. Compete ao Superior Tribunal de Justiça: III – julgar, em recurso especial, as causas decididas, em única ou última instância, pelos Tribunais Regionais Federais ou pelos tribunais dos Estados, do Distrito Federal e Territórios, quando a decisão recorrida: [...]”.

⁷ RIBEIRO, Eduardo. Prequestionamento. In: (Coords.) NERY JUNIOR, Nelson; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. Aspectos polêmicos e atuais dos recursos cíveis de acordo com a Lei 9.756/1998. v.2. São Paulo: RT, 1999, p.246.

em que sempre se pressupõe a existência de “erro” que aparecesse no *record* (registro) da decisão recorrida.⁸

Contudo, a ausência da referida cláusula não impediu o Supremo Tribunal Federal de manter historicamente na sua jurisprudência a orientação de exigir dos recorrentes a demonstração do prequestionamento como uma condição para o conhecimento do recurso extraordinário, ante o entendimento de que a exigência estaria implícita no texto constitucional.⁹

Nesse cenário, as decisões proferidas pelo Supremo Tribunal Federal (e depois pelo Superior Tribunal de Justiça) passaram a fazer referência ao prequestionamento não só como o prévio questionamento das partes, mas também como a manifestação pelo órgão *a quo* da questão constitucional ou infraconstitucional. Assim, ao longo do tempo, a expressão prequestionamento passou a referir-se à necessidade de que constasse na decisão impugnada a questão federal ou constitucional suscitada no recurso excepcional.¹⁰

Logo, o entendimento acerca do conceito de prequestionamento passou a englobar o sentido de que a decisão recorrida tivesse adotado entendimento explícito sobre o tema de direito federal.¹¹ O prequestionamento deixou de ser encarado como uma decorrência da postulação anterior (questionamento) das partes na instância inferior, mas como decorrência de constar na decisão recorrida a matéria objeto do recurso extraordinário (causa decidida).

Em obra recente, Teresa Arruda Alvim Wambier e Bruno Dantas, após analisarem amplamente o tema sob o aspecto histórico e o tratamento dedicado a ele em outros países, concluem que a expressão prequestionamento atualmente significa que a questão federal ou constitucional deve estar presente no acórdão recorrido. Isso significa

⁸ CÔRTEZ, Osmar Mendes Paixão. Recursos para os Tribunais Superiores: recurso extraordinário, recurso especial, embargos de divergência e agravos. 2.ed. Brasília – DF: Gazeta Jurídica, 2014, p.150.

⁹ OLIVEIRA, Pedro Miranda de. Causa decidida como requisito de admissibilidade do recurso especial, p.777-790. In: DANTAS, Bruno et al. O papel da jurisprudência do STJ. São Paulo: RT, 2014, p.783.

¹⁰ WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. Omissão judicial e embargos de declaração. São Paulo: RT, 2005, p.270.

¹¹ MONTEIRO, Samuel. Recurso especial e extraordinário. São Paulo: Hemus, 1992, p.39.

que a leitura do acórdão, única e exclusivamente, deve revelar a ofensa à lei ou à Constituição. Neste último caso, o tema deve apresentar repercussão geral.¹²

Dessa evolução conceitual retiramos as diversas concepções acerca do que se tem entendido por prequestionamento: (1) o prequestionamento ocorre com a manifestação expressa do Tribunal recorrido acerca de determinado tema; (2) o prequestionamento configura-se com o debate anterior à decisão recorrida acerca do tema de direito federal ou constitucional, hipótese em que é, muitas vezes, considerado um ônus atribuído à parte; e (3) a soma dos dois entendimentos, considerando, então, prequestionamento como o prévio debate acerca do tema de direito federal ou constitucional, seguido de manifestação expressa do Tribunal a respeito do tema.

A primeira concepção de prequestionamento é a mais aceita pelos Tribunais Superiores. Confira-se os seguintes julgados:

“Recurso - prequestionamento - configuração. tem-se como configurado o prequestionamento da matéria veiculada no recurso quando consta, do acórdão impugnado, a adoção de entendimento explícito a respeito.”

(BRASIL. Supremo Tribunal Federal - RE nº 104899/RS, 2ª Turma; Min. Rel. Marco Aurélio, DJ de 18/09/1992)

“Para que se configure o prequestionamento da matéria, há que se extrair do acórdão recorrido pronunciamento sobre as teses jurídicas em torno dos dispositivos legais tidos como violados, a fim de que se possa, na instância especial, abrir discussão sobre determinada questão de direito, definindo-se, por conseguinte, a correta interpretação da legislação federal.”

(BRASIL. Superior Tribunal de Justiça - AgRg no AG nº 883.046/RS, 4ª Turma; Min. Rel. Luis Felipe Salomão, DJe de 25/05/2009)

O segundo conceito de prequestionamento acima apontado consiste na definição mais antiga encontrada na jurisprudência e, ainda que minoritário, até hoje é encontrado em alguns julgados. Confira-se:

“Alegou-se violação de textos constitucionais. Mas quer ao contestar a ação, quer ao apelar, não suscitou, a recorrente, tema constitucional e dele não cuidaram a sentença e o acórdão. Inadmissível, assim, o extraordinário.” (BRASIL. Supremo Tribunal Federal - RE nº 79163-SP, 1ª Turma; Min. Rel. Rodrigues de Alckmin; DJ de 26/12/1975)

“Ausentes das razões do recurso de Apelação discussão acerca da intimação do protesto, pois abordada qual seria a correta contagem de

¹² WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. Recurso especial, recurso extraordinário e ação rescisória. 2.ed. São Paulo: RT, 2008, p.338.

prazo para efetivação da constrição, não há que se conhecer do inconformismo ora deduzido por falta de prequestionamento.”

(BRASIL. Superior Tribunal de Justiça - AgRg no Ag nº 1067232/SP; 3ª Turma; Min. Rel. Sidnei Beneti; DJe de 24/03/2009)

Por fim, a terceira via, que consiste na união das duas primeiras concepções, também pode ser encontrada em vários julgados, dentre os quais destacamos:

“A tardia alegação de ofensa a norma constitucional - apenas deduzida em sede de embargos declaratórios - caracteriza omissão da parte recorrente, que se absteve de prequestionar, ‘oportuno tempore’, o tema constitucional, descumprindo, assim, um típico ônus processual que lhe pertinha. Não basta só arguir previamente o tema de direito federal para legitimar o uso da via do recurso extraordinário. Mais do que a satisfação dessa exigência, impõe-se que a matéria questionada tenha sido efetivamente ventilada na decisão recorrida. Sem o cumulativo atendimento desses pressupostos - para não referir outros igualmente imprescindíveis - não se viabiliza o acesso a via recursal extraordinária. O prequestionamento - que configura pressuposto específico de admissibilidade do recurso extraordinário - traduz exigência indeclinável, de ordem formal, a que não se subtraem quaisquer alegações, inobstante todas estas necessariamente concernentes a temas constitucionais.”

(BRASIL. Supremo Tribunal Federal - AI nº 133.690 AgR/SP; 1ª Turma; Min. Rel. Celso de Mello; DJ de 03/08/1990)

“As matérias de respeito à correção monetária e aos juros de mora não foram suscitadas na apelação, e nem ventiladas no acórdão recorrido, carecendo, assim, de prequestionamento, consoante Súmulas 282 e 356-STF.”

(BRASIL. Superior Tribunal de Justiça - REsp nº 230973/RN; 5ª Turma; Min. Rel. Gilson Dipp, DJ de 04/06/2001, p. 204)

Assim como ocorreu no campo jurisprudencial, a doutrina também se manifestou amplamente acerca do tema. Desta forma, encontramos, nesse campo, quem defende que o prequestionamento decorre do simples pronunciamento do tribunal de segundo grau sobre a questão de direito federal ou constitucional,¹³ quem se manifeste no sentido de que o prequestionamento é a manifestação ou provocação das partes,

¹³ Entre eles encontramos: MELLO, Marco Aurélio Mendes de Farias. O prequestionamento e o recurso de revista. Revista LTr., v.51, n.9, set.1987, p.1.044; ALVIM, Eduardo Arruda; ALVIM, Angélica Arruda. Recurso Especial e prequestionamento. In: (Coord.) WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. Aspectos polêmicos e atuais do recurso especial e do recurso extraordinário. São Paulo: RT, 1998, p.166; OLIVEIRA, Eduardo Ribeiro de. Prequestionamento. In: (Coords.) WAMBIER, Teresa Arruda Alvim; NERY JUNIOR, Nelson. Aspectos polêmicos e atuais dos recursos cíveis de acordo com a lei 9.756/98. v. 2. São Paulo: RT, 1999, p.248; MEDINA, José Miguel Garcia. Prequestionamento e repercussão geral e outras questões relativas ao recurso especial e extraordinário. 6.ed. São Paulo: RT, 2012, p.113; CÔRTEZ, Osmar Mendes Paixão. Recursos para os Tribunais Superiores: recurso extraordinário, recurso especial, embargos de divergência e agravos. 2.ed. Brasília – DF: Gazeta Jurídica, 2014, p.150.

anterior à decisão recorrida, no sentido de tornarem controversos determinado ponto atinente ao direito federal ou constitucional¹⁴ e até quem entenda que para configurar o prequestionamento, a questão federal ou constitucional deve ser levantada desde a petição inicial.¹⁵

O que se extrai dessa variação de conceitos sobre o tema e da sua evolução histórica é que, apesar da consciência de que as partes questionam, discutem ao longo do processo sobre questões constitucionais e infraconstitucionais,¹⁶ e que o Poder Judiciário tem a incumbência de decidir sobre todas essas questões e não questionar, não se pode negar que tanto a doutrina, como a jurisprudência pátria tratam o prequestionamento como sinônimo de “causa decidida”. Ademais, a nosso ver e conforme verificado, este comportamento não nos parece equivocado na medida em que guarda certa justificativa na evolução histórica da previsão constitucional do recurso extraordinário.

Dessas lições, chegamos à conclusão de que a melhor definição de prequestionamento seria àquela que o considera configurado quando a decisão recorrida decide a questão federal ou constitucional objeto do recurso excepcional ou quando, apesar de não constar na decisão recorrida a questão federal, se verifica que tal ausência refere-se à configuração de um comportamento omissivo por parte do Tribunal de 2ª Grau na apreciação dos embargos de declaração apresentados pelo recorrente.

Ademais, verifica-se ainda que o prequestionamento não se trata de uma criação jurisprudencial, como defendido por alguns, mas sim de um requisito inerente aos próprios recursos excepcionais. Como se verificou acima, a previsão tanto dos recursos extraordinário, como do especial, nas Constituições brasileiras sempre se fez vinculada à necessidade de o Tribunal inferior ter tratado de alguma forma o tema, não

¹⁴ Nesse sentido: NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria Andrade. Código de Processo Civil Comentado. 2.ed. São Paulo: RT, 1996, p.202, nota 18; RIZZI, Luiz Sérgio. Do recurso extraordinário. Revista do Advogado, v.27, São Paulo, fev.1989, p.44.

¹⁵ “O ‘questionamento’, viabilizador dos recursos constitucionais, deve ocorrer desde a petição inicial”. (FERREIRA, Carlos Renato de Azevedo. Embargos declaratórios com efeitos modificativos. Revista dos Tribunais, v.663, São Paulo: RT, jan.1991, p.251).

¹⁶ WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. Omissão judicial e embargos de declaração. São Paulo: RT, 2005, p.264.

havendo como considerar que o prequestionamento consiste em requisito autônomo decorrente da interpretação da lei pelos Tribunais.

3. Posicionamentos a respeito do prequestionamento e seu tratamento pelos Tribunais Superiores à luz do CPC/73. Prequestionamento implícito, numérico e ficto.

Partindo da premissa de que o prequestionamento se vê configurado por ter o órgão inferior se manifestado sobre a matéria objeto do recurso excepcional, surge a dúvida se basta que a matéria tenha sido debatida no órgão *a quo* ou se ainda faz-se necessário que os dispositivos legais tidos como violados estejam expressos na decisão recorrida.

Da mesma forma, partindo da concepção de que o prequestionamento também resta configurado quando, apesar de a questão federal não constar na decisão recorrida, houver a provocação das partes em sede de embargos de declaração na tentativa de forçar o Tribunal inferior a se manifestar sobre a matéria, surge a questão de saber se qualquer matéria levantada em embargos de declaração rejeitados pode ser considerada prequestionada pelo Tribunal Superior.

As questões acima postas se referem ao prequestionamento explícito, ou numérico, e implícito, bem como ao que se entende por prequestionamento ficto.

O prequestionamento implícito ocorre quando, apesar de mencionar a tese jurídica, a decisão recorrida não menciona o dispositivo de lei tido por violado no recurso excepcional. Já o prequestionamento explícito ou numérico ocorre quando a norma jurídica tida por violada tenha sido mencionada expressamente na decisão impugnada.¹⁷

Verifica-se que a aceitação dessas duas modalidades de prequestionamento é diferente no âmbito do STF e do STJ, na medida em que o primeiro não aceita o prequestionamento implícito para fins de viabilizar o conhecimento recurso extraordinário, mas o segundo aceita perfeitamente tal modalidade para fins de conhecimento do recurso especial.

¹⁷ MEDINA, José Miguel Garcia. *Prequestionamento e repercussão geral e outras questões relativas ao recurso especial e extraordinário*, 6ª ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Ed. RT, 2012, p. 210.

Vislumbra-se facilmente esta situação ao compararmos julgados dos referidos tribunais. Enquanto o Supremo Tribunal Federal entende:

“(…) DIZ-SE PREQUESTIONADA A MATÉRIA QUANDO A DECISÃO IMPUGNADA HAJA EMITIDO JUÍZO EXPLÍCITO A RESPEITO DO TEMA, INCLUSIVE MENCIONANDO O PRECEITO CONSTITUCIONAL PREVIAMENTE SUSCITADO NAS RAZÕES DO RECURSO SUBMETIDO À SUA APRECIÇÃO. INCIDÊNCIA DA SÚMULA 282 DO STF. AGRAVO REGIMENTAL A QUE SE NEGA PROVIMENTO” (BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL - RE Nº 288.929/SCAGR, 2ª TURMA, MIN. REL. EROS GRAU, DJE DE 4/4/08).

”O PREQUESTIONAMENTO NÃO RESULTA DA CIRCUNSTÂNCIA DE A MATÉRIA HAVER SIDO ARGUIDA PELA PARTE RECORRENTE. A CONFIGURAÇÃO DO INSTITUTO PRESSUPÕE DEBATE E DECISÃO PRÉVIOS PELO COLEGIADO, OU SEJA, EMISSÃO DE JUÍZO SOBRE O TEMA. O PROCEDIMENTO TEM COMO ESCOPO O COTEJO INDISPENSÁVEL A QUE SE DIGA DO ENQUADRAMENTO DO RECURSO EXTRAORDINÁRIO NO PERMISSIVO CONSTITUCIONAL. SE O TRIBUNAL DE ORIGEM NÃO ADOTOU ENTENDIMENTO EXPLÍCITO A RESPEITO DO FATO JURÍGENO VEICULADO NAS RAZÕES RECURSAIS, INVIABILIZADA FICA A CONCLUSÃO SOBRE A VIOLÊNCIA AO PRECEITO EVOCADO PELO RECORRENTE (...)” (BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL - RE Nº 209.290/PE-AGR, 1ª TURMA, MIN. REL. MARCO AURÉLIO, DJE DE 22/5/09).

O Superior Tribunal de Justiça assevera:

“O ACÓRDÃO RECORRIDO, EMBORA NÃO TENHA FEITO MENÇÃO EXPRESSA DOS ARTIGOS DE LEI, ADOTOU A TESE ACOLHIDA PELA SENTENÇA, O QUE CONFIGURA O PREQUESTIONAMENTO IMPLÍCITO.”

(BRASIL. SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA – RESP 501181; ÓRGÃO JULGADOR: 2ª TURMA; MIN. REL. ELIANA CALMON; ACÓRDÃO PUBLICADO NO DJU DO DIA 15.12.2003, P. 265)

“SENDO A MATÉRIA CONHECIDA, E DEVIDAMENTE EXPLICITADA A QUESTÃO FEDERAL, COM O TEMA COLOCADO SOB CONFRONTO, A OMISSÃO DO PRECEITO LEGAL, POR SI SÓ, NÃO AFASTA A APRECIACÃO DO RECURSO ESPECIAL.”

(BRASIL. SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA - ERESP Nº 159.983/SP, CORTE ESPECIAL, MIN. HÉLIO MOSIMANN, DJU DE 19.04.1999, P. 70)

Assim, enquanto o STJ entende ser prescindível a referência expressa na decisão recorrida do dispositivo legal que se alega violado, bastando que o tema jurídico tenha sido enfrentado na decisão, o STF entende que o prequestionamento resta configurado somente quando há menção expressa do dispositivo constitucional na decisão recorrida.

Na mesma seara de divergência de posicionamento se encontra o que a doutrina denomina de prequestionamento ficto. Isso porque, pelo menos a luz do CPC/73, tal modalidade de prequestionamento era aceita pelo STF, mas repelida pelo STJ.

O prequestionamento ficto se dá quando a parte interpõe embargos de declaração perante a instância ordinária com a finalidade de prequestionar determinada matéria (“embargos prequestionadores”), mas o Tribunal não se manifesta sobre a questão levantada. Diante dessa situação, mesmo que os declaratórios não sejam acolhidos e que a matéria não venha a constar da decisão recorrida, aberta estaria a via do recurso extraordinário e especial, conforme o caso, porquanto estaria suprido o requisito do prequestionamento.¹⁸

¹⁸ BUENO, Cassio Scarpinella. Duas “novidades” em torno dos recursos extraordinários em sentido lato. Revista de Processo. Vol. 84, p 201-235. São Paulo: Ed. RT, out-dez. 1996.

Como se vê, segundo essa concepção, a simples interposição dos embargos de declaração, em determinadas circunstâncias, é suficiente para prequestionar a matéria.

Esse posicionamento que, como dito, predominou no âmbito do STF¹⁹ surgiu de uma interpretação da Súmula 356 do STF que possui o seguinte teor: “O ponto omissso da decisão, sobre o qual não foram opostos embargos declaratórios, não pode ser objeto de recurso extraordinário, por falta do requisito do prequestionamento”. Ora, se o ponto omissso sobre o qual não foram opostos embargos declaratórios não se considera prequestionado, o ponto omissso sobre qual se interpôs embargos deve ser considerado prequestionado. Confira-se o seguinte julgado em destaque:

“A FALTA DE MANIFESTAÇÃO DO TRIBUNAL A QUO SOBRE AS NORMAS DISCUTIDAS NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO NÃO IMPEDE, EM PRINCÍPIO, O SEU EXAME PELO STF, SE A PARTE BUSCOU O SUPRIMENTO DA OMISSÃO MEDIANTE EMBARGOS DECLARATÓRIOS (SÚMULA 356)...”
(BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, AGRG NO AI Nº 198.631/PA, REL. MINISTRO SEPULVEDA PERTÊNCÊ, DJ DE 19.12.1997, P. 48)

Contudo tal regra deve ser encarada com certo cuidado, na medida em que não basta a simples interposição de embargos de declaração para que se considere a matéria prequestionada.

Apesar da orientação trazida pela Súmula do 356/STF, há de se verificar que, de forma geral, prevalece no âmbito do STF a regra contida na Súmula 282/STF cuja redação é a seguinte: “É inadmissível o recurso extraordinário, quando não ventilada, na decisão recorrida, a questão federal suscitada”, de modo que a dispensa do prequestionamento, ou prequestionamento ficto, se dá apenas quando restar configurada a omissão por parte do Tribunal de 2º Grau, mesmo diante da interposição de embargos de declaração.

¹⁹ Atualmente existe entendimento minoritário no sentido de repelir tanto o prequestionamento ficto como o implícito: “Esta Corte não tem procedido à exegese a contrario sensu da Súmula STF 356 e, por consequência, somente considera prequestionada a questão constitucional quando tenha sido enfrentada, de modo expresse, pelo Tribunal a quo. A mera oposição de embargos declaratórios não basta para tanto. Logo, as modalidades ditas implícita e ficta de prequestionamento não ensejam o conhecimento do apelo extremo.” (BRASIL. Supremo Tribunal Federal - ARE 707221 AgR/BA; Órgão julgador: 1ª Turma; Min. Rel. Rosa Weber; DJe de 03-09-2013).

E não se trata de qualquer omissão, mas àquela referente à matéria agitada desde a apelação ou contrarrazões ou quanto à matéria que o tribunal deva conhecer de ofício. É a conclusão da leitura de diversos julgados oriundos do Supremo Tribunal Federal como o seguinte: “Os embargos de declaração não servem para questionar originariamente a ofensa ao texto constitucional não aventada anteriormente”. (AI 502408 AgR/SP; 1ª Turma; Min. Rel. Sepúlveda Pertence; DJ 26-11-2004).

Ademais, como se sabe, nem o STF nem o STJ consistem em instâncias revisora de fatos de modo que se nos embargos de declaração indevidamente rejeitados se pretendia sanar omissão sobre alguma prova do processo que restou ignorada tal entendimento não pode ser aplicado, pois as Súmulas 279 do STF e 07 do STJ vedam o incurso destas Cortes nas provas dos autos.^{20 21}

Nessa situação nos parece que tanto um Tribunal como o outro deva aplicar a técnica do reenvio e, conseqüentemente, proceder na cassação do acórdão recorrido para, então, determinar que o Tribunal *a quo* sane a omissão fática apontada nos embargos de declaração.

4. A configuração do prequestionamento na visão do STJ sob a vigência do CPC/73. Súmula 211/STJ. Nulidade por ofensa ao artigo 535, II, do CPC. Técnica do reenvio.

Como demonstrado no tópico anterior, o STJ, diferentemente do STF, aceita prequestionamento implícito da questão federal.

Este Tribunal considera como configurado o prequestionamento quando no acórdão recorrido houve enfrentamento da tese jurídica, mesmo que não tenha sido mencionado o dispositivo de lei tido por violado no recurso excepcional. Como se vê, o STJ sempre aceitou o prequestionamento implícito e, conseqüentemente, não exige a configuração do prequestionamento numérico para enfrentar q violação legal sustentada.

²⁰ CÔRTEZ, Osmar Mendes Paixão. *O prequestionamento na visão do STJ* in DANTAS, Bruno. *O papel da jurisprudência do STJ*, Coordenador, com outros autores, São Paulo: RT, 2014, p. 768.

²¹ MARINONI, Luiz Guilherme. *Novo curso de processo civil: tutela dos direitos mediante procedimento comum*, volume II/Luiz Guilherme Marinoni, Sérgio Cruz Arenhart, Daniel Mitidieiro. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015, p. 546

A partir das mudanças trazidas pelo CPC/2015, não se encontra qual razão que leve o STJ a modificar tal posicionamento. Inclusive, o que se vê é que esta Corte continua aceitando o prequestionamento implícito como forma de viabilizar o conhecimento dos Recursos Especiais. Confira-se:

“O PREQUESTIONAMENTO NÃO EXIGE QUE HAJA MENÇÃO EXPRESSA DOS DISPOSITIVOS INFRACONSTITUCIONAIS TIDOS COMO VIOLADOS, ENTRETANTO, É IMPRESCINDÍVEL QUE NO ARESTO RECORRIDO A QUESTÃO TENHA SIDO DISCUTIDA E DECIDIDA FUNDAMENTADAMENTE, SOB PENA DE NÃO PREENCHIMENTO DO REQUISITO DO PREQUESTIONAMENTO, INDISPENSÁVEL PARA O CONHECIMENTO DO RECURSO.”

(BRASIL. SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA, AGINT NO RESP Nº 1637989/RO, REL. MINISTRO LUIS FELIPE SALOMÃO, DJE DE 27.09.2017)

Contudo, de forma diversa se comportava quanto à aceitação do prequestionamento ficto na medida em que adotava outra dinâmica de julgamento para solucionar situações em que os Tribunais de 2º Grau teriam sido omissos quanto a análise das alegações das partes, quanto as provas dos autos ou quanto a questões que deveriam ser conhecidas de ofício.

Primeiramente há de se ter em mente que tanto o Supremo Tribunal Federal como o Superior Tribunal de Justiça, por não consistirem em meras Cortes de Cassação,²² ao julgarem os recursos extraordinário e especial, decidem a questão federal de natureza constitucional ou infraconstitucional e julgam desde logo o caso concreto,

²² Ao revelar a dimensão geral do julgamento realizado pelas Cortes de Cassação, Chiovenda observa: “A Corte de Cassação, ao contrário, não conhece diretamente da relação jurídica; somente é chamada a desempenhar estas duas diferentes funções: a) A função de rever o julgamento do juiz inferior sobre a existência de uma norma abstrata de lei e sobre a sua aplicabilidade ao objeto da lide. A Corte não revê o julgamento sobre a existência efetiva do fato, nem aplica norma alguma ao fato considerado pelo juiz inferior. Se, no entanto, encontra alguma violação ou falsa aplicação da lei, cassa e remete a um juiz equiparado em grau àquele de quem cassou a sentença, entre os que lhe forem mais vizinhos [...]. b) A função de examinar as atividades exercidas na constituição, desenvolvimento e definição da relação processual, e anular quando encontra determinados defeitos (nulidades não sanadas de citação e de procedimento; nulidades e contradição no ato de sentenciar; exorbitância do juiz da relação processual por ultra e extra petita, descumprimento do dever de sentenciar;...).” CHIOVENDA, Giuseppe. *Instituições de direito processual civil*. v.II. Tradução de Paolo Capitanio, com anotações de Enrico Tullio Liebman. Campinas: Bookseller, 1998, p.123.

com a imediata aplicação do direito à espécie, não se valendo, como regra, da técnica do reenvio.²³

Somente quando o vício no julgado recorrido for *in procedendo*, sem comportar sanção desde logo, é que o Supremo Tribunal Federal e o Superior Tribunal de Justiça se limitam a cassar (=anular) o julgado, para que outro seja prolatado.²⁴

Assim, no lugar de aceitar o prequestionamento ficto, era nessa dinâmica de julgamento referente aos erros de procedimento que o STJ enquadrava as situações de comportamento omissos dos Tribunais de 2º Grau.

Isso porque no STJ, pelo menos até a entrada em vigor do CPC 2015, prevalecia com força total a Súmula nº 211, segundo a qual é “inadmissível recurso especial quanto à questão que, a despeito da oposição dos embargos declaratórios, não foi apreciada pelo Tribunal *a quo*” e a Súmula nº 320, segundo a qual “A questão federal somente ventilada no voto vencido não atende ao requisito do prequestionamento”.

Assim, a jurisprudência majoritária desse Tribunal se orientava no sentido de admitir o prequestionamento apenas de tese que constasse no voto vencedor formador do acórdão recorrido, ainda que não houvesse referência expressa ao número do dispositivo legal, mas exigia que, se a matéria não fosse devidamente apreciada pelo Tribunal *a quo*, a parte interpusse os embargos declaratórios. Todavia, não admitia a satisfação do requisito pela simples apresentação dessa última espécie recursal.

Esse é outro ponto característico da visão de prequestionamento que vigorou na jurisprudência do STJ a luz do CPC/73. Ao invés de aplicar a interpretação *contrario sensu* da Súmula 356/STF e dispensar o prequestionamento da matéria objeto do recurso se o Tribunal não sanou omissão apontada em embargos de declaração, como ocorre no STF, o STJ, obedecendo a Súmula 211, desde que demonstrada a omissão e alegada, nas razões recursais, a violação do artigo 535, II, do CPC/1973, reconhecia a violação e declarava a nulidade do v. Acórdão recorrido, determinando que o Tribunal de 2º Grau proferisse novo julgamento se manifestando sobre a questão por ele omitida.

²³ STF - Súmula 456: “o Supremo Tribunal Federal, conhecendo do recurso extraordinário, julgará a causa aplicando o direito à espécie”

²⁴ MANCUSO, Rodolfo de Camargo. Recurso Extraordinário e Recurso Especial. 13.ed. São Paulo: RT, 2015, p.194.

O STJ, apesar de não aceitar o prequestionamento ficto, adotava, e adota, o entendimento segundo o qual o Tribunal *a quo* fica obrigado a se manifestar sobre a questão levantada nos embargos de declaração sob pena de restar violado o artigo 535, II, do CPC. Confira-se:

“2 - Correta é a irresignação do embargante quando o Tribunal a quo deixa de apreciar a questão invocada, impossibilitando seu exame por esta Corte. Havendo omissão, esta deve ser corrigida, pois os embargos declaratórios integralizam o julgado de mérito. Aplicação do art. 535, inciso II, do Código de Processo Civil.

3 - Incumbe ao órgão judicial pronunciar-se sobre todos os pontos, de fato e de direito, relevantes para o deslinde da causa, sendo-lhe vedado discriminar qualquer deles, optando por manifestar-se a respeito de alguns e quedando-se silente acerca de outros. Inteligência ao art. 458, II, do Estatuto Processual Civil.

4 - Precedentes (REsp nº 141.876/DF e REsp nº 168.641/DF).

5 - Recurso conhecido e provido para, anulando o v. acórdão a quo, determinar o retorno dos autos ao Tribunal de origem, para que este se pronuncie acerca da matéria omitida.”

(BRASIL. Superior Tribunal de Justiça - REsp nº 509953/RS; Rel. Min. Jorge Scartezini; DJ de 08/03/2004, p. 319)

Contudo, aqui também não se trata de qualquer omissão, mas apenas daquela referente à matéria agitada desde a apelação ou contrarrazões ou quanto à matéria que o Tribunal deveria conhecer de ofício. Nesse sentido são os seguintes julgados:

“Não sendo suscitada a matéria no recurso de apelação, inviável falar-se em afronta ao artigo 535, do Código de Processo Civil, quando nos embargos declaratórios veio a inovação da matéria.

(BRASIL. Superior Tribunal de Justiça – Ag Rg no resp 837.513/MG; 1ª Turma; Min. Rel. Francisco Falcão; DJ de 31/08/2006)

“Não se vislumbra a alegada contrariedade ao art. 535 do CPC considerando que questão discutida pelo Instituto nos embargos declaratórios somente nele foi levantada.

Recurso parcialmente provido”

(BRASIL. Superior Tribunal de Justiça - REsp nº 421.222/SC, 5ª Turma; Rel. Min. José Arnaldo da Fonseca, DJ de 04/11/2002, p. 235).

Como se vê, para o STJ, não bastava que a parte interpusse embargos de declaração e alegasse no Recurso Especial que a matéria foi objeto de aclaratórios sem que o Tribunal tenha se manifestado sobre a questão. Segundo a orientação deste Tribunal a luz do CPC/73 a técnica a ser adotada pela parte que interpôs embargos de

declaração, mas não teve prequestionada a matéria a ser levantada no Recurso Especial, era a alegação, em sede de preliminar desse recurso excepcional, de violação ao artigo 535, II, do CPC.

Verificando que de fato o Tribunal de 2º Grau restou omissos quanto à determinada matéria, o STJ dava provimento ao Recurso Especial para, anulando o acórdão recorrido omissos por violação ao artigo 535, II, do CPC/1973, determinar que o outro julgamento fosse proferido com a manifestação sobre a questão levantada nos embargos de declaração. A propósito, cumpre destacar o seguinte precedente:

“2. Há contrariedade ao art. 535, II, do Código de Processo Civil quando o Tribunal a quo, a despeito da oposição de embargos de declaração, abstém-se de debater e emitir juízo de valor sobre questão relevante - litisconsórcio necessário - para o integral e correto deslinde da controvérsia.

3. Reconhecida a ocorrência de omissão no acórdão dos embargos de declaração, impõe-se sua anulação com a consequente remessa dos autos à instância de origem para que, mediante novo julgamento dos aclaratórios, aprecie a questão neles suscitada.

4. Agravo regimental provido para se conhecer em parte do recurso especial e dar-lhe provimento.”

(BRASIL. Superior Tribunal de Justiça - AgRg no AREsp 196.928/CE; 3ª Turma; Rel. Ministro Paulo de Tarso Sanseverino, Relator para o Acórdão Ministro João Otávio de Noronha; DJe de 6/4/2015)

Deixando a parte de proceder exatamente dessa forma, ainda que se identificasse a omissão por parte do Tribunal de 2º Grau, o STJ não ficava autorizado nem a considerar a matéria prequestionada (prequestionamento ficto), como faz o STF, nem teria mecanismo para determinar a realização de novo julgamento dos embargos declaratórios com manifestação sobre os pontos omitidos, restando a esta Corte apenas o não conhecimento do recurso especial pela ausência de prequestionamento da matéria suscitada no recurso.

Contudo, essa dinâmica de julgamento exigia um trabalho excessivo do Poder Judiciário e um tempo considerável para que, após idas e vindas, a matéria do recurso viesse a ser apreciada pelo Tribunal. E é exatamente para evitar um esforço excessivo do Poder Judiciário e tentar acelerar a tramitação do processo, é que foram

instituídas as inovações legais trazidas pelo artigo 1.025 e pelo §3º do artigo 941, ambos do CPC 2015.

5. O prequestionamento e o dever de declaração do voto vencido no Código de Processo Civil 2015. Superação da Súmula n.211 e n.320 do Superior Tribunal de Justiça. Insustentabilidade da necessidade de apontamento de violação ao 1.022 do CPC 2015.

Como dito, ao invés de aplicar a Súmula n.356 do Supremo Tribunal Federal e considerar cumprido o requisito do prequestionamento da matéria objeto do recurso se o Tribunal não sanou omissão apontada em embargos de declaração regularmente interpostos, como ocorre no Supremo Tribunal Federal, o Superior Tribunal de Justiça, em obediência à Súmula n.211, reconheceu a violação do artigo 535, II, do CPC/1973 e declarava a nulidade do acórdão recorrido e determina que o tribunal de segundo grau proferisse um novo julgamento se manifestando sobre a questão por ele antes omitida.²⁵

Ademais, também à luz do Código de Processo Civil 1973, vigorava a Súmula n.320 do Superior Tribunal de Justiça: “A questão federal somente ventilada no voto vencido não atende ao requisito do prequestionamento.”

Ao que parece, o legislador do Código de Processo Civil 2015 pretendeu superar as referidas súmulas na medida em que prevê no seu artigo 1.025:

Consideram-se incluídos no acórdão os elementos que o embargante suscitou, para fins de pré-questionamento, ainda que os embargos de declaração sejam inadmitidos ou rejeitados, caso o tribunal superior considere existentes erro, omissão, contradição ou obscuridade.

E no §3º do artigo 941: “O voto vencido será necessariamente declarado e considerado parte integrante do acórdão para todos os fins legais, inclusive de prequestionamento”.

²⁵ Na jurisprudência, dentre outros: “[...] O Tribunal local, a despeito da oposição de embargos de declaração, deixou de apreciar a questão neles aventada, razão pela qual está configurada a infringência aos artigos 535 e 458 do CPC. Recurso especial parcialmente conhecido e, nesta parte, provido, para determinar a anulação do julgamento, com o retorno dos autos à instância de origem, a fim de que seja sanada a omissão. Prejudicada a análise das demais questões discutidas no recurso especial.” (BRASIL. Superior Tribunal de Justiça – REsp 1.111.976/DF, Rel. Min. Benedito Gonçalves, 1ª Turma, j.6/8/2009, DJe 19/8/2009).

No que tange ao §3º do artigo 941, a inovação veio em boa hora na medida em que se a questão se encontra no voto vencido é porque foi decidida pelo tribunal de segundo grau apesar de não ter prevalecido. Como o prequestionamento atualmente é encarado como sinônimo de “causa decidida”, o simples fato de ela ser considerada como não prequestionada por não constar no voto vencedor, apesar de efetivamente decidida, não tinha razão de ser.²⁶

Ademais, a integração obrigatória do acórdão também pelo voto vencido, para finalidade de prequestionamento, facilita a recorribilidade extraordinária. A falta de juntada do voto vencido, com seus fundamentos explicitados, nos termos do §3º do artigo 941, será causa de nulidade do julgado.²⁷

Assim, ao que tudo indica, a Súmula n.320 do Superior Tribunal de Justiça foi superada pelo Código de Processo Civil 2015, diante do §3º do artigo 941.

O mesmo dizemos em relação à Súmula n.211 do Superior Tribunal de Justiça e do artigo 1.025 do Código de Processo Civil 2015.²⁸

Válido registrar que o Superior Tribunal de Justiça não deve adotar o prequestionamento ficto como técnica de julgamento do especial para assim afastar a dependência da manifestação do tribunal *a quo* sobre o ponto omitido. Deve sim aceitar essa modalidade de prequestionamento para, dentro dos limites estabelecidos no inciso III do artigo 105 da Constituição Federal, proporcionar às partes a mais ampla possibilidade de manifestação.

Este entendimento não se confronta com a previsão constitucional da “causa decidida”, pelo contrário, procura se apresentar como solução baseada na Lei, com

²⁶ RANÑA, Leonardo Fernandes. A ordem pública nos Recursos Extraordinário e Especial e a observância do devido processo legal. Dissertação de Mestrado defendida em 09/03/2017 na Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, p. 113.

²⁷ CÔRTEZ, Osmar Mendes Paixão In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim; DIDIER JUNIOR, Fredie; TALAMINI, Eduardo; DANTAS, Bruno. (Coords.) Breves comentários ao Novo Código de Processo Civil. São Paulo: RT, 2015, p.2101.

²⁸ Nelson Nery comentando o artigo 1.025 do CPC 2015 em recente obra afirma que “...mediante a *fictio iuris* estabelecida pelo texto comentado, o STJ pode examinar diretamente a questão que deveria ter sido efetivamente decidida na instância estadual ou federal inferior, com notável economia de tempo e atividade jurisdicional. Resta superado o STJ 211 porque a parte pode, sim, atacar diretamente, por REsp, a questão federal não decidida, a despeito de haverem sido opostos EmbDcl para que o tribunal a decidisse. *Ex vi legis* (CPC 1025), a questão se considera decidida. (...)” (NERY JUNIOR, Nelson. Código de Processo Civil comentado / Nelson Nery Junior, Rosa Maria Andrade Nery. – 18. Ed ver., atual. e ampl. –São Paulo: Thompson Reuters Brasil, 2019, p. 2285)

fundamento no sistema (autopoiético): lei, doutrina e jurisprudência, para ser garantido ao jurisdicionado a observância do devido processo legal.²⁹

Assim, parece-nos que a previsão do artigo 1.025 do Código de Processo Civil 2015 está em harmonia com a expressão “causa decidida” prevista no artigo 105, III, da Constituição Federal. Não há que se falar em inconstitucionalidade material do dispositivo porque o dispositivo apenas positiva o entendimento considerado predominantemente correto pelo Supremo Tribunal Federal. Cogitar inconstitucionalidade de um dispositivo que apenas positiva o entendimento da Corte que dá a última palavra sobre o tema nos parece uma incongruência.^{30 31}

Desta forma, a luz do artigo 1.025, bastará que a parte apresente os embargos de declaração e, se recursando o Tribunal de origem a se manifestar sobre a questão jurídica omitida, que interponha o recurso especial com a preliminar de violação ao

²⁹ Em sentido semelhante, Pedro Miranda de Oliveira, amparado na doutrina de em Teresa Arruda Alvim, ao defender a aceitação do prequestionamento ficto pelo Superior Tribunal de Justiça mesmo diante de cláusula constitucional que exige “causa decidida”, explica: “[...] não se trata de defender soluções tomadas à margem do ordenamento jurídico pátrio. Muito pelo contrário. Trata-se, na verdade, de enxergar soluções tomadas não com base na letra da lei, mas com base no sistema (autopoiético): lei doutrina e jurisprudência. Dessa forma, nas zonas cinzentas, deve-se optar sempre pela resposta que privilegie os valores fundamentais, entre os quais sobressai a operatividade do sistema, devendo este encontrar-se apto a atingir os objetivos para os quais foi criado.” (OLIVEIRA, Pedro Miranda de. Causa decidida como requisito de admissibilidade do recurso especial, p.777-790. In: DANTAS, Bruno (Coord.). O papel da jurisprudência do STJ. São Paulo: RT, 2014, p.787).

³⁰ Rodrigo Mazei, ao comentar o artigo 1.025 do Código de Processo Civil 2015, registra: “Numa análise rígida, poder-se ia afirmar que o legislador infraconstitucional adentrou no campo do direito constitucional, pois acabou por ampliar o instituto de plataforma constitucional”. De toda sorte, tal argumento fica enfraquecido se examinarmos a (constitucionalidade) da Súmula n.211 do Superior Tribunal de Justiça, pois se admitiu, sem traçar qualquer argumentação de inconstitucionalidade, que o Superior Tribunal de Justiça firmasse entendimento que trabalhou com a noção de prequestionamento, embora este possuía célula constitucional (artigos 102, III e 105, III da Constituição Federal de 1988). (MAZEI, Rodrigo. In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim; DIDIER JUNIOR, Fredie; TALAMINI, Eduardo; DANTAS, Bruno. (Coords.) Breves comentários ao Novo Código de Processo Civil. São Paulo: RT, 2015, p.2283.

³¹ Já é possível encontrar na jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça julgados onde esta Corte se negou a aplicar a regra estabelecida pelo artigo 1.025, no sentido de considerar incluído no acórdão recorrido os elementos suscitados nos embargos de declaração indevidamente rejeitados, ao argumento de que tal interpretação viola a Constituição. É o que se vê do seguinte trecho do voto condutor: “Extraí-se da letra da lei que os elementos que a parte suscitou nos embargos de declaração serão considerados como prequestionados mesmo que tais embargos sejam rejeitados, desde que o tribunal superior considere que houve erro, omissão, contradição ou obscuridade. [...] Há também de se observar que, apesar da redação do artigo 1.025 do CPC sugerir que seria considerado como prequestionado artigos não discutidos nas decisões do Tribunal de origem, tal interpretação não é possível em afronta clara à Constituição Federal que determina, em seu artigo 105, III, que o STJ tem a função de pacificar a jurisprudência nacional, não de atuar como uma terceira instância.” (BRASIL. AgInt no AREsp 844804/MG, 2ª Turma, Min. Rel. Humberto Martins, DJe de 15/04/2016).

mencionado dispositivo para que o STJ passe diretamente para o julgamento da questão, mesmo sem que a casa tenha sido efetivamente decidida na decisão recorrida.

Assim, a sistemática de cassação do acórdão que julgou os embargos de declaração por violação do artigo 535, II, do CPC/73 com a determinação de retorno dos autos ao tribunal de origem para que haja manifestação sobre as questões omitidas, não mais encontra razão para ser aplicada no âmbito do STJ, uma vez que a questão omitida deverá ser considerada incluída no acórdão para fins de prequestionamento e o STJ estará autorizado a julgá-la de pronto desde que para isso não seja obrigado a reexaminar as provas dos autos.

Não há também que se falar na manutenção da exigência do apontamento da preliminar de violação do artigo 535, II do CPC/1973, que se transformaria na preliminar de violação do artigo 1.022 do CPC/2015, para autorizar a aceitação do prequestionamento ficto como temos encontrado em recentes julgados da Corte:

"a admissão de prequestionamento ficto (art. 1.025 do CPC/15), em recurso especial, exige que no mesmo recurso seja indicada violação ao art. 1.022 do CPC/15, para que se possibilite ao Órgão julgador verificar a existência do vício inquinado ao acórdão, que uma vez constatado, poderá dar ensejo à supressão de grau facultada pelo dispositivo de lei" (REsp 1639314/MG, Rel. Ministra Nancy Andriighi, Terceira Turma, julgado em 4/4/2017, DJe 10/4/2017). (BRASIL – Superior Tribunal de Justiça - AgInt no AREsp 1043549/RS, 3ª Turma; Min. Rel. Marco Aurélio Bellizze, DJe 01/08/2017)

Nesse sentido, entre vários outros: BRASIL – Superior Tribunal de Justiça - AgInt no AREsp 1358814/RS, 2ª Turma, Min. Rel. Mauro Campbell Marques, DJe 26/02/2019; AgInt no AREsp 1329977/SP, 3ª Turma, Min. Rel. Marco Aurélio Bellizze, DJe 22/11/2018; AgInt no AREsp 1206045/RN, 4ª Turma, Min. Rel. Lázaro Guimarães (Desembargador Convocado do TRF 5ª Região), DJe 10/09/2018; AgInt no AREsp 1187992/SP, Min. Rel. Luis Felipe Salomão, DJe 02/05/2018.

Isso porque o artigo 1.025 do CPC não traz essa exigência e se limita a asseverar que “consideram-se incluídos no acórdão os elementos que o embargante suscitou, para fins de pré-questionamento, ainda que os embargos de declaração sejam inadmitidos ou rejeitados, caso o tribunal superior considere existentes erro, omissão, contradição ou obscuridade.”

Assim, a manutenção da exigência do apontamento da preliminar de violação do artigo 535, II do CPC/1973, que se transformaria na preliminar de violação do artigo 1.022 do CPC/2015, apesar de encontrar amparo na jurisprudência do STJ firmada a luz do CPC/1973, não se sustenta diante da sistemática imposta pelo CPC 2015.³²

Ademais, como acima já sustentado, o CPC 2015 pretendeu, de certa forma, unificar a concepção de prequestionamento adotada pelo STJ e pelo STF na vigência do Código anterior. Assim, o legislador do novo código pretendeu impor ao STJ que passasse a aceitar o prequestionamento ficto nos moldes que já fazia o Supremo Tribunal Federal.

Desta forma, ao bebermos na fonte do prequestionamento ficto,³³ ou seja, analisando os julgados advindos do STF que enfrentaram de forma pontual a Súmula 356/STF e essa espécie de prequestionamento, verifica-se que aquele tribunal entende que para a configuração do prequestionamento ficto exige-se da parte apenas a interposição dos embargos de declaração tidos por prequestionadores e nada mais. Confira-se:

“I – RE: prequestionamento: 356.

O que, a teor da Súm. 356, se puta carente de prequestionamento é o ponto que, indevidamente omitido pelo acórdão, não foi objeto de embargos de declaração; mas, opostos esses, se, não obstante, se recusa o Tribunal a suprir a omissão, por entende-la inexistente, nada mais se pode exigir da parte, permitindo-se-lhe, de logo, interpor recurso extraordinário sobre a matéria dos embargos de declaração e não sobre a recusa, no julgamento deles, de manifestação sobre ela.” (BRASIL – Supremo Tribunal Federal - RE nº 210.638, 1ª Turma, Relator Min. Sepúlveda Pertence, DJ de 19/16/1998)

³² Nelson Nery comentando o artigo 1.025 do CPC 2015 em recente obra afirma que “Exigir-se que o recorrente também aponte ofensa ap CPC 1022 – regra de cabimento dos embargos de declaração – parece prática de voltar-se ao sistema da jurisprudência defensiva, a ideologia, a filosofia e o sistema do CPC 2015 procuraram abolir.” (NERY JUNIOR, Nelson. Código de Processo Civil comentado / Nelson Nery Junior, Rosa Maria Andrade Nery. – 18. Ed ver., atual. e ampl. –São Paulo: Thompson Reuters Brasil, 2019, p. 2286)

³³ Atualmente existe entendimento minoritário no sentido de repelir tanto o prequestionamento ficto como o implícito: “Esta Corte não tem procedido à exegese a contrario sensu da Súmula STF 356 e, por consequência, somente considera prequestionada a questão constitucional quando tenha sido enfrentada, de modo expresse, pelo Tribunal a quo. A mera oposição de embargos declaratórios não basta para tanto. Logo, as modalidades ditas implícita e ficta de prequestionamento não ensejam o conhecimento do apelo extremo.” (BRASIL – Supremo Tribunal Federal - ARE 707221 AgR/BA; Órgão julgador: 1ª Turma; Min. Rel. Rosa Weber; DJe de 03-09-2013).

O Plenário do STF confirmou essa orientação no julgamento do ERE 219.934, Relator Min. Octavio Galloti, DJ de 16/02/2001.

Assim, o que se vê é que o CPC 2015 pretendeu superar as Súmulas 211 e 320 do STJ para, ampliando a concepção de prequestionamento anteriormente adotada pelo STJ, impor a este Tribunal a aceitação do prequestionamento ficto, independentemente de preliminar de violação do artigo 1.022, bem como a configuração do mesmo ainda que a matéria conste apenas do voto vencido.

Contudo, apesar do raciocínio aqui exposto, se revela conveniente e até mesmo obrigatório que o recorrente que pretenda se valer da regra do artigo 1.025 do CPC 2015 aponte no seu recurso especial a violação ao artigo 1.022 para se defender da jurisprudência defensiva do STJ que, sem se desprender da dinâmica de julgamento prevista no código hoje revogado, manteve essa exigência.

Referência bibliográfica.

ALVIM, Eduardo Arruda; ALVIM, Angélica Arruda. Recurso Especial e prequestionamento. In: (Coord.) WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. Aspectos polêmicos e atuais do recurso especial e do recurso extraordinário. São Paulo: RT, 1998

BUENO, Cassio Scarpinella. Duas “novidades” em torno dos recursos extraordinários em sentido lato. Revista de Processo. Vol. 84, p 201-235. São Paulo: Ed. RT, out-dez. 1996

CHIOVENDA, Giuseppe. Instituições de direito processual civil. v.II. Tradução de Paolo Capitanio, com anotações de Enrico Tullio Liebman. Campinas: Bookseller, 1998

CÔRTEZ, Osmar Mendes Paixão. Recursos para os Tribunais Superiores: recurso extraordinário, recurso especial, embargos de divergência e agravos. 2.ed. Brasília – DF: Gazeta Jurídica, 2014

CÔRTEZ, Osmar Mendes Paixão. In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim; DIDIER JUNIOR, Fredie; TALAMINI, Eduardo; DANTAS, Bruno. (Coords.) Breves comentários ao Novo Código de Processo Civil. São Paulo: RT, 2015

FERREIRA, Carlos Renato de Azevedo. Embargos declaratórios com efeitos modificativos. Revista dos Tribunais, v.663, São Paulo: RT, jan.1991

MANCUSO, Rodolfo de Camargo. Recurso Extraordinário e Recurso Especial. 13.ed. São Paulo: RT, 2015,

MARINONI, Luiz Guilherme. Novo curso de processo civil: tutela dos direitos mediante procedimento comum, volume II/Luiz Guilherme Marinoni, Sérgio Cruz Arenhart, Daniel Mitidieiro. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015

MEDINA, José Miguel Garcia. Prequestionamento e repercussão geral e outras questões relativas ao recurso especial e extraordinário. 6.ed. São Paulo: RT, 2012

MELLO, Augusto Cordeiro de. O processo no Supremo Tribunal Federal. v.2. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1964

MELLO, Marco Aurélio Mendes de Farias. O prequestionamento e o recurso de revista. Revista LTr., v.51, n.9, set.1987

MONTEIRO, Samuel. Recurso especial e extraordinário. São Paulo: Hemus, 1992,

MOREIRA, José Carlos Barbosa. Comentários ao Código de Processo Civil. v.V: arts.476 a 565. Rio de Janeiro: Forense, 2013

NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria Andrade. Código de Processo Civil Comentado. 2.ed. São Paulo: RT, 1996

NERY JUNIOR, Nelson. Código de Processo Civil comentado / Nelson Nery Junior, Rosa Maria Andrade Nery. – 18. Ed ver., atual. e ampl. –São Paulo: Thompson Reuters Brasil, 2019

OLIVEIRA, Pedro Miranda de. Causa decidida como requisito de admissibilidade do recurso especial, p.777-790. In: DANTAS, Bruno et al. O papel da jurisprudência do STJ. São Paulo: RT, 2014,

RANÑA, Leonardo Fernandes. A ordem pública nos Recursos Extraordinário e Especial e a observância do devido processo legal. Dissertação de Mestrado defendida em 09/03/2017 na Pontifícia Universidade Católica de São Paulo.

RIBEIRO, Eduardo. Prequestionamento. In: (Coords.) NERY JUNIOR, Nelson; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. Aspectos polêmicos e atuais dos recursos cíveis de acordo com a Lei 9.756/1998. v.2. São Paulo: RT, 1999

RIZZI, Luiz Sérgio. Do recurso extraordinário. Revista do Advogado, v.27, São Paulo, fev.1989

WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. Omissão judicial e embargos de declaração. São Paulo: RT, 2005

WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. Recurso especial, recurso extraordinário e ação rescisória. 2.ed. São Paulo: RT, 2008,

WAMBIER, Teresa Arruda Alvim; DIDIER JUNIOR, Fredie; TALAMINI, Eduardo;
DANTAS, Bruno. (Coords.) Breves comentários ao Novo Código de Processo Civil.
São Paulo: RT, 2015

O FUTURO DA RECLAMAÇÃO CONTRA O DESCUMPRIMENTO DE DECISÃO EM RECURSO ESPECIAL REPETITIVO

Osmar Mendes Paixão Côrtes

Pós-Doutor em Direito Processual Civil pela UERJ.

Doutor em Direito pela PUC/SP.

Mestre em Direito pela Unb.

Secretário-geral adjunto do IBDP.

Professor do mestrado do IDP/DF.

Advogado.

I – Considerações iniciais

A reclamação, medida originária de competência dos Tribunais, está hoje exaustivamente regulada pelo Código de Processo Civil.

O atual CPC consolidou a tendência de as Cortes assumirem papéis mais uniformizadores e consolidadores da jurisprudência. E, uma vez definidas as teses, a reclamação, como instrumento para impor a observância às suas decisões e preservar a sua competência, foi muito valorizada.

Isso, notadamente em um contexto de valorização do consolidado microssistema de demandas repetitivas.

Coloca-se em questão, todavia, se a reclamação é ou não essencial para a manutenção do novo sistema, principalmente à luz do entendimento do Superior Tribunal de Justiça.

II – Os recursos repetitivos no microssistema de demandas repetitivas

Os recursos repetitivos inserem-se, no contexto da atual legislação, dentro de um microssistema de demandas repetitivas, que vinha se formando de modo gradual e foi consolidado no atual Código de Processo Civil.

A consagração desse microssistema guarda íntima relação com a mudança de paradigma iniciada já antes da atual legislação – do subjetivo para o objetivo¹.

Há muito se fala na mudança de paradigma – do subjetivo clássico para o objetivo. Os Tribunais, notadamente os Superiores, já sinalizam há um tempo que não pretendem continuar sendo Cortes de varejo, mas, ao contrário, querem apreciar teses, *leading cases*, exercendo sua função nomofilática de forma talvez mais pura e eficaz².

Prioriza-se a função de os Tribunais firmarem teses e assim controlarem e preservarem a ordem jurídica, já que se viu que resolver todos os casos concretos com justiça é impossível.

Aliás, no ponto, vale notar, sobre a função nomofilática³ dos Tribunais, que o atual CPC, no artigo 926, a estimula, na medida em que fala no dever de uniformizar a jurisprudência e mantê-la estável, íntegra e coerente⁴. Ou seja, a novel legislação determina, por racionalidade e por segurança, que as normas devem ser aplicadas de forma coerente e íntegra.

Pode-se analisar essa mudança de paradigma também sobre o enfoque da tutela plurindividual. Visto que o mau funcionamento do modelo de tutela coletiva de direitos individuais homogêneos, somado à necessidade de dar mais racionalidade e

¹ Em outra oportunidade, apreciamos o tema. Vide nosso *A “objetivação” no processo civil: as características do processo objetivo no procedimento recursal* in REPRO 178, dezembro de 2009. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009. pp. 220-226.

² Rodolfo de Camargo Mancuso anota que as Cortes Superiores têm o papel de preservar a ordem jurídica (nomofilática), de fornecer parâmetros decisórios para os demais órgãos judiciais (paradigmática) e resolver com justiça o caso concreto (função dikelógica). MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Sistema brasileiro de precedentes: natureza: eficácia: operacionalidade*. 2 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016. p. 542.

³ Teori Zavascki, em voto proferido na RCL 4335/AC, anotou sobre o que seria a função nomofilática – “entendida a nomofilaquia no sentido que lhe atribuiu Calamandrei, destinada a aclarar e integrar o sistema normativo, propiciando-lhe uma aplicação uniforme -, funções essas com finalidades ‘que se entrelaçam e se iluminam reciprocamente’ e que têm como pressuposto lógico inafastável a força expansiva *ultra partes* dos seus precedentes.”

⁴ Vale anotar, no ponto, que a apreciação de teses pelos Tribunais (a partir do julgamento das causas) pode dar margem ao ativismo judicial. Não que uma coisa esteja ligada à outra necessariamente, mas a atribuição do poder de fixar teses de forma mais geral, aplicáveis a um grande número de processos, aumenta o risco do ativismo judicial, fenômeno observado em diversos países e estudado por importantes autores, como Ran Hirschl e Jeremy Waldron, que buscam tornar mais previsível o padrão de conduta dos intérpretes qualificados da lei. Para mais profundidade no assunto, ver nosso *A objetivação do processo e o ativismo judicial no contexto do pós-positivismo*, publicado na Revista de Processo 251 de janeiro de 2016.

agilidade à prestação jurisdicional, foi necessário se pensar em outro modelo, desenvolvendo-se técnicas de julgamento plurindividual. É o que defende Bruno Dantas⁵.

A tutela plurindividual não é a coletiva e nem a individual. É a que excede os limites da jurisdição singular e envolve um número expressivo de sujeitos envolvidos e não chega a ser coletiva por não se respaldar na idéia de um tratamento molecular.

Os julgamentos de casos repetitivos bem ilustram essa modalidade de tutela, pois seleciona-se um caso representativo e aprecia-se a tese, que produz efeitos sobre inúmeros casos de jurisdição singular. Rodolfo de Camargo Mancuso é preciso ao concluir que “pode-se dizer que as ações replicadas e os recursos repetitivos encontram-se num patamar diferenciado, não havendo excesso em aí se reconhecer um *tertium genus*, a que se vem chamando *tutela judicial plurindividual*.”⁶

O atual Código de Processo Civil não só regulamentou melhor a sistemática dos recursos repetitivos como criou outros novos instrumentos, como a assunção de competência e os incidentes de resolução de demandas repetitivas. E, principalmente, infiltrou, em toda a novel legislação, o espírito de observância das teses firmadas pelos Tribunais e, por consequência, valorizou o papel uniformizador, pacificador e fixador de teses das Cortes.

A melhor regulamentação dos repetitivos fica clara quando se observa que o atual Código supriu lacunas existentes, especificando, por exemplo, detalhes sobre a decisão de afetação, desistência dos recursos, procedimento de distinção entre o paradigma e o caso concreto afetado, etc..

Por outro lado, também a criação do incidente de resolução de demandas repetitivas imbuíu os Tribunais de segunda instância de poderes para também firmarem teses, inclusive para o futuro (pois a decisão, ao contrário da tomada nos recursos repetitivos) deve ser aplicada não apenas aos casos existentes, em curso.

E alguns dispositivos, como o artigo 332 que autoriza o julgamento pela improcedência liminar do pedido no caso de existir decisão do Tribunal Superior em repetitivo, e o 932, IV e V, sobre a possibilidade de os relatores dos processos nos

⁵ DANTAS, Bruno. *Teoria dos recursos repetitivos: tutela pluri-individual nos recursos dirigidos ao STF e STF (art. 543-B e 543-C do CPC)*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015.

⁶ MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Sistema brasileiro de precedentes: natureza: eficácia: operacionalidade*. 2 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016. p. 542

Tribunais julgarem monocraticamente se houver decisão firmada pelo STJ ou pelo STF também em repetitivo, merecem destaque em particular, pois deixam claro que os julgamentos paradigma são objetivos, no sentido de desapegados de particularidades dos casos que lhes deram origem e de observância e de conhecimento obrigatórios.

A assunção de competência é outro instrumento que reforça o poder de os Tribunais firmarem teses de uma forma mais objetiva. Podem afetar determinados casos, em razão da relevância da matéria e até para prevenirem divergência interna, e, desde logo, em um colegiado maior, fixarem o sentido do entendimento. Note-se se sequer precisa haver amadurecimento ou debate prévio sobre o assunto a ser apreciado em assunção.

O artigo 947 do novo CPC prevê o incidente “quando o julgamento de recurso, de remessa necessária ou de processo de competência originária envolver relevante questão de direito, com grande repercussão social, sem repetição em múltiplos processos.”

Ou seja, a assunção não se confunde com as demandas ou recursos repetitivos e pode ser resumida como uma afetação com eficácia ‘erga omnes’.

A prática da afetação de determinado caso a um colegiado superior no âmbito interno de alguns Tribunais já existia. A intenção é decidir a questão em definitivo para que todos os demais órgãos da Corte sigam a tese firmada, evitando ou pacificando divergências internas.

O artigo 947 regulamentou a prática e expressamente atribuiu efeito vinculante e eficácia ‘erga omnes’ à decisão. Nesse sentido, o § 3º dispõe que “o acórdão proferido em assunção de competência vinculará todos os juízes e órgãos fracionários, exceto se houver revisão de tese”. E, ainda, o artigo 988, no inciso IV, tratou do cabimento de reclamação se descumprida a decisão.

Em outras palavras, definida a tese no caso afetado, todos os demais órgãos e juízes vinculados e hierarquicamente inferiores ao colegiado que decidiu deverão seguir a diretriz fixada, em casos presentes e futuros.

A inovação do CPC é positiva por dois motivos centrais. Em primeiro, porque a afetação para colegiados superiores no âmbito interno de Tribunais já é uma realidade; em segundo, porque a atribuição de efeitos vinculantes à decisão segue a

diretriz adotada pelo novo CPC, de tentar impor cada vez mais a observância a decisões tomadas por órgãos de jurisdição superior (artigo 927).

Outro exemplo de consolidação da objetivação é a previsão da reclamação no atual Código. Remédio de alta importância, foi estendido a todo e qualquer tribunal além de ter sido aprimorada. No artigo 988, foram previstos, por exemplo, detalhes de procedimento e especificadas as hipóteses de cabimento⁷. E, com as alterações da Lei 13256/2016, regulada a utilização contra as decisões em recursos repetitivos. Note-se que a medida continua expressamente, mesmo após as alterações da referida lei, cabível inclusive para os Tribunais Superiores contra decisões em repetitivos, desde que exauridas as tentativas de impugnação, nos termos do parágrafo 5º, II, do artigo 988.

Além de instrumentos e remédios cabíveis, a nova legislação infiltrou em diversos pontos, consoante já anotado, a preocupação de que as teses, o que pacificado, a jurisprudência firme, sejam aplicadas e observadas, fortalecendo a tendência à objetivação.

O artigo 927 não é, assim, apenas uma norma genérica e principiológica ao pregar o respeito às decisões dos Tribunais, pois há instrumentos para fazer cumpri-lo.

Tudo isso demonstra a consolidação de um novo paradigma objetivo e a existência de um microssistema de demandas repetitivas.

Em conclusão do tópico, merece referência a constatação de Humberto Dalla e Roberto Rodrigues, de que o microssistema aqui tratado (chamado pelos autores de microssistema de formação de precedentes vinculantes) é composto “pelas normas gerais previstas nos arts. 926 a 928, bem como pelas disposições esparsas que regulamentam todos os mecanismos de julgamentos por amostragem”⁸.

III – A evolução do cabimento da reclamação – da jurisprudência à legislação

⁷ CÔRTEZ, Osmar Mendes Paixão. *A reclamação para os Tribunais Superiores no novo CPC, com as alterações da Lei 13,256/2016* in REPRO 257, julho de 2016. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016. pp. 255-265.

⁸ PINHO, Humberto Dalla Bernardina de, RIBEIRO, Roberto de Aragão. *O microssistema de formação de precedentes judiciais vinculantes previsto no novo CPC* in Revista de Processo REPRO 259. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016. p. 421.

O STF, notadamente a partir da paradigmática Reclamação 4335/AC, admitiu em alguns casos a medida para impor a observância a decisões tomadas em processos de controle difuso de constitucionalidade.

Fugindo da linha tradicional de que apenas decisões tomadas em processos de controle concentrado produzem efeitos vinculantes e *erga omnes*, o Tribunal admitiu a reclamação, mesmo não tendo havido a suspensão da lei declarada inconstitucional pelo Senado Federal.

Outros estudos já foram dedicados ao assunto⁹, mas vale lembrar, resumidamente, que a Corte Constitucional, pelas razões principalmente do voto do relator, considerou que o ato de suspensão de uma lei pelo Senado é meramente político, devendo-se impor a observância a decisões em controle difuso de constitucionalidade até em nome do papel constitucional do Tribunal. Na mesma linha o entendimento tomado nos autos da RCL 2280/RJ. Luiz Guilherme Marinoni faz coro ao aumento da vinculação das decisões do STF ainda que não em controle concentrado, pontuando que “não há motivo para limitar a eficácia vinculante apenas às decisões com igual eficácia no controle objetivo”¹⁰.

O Superior Tribunal de Justiça, na mesma linha de ampliar o cabimento da medida, admitiu-a, a partir da RCL 3752/GO (que levou à edição da Resolução 12/2009), contra decisões de Turmas Recursais que desrespeitem a jurisprudência firme da Corte.

Estes exemplos da ampliação do cabimento da medida realçam a importância da reclamação, principalmente no contexto da objetivação do processo (que passa a ser encarado de uma forma menos subjetiva, individualizada, sofrendo efeitos de decisões tomadas em outros casos, de uma forma mais direta).

Por outro lado, o STF e o STJ reduziram o cabimento da reclamação no tocante aos recursos repetitivos. Mesmo sendo a sistemática destes recursos distinta da tradicional dos recursos - por afetar-se um caso para julgamento da

⁹ A “*objetivação*” no processo civil: as características do processo objetivo no procedimento recursal in REPRO 178, dezembro de 2009. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009. pp. 220-226.

¹⁰ MARINONI, Luiz Guilherme. *Precedentes obrigatórios*. 4 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016. p. 299.

tese que será decisivamente firmada, devendo ser observada - os Tribunais adotaram majoritariamente o entendimento de que não se deve admitir a reclamação quando recursos sobrestados forem mal indeferidos ou forem mal julgados após a decisão no caso paradigma.

Em estudo específico foram exploradas as limitações¹¹ merecendo destaque algumas decisões que fixaram teses restritivas, como a da Corte Especial na QO no Ag 1154599/SP (Rel. Min. Cesar Rocha. DJ de 12/05/2011), originariamente quanto ao não cabimento de agravo para o STJ e posteriormente estendida para a reclamação, ao argumento de que a aplicação equivocada de precedente em repetitivo não usurpa a competência do Tribunal Superior.

Outras decisões, como a do AgRg na Rcl 8264/RN (Rel. Min. Antonio Carlos Ferreira. Segunda Seção. DJ de 26/08/2014) reconheceram a ausência de caráter vinculante à decisão tomada no repetitivo, pois “as orientações emanadas em recursos especiais repetitivos não detêm força vinculante ou efeito erga omnes, não autorizando, por si só, o ajuizamento da reclamação constitucional contra decisão judicial que venha a contrariá-las”.

O Superior Tribunal de Justiça, assim, por regra, já interpretava o preceito constitucional viabilizador da reclamação, quanto aos recursos repetitivos, de forma limitada – por regra, apenas em casos de descumprimento de decisão no caso concreto. Aplicado mal um precedente em caso de recurso sobrestado, incabível agravo para o Tribunal Superior ou reclamação. Cabível, apenas, agravo interno para o Tribunal. Da mesma forma, se houver má aplicação do precedente em repetitivo quando do re julgamento de determinado processo pelo Tribunal de origem.

Excetuava-se, pela previsão própria da Resolução 12/2009, o cabimento de reclamação contra decisões de Turmas Recursais, ao fundamento de que as medidas seriam distintas, pois a “reclamação constitucional decorre do direito de petição e tem por escopo preservar a competência do Superior Tribunal de Justiça ou garantir a autoridade das suas decisões”, a reclamação da Resolução 12 tem “natureza recursal”, o

¹¹ *A reclamação no novo CPC – fim das limitações impostas pelos Tribunais Superiores ao cabimento?* in REPRO 244, junho de 2015. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais. 2015. pp. 347-358.

que justifica, inclusive, a previsão de prazo para o seu ajuizamento (AgRg na Rcl 18108/BA. Rel. Min. Og Fernandes. Primeira Seção. DJ de 21/08/2014).

No âmbito do Supremo Tribunal Federal, as limitações já seguiam a mesma linha, não se admitindo, por regra, reclamação contra decisão que aplica o entendimento firmado em repetitivo ou em repercussão geral. Desde o julgamento da Questão de Ordem no AI 760358 (Rel. Min. Presidente. Tribunal Pleno. DJ de 19/02/2010) foi estabelecido que a reclamação, além do agravo de instrumento, é incabível contra a decisão que aplica (mal) o entendimento firmado em recurso repetitivo. Cabível apenas o agravo interno no próprio Tribunal *a quo*.

No que toca à repercussão geral, também o STF já vinha entendendo que os precedentes não são dotados de eficácia *erga omnes*. Ainda que deva ocorrer a observância ao paradigma, se houver o desrespeito por parte do Tribunal de origem, deve-se tentar resolver o problema no âmbito da própria Corte Inferior, não podendo haver, *per saltum*, a atuação do STF. Merece referência a Rcl 17914/MS (Rel. Min. Lewandowski. Segunda Turma. DJ de 04/09/2014) onde restou consignado que “não cabe reclamação fundada em precedentes sem eficácia geral e vinculante” e que “conquanto o decidido nos recursos extraordinários submetidos ao regime da repercussão geral vincule os outros órgãos do Poder Judiciário, sua aplicação aos demais casos concretos (...) não poderá ser buscada, diretamente, nesta Suprema Corte, antes da apreciação da controvérsia pelas instâncias ordinárias”.

No mesmo sentido, a decisão na Rcl 17512/SP (Rel Min. Barroso. Primeira Turma. DJ de 25/09/2014), segundo a qual “as decisões proferidas em sede de recurso extraordinário, ainda que em regime de repercussão geral, não geram efeitos vinculantes aptos a ensejar o cabimento de reclamação, que não serve como sucedâneo recursal”.

Ou seja, tanto no STJ quanto no STF, o desrespeito a decisão que deveria ser observada (tomada em repetitivo ou com repercussão geral) deveria ser atacado de outras formas (notadamente nos Tribunais inferiores), não sendo cabível, por regra, a reclamação diretamente às Cortes Superiores.

Consoante anotado a seguir, o legislador, notadamente pela Lei 13256/16, ajustou a regulamentação da reclamação à linha da jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça e do Supremo Tribunal Federal já firmada.

IV – O cabimento atual da reclamação contra o descumprimento de decisões em recursos repetitivos

O atual CPC alteraria em muito a jurisprudência dos Tribunais Superiores, na medida em que expressamente previa a reclamação para a hipótese, entre outras, de garantir a observância de precedente proferido em julgamento de casos repetitivos ou em incidente de assunção de competência.

A Lei 13256/2016, todavia, alterou o dispositivo para limitar a reclamação contra decisões que aplicam mal precedentes em repetitivos ou em repercussão geral. O atual inciso IV do artigo 988 estabelece que ela é cabível, quanto aos repetitivos, para garantir a observância a precedentes de incidente de resolução de demandas repetitivas ou de incidente de assunção de competência.

E no inciso II, do § 5º do artigo 988, especifica que é inadmissível a reclamação “proposta perante o Supremo Tribunal Federal ou o Superior Tribunal de Justiça para garantir a observância de precedente de repercussão geral ou de recurso especial em questão repetitiva”, se não “esgotadas as instâncias ordinárias”.

Ou seja, com as alterações da Lei 13256/2016, a reclamação não é cabível sempre e diretamente para o Tribunal Superior quando for mal aplicado um precedente (seja indeferindo um recurso especial ou extraordinário sobrestado, seja rejugando-o). Mas poderá ser cabível se a parte tentar resolver com os remédios possíveis o problema no Tribunal inferior e não conseguir.

Essa limitação parece coincidir com a linha da jurisprudência já firmada e referida acima – não se deve reclamar diretamente ao STF ou ao STJ. Deve-se adotar os remédios possíveis no âmbito das Cortes de origem. Apenas em casos extremos, nos quais não se consiga resolver a questão da observância ao precedente firmado em repetitivo ou em repercussão geral no Tribunal inferior é que se pode abrir a via da reclamação.

Outra não deve ser a interpretação a ser dada ao artigo 988, § 5º, inciso II, alterado pela Lei 13256/2016, pois negar a reclamação em definitivo (mesmo após as tentativas no Tribunal inferior) significa autorizar eventual desrespeito ao precedente que deve vincular e ser aplicado a outros casos, afrontando a própria intenção e o espírito do novo CPC – impor o respeito à jurisprudência.

O que diferencia os precedentes em repetitivos e em repercussão geral das decisões das Cortes Superiores em casos individuais e ordinários é justamente a possibilidade de produzirem efeitos para além daquele processo (objetivação), afetando casos suspensos e até futuros.

As partes devem, então, após a decisão em repetitivo ou em repercussão geral, se não houver a correta aplicação do “precedente” aos processos suspensos, lançar mão dos remédios previstos na legislação perante as Cortes de origem antes de ajuizar a reclamação.

Se o recurso especial ou o extraordinário sobrestado for mal indeferido, deve peticionar requerendo a reconsideração da decisão ou o recebimento da petição como agravo interno para que o colegiado reveja a decisão equivocada (que indeferiu recurso que não deveria ter sido indeferido). A redação original do atual CPC autorizava o agravo para o Tribunal Superior. A Lei 13256/2016 alterou, todavia, o artigo 1042, não mais cabendo o agravo, exceto o interno.

Se o recurso especial ou o extraordinário sobrestado for mal “rejulgado” (determinou-se o rejulgamento pelo colegiado do Tribunal inferior e o precedente foi mal aplicado), deve-se peticionar no Tribunal inferior requerendo o processamento do recurso especial ou extraordinário, nos termos do artigo 1041, ou interpor novo recurso se for o caso.

Apenas se infrutíferas essas tentativas poderá a parte ajuizar reclamação ao STJ ou ao STF, nos termos do artigo 988, § 5º, inciso II.

A Lei 13256/2016, portanto, colocou limite ao cabimento direto da reclamação, mas ainda assim a reclamação foi fortalecida, não apenas pela brecha do referido inciso II, mas porque a previsão do novo CPC, mesmo com a redação atual, é muito detalhada, valorizando a medida.

E o curioso é que a Lei 13256/2016 manteve a reclamação direta para as hipóteses de incidentes de resolução de demandas repetitivas e assunção de competência. Nos Tribunais Estaduais ou Regionais, dessa forma, cabível a medida se desrespeitado por órgão inferior o precedente em repetitivo. E, nos Tribunais Superiores, cabível a reclamação se descumprido precedente firmado em assunção de competência, incidente previsto no artigo 947 que pode ser resumido como uma afetação para decisão de questão relevante pelo colegiado maior de um Tribunal, com efeitos vinculantes.

O Superior Tribunal de Justiça, inclusive, pela sua Primeira Seção, já decidiu que apenas após a interposição do agravo interno contra o indeferimento do recurso especial é que cabe a reclamação:

EMENTA

“PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO. RECLAMAÇÃO. PRECEDENTE OBRIGATÓRIO. CABIMENTO. RECURSO ESPECIAL REPETITIVO N. 1.148.444/MG. NÃO OBSERVÂNCIA. ICMS. CREDITAMENTO. NOTAS POSTERIORMENTE DECLARADAS INIDÔNEAS. BOA-FÉ DA EMPRESA ADQUIRENTE. ÔNUS DA PROVA. INVERSÃO.

1. É cabível reclamação para garantir a observância de precedente formado em julgamento de recurso especial repetitivo, desde que esgotadas as instâncias ordinárias. Inteligência do art. 988, § 5º, do CPC.

2. Exaurida a instância recursal ordinária com o julgamento do agravo interno a que se refere o art. 1.030, § 2º, do CPC, esse é o julgado cuja validade será o objeto de análise desta reclamação e de eventual juízo de cassação tendente a dar a correta destinação do recurso especial obstado na origem. (...)” (Primeira Seção. Rel. Ministro Gurgel de Faria. RCL 37081/SP. DJ de 23/04/2019).

De se anotar, ainda, que, com a alteração do inciso IV do artigo 988, parece ter acabado a possibilidade de reclamação para casos futuros (não sobrestados) que não observem o entendimento firmado em repetitivo ou em repercussão geral, já que a exceção do § 5º, inciso II parece ser para as hipóteses nas quais se tenha tentado fazer com que os Tribunais inferiores apliquem a processos sobrestados a jurisprudência consolidada em repetitivo ou em repercussão geral.

V – A reclamação é mesmo necessária para a inteireza do sistema de repetitivos? O futuro da medida.

A partir da importância dada pelo atual CPC ao microssistema de demandas repetitivas, na linha do que observado, desenhou-se a reclamação como a medida fundamental para manter a estrutura do sistema, que pressupõe o respeito às decisões paradigmas.

Se o Tribunal julgar um recurso repetitivo e não tiver um instrumento forte para impor o respeito ao que decidido, pergunta-se: toda a construção do microssistema e dos recursos repetitivos em particular é colocada em dúvida?

Uma análise profunda da evolução da legislação processual e da estrutura do atual CPC demonstra que a preocupação com a observância das decisões paradigmas é uma realidade, assim como a construção de um sistema que deve funcionar respeitando as decisões “precedentes”. O artigo 927, nesse contexto, não é apenas decorativo e principiológico.

Ao contrário, o legislador infiltrou em toda a legislação a preocupação em impor o respeito às decisões “precedentes”. Basta observar os dispositivos sobre tutela de evidência (artigo 311, II) e o próprio cabimento de ação rescisória para impor o respeito ao padrão decisório de um recurso repetitivo (artigo 966, § 5º).

Ou seja, esse microssistema de repetitivos foi criado e consolidado a partir de vários dispositivos. O cabimento da reclamação quando houver o desrespeito à decisão paradigma em um recurso repetitivo é um deles.

Mas é extremamente importante. Isso porque o cabimento da reclamação confirma a importância de imediatamente se impor o respeito a uma decisão. Demonstra que o desrespeito à decisão paradigma é coisa séria e se não for resolvido o problema rapidamente através de recursos é cabível a medida.

Pode até não ser essencial para a sobrevivência do microssistema, mas é muito importante sim já que destaca a natureza diferenciada da decisão paradigma.

Recursos são cabíveis sempre, contra decisões mais fortes e mais fracas, mas a reclamação não! Ela dá um diferencial, elevando de nível em termos de impacto e observância, a decisão paradigma em um recurso repetitivo.

Assim, parece que pela importância, a medida deve ser admitida, ainda que com a restrição observada de exaurimento de instância.

O Superior Tribunal de Justiça enfrenta a questão nos autos do processo RCL 36476/SP (relatora Ministra Nancy Andrighi. Corte Especial). E a discussão que se coloca é essa – a reclamação contra o descumprimento de decisões em recursos repetitivos é crucial para a manutenção do sistema, ou o sistema consegue sobreviver sem a medida?

Na linha do que exposto no presente estudo, parece-nos que a reclamação não é essencial ao sistema, como se ele ruísse sem o cabimento da medida contra descumprimento das decisões em repetitivos. Mas a reclamação é de extrema importância, notadamente considerando o problema cultural de decisões serem muitas vezes desrespeitadas em nome da independência do julgador.

A previsão expressa da reclamação, ainda que condicionada ao exaurimento prévio das instâncias ordinárias bem mostra a sua importância e impõe o respeito ao que decidido de forma vinculante pelas Cortes Superiores.

Em um futuro próximo, assim, parece-nos que a medida continuará sendo admitida, na linha da expressa previsão do CPC, ainda que condicionada ao exaurimento das instâncias ordinárias previamente, contra o descumprimento de decisão em recurso especial repetitivo.

Por outro lado, em um futuro mais distante, embora a medida seja importante, se a cultura do respeito aos padrões decisórios (“precedentes”) dos repetitivos vingar, pode a reclamação até deixar de ser cabível para os Tribunais Superiores, pois o novo sistema (microssistema) já estará maduro.

BIBLIOGRAFIA

BRENNER, Saul, SPAETH, Harold J.. *Stare Indecisis — the Alteration of Precedent on the Supreme Court, 1946-1992*. Cambridge: Cambridge University Press, 2003.

CÔRTEZ, Osmar Mendes Paixão. *A “objetivação” no processo civil: as características do processo objetivo no procedimento recursal* in Revista de Processo RePro 178 dezembro 2009. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009.

_____. *A reclamação no novo CPC – Fim das limitações impostas pelos Tribunais Superiores ao cabimento?* in Revista de Processo RePro 244 junho 2015. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015.

_____. *A reclamação para os Tribunais Superiores no Novo CPC, com as alterações da Lei 13.256/2016* in Revista de Processo RePro 257, julho de 2016. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016.

_____. *A objetivação do processo e o ativismo judicial no contexto do pós-positivismo,* in Revista de Processo RePro 251, janeiro de 2016. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016.

_____. *Reclamação – A ampliação do cabimento no contexto da “objetivação” do processo nos Tribunais Superiores* in Revista de Processo RePro 197 julho 2011. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011.

_____. *Recursos repetitivos, súmula vinculante e coisa julgada.* Brasília: Gazeta Jurídica, 2018.

_____. *Natureza e efeitos da decisão em recurso repetitivo: uma tentativa de sistematizar a observância à tese firmada na decisão paradigma,* in Revista de Processo RePro 273, novembro de 2017. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2017.

DARBYSHIRE, Penny. *Eddey & Darbyshire on The English Legal System.* 7ª ed. London: Sweet & Maxwell, 2001.

DANTAS, Bruno. *Repercussão geral: perspectivas histórica, dogmática e de direito comparado – questões processuais.* 3 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

_____. *Teoria dos Recursos Repetitivos: tutela pluri-individual nos recursos dirigidos ao STF e ao STJ (arts. 543-B e 543-C do CPC).* São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

FRIED, Charles. *Saying what the Law is*. Cambridge: Harvard University Press, 2004.
FRIEDMAN, Lawrence M.. *A History of American Law*. 2 ed. New York: Simon & Schuster, Inc., 1985.

MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Sistema brasileiro de precedentes: natureza: eficácia: operacionalidade*. 2 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016.

_____. *Divergência Jurisprudencial e Súmula Vinculante*. 2^a ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2001.

MARINONI, Luiz Guilherme. *Precedentes Obrigatórios*. 4 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016.

_____. *Julgamento colegiado e precedente in* Revista de Processo REPRO 264 – fevereiro de 2017. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais.

MARINONI, Luiz Guilherme, ARENHART, Sérgio Cruz, MITIDIERO, Daniel. *Novo Código de Processo Civil comentado*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015.

MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro. *Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas: sistematização, análise e interpretação do novo instituto processual*. Rio de Janeiro: Forense, 2017.

OLIVEIRA, André Macedo de. *Recursos especiais repetitivos*. Brasília: Gazeta Jurídica, 2015.

PINHO, Humberto Dalla Bernardina de. *Direito Processual Civil Contemporâneo*. v. 1. *Teoria Geral do Processo*. 6 ed. Rio de Janeiro: Saraiva, 2015.

PINHO, Humberto Dalla Bernardina de; RODRIGUES, Roberto de Araújo Ribeiro. *O microssistema de formação de precedentes judiciais vinculantes previsto no novo CPC in* Revista de Processo REPRO 259 – setembro de 2016. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016.

PUGLIESE, William. *Precedentes e a civil law brasileira: interpretação e aplicação do novo Código de Processo Civil*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016.

WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (coord). *Direito jurisprudencial*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012.

WAMBIER, Teresa Arruda Alvim, DIDIER JR., Fredie, TALAMINI, Eduardo, DANTAS, Bruno (coord.). *Breves comentários ao novo Código de Processo Civil*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015.

WAMBIER, Teresa Arruda Alvim, DANTAS, Bruno. *Recurso especial, recurso extraordinário e a nova função dos tribunais superiores no direito brasileiro*. 3 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016.

QUAL O QUÓRUM NECESSÁRIO PARA A MODULAÇÃO DE EFEITOS?

Uma proposta de compatibilização do CPC/15 com a Lei. n. 9.868/99

Paulo Mendes de Oliveira

Pós-Doutor em Direito (UFBA).
Doutor e Mestre em Direito (UFRGS).
Professor de Direito Processual Civil.
Procurador da Fazenda Nacional.

1. Notas introdutórias

O tema da modulação de efeitos ainda gera muitas dúvidas e questionamentos no Brasil. Predomina a ideia de que a modulação dos efeitos dos precedentes judiciais deve ser excepcional, devendo prevalecer, em regra, a eficácia retroativa do novo entendimento dos tribunais, garantindo-se, assim, a isonomia entre as relações jurídicas semelhantes que serão alcançadas pelo precedente. Referida eficácia retroativa também se justifica em razão da teoria da nulidade da norma inconstitucional, que estabelece que a inconstitucionalidade constitui vício de origem, fazendo com que a norma seja natimorta, o que proporciona a natural eficácia *ex tunc* da decretação da inconstitucionalidade.

A modulação de efeitos, contudo, é prática que vem sendo, há muito tempo, utilizada pelo STF, antes mesmo de a Lei n. 9.868/99 positivar a possibilidade de modulação de efeitos no controle concentrado de constitucionalidade. O STF modulava os efeitos das suas decisões como algo inerente à sua função de julgar e formar precedentes, poder que é reforçado pelo princípio constitucional da segurança jurídica. Com o advento da Lei n. 9.868/99, previu-se expressamente a possibilidade de modulação de efeitos e se estabeleceu um quórum de dois terços (8 Ministros) para que fosse possível a modulação pelo STF. Desde então, muitos foram os casos em que o STF modulou os efeitos das suas decisões, prática esta que não encontrou ressonância nos demais tribunais. O STJ, por exemplo, apresentava entendimento reticente à modulação de efeitos, afirmando que esta era uma prerrogativa exclusiva do STF.

Promulgado o Código de Processo Civil de 2015 (CPC/15), o tema da modulação de efeitos ganha novos contornos, porquanto o seu art. 927, §3º,¹ previu expressamente a possibilidade de modulação de efeitos na hipótese de alteração de jurisprudência dominante do Supremo Tribunal Federal e dos tribunais superiores ou daquela oriunda de julgamento de casos repetitivos, no interesse social e no da segurança jurídica. Três novidades são dignas de nota: estendeu-se a poder de modular efeitos para os demais tribunais superiores; foi prevista a modulação em hipótese distinta da declaração de inconstitucionalidade (superação de precedente) e, por fim, não se estabeleceu quórum diferenciado para a definição de eficácia distinta da retroativa para os precedentes.

O objetivo principal do presente estudo é definir qual o quórum para a modulação de efeitos após o advento do CPC/15, tendo em vista que o art. 27 da Lei n. 9.868/99 (que prevê o quórum de dois terços) não foi expressamente revogado. Há, portanto, dois regimes jurídicos positivados para a modulação de efeitos dos precedentes dos tribunais superiores: aquele previsto no art. 27 da Lei n.º 9.868/99, que estabeleceu o quórum de dois terços para a modulação na hipótese de declaração de inconstitucionalidade no controle concentrado de constitucionalidade e o regime previsto no art. 927, §3º, que amplia as hipóteses de modulação de efeitos para as situações de mudança de entendimento dos tribunais e não estabelece quórum diferenciado para tanto. Diante de tal aparente antinomia, como compatibilizar tais dispositivos legais?

Não obstante o recorte no quórum para a modulação, é importante lançar luzes para as duas outras novidades trazidas pelo art. 927, §3º, do CPC. Modulação de efeitos não pode ser mais vista como técnica de utilização exclusiva do STF. Os demais tribunais superiores também cumprem um importante papel na definição do Direito vigente ao editarem precedentes, de modo que a mudança de entendimento pode trazer sérios riscos à segurança jurídica dos cidadãos, o que, não raras vezes, recomenda a modulação de efeitos. Paralelamente, é importante destacar que a modulação de efeitos em razão de mudança de entendimento jurisprudencial não pode ser interpretada como

¹ Art. 927, § 3º Na hipótese de alteração de jurisprudência dominante do Supremo Tribunal Federal e dos tribunais superiores ou daquela oriunda de julgamento de casos repetitivos, pode haver modulação dos efeitos da alteração no interesse social e no da segurança jurídica.

algo semelhante à modulação de efeitos em razão da declaração de inconstitucionalidade. As hipóteses são completamente distintas, com razões para a modulação também diversas. Se a declaração de inconstitucionalidade deve, em regra, operar efeitos retroativos, diante do vício de origem que acomete a norma jurídica e por um imperativo da isonomia, a mudança de entendimento jurisprudencial rompe com o Direito vigente de forma muito mais grave, pois se baseia em uma confiança qualificada dos cidadãos, diante do entendimento consolidado dos tribunais. No primeiro caso, a confiança é depositada na presunção de constitucionalidade das leis, presunção esta que, no Brasil, pode ser afastada por qualquer juiz, no exercício do controle difuso de constitucionalidade e, seja no controle difuso ou concentrado, também pode ser afastada pelo STF. Na superação de entendimento pacificado dos tribunais, diversamente, a discussão já passou pelo crivo do Judiciário e este, por meio dos seus precedentes, já informou à sociedade qual o conteúdo normativo em vigor. Reitere-se: há uma confiança qualificada no segundo caso. É importante perceber, portanto, que não se pode simplesmente trasladar os fundamentos teóricos já formulados para a modulação de efeitos na decretação de inconstitucionalidade para a situação de mudança de entendimento jurisprudencial. É necessária uma dogmática específica para a inovação introduzida pelo CPC/15.

2. Da modulação de efeitos

De início, cumpre tecer breves considerações sobre o instituto da modulação de efeitos no contexto constitucional e processual atuais.

Uma importante mudança que pôde ser verificada na experiência jurídica brasileira, que trouxe significativo impacto na definição da segurança jurídica da sociedade, foi a crescente adoção de um sistema de precedentes que definem as controvérsias sobre a interpretação e aplicação do Direito e informam à sociedade o conteúdo normativo vigente.² Os problemas gerados pela indefinição do Direito no Brasil fizeram com que houvesse um amadurecimento da necessidade de que o Judiciário fosse dotado de técnicas de uniformização de entendimento sobre as normas

² Demonstrando que se trata de um fenômeno mundial, inclusive em países de raízes romano-germânicas: TARUFFO, Michele. Precedente e jurisprudência. *Revista de Processo*, São Paulo, v.36, n.199, p. 139-155, set. 2011, p. 140.

jurídicas que regem a sociedade, evitando-se a aleatoriedade da prestação jurisdicional, que tanto mal faz à segurança jurídica e à isonomia.³

Gradativamente, o Direito brasileiro foi adotando diversos instrumentos de uniformização jurisprudencial, com o fim de incrementar a cognoscibilidade do ambiente normativo brasileiro e, por consequência, reduzir o grande número de demandas ajuizadas e recursos interpostos. Se a sociedade conhece a resposta que será dada pelo Estado às divergências interpretativas, o Direito torna-se mais previsível e, por consequência, as pessoas podem exercer a liberdade com mais segurança e a tendência de observância voluntária das normas jurídicas é incrementada. Trata-se, portanto, de técnica que confere claros benefícios teóricos e práticos.⁴

Deixou-se para a história o modelo jurídico em que a segurança estava depositada exclusivamente na lei⁵ para, com base em distinta compreensão da teoria da interpretação, contarmos com os precedentes como relevante fonte formal do Direito.

Não obstante o amadurecimento da compreensão do papel dos precedentes e do Poder Judiciário no Brasil, parcela dos operadores do Direito ainda veem com tranquilidade a sua aplicação retroativa, mesmo que alterem entendimento que prevaleceu há anos, induzindo comportamentos e gerando confiança nos jurisdicionados. Esta perspectiva precisa ser repensada.

Tão importante quanto a necessidade de observância dos entendimentos consolidados no Poder Judiciário é o respeito aos atos jurídicos praticados em sua confiança. Mais precisamente, não se pode decretar a invalidade dos atos jurídicos praticados de acordo com a orientação dos tribunais superiores, em prejuízo aos jurisdicionados, ainda que tais cortes mudem seu entendimento posteriormente. Esta

³ Sobre uma análise *ex professo* sobre precedentes na doutrina brasileira: MARINONI, Luiz Guilherme. *Precedentes obrigatórios*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010. BUSTAMANTE, Thomas da Rosa de. *Teoria do precedente judicial: a justificação e a aplicação de regras jurisprudenciais*. São Paulo: Noeses, 2012. MITIDIERO, Daniel. *Cortes Superiores e Cortes Supremas: do controle à interpretação, da jurisprudência ao precedente*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013. ROSITO, Francisco. *Teoria dos precedentes judiciais – racionalidade da tutela jurisdicional*. Curitiba: Juruá, 2012. ZANETI JR. Hermes. *O valor vinculante dos precedentes. O modelo garantista (MG) e a redução da discricionariedade judicial. Uma teoria dos precedentes normativos formalmente vinculantes*. Salvador: Editora JusPodivm, 2015.

⁴ TARUFFO, Michele. Precedente e jurisprudência. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 36, n. 199, p. 139-155, set. 2011, p. 140-141.

⁵ SILVA, Ovídio Baptista da. *Jurisdição e execução na tradição romano-canônica*. São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, 1996, p. 105.

percepção revela-se ainda mais importante em um sistema, como o brasileiro, em que, não raro, o STF entende que um tema possui natureza infraconstitucional e o STJ pacifica a jurisprudência a respeito e, tempos depois, o STF muda seu entendimento e decide enfrentar aquele mesmo tema. A existência de entendimentos consolidados nos tribunais superiores, que definem o sentido do ambiente normativo, confere aos operadores jurídicos a previsibilidade de como devem se comportar consoante o Direito e, portanto, deve gerar a confiança de que não serão surpreendidos posteriormente com uma mudança de entendimento destes mesmos tribunais.⁶⁻⁷

Tais premissas demonstram a relevância da técnica de modulação de efeitos, atualmente positivada no art. 927, 3º, do CPC, que tem por fim justamente garantir a preservação de atos jurídicos praticados com depósito de confiança no entendimento superado. Não há segurança jurídica no sistema em que o Poder Judiciário é o órgão constitucionalmente indicado para dar a última palavra sobre a interpretação do Direito se os operadores não têm a garantia de que poderão seguir precedentes sem o risco de suas condutas serem consideradas ilícitas posteriormente. Imaginar o contrário seria infirmar o próprio sistema de precedentes, fazendo o Direito retornar ao estágio em que não se sabia ao certo como se comportar, pois a interpretação da lei pelos Tribunais de cúpula poderia ser das mais diversas, a depender da Turma sorteada para apreciar o caso.

Com efeito, sempre que os precedentes judiciais ensejarem a prática de atos em confiança à sua normatividade, é de se ter muita cautela quando da eventual necessidade de sua superação. De suma importância, no particular, a utilização da técnica de modulação de efeitos, a fim de preservar os atos jurídicos praticados de acordo com o Direito até então vigente.⁸

⁶ “Atribuir valor a um precedente não significa excluir a possibilidade de eficácia retroativa à decisão que o revoga, mas ter em conta a relação entre o valor de ‘afirmação do direito’, contido na decisão revogadora, em face do valor da ‘confiança justificada’, depositado no precedente revogado.” (MARINONI, Luiz Guilherme. *O STJ enquanto corte de precedentes: recompreensão do sistema processual da corte suprema*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013, p. 261).

⁷ Sobre a importância dos precedentes para a sociedade numa perspectiva da segurança jurídica na superação de entendimentos pacificados: “A sociedade como um todo os observa e os têm como um dos parâmetros para as suas atividades. Eles passam a gerar expectativas como *condutores das atividades* dos sujeitos de direito.” (PEIXOTO, Ravi. *Superação do precedente e segurança jurídica*. 2. ed. rev. ampl. e atual. Salvador: JusPodivm, 2016, p. 237).

⁸ No mesmo sentido, pronunciou-se a Ministra Cármen Lúcia, ao votar no RE n.º 377.457: “a ideia de modular efeitos deve ter alguns parâmetros que a jurisprudência, ao longo do tempo, haverá de

É de se registrar, ainda, que, se atualmente há no Direito brasileiro uma regra expressa permitindo a modulação de efeitos na superação de precedentes (art. 927, 3º, do CPC), trata-se apenas de clara densificação do princípio constitucional da segurança jurídica, pelas razões antes expostas. Isto significa que, mesmo se não estivesse presente este texto normativo no ordenamento brasileiro, ainda assim seria possível a modulação de efeitos na aplicação dos precedentes, por incidência direta dos preceitos constitucionais.⁹

3. Do quórum para modulação de efeitos

Estabelecida a premissa de que a modulação de efeitos é um corolário direto da relevância que os tribunais superiores conferem aos seus precedentes, cumpre investigar qual o quórum necessário para que o STJ e o STF utilizem-se desta técnica de julgamento. Tal questionamento chama atenção diante de uma aparente antinomia entre dispositivos legais que versam sobre a modulação de efeitos, quais sejam, o art. 27 da Lei 9.868/99 e o art. 927, §3º, do CPC.¹⁰

Inicialmente, previu o art. 27 da Lei n. 9.868/99 ser possível a modulação de efeitos em sede de controle concentrado de constitucionalidade de lei ou ato normativo realizado pelo Supremo Tribunal Federal, por razões de segurança jurídica e excepcional interesse social. Para tanto, previa referido diploma normativo o quórum de dois terços dos membros do STF para que fosse deferida a modulação, nos seguintes termos:

Art. 27 da Lei n. 9.868/99: Ao declarar a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo, e tendo em vista razões de segurança jurídica ou de excepcional interesse social, poderá o Supremo Tribunal Federal, por maioria de dois terços de seus membros, restringir os efeitos daquela

fixar. Penso que haverá de ser demonstrada a excepcionalidade da situação, a possibilidade de insegurança jurídica, quando se encaminhava a sociedade a acreditar numa jurisprudência num determinado sentido (...)"

⁹ No mesmo sentido: "A possibilidade de limitar os efeitos retroativos das decisões é inerente ao exercício do poder conferido aos Tribunais de superposição. É que se esses têm a função de dar sentido ao direito que regula a vida social, gerando, por consequência, expectativa de confiança, certamente também têm o dever de proteger a confiança justificada em seus atos." (MARINONI, Luiz Guilherme. *O STJ enquanto corte de precedentes: recompreensão do sistema processual da corte suprema*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013, p. 265-266). Assim também: PEIXOTO, Ravi. *Superação do precedente e segurança jurídica*. 2. ed. rev. ampl. e atual. Salvador: JusPodivm, 2016, p. 239.

¹⁰ O art. 11 da Lei n.º 9.882/99 (ADPF) possui redação semelhante ao art. 27 da Lei n.º 9.968/99, de maneira que tudo o que for dito sobre este dispositivo aplica-se perfeitamente àquele. O mesmo se diga em relação ao art. 2º, §3º, da Lei 11.417/2006, relativo à súmula vinculante.

declaração ou decidir que ela só tenha eficácia a partir de seu trânsito em julgado ou de outro momento que venha a ser fixado.

A exigência do quórum de dois terços, conforme explica o Min. Gilmar Mendes, decorreu da circunstância de que o dogma da nulidade ainda estava muito consolidado no Brasil, o que gerou certa pressão para a instituição de um modelo procedimental dificultado para a modulação de efeitos.¹¹ E prossegue, em sede doutrinária, expondo que a possibilidade de modulação de feitos, tanto em controle difuso quanto em controle concentrado de constitucionalidade, decorre justamente de fundamentos constitucionais, que devem ser confrontados com o princípio da nulidade da lei inconstitucional, conferindo variados exemplos de Corte Constitucionais que se utilizam desta técnica de limitação de efeitos das suas decisões, sem que haja quórum diferenciado ou solenidade especial.¹²

Com o advento do novo Código de Processo Civil e como consequência da valorização dos precedentes dos Tribunais Superiores, o legislador regulou de maneira diversa o instituto, estabelecendo expressamente a possibilidade de modulação de efeitos, no interesse social e no da segurança jurídica. Nesta oportunidade, visando claramente conferir roupagem diversa à técnica de julgamento, não estabeleceu o quórum qualificado de dois terços para que os efeitos das decisões fossem modulados. Vejamos:

Art. 927. Os juízes e os tribunais observarão:

(...)

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

Além da previsão expressa do Código de Processo Civil, não se pode olvidar que a Lei de Introdução ao Direito Brasileiro possui recentes modificações que ratificam o dever de os tribunais modularem os efeitos das suas decisões, sempre que houver mudança de orientação à sociedade quanto ao Direito vigente:

¹¹ RE 586.453/SE, julgado em 20 de fevereiro de 2013.

¹² MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de direito constitucional*. 12.ed. rev. e atual. São Paulo, Saraiva, 2017, p. 1.430 a 1.432. Vide, ainda, RE 586.453/SE, julgado em 20 de fevereiro de 2013.

Art. 23. A decisão administrativa, controladora ou judicial que estabelecer interpretação ou orientação nova sobre norma de conteúdo indeterminado, impondo novo dever ou novo condicionamento de direito, deverá prever regime de transição quando indispensável para que o novo dever ou condicionamento de direito seja cumprido de modo proporcional, equânime e eficiente e sem prejuízo aos interesses gerais.

Art. 24. A revisão, nas esferas administrativa, controladora ou judicial, quanto à validade de ato, contrato, ajuste, processo ou norma administrativa cuja produção já se houver completado levará em conta as orientações gerais da época, sendo vedado que, com base em mudança posterior de orientação geral, se declarem inválidas situações plenamente constituídas.

Parágrafo único. Consideram-se orientações gerais as interpretações e especificações contidas em atos públicos de caráter geral ou em jurisprudência judicial ou administrativa majoritária, e ainda as adotadas por prática administrativa reiterada e de amplo conhecimento público.

Como se percebe, trata-se de claro compromisso do legislador com a confiança legítima dos jurisdicionados nas orientações que emanam do Estado, em especial, do Poder Judiciário. Nas palavras de Cármen Lúcia, está-se a conferir segurança ao processo de transformação.¹³ Na LIDB, da mesma forma, não previu o legislador quórum qualificado para o estabelecimento do regime de transição.

A posição legislativa de não prever o quórum qualificado para a modulação de efeitos quando da superação de entendimento dos tribunais foi, de fato, a mais acertada.

Refira-se, de início, a grande incoerência que havia no Direito brasileiro de ser possível a superação de um precedente por maioria de votos, enquanto que a modulação de efeitos da decisão deveria se submeter a um quórum qualificado. Ou seja, modificar o Direito, por meio da alteração do sentido da Constituição, com potencial de desconstituir todas as relações jurídicas estabelecidas em confiança ao entendimento superado, poderia ser feito por maioria simples, enquanto que simplesmente preservar as situações consolidadas sob a égide da orientação do próprio Judiciário exigia maioria de dois terços dos membros do STF. É muito mais grave, do ponto de vista da segurança jurídica, superar entendimento do tribunal de maneira retroativa, alcançando situações jurídicas já consolidadas, do que simplesmente quebrar eventual expectativa

¹³ “O princípio da coisa julgada e o vício de inconstitucionalidade”. In: ANTUNES ROCHA, Cármen Lúcia (org.). Constituição e Segurança Jurídica: Direito adquirido, ato jurídico perfeito e coisa julgada. Estudos em homenagem a José Paulo Sepúlveda Pertence. Belo Horizonte: Fórum, 2005, p. 168.

de que futura decisão do STF será aplicada retroativamente. Tal incoerência decorreu, sobretudo, da clara falta de percepção do papel dos precedentes no Direito brasileiro, o que fez com que as situações jurídicas consolidadas com base no entendimento anterior não fossem devidamente tuteladas.

Recorde-se, ademais, que o instituto da modulação de efeitos começou a ser utilizado pelo STF antes mesmo do advento do art. 27 da Lei 9.868/99,¹⁴ o que apenas demonstra tratar-se de poder implícito do Tribunal, decorrente de densificação direta do princípio da segurança jurídica. Segundo Marinoni: “A possibilidade de limitar os efeitos retroativos das decisões é inerente ao exercício do poder conferido aos Tribunais de superposição. É que se esses têm a função de dar sentido ao direito que regula a vida social, gerando, por consequência, expectativa de confiança, certamente também têm o dever de proteger a confiança justificada em seus atos.”¹⁵ Em sentido semelhante, Luís Roberto Barroso, em notável parecer colacionado aos autos do RE n.º 718.874/RS¹⁶, após consignar que a regra do quórum diferenciado não encontra paralelo em outros países¹⁷, explica que a exigência legal do quórum de dois terços implica conferir uma hierarquia, pelo legislador infraconstitucional, entre a disposição constitucional violada pela lei considerada inconstitucional, em detrimento de outras disposições igualmente constitucionais, a exemplo da segurança jurídica. E conclui: “Caberia à Corte, diante das circunstâncias concretas e por sua maioria absoluta, como se passa em qualquer outra deliberação, apreciar a preferência e o peso que deve ser atribuído aos diferentes elementos constitucionais eventualmente em confronto em cada caso”.¹⁸ Se foi a própria Constituição Federal que previu o quórum de maioria absoluta para o juízo de inconstitucionalidade (art. 97, CF/88), não poderia ser diferente para a

¹⁴ Vide, v.g., STF, DJU 8.abr.1994, RE 122202/MG, Rel. Min. Francisco Rezek, que versou sobre vantagens inconstitucionais percebidas de boa-fé por magistrados. Vide RE 79343/BA, Relator Ministro Leitão de Abreu, Segunda Turma, DJ 02.9.1977.

¹⁵ MARINONI, Luiz Guilherme. *O STJ enquanto corte de precedentes: recompreensão do sistema processual da corte suprema*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013, p. 265-266

¹⁶ Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2018-abr-17/stf-definir-quorum-modulacao-mudanca-jurisprudencial>. Acessado em 12 de novembro de 2019.

¹⁷ Não se exige quórum diferenciado na Alemanha, Estados Unidos, Espanha, Portugal, Itália e Colômbia, países que utilizam a técnica de modulação de efeitos.

¹⁸ BARRSO, Luís Roberto. Parecer juntado no RE n.º 718.874/RS. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2018-abr-17/stf-definir-quorum-modulacao-mudanca-jurisprudencial>. Acessado em 12 de novembro de 2019.

modulação de efeitos.¹⁹⁻²⁰

Atento a tais circunstâncias, às críticas doutrinárias e ao Direito comparado, o legislador, em especial no art. 927, §3º, do CPC, praticamente replicou a redação do art. 27 da Lei 9.868/99, sem mencionar o quórum qualificado de dois terços dos membros do tribunal. Trata-se de silêncio eloquente. Pretendeu o legislador não distinguir a decisão de modulação de efeitos dos demais pronunciamentos do tribunal, que não se submetem a quóruns diferenciados.

Na legislação brasileira, as hipóteses de quórum diferenciado para julgamento são exceções e expressamente previstas, de maneira que o silêncio do legislador significa aplicação da regra geral da maioria dos membros do colegiado. Vide, *v.g.*, a Constituição Federal, que previu poucas situações de quórum diferenciado, a exemplo dos casos de remoção, disponibilidade e aposentadoria do magistrado, por interesse público (art. 93, VIII, CF/88); decisões disciplinares (art. 93, X, CF/88); declaração de inconstitucionalidade (art. 97, CF/88) e da aprovação de súmulas vinculantes (art. 103-A, CF/88). Além destas hipóteses, há previsão de quórum diferenciado no art. 27 da Lei 9.868/99 e no art. 11 da Lei n.º 9.883/99, relativos à declaração de inconstitucionalidade no controle concentrado de constitucionalidade, por exemplo. À exceção de tais hipóteses expressas, todos os demais julgamentos

¹⁹ Considerando inconstitucional o quórum de dois terços para a modulação de efeitos: “Ressalvo minha posição pessoal de que dificilmente o quórum de dois terços resiste ao teste de constitucionalidade. É que a modulação dos efeitos temporais NÃO excepciona o princípio da supremacia da Constituição que, por ser um pilar lógico do sistema de controle de constitucionalidade, não pode ser flexibilizado. A modulação se dá dentro do sistema e envolve a ponderação entre dois conjuntos de normas constitucionais: a) as que tenham sido eventualmente violadas pela norma infraconstitucional em questão; e b) as que procuram preservar os efeitos já produzidos pela referida norma infraconstitucional. De um lado, por exemplo, poderão estar a regra do concurso público ou a da iniciativa do Executivo; e, de outro, a boa-fé ou a moralidade administrativa. Como não existe hierarquia entre normas constitucionais, a ponderação tem que ser feita pelo Tribunal sem imposição prévia de quórum, em um sentido ou noutro. Do contrário, se estaria atribuindo maior valor a uma norma constitucional do que a outra. V. Luís Roberto Barroso, O controle de constitucionalidade no direito brasileiro, 2008.” (BARRSO, Luís Roberto. Parecer juntado no RE n.º 718.874/RS. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2018-abr-17/stf-definir-quorum-modulacao-mudanca-jurisprudencial>. Acessado em 12 de novembro de 2019.)

²⁰ Tratando da irrelevância do art. 27 da Lei n.º 9.868/99: “Com efeito, a possibilidade de aplicação prospectiva da lei ou do ato normativo declarado inconstitucional decorre do princípio da segurança jurídica. Logo, mesmo que inexistisse o art. 27 da Lei nº 9.868/1999, ainda assim o Supremo Tribunal Federal, em alguns casos, teria o poder/dever de restringir os efeitos da declaração de inconstitucionalidade ou decidir a partir de que momento essa teria eficácia. Tal se dá (...) na mudança abrupta da jurisprudência do próprio Pretório Excelso.” (CARRAZZA, Roque Antônio. “Segurança jurídica e eficácia temporal das alterações jurisprudenciais”. In FERRAZ JUNIOR, Tercio Sampaio; CARRAZZA, Roque Antônio; NERY JUNIOR, Nelson. Efeito Ex Nunc e as Decisões do STJ. Barueri, SP: Manole, 2008)

submetem-se à regra da maioria.

Assim, nos casos de modulação de efeitos em razão de modificação de entendimento do Poder Judiciário (art. 927, §3º, do CPC), tendo em vista que o legislador incorporou a redação do art. 27 da Lei 9.868/99, excluindo a exigência do quórum de dois terços, não há razão para afastar a regra geral de julgamento por maioria. Não se trata de simples omissão legislativa, mas atuação consciente do legislador ao disciplinar a técnica de modulação de efeitos.²¹

É de se observar, ainda, que o art. 27 da Lei n.º 9.868/99 disciplina especificamente o controle concentrado de constitucionalidade, não havendo qualquer extensão da sua normatividade ao controle difuso, mais especificamente aos julgamentos realizados sob a sistemática da repercussão geral. Ao contrário, quem disciplina amplamente a sistemática de julgamento dos recursos repetitivos e da repercussão geral é o Código de Processo Civil (arts. 1.035 e seg.), diploma normativo que, como já afirmado, regulou a modulação de efeitos e excluiu a previsão do quórum diferenciado de dois terços. É de se notar, portanto, a clareza meridiana do conteúdo e do alcance do art. 27 da Lei n.º 9.868/99, que define que a modulação dos efeitos de decisão judicial somente se aplica em caso de inconstitucionalidade de lei ou ato normativo, declarada no controle concentrado de constitucionalidade realizado pelo Supremo Tribunal Federal, excluindo, desse modo, os demais pronunciamentos judiciais.

Por diverso ângulo, percebe-se também que os motivos que dão ensejo à modulação de efeitos na hipótese disciplinada no art. 927, §3º, do CPC e na hipótese do art. 27 da Lei 9.868/99 são bem distintos. Enquanto neste, o fundamento para a modulação de efeitos é a declaração de inconstitucionalidade de lei ou ato normativo em controle concentrado, a hipótese de incidência da modulação de efeitos do art. 927, §3º, do CPC é a mudança de entendimento dos Tribunais Superiores. Neste último caso, o que se tem é uma orientação do Poder Judiciário sobre determinado conteúdo normativo, gerando relações sociais estabelecidas em sua confiança, e posterior modificação de entendimento. Nas hipóteses de declaração de inconstitucionalidade,

²¹ No mesmo sentido: PEIXOTO, Ravi. *Superação do precedente e segurança jurídica*. 4. ed. rev. ampl. e atual. Salvador: JusPodivm, 2019, p. 421.

ainda que haja presunção de constitucionalidade das leis e dos atos normativos, não há um entendimento consolidado do STF em determinado sentido, orientando a sociedade naquela direção. As situações são, a toda evidência, distintas, o que afasta eventual aplicação analógica do quórum de dois terços previsto no art. 27 da Lei 9.868/99 à situação disciplinada no art. 927, §3º, do CPC.²²

No mesmo sentido, Luís Roberto Barroso, tratando de tema que foi pacificado no STJ e posteriormente revisto pelo STF, entende que “*em se tratando de modulação por mudança de jurisprudência, data maxima venia, não há que se falar na aplicação do art. 27 da Lei nº 9.868/99 e, por consequência, no quorum de dois terços nele previsto*”. E conclui, em harmonia com as razões ora perfilhadas, que a modulação de efeitos decorrente de mudança de orientação do Poder Judiciário impõe-se em razão da irretroatividade da norma tributária²³ (art. 150, III, CF/88) e dos princípios da proteção da confiança legítima e da boa-fé, corolários do sobreprincípio da segurança jurídica.²⁴

É necessário, portanto, compatibilizar o art. 927, §3º, do CPC com o art. 27 da Lei 9.868/99. Caso não se entenda que este último dispositivo foi revogado quando do advento do novo Código de Processo Civil,²⁵ não se pode fazer letra morta do art. 927, §3º, do CPC, que previu expressamente a modulação de efeitos na hipótese de superação de entendimento jurisprudencial, sem o quórum qualificado de dois terços. Assim, bem utilizadas as diretivas sistemática e teleológica de interpretação e considerando a aproximação entre o controle difuso e o concentrado de

²² Com a mesma compreensão: “O método utilizado em tal decisão [refere-se ao art. 27 da Lei n.º 9.868/99] não se confunde com a técnica do *prospective overruling*, que tem a ver com a revogação de precedentes e não com a declaração de inconstitucionalidade. Nos Estados Unidos, quando há confiança justificada no precedente, é possível atribuir efeitos prospectivos à decisão que o revoga, inclusive a partir de determinada data ou evento futuro.” SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. *Curso de direito constitucional*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012, p. 1.004.

²³ Entendida a norma como resultado da interpretação, a mudança de entendimento do Poder Judiciário significa a inserção de novo padrão normativo no Direito vigente.

²⁴ BARRSO, Luís Roberto. Parecer juntado no RE n.º 718.874/RS. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2018-abr-17/stf-definir-quorum-modulacao-mudanca-jurisprudencial>. Acessado em 12 de novembro de 2019.

²⁵ A análise do art. 927, §3º, do CPC demonstra que a sua normatividade é mais abrangente do que aquela prevista no art. 27 da Lei 9.868/99, porquanto prevê a modulação de efeitos, dentre outras hipóteses, quando da alteração da jurisprudência dominante do STF. Evidentemente que a alteração da jurisprudência do STF abrange a situação singular de declaração de inconstitucionalidade, hipótese disciplinada no art. 27 da Lei 9.868/99. Tal normatividade mais ampla do art. 927, §3º, do CPC dá sinais de uma possível revogação das disposições normativas que com ela conflitam.

constitucionalidade, a melhor solução para compatibilizar referidas disposições normativas é entender que o art. 27 da Lei n.º 9.869/99 não se aplica às hipóteses de mudança de entendimento consolidado do Poder Judiciário. Nesses casos, aplica-se o art. 927, §3º, do CPC, cujo quórum para a modulação de efeitos é de maioria absoluta, ou seja, são necessários 6 (seis) Ministros do STF. Este entendimento deve ser aplicado ainda que a mudança de entendimento importe na conclusão final de inconstitucionalidade de determinado dispositivo legal, pois o art. 927, §3º, do CPC aduz expressamente que suas disposições aplicam-se ao STF. Reduzir-se-ia injustificadamente a normatividade do referido dispositivo legal deixar de aplicá-lo quando o STF reconhece, ao final, a inconstitucionalidade de lei, quando o legislador não fez esta distinção. Assim, consolidado o entendimento no sentido da constitucionalidade de certa disposição normativa e, posteriormente, vindo o STF a reconhecer a sua inconstitucionalidade, é de se aplicar o quórum da maioria para eventual modulação de efeitos.

Por todos esses fundamentos, não há de se cogitar da exigência de quórum ampliado de dois terços para a modulação de efeitos nos casos de mudança de entendimento do Poder Judiciário.

4. Da jurisprudência do STF sobre o quórum para modulação de efeitos

Especificamente sobre o quórum atualmente exigido para modulação de efeitos, alguns Ministros do STF já se manifestaram no sentido da interpretação restritiva do art. 27 da Lei n.º 9.868/99, limitando-o às hipóteses do controle concentrado de constitucionalidade e quando não há modificação de entendimento jurisprudencial.

Em 25 de junho de 2007, em demanda que se discutia o direito de crédito presumido de IPI para o contribuinte adquirente de insumos não tributados ou sujeitos à alíquota zero (RE 370.682/PR), o Min. Gilmar Mendes fez importante esclarecimento sobre a distinção entre a hipótese prevista no art. 27 da Lei n.º 9.868/99 e a situação de “virada jurisprudencial”, que é exatamente o caso dos autos:²⁶

²⁶ Vide ampla exposição em BARROSO, Luís Roberto. Parecer juntado no RE n.º 718.874/RS. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2018-abr-17/stf-definir-quorum-modulacao-mudanca-jurisprudencial>. Acessado em 12 de novembro de 2019.

“Desde já, gostaria de ressaltar que comungo das preocupações doutrinárias manifestadas pelo Ministro Ricardo Lewandowski, especialmente quanto à questão da prospectividade. E aí não se trata de aplicação do art. 27, conforme Sua Excelência deixou bem claro. O Tribunal tem dado mostras, em larguíssima jurisprudência, no caso de eventual revisão de interpretação constitucional ou, ocasionalmente, de revisão de interpretação de caráter legal. É claro, Sua Excelência valeu-se do argumento do art. 27 – também os requerentes da questão de ordem o fizeram –, por se tratar, até, de arrimo hoje auto-evidente, uma vez que vem sendo aceito e praticado pelo Tribunal. Mas sua Excelência deixou bem claro que se tratava de uma interpretação. E nesse sentido o Tribunal tem acolhido essa orientação. (...) Entendo, portanto, legítimas as premissas teóricas suscitadas no voto do eminente Ministro Ricardo Lewandowski que, como já se demonstrou, não cuidou de aplicar o art. 27, mas de aplicar, entendendo ele que existia, sim, uma mudança de entendimento, a prospectividade em nome da segurança jurídica” (negrito acrescentado).

No mesmo sentido, pronunciou-se o Min. Sepúlveda Pertence, aduzindo que:

“Quanto ao tema, nada teria a acrescentar, apenas duas ou três observações. Uma, que o caso não é do art. 27 nem sequer dos velhos precedentes que negaram efeitos retroativos ex tunc às declarações, em tese, da inconstitucionalidade de lei. (...) O caso alegado é de virada jurisprudencial, que deu margem a trabalhos, a pareceres notáveis, a partir dos primeiros surgidos – e, a que pude dar atenção integral, do Professor Luís Roberto Barroso e do Professor Ives Gandra. A questão é da maior relevância, como mostra a introdução doutrinária do voto bem articulado do eminente Ministro Ricardo Lewandowski”(negrito acrescentado).

Neste julgamento, o Min. Ricardo Lewandowski, amplamente citado pelos demais Ministros, conclui afirmando que *“considerando que não houve modificação no contexto fático e nem mudança legislativa, mas sobreveio uma alteração substancial no entendimento do STF sobre a matéria, possivelmente em face de sua nova composição, entendo ser conveniente evitar que um câmbio abrupto de rumos acarrete prejuízos aos jurisdicionados que pautaram suas ações pelo entendimento pretoriano até agora dominante”*.

No Mandado de Segurança n.º 26.603-1, julgado em 04 de outubro de 2007, em que se discutiu a fidelidade partidária, o STF viu-se diante do tema do quórum necessário à modulação de efeitos fora das ações de controle concentrado de constitucionalidade, mas não o enfrentou, pois havia mais de 2/3 dos Ministros

favoráveis à modulação.²⁷ Nada obstante, o Min. Celso de Mello deixa claro que o fundamento para a modulação de efeitos são os postulados constitucionais da segurança jurídica e da proteção da confiança: "os postulados da segurança jurídica e da proteção da confiança, enquanto expressões do Estado Democrático de Direito, mostram-se impregnados de elevado conteúdo ético, social e jurídico, projetando-se sobre as relações jurídicas, inclusive as de direito público, sempre que se registre alteração substancial de diretrizes hermenêuticas, impondo-se à observância de qualquer dos Poderes do Estado e, desse modo, permitindo preservar situações já consolidadas no passado e anteriores aos marcos temporais definidos pelo próprio Tribunal" (destaques do original).

No RE 586.453/SE, julgado em 20 de fevereiro de 2013, em que se discutia a modulação de efeitos da decisão sobre a competência para o processamento de ação ajuizada contra entidade de previdência privada e com o fito de obter complementação de aposentadoria, os Ministros Dias Toffoli, Luiz Fux, Gilmar Mendes e Celso de Mello entenderam que a modulação de efeitos poderia ser deferida pela maioria absoluta dos membros do Tribunal. Manifestaram-se os Min. Dias Toffoli, Luiz Fux, Gilmar Mendes e Celso de Mello, respectivamente:

Mas, eu vou ficar só na questão do quorum e vou desenvolver um argumento, como vinha fazendo, Senhor Presidente, distinguindo este caso, que é de repercussão geral e cuja modulação de efeitos só vincula o Poder Judiciário, da súmula vinculante e das ações diretas, para as quais se exigem os 2/3. Nas hipóteses de súmula vinculante e de ação direta, vincula-se a Administração Pública. Vincula-se um outro poder da República às nossas decisões. Daí, o legislador - tanto o constituinte derivado, ao fazer a Emenda nº 45, introduzindo a súmula vinculante com quorum de 2/3, como o legislador ordinário, ao regulamentar as ações diretas estabelecendo o quorum de 2/3 para a modulação, no art. nº 27 da legislação infraconstitucional - ter exigido, para essas espécies, o quorum de 2/3, porque nós estamos a vincular não só o Poder Judiciário, mas outras instituições, outros Poderes e toda a sociedade. Mas, neste

²⁷ PARA UM AMPLO INVENTÁRIO SOBRE OS PRONUNCIAMENTOS DO STF SOBRE O ASSUNTO: VELLOSO FILHO, CARLOS MÁRIO. MODULAÇÃO DOS EFEITOS DAS DECISÕES DO STF E DO STJ. PUBLICADO EM 18 DE FEVEREIRO DE 2018, EM [HTTPS://WWW.MIGALHAS.COM.BR/DEPESO/16,MI274538,41046-MODULACAO+DOS+EFEITOS+DAS+DECISOES+DO+STF+E+DO+STJ](https://www.migalhas.com.br/DEPESO/16,MI274538,41046-MODULACAO+DOS+EFEITOS+DAS+DECISOES+DO+STF+E+DO+STJ). ACESSO EM 13 DE NOVEMBRO DE 2019.

caso, nós estamos a vincular somente o Poder Judiciário. (...) Nós não estamos, aqui, a vincular a Administração Pública, nós não estamos a vincular os outros Poderes da República. Estamos a vincular a nós mesmos. Ou somos uma Suprema Corte ou não somos em relação ao Poder Judiciário, ao menos. (...) neste caso concreto, entender que a maioria absoluta, ou seja, seis votos, são suficientes para modular os efeitos, sem prejuízo do quorum de 2/3 nas outras espécies.

Em segundo lugar, exatamente porque o Recurso Extraordinário com repercussão geral visa, dentre outras coisas, a evitar a insegurança jurídica, a modulação é inerente ao próprio dever de jurisdição, no meu modo de ver. De sorte que eu entendo que, à semelhança da jurisprudência do Supremo, que já modulou várias vezes, não só em Recurso Extraordinário, mas, às vezes, até em mandado de segurança, eu estou votando pela possibilidade de modulação com o quorum que se apresenta. (...) Maioria absoluta... Seis votos, portanto.

Presidente, eu já me manifestei no debate no sentido da possibilidade nestes casos. Eu entendo que a regra que se estabeleceu, e falo com autoridade de quem trabalhou; na verdade, um dos autores do anteprojeto de lei. Por que se fez aquela ressalva em relação à temática? Por quê? Porque o dogma da nulidade estava muito consolidado entre nós. E, então, dizia-se que era necessário um caráter procedimental, um modelo, portanto, dificultado, vamos chamar assim, para a decisão; para diferenciar um e outro. Tanto é que as cortes constitucionais no mundo acabam por fazer a modulação de efeito sem que haja quorum especial, nem solenidade especial. (...) Portanto, bastaria a maioria absoluta para a definição do tema que se coloca.

E, ao fazê-lo, cabe observar que a ruptura de paradigmas resultante de substancial revisão de padrões jurisprudenciais ou, como sucede no caso, a uniformização de critérios interpretativos representam situações que impõem, em respeito à exigência de segurança jurídica e ao princípio da proteção da confiança dos cidadãos, que se defina, como corretamente propõe a eminente Ministra ELLEN GRACIE, o momento a partir do qual terá aplicabilidade a nova diretriz hermenêutica. (...) Peço vênica, no entanto, para, acompanhando a divergência manifestada pelos eminentes Ministros DIAS TOFFOLI, LUIZ FUX e GILMAR MENDES, reputar suficiente maioria absoluta para modular os efeitos do julgamento do Supremo Tribunal Federal, quando proferido em causas, como a ora em exame, que não se identifiquem com os processos de fiscalização normativa abstrata, pois estes, como se sabe, acham-se regidos pelas regras inscritas no art. 27 da Lei nº 9.868/99 e no art. 11 da Lei nº 9.882/99, que tornam exigível, para fins de modulação, a observância da cláusula de maioria qualificada de 2/3.

No RE 723.651/PR, julgado em 04 de fevereiro de 2016, em que se discutiu a incidência de IPI na importação de veículos para uso próprio, os Ministros Roberto Barroso, Celso de Mello e Gilmar Mendes manifestaram-se pela aplicação da regra da maioria absoluta para fim de modulação de efeitos, nos casos em que há mudança de jurisprudência. Contudo, o julgamento sobre o ponto não foi adiante, pois foram contabilizados sete votos contra a modulação, o que a afastaria sob quaisquer dos critérios.

Em outra oportunidade, no ED no RE 377.457/PR, julgado em 19 de outubro de 2016, processo que versava sobre a incidência da COFINS sobre as sociedades prestadoras de serviços profissionais, os Ministros Gilmar Mendes, Rosa Weber e Luiz Fux perfilharam a tese da maioria absoluta para modulação de efeitos. Naquela oportunidade, a questão também não foi amplamente debatida, pois o pedido de modulação teve por fundamento o art. 27 da Lei 9.868/99. Na ocasião, a Min. Rosa Weber teceu as seguintes considerações:

A modulação dos efeitos das decisões judiciais modificadoras de jurisprudência traduz corolário da exigência de previsibilidade que, por sua vez, decorre diretamente dos postulados da segurança jurídica, da boa-fé objetiva e da confiança legítima. (...) Tal entendimento foi incorporado pelo novo Código de Processo Civil (Lei nº 13.105/2015), ao positivizar, no art. 927, §§ 3º e 4º, a modulação dos efeitos das decisões dos tribunais nas hipóteses de alteração de jurisprudência dominante do Supremo Tribunal Federal e dos tribunais superiores ou da oriunda do julgamento de casos repetitivos, sem fazer alusão alguma a quórum especial. (...) Ante o exposto, por entender inaplicável o art. 27 da lei 9.868/99, no que exige maioria qualificada de dois terços do Tribunal, para a modulação dos efeitos de decisão que não declara a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo, e uma vez proferidos cinco votos contrários e cinco votos favoráveis à medida, acolho os embargos de declaração para, sanando a contradição entre o cômputo dos votos e a proclamação do resultado, prosseguir no julgamento da modulação de efeitos com a tomada do voto do membro restante do Tribunal".

Nesse caso, porém, o STF também não avançou na discussão, pois entendeu que não havia omissão a justificar a interposição dos embargos de declaração.

Percebe-se, portanto, que o STF vem dando claros sinais no sentido de efetivamente limitar o art. 27 da Lei n.º 9.868/99 às hipóteses especificamente nele previstas, quais sejam, a declaração de inconstitucionalidade no bojo do controle

concentrado de constitucionalidade. Como o presente caso versa sobre mudança de entendimento jurisprudencial, em sede de recurso extraordinário julgado sob a sistemática da repercussão geral, é de se aplicar o quórum de maioria absoluta para a modulação de efeitos.

5. Dois casos paradigmáticos de modulação de efeitos em razão de superação de entendimento jurisprudencial

Dois casos que o STF enfrentou, que ensejaram a modulação de efeitos em razão da superação de entendimento jurisprudencial, ocorreram no CC n.º 7.204/MG, em que se discutia a competência para as ações de indenização por danos morais e patrimoniais decorrentes de acidente do trabalho, ainda que movidas pelo empregado contra seu (ex-) empregador,²⁸ e no MS n.º 26.604/DF, que versava sobre o regime de fidelidade partidária.²⁹

No CC 7204/MG, o Rel. Min. Carlos Britto afirmou que: “O Supremo Tribunal Federal, guardião-mor da Constituição Republicana, pode e deve, em prol da segurança jurídica, atribuir eficácia prospectiva às suas decisões, com a delimitação precisa dos respectivos efeitos, toda vez que proceder a revisões de jurisprudência definidora de competência ex ratione materiae. O escopo é preservar os jurisdicionados de alterações jurisprudenciais que ocorram sem mudança formal do Magno Texto”

No MS 26604/DF, a Rel. Min. Cármen Lúcia explicou que: “(...) 10. Razões de segurança jurídica, e que se impõem também na evolução jurisprudencial,

²⁸ Numa primeira interpretação do inciso I do art. 109 da [Carta de Outubro](#), o Supremo Tribunal Federal entendeu que as ações de indenização por danos morais e patrimoniais decorrentes de acidente do trabalho, ainda que movidas pelo empregado contra seu (ex-)empregador, eram da competência da Justiça comum dos Estados-membros. 2. Revisando a matéria, porém, o Plenário concluiu que a [Lei Republicana de 1988](#) conferiu tal competência à Justiça do Trabalho. Seja porque o art. 114, já em sua redação originária, assim deixava transparecer, seja porque aquela primeira interpretação do mencionado inciso I do art. 109 estava, em boa verdade, influenciada pela jurisprudência que se firmou na Corte sob a égide das Constituições anteriores.

²⁹ De início, o STF reconheceu a existência de jurisprudência consolidada no sentido de que a infidelidade partidária não era causa de perda de mandato (MS nº 20.927, Rel. Min. Moreira Alves). Entretanto, após a Consulta 1.398, de 27 de março de 2007, do Tribunal Superior Eleitoral, foi decidido que a desfiliação partidária enseja a perda do mandato eletivo, ressalvadas situações específicas, tais como mudança na ideologia do partido ou perseguições políticas. Com base no princípio da segurança jurídica, os ministros do STF decidiram pela aplicabilidade do novo entendimento somente para os casos de mudança de partido ocorridos após a Consulta 1.398/2007 do TSE.

determinam seja o cuidado novo sobre tema antigo pela jurisdição concebido como forma de certeza e não causa de sobressaltos para os cidadãos. Não tendo havido mudanças na legislação sobre o tema, tem-se reconhecido o direito de o Impetrante titularizar os mandatos por ele obtidos nas eleições de 2006, mas com modulação dos efeitos dessa decisão para que se produzam eles a partir da data da resposta do Tribunal Superior Eleitoral à Consulta n. 1.398/2007”.

O que aproxima esses julgamentos do presente caso é precipuamente a justa expectativa dos jurisdicionados quanto à orientação do Poder Judiciário até a mudança de entendimento. Quando o Judiciário modifica sua orientação, está efetivamente introduzindo nova norma jurídica no ordenamento, o que não exige maiores digressões sobre a insegurança da sua aplicação retroativa.

Com semelhante abordagem, Ingo Sarlet, Marinoni e Mitidiero, afirmam que “a revogação de um precedente institui nova regra a ser observada pelos demais órgãos judiciais, torna-se evidente a possibilidade de se violentar a segurança jurídica e a confiança depositada no próprio Tribunal”. E concluem afirmando que, quando há confiança justificada na jurisprudência anterior à mudança de entendimento, revela-se apropriado atribuir efeitos prospectivos à decisão, para não tomar de surpresa o jurisdicionado.

Além dos casos mencionados, é possível identificar outras situações em que o STF sinalizou a possibilidade de modular os efeitos das suas decisões em razão de alteração jurisprudencial, ainda que não tenha havido modulação nos casos concretos por concluírem que não se tratava de superação de entendimento: **(i)** restituição do ICMS-ST com base de cálculo presumida superior (RE 593.849); **(ii)** FUNRURAL (RE 718.874); **(iii)** IPI importação por pessoa física (RE 723.651); **(iv)** revogação da isenção da COFINS (RE 377.457) e **(v)** creditamento de IPI (RE 419.905).

6. Conclusão

O objetivo do presente estudo foi demonstrar a relevância da técnica de modulação de efeitos, as inovações que foram introduzidas pelo CPC/15, os distintos fundamentos que justificam a modulação em relação à declaração de inconstitucionalidade e à mudança de entendimento jurisprudencial e, especialmente,

como compatibilizar o art. 27 da Lei n.º 9.868/99 e o art. 927, §3º, do CPC. Pelos fundamentos articulados, foi possível perceber que não se deve exigir o quórum de dois terços para as situações versadas no artigo 927, §3º, do CPC, ou seja, sempre que a modulação de efeitos decorrer de mudança de entendimento jurisprudencial.

De fato, faz sentido não se exigir o quórum mais rigoroso quando a modulação de efeitos decorrer de mudança de entendimento jurisprudencial. Nesses casos, há um maior depósito de confiança dos jurisdicionados, que estão diante não só da normatividade que decorre dos dispositivos legais e constitucionais, mas também da chancela do Poder Judiciário que, por meio da sua jurisprudência consolidada, informou à sociedade qual o conteúdo normativo em vigor, criando expectativas e induzindo comportamentos.

Bibliografia

ANTUNES ROCHA, Cármen Lúcia. “O princípio da coisa julgada e o vício de inconstitucionalidade”. In Constituição e Segurança Jurídica: Direito adquirido, ato jurídico perfeito e coisa julgada. Estudos em homenagem a José Paulo Sepúlveda Pertence. ANTUNES ROCHA, Cármen Lúcia (org.). Belo Horizonte: Fórum, 2005.

BARROSO, Luís Roberto. Parecer juntado no RE n.º 718.874/RS. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2018-abr-17/stf-definir-quorum-modulacao-mudanca-jurisprudencial>. Acessado em 12 de novembro de 2019.

BUSTAMANTE, Thomas da Rosa de. *Teoria do precedente judicial: a justificação e a aplicação de regras jurisprudenciais*. São Paulo: Noeses, 2012.

CARRAZZA, Roque Antônio. “Segurança jurídica e eficácia temporal das alterações jurisprudenciais”. In FERRAZ JUNIOR, Tercio Sampaio; CARRAZZA, Roque Antônio; NERY JUNIOR, Nelson. Efeito Ex Nunc e as Decisões do STJ. Barueri, SP: Manole, 2008.

MARINONI, Luiz Guilherme. *O STJ enquanto corte de precedentes: recompreensão do sistema processual da corte suprema*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013.

MARINONI, Luiz Guilherme. *Precedentes obrigatórios*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010.

MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de direito constitucional*. 12.ed. rev. e atual. São Paulo, Saraiva, 2017.

MITIDIERO, Daniel. *Cortes Superiores e Cortes Supremas: do controle à interpretação, da jurisprudência ao precedente*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013.

PEIXOTO, Ravi. *Superação do precedente e segurança jurídica*. 2. ed. rev. ampl. e atual. Salvador: JusPodivm, 2016.

ROSITO, Francisco. *Teoria dos precedentes judiciais – racionalidade da tutela jurisdicional*. Curitiba: Juruá, 2012.

SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. *Curso de direito constitucional*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012, p. 1.004.

SILVA, Ovídio Baptista da. *Jurisdição e execução na tradição romano-canônica*. São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, 1996.

TARUFFO, Michele. Precedente e jurisprudência. *Revista de Processo*, São Paulo, v.36, n.199, p. 139-155, set. 2011.

VELLOSO FILHO, Carlos Mário. Modulação dos efeitos das decisões do STF e do STJ. Publicado em 18 de fevereiro de 2018, em <https://www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI274538,41046-Modulacao+dos+efeitos+das+deciso+es+do+STF+e+do+STJ>. Acesso em 13 de novembro de 2019.

ZANETI JR. Hermes. *O valor vinculante dos precedentes*. O modelo garantista (MG) e a redução da discricionariedade judicial. Uma teoria dos precedentes normativos formalmente vinculantes. Salvador: Editora JusPodivm, 2015.

DO PAPEL DO DELEGADO DE POLÍCIA NAS NEGOCIAÇÕES DO ACORDO DE COLABORAÇÃO PREMIADA

THE ROLE OF THE POLICE OFFICER IN THE NEGOTIATIONS OF THE AWARD-WINNING COLLABORATION AGREEMENT

Arthur Pereira de Jesus

Resumo: O presente artigo aborda o instituto da colaboração premiada, meio de obtenção de prova de recente aplicação no processo penal brasileiro, bem como, busca analisar quem possui legitimidade para propor o acordo. O problema passou a ser analisado a luz do entendimento do Supremo Tribunal Federal no julgamento da ADI 5508, que julgou constitucionais os parágrafos 2º e 6º da lei 12.850/2013 (lei do crime organizado), para que fosse possível compreender o entendimento do Supremo Tribunal Federal brasileiro quanto ao tema em apreço. Assim, por se tratar de instituto negocial recém inserido no processo penal brasileiro, de tipificação recente e forma rasa, acaba por traduzir o objeto do presente trabalho. Denota-se que, a justiça criminal negocial passou por diversas tipificações em diferentes crimes e esferas legislativas, tendo ainda como resultado pouco amparo normativo. Assim, perfaz-se de análise jurisprudencial e doutrinária para preencher as lacunas deixadas pela ausência de melhor tipificação procedimental na celebração dos acordos de colaboração premiada.

Palavras-chave: Colaboração Premiada; Legitimidade; Delegado de Policia;

Abstract: This article discusses the institute of award-winning collaboration, a means of obtaining evidence of recent application in the Brazilian criminal process, as well as seeks to analyze who has the legitimacy to propose the agreement. The problem was then analyzed in the light of the understanding of the Federal Supreme Court in the judgment of ADI 5508, which deemed paragraphs 2 and 6 of Law 12.850 / 2013 (organized crime law) constitutional, so that it was possible to understand the understanding of the Supreme Court. Brazilian Federal Government on the topic under consideration. Thus, as it is a business institute recently inserted in the Brazilian criminal process, of recent typification and shallow form, it ends up translating the object of the present work. It is noted that the criminal criminal justice business went through several types in different crimes and legislative spheres, still resulting in little normative support. Thus, it is made up of jurisprudential and doctrinal analysis to fill in the gaps left by the absence of better procedural typification in the conclusion of award-winning collaboration agreements.

Key-words: Award-winning collaboration; Legitimacy; Police Officer;

INTRODUÇÃO

A Constituição Federal de 1988 trouxe ao ordenamento jurídico brasileiro vasta gama de garantias individuais e coletivas, que inclusive, tiveram efeito oposto ao que era praticado em âmbito processual penal, tornando-se seio de medidas assecuratórias e voltadas aos direitos fundamentais, à exemplo do princípio da presunção de inocência disposto no art. 5º, LVII, CF/88.¹

Assim, a tutela penal objetiva não somente a assegurar punição aos infratores dos tipos penais, mas sim, objetiva garantir que a arguição penal tenha viés pragmaticamente mediador, para que o delito seja tutelado ao passo que não privem alguém de liberdade por ambição inquisitorial, conforme Flávio Antônio da Cruz (2016, pág. 2).²

Entre direitos e deveres, garantias e obrigações, o legislador deve buscar meios que possibilitem a tramitação legal do processo penal, e claramente, inclusos os meios de provas que serão utilizados no bojo do processo, sempre à luz da Constituição Federal de 1988.

Neste viés, a lei 12.850/2013 trás, do artigo 4º ao 7º, a figura da colaboração premiada, instituto processual de barganha em que se oferece um “prêmio” ao colaborador quando este, de forma inequívoca e eficaz oportunizar ao Estado provas que possam solucionar e desvendar crimes “invisíveis”, como por exemplo, crimes cometidos por organizações criminosas ou crimes econômicos.³

A colaboração premiada está presente de forma expressiva no direito processual norte-americano, onde pesquisadores acreditam que a barganha processual se traduz em forma célere de alcançar o que o traquejo natural do processo já alcançaria.⁴

Do mesmo modo, conforme leciona Ortiz (2017), “*Ante situaciones excepcionales, los Estados suelen tender a aprobar medidas excepcionales también em*

¹BRASIL, Constituição Federal de 1988, art. 5º, inciso LVII. Disponível em:

<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/ConstituicaoCompilado.htm>

² DA CRUZ, Flávio Antônio, **Plea bargaining e delação premiada: algumas perplexidades**, Revista jurídica da escola superior de advocacia da OAB-PR, edição 02 – dezembro de 2016, pág. 02.

³ BOTTINO, Thiago, Colaboração premiada e incentivos à cooperação no processo penal: Uma análise crítica dos acordos firmados na “operação lava jato”. **Revista brasileira de ciências criminais**, v. 122/2016, p. 359–390, 2016.

⁴ BIBAS, Stephanos, Plea Bargaining outside the Shadow of Trial, **Harvard Law Review**, v. 117, n. 8, p. 2463–2547, 2004, p. 2465.

el ámbito de la investigación criminal”⁵, tal qual a colaboração premiada, meio de obtenção de provas, conforme acima referido.

Assim, o presente artigo busca analisar a adequação do referido instituto no processo penal brasileiro, a fim de buscar compreensão referente a quem possui legitimidade para propor acordos de colaboração premiada.

O problema em questão traduz-se em que, enquanto o artigo 129 da Constituição Federal de 1988 diz ser a titularidade da ação penal do Ministério Público, o artigo 4º, §2º e §6º, da lei 12.850/2013 atribui funções tanto ao Ministério Público quanto ao delegado de polícia, quando em inquérito.

Em decorrência de tal incongruência o Ministério Público ofereceu Ação Direta de Inconstitucionalidade requerendo fosse declarada a inconstitucionalidade dos §2º e §6º da lei 12.850/2013 por não atribuírem à manifestação do Ministério Público caráter vinculativo em relação aos acordos formalizados por delegado de polícia. Já no julgamento da ação em apreço, ADI 5508, o STF entendeu pela constitucionalidade dos mesmos, atribuindo a possibilidade de o delegado de polícia propor acordo de colaboração premiada.

Assim, a presente pesquisa ocorre em decorrência do recente entendimento jurisprudencial do Supremo Tribunal Federal, de forma que essa análise decorre de pesquisa bibliográfica, discorrendo-se sobre pontos necessários para obtenção de resultado.

BREVE CONTEXTUALIZAÇÃO DA JUSTIÇA PENAL NEGOCIAL NO BRASIL

A colaboração premiada, propriamente dita, foi tipificada no ordenamento jurídico brasileiro através da lei 12.850 (lei do crime organizado), na Seção I, do artigo 4º ao 7º, que trata especificamente da colaboração premiada.

No entanto, já houvera sido falado, nas Ordenações Filipinas⁶ de 1603, que vigorou no Brasil até o advento do Código Criminal do Império (1930), sobre espécie

⁵ ORTIZ, Juan Carlos, La delación premiada en España: instrumentos para el fomento de la colaboración con la justicia, **Revista Brasileira de Direito Processual Penal**, v. 3, n. 1, p. 39–70, 2017.

de premiação, que conforme DALLA & WUNDER (2018), “2 (...), a primeira fonte da delação premiada foram as Ordenações Filipinas de 1603, que preponderaram no Brasil até a entrada em vigor do Código Criminal de 1830. Embora não fosse usado o termo delação premiada, havia a premiação daquele que desse à prisão os culpados⁷”.

O livro V das Ordenações Filipinas atribui entre algumas normas relacionadas a espécie de premiação, ao delator e partícipe em caso de crime de lesa majestade era possibilitada a oferta de prêmio, desde que investigação diversa não estivesse em curso ou que já houvera outra delação sobre o mesmo fato. Tal qual, conforme leciona Rodrigo Capez (2016), o livro V previa como prêmio o perdão e até recompensa pecuniária.⁸

Adiante, a lei dos crimes hediondos (lei nº 8.072/1990), que em seu artigo 7º alterou a redação do artigo 159 do Código Penal, incluiu nova causa de diminuição de pena, quando se tratando de crime cometido por quadrilha ou bando, o coautor que denunciá-lo vier a facilitar a libertação do sequestrado pela colaboração fornecida, terá sua pena reduzida de um a dois terços.

Também estão presentes no direito processual penal brasileiro outras hipóteses de sanção premial, a exemplo do artigo 1º, § 5º da lei nº 9.613/98 (lei de lavagem de dinheiro), que trata da redução de um a dois terços da pena quando o autor, coautor ou partícipe colaborar espontaneamente, prestando esclarecimentos específicos que tenham o condão de conduzir à apuração das infrações penais.

Verifica-se então que o legislador tem trazido, no decorrer dos anos, ao trâmite processual meios de barganha esparsas e escassas, de forma que não houve aprofundamento sobre rito procedimental característico e regulamentado para a colaboração premiada.

Exemplo disso é que somente por meio da lei nº 9.080/1995 que, ao alterar as leis nº 7.492/1986 e 8.137/1990, passou a ser possibilitada a aplicação da delação

⁶ As ordenações Filipinas são uma compilação jurídica resultado da reforma do código manuelino, de Filipe II de Espanha, que continuou vigendo em Portugal mesmo após o fim da União Ibérica.

⁷ DALLA, Humberto; WUNDER, Paulo, Os benefícios legais da colaboração premiada, **Revista Eletrônica de Direito Processual**, v. 19, n. 1, 2018, p. 108.

⁸ CAPEZ, Rodrigo, O acordo de colaboração premiada na visão do Supremo Tribunal Federal, **Cadernos Jurídicos da Escola da Magistratura Paulista**, v. 44, p. 117–130, 2016, p. 117.

como causa de diminuição de pena para todos os tipos penais dessas respectivas leis, conforme artigo 1º e 2º da lei 9.080/1995, in verbis:

Art. 1º Ao art. 25 da Lei nº 7.492, de 16 de junho de 1986, é acrescentado o seguinte parágrafo:

"Art. 25.

§ 2º Nos crimes previstos nesta Lei, cometidos em quadrilha ou co-autoria, o co-autor ou partícipe que através de confissão espontânea revelar à autoridade policial ou judicial toda a trama delituosa terá a sua pena reduzida de um a dois terços."

Art. 2º Ao art. 16 da Lei nº 8.137, de 27 de dezembro de 1990, é acrescentado o seguinte parágrafo único:

"Art. 16.

Parágrafo único. Nos crimes previstos nesta Lei, cometidos em quadrilha ou co-autoria, o co-autor ou partícipe que através de confissão espontânea revelar à autoridade policial ou judicial toda a trama delituosa terá a sua pena reduzida de um a dois terços."⁹

Além do mais, outra forma de política negocial também foi prevista no artigo 76 da lei 9.099/95 que trás a baila a transação penal, porém, nessa hipótese o acusado não reconhece sua culpa, submetendo-se apenas a acordo a fim de não enfrentar todo o trâmite processo, sem que corra o risco de sofrer possível condenação.

Maior detalhamento da matéria só veio acontecer com o advento da lei 12.850/2013 (lei do crime organizado) que, entre outras medidas, indicou papel do órgão acusador, do magistrado, também tratou sobre a homologação do acordo, seus efeitos e os requisitos de validade do acordo.

Portanto, o que a lei 12.850/2013 instituiu se mostra mais do que a simples delação premiada anteriormente já utilizada, pois aquela sustentava-se no sentido do que era exigido do colaborado, enquanto esta tem sentido preponderante pautado pelo que é oferecido em troca da colaboração.¹⁰

Da colaboração premiada na operação lava-jato.

⁹ **L9080/1995**, disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L9080.htm>, acesso em: 8 out. 2019.

¹⁰ BOTTINO, Colaboração premiada e incentivos à cooperação no processo penal, **Revista brasileira de ciências criminais**, vol. 122/2016, 2016, p. 364.

É de conhecimento comum que o Brasil tem passado por enorme crise política que vem cominando em escândalos midiáticos referente à crimes cometidos por políticos. Desde a notoriedade tomada pelo caso “mensalão”, a sociedade brasileira tem clamado por “justiça”, tomando grande proporção de influência em jornais e resultando no sentimento popular de cumprimento de justiça a cada nova prisão deflagrada no âmbito de operações.

O mesmo acontece com a operação lava jato da Polícia Federal, que conforme infográfico disponibilizado no sítio eletrônico do Ministério Público Federal¹¹ já foram firmados 184 acordos de colaboração premiada com pessoas físicas, 11 acordos de leniência e 1 termo de ajustamento de conduta.

Fato é que a colaboração premiada figura-se como importante meio de obtenção de provas, que, conforme leciona Langbein (1978, p. 9) “*Plea Bargaining is, therefore, a nontrial procedure for convicting and condemning people accused of serious crime*”¹².

Possível notar que a justiça criminal negocial, por meio da barganha oferecida em troca da premiação é importante procedimento para formação de convicção quanto ao crime em busca da condenação de acusados.

BOTTINO (2016, p. 9) reflete sobre a clara inovação normativa da colaboração premiada, porém, faz alerta acerca da não adstrição às hipóteses e condições legais do acordo, citando como exemplo o firmado entre o Ministério Público e Paulo Roberto Costa, pois os benefícios concedidos não tiveram base legal¹³.

Natural dizer que o ordenamento jurídico pátrio busca legitimar reformas legais que tenham como condão a eficiência, pois estas podem ser traduzidas na vontade Estatal de resposta célere às demandas sociais punitivas.

Tal fato deve ser medido com cautela, visto que a necessidade de consolidação da economia processual por vezes tende a ser imposta como operação de

¹¹ **A Lava Jato em números no Paraná — Caso Lava Jato (Old)**, disponível em: <<http://www.mpf.mp.br/grandes-casos/caso-lava-jato/atuacao-na-1a-instancia/parana/resultado>>, acesso em: 8 out. 2019.

¹² LANGBEIN, John H., Torture and Plea Bargaining, **The University of Chicago Law Review**, v. 46, n. 1, p. 9, 1978.

¹³ BOTTINO, Colaboração premiada e incentivos à cooperação no processo penal, **Revista brasileira de ciências criminais**, vol. 122/2016, 2016.

marketing, com mero objetivo de flexibilizar parâmetros de sua funcionalidade quanto à morosidade de um judiciário sobrecarregado¹⁴.

Destarte, o clamor popular acaba tornando a prática processual penal como parte de espetáculo, pela recorrente divulgação das negociações de acordos, ainda que antes do recebimento da denúncia¹⁵.

FASES PROCEDIMENTAIS DO ACORDO DE COLABORAÇÃO PREMIADA

Passa-se então à breve exposição dos procedimentos adotados na celebração dos acordos, buscando destrinchar pontos específicos dos métodos utilizados pelos agentes na celebração do acordo. Para tal, percorre-se pela seção I da lei 12.850/2013.

Antes de adentrar à Seção I da lei 12.850/2013, que trata especificamente da colaboração premiada, vale ressaltar o inciso I, artigo 3º da referida lei, pois alude que o acordo de colaboração premiada, meio de obtenção de prova, pode ser feito em qualquer fase da persecução penal, in verbis:

Art. 3º, I, lei 12.850/2013 - Em qualquer fase da persecução penal, serão permitidos, sem prejuízo de outros já previstos em lei, os seguintes meios de obtenção da prova: I - colaboração premiada;¹⁶

Isto posto, os artigos seguintes tratam a respeito do procedimento a ser observado na celebração do acordo. Um dos requisitos para tal, porém não expresso, é a condição de existência de concurso de pessoas, não devendo ser levado em consideração para celebração do acordo se é autor, coautor ou partícipe¹⁷.

Assim, leciona Silva et al. (2018, p. 127):

¹⁴ VASCONCELLOS, Vinicius Gomes de, **BARGANHA E JUSTIÇA CRIMINAL NEGOCIAL: Análise das tendências de expansão dos espaços de consenso no processo penal brasileiro**, 19. ed. IBCCRIM: São Paulo, 2015.

¹⁵ BORRI, Luiz Antonio; SOARES, Rafael Junior, A obrigatoriedade do duplo registro da colaboração premiada e o acesso pela defesa técnica, **Revista Brasileira de Direito Processual Penal**, v. 3, n. 1, p. 167–187, 2017, p. 173.

¹⁶ **Lei 12850/13 | Lei nº 12.850, de 2 de agosto de 2013, Presidência da Republica**, Jusbrasil, disponível em: <<https://presrepublica.jusbrasil.com.br/legislacao/1035673/lei-12850-13>>, acesso em: 8 out. 2019.

¹⁷ SILVA, Allan Jones Andreza; SILVA, Luciano Nascimento; SILVA, Andrey Jonas Andreza, O instituto da delação premiada no combate as organizações criminosas, **Revista do Direito Público**, v. 13, n. 1, p. 110–149, 2018.

“Por conseguinte, é importante destacar que a celebração do acordo de colaboração pode-se dar em dois momentos: a) durante o período investigatório, oportunidade na qual poderá ser concedido o perdão judicial ou até a substituição da aplicação da pena convencionada para a conduta do delator, por prisão domiciliar; b) posteriormente à sentença, quando importará em redução de até metade da pena ou progressão de regime”¹⁸.

Atualmente a celebração do acordo de colaboração premiada será feita entre Ministério Público e acusado, Delegado de Polícia e acusado (com manifestação do Ministério Público não vinculativa), devendo este estar assistido por advogado, conforme disposto no artigo 4º, §6º, §14 e §15, da lei 12.850/2013.

Não há participação do Magistrado no período de celebração do acordo, o que será feito somente após, quando fará exame quanto à regularidade do acordo, verificando sua legalidade e voluntariedade.

Assim, leciona Borri & Soares (2017, p.170), “Trata-se de medida salutar o afastamento do juiz da fase de negociação, como forma de evitar a inversão do sistema acusatório, pois um de seus principais pontos de apoio, diz respeito à gestão da prova”¹⁹, ao passo que o Magistrado poderá recusar homologar à proposto quando não atender os requisitos legais, ou ainda, poderá adequá-la ao caso concreto, se não vejamos:

Art. 4º, lei 12.850/2013 (...).

§ 8º O juiz poderá recusar homologação à proposta que não atender aos requisitos legais, ou adequá-la ao caso concreto.

Vale ressaltar que, o termo do acordo, bem como seu conteúdo, deve ser mantido em sigilo até o recebimento da denúncia. Isso tem se tornado cláusula em alguns acordos, a fim de que as partes do acordo se comprometam a tomar o devido cuidado com relação ao sigilo, para preservá-lo até que o Ministério Público entenda que a publicidade venha a perder o condão de prejudicar as investigações²⁰.

¹⁸ *Ibid.*

¹⁹ BORRI; SOARES, A obrigatoriedade do duplo registro da colaboração premiada e o acesso pela defesa técnica.

²⁰ VASCONCELLOS, Vinicius Gomes de, Compartilhamento de provas na colaboração premiada: limites à persecução penal baseada nos elementos de autoincriminação produzidos pelo delator, **Direito Público**, v. 15, n. 87, 2019, p. 16.

As fases da celebração do acordo.

Canotilho & Brandão (2017, p. 140-141), dizem que a estruturação se inicia com a proposta do Ministério Público ao colaborador, que contém vários benefícios e obrigações, sendo finalizado com a homologação por parte do Magistrado²¹.

Seguindo o disposto no artigo 6º da lei 12.850/2013, o acordo celebrado, deve ser escrito, e conterá o relato da colaboração e seus possíveis resultados, as condições da proposta, a declaração de aceitação do colaborador e advogado, as assinaturas do representante do Ministério Público, ou delegado de polícia e também do colaborador e seu advogado. Além do mais, deve ser especificado no termo do acordo as medidas de proteção ao colaborador e à sua família, conforme necessidade.

Ainda, conforme aludido no artigo 7º do mesmo diploma legal, o pedido de homologação do acordo, distribuído sigilosamente, apenas com as informações necessárias e sem que seja possível identificar o colaborador e seu objeto. Ainda, o Magistrado a quem recair a distribuição deve decidir no prazo de 48 horas, isto conforme o §1º do referido artigo.

Quando na fase sentencial, o Magistrado deverá examinar os termos do acordo, quanto sua eficácia e se preenchidos os requisitos legais ou não, poderá conceder ou não o benefício acordado entre as partes. Salutar dizer que ao colaborador será garantido o direito de retratação, sem que o que fora autoincriminatório levado a termo não poderá ser utilizado em seu desfavor, exclusivamente²².

Silva *apud* Canotilho e Brandão (2017, p.142), leciona que:

“(...) portanto, na fase de investigação trata-se de um instituto puramente processual, nas demais fases, a colaboração é um instituto de natureza mista, pois o acordo é regido por normas processuais;

²¹ CANOTILHO, J J Gomes; BRANDÃO, Nuno, Colaboração premiada: reflexões críticas sobre os acordos fundantes da operação lava jato, **Revista brasileira de ciências criminais**, v. 133, p. 133–171, 2017, p. 140–142.

²² BORRI; SOARES, A obrigatoriedade do duplo registro da colaboração premiada e o acesso pela defesa técnica, **Revista brasileira de direito processual penal**, vol. 3, p.167-187, 2017.

porém, as consequências são de natureza material (perdão judicial) redução ou substituição da pena ou progressão de regime²³.

DA LEGITIMIDADE PARA CELEBRAÇÃO DO ACORDO DE COLABORAÇÃO PREMIADA

A lei 12.850/2013, conforme fora dito anteriormente, trouxe a possibilidade de a celebração do acordo se dar entre Ministério Público, acusado/colaborador e seu defensor, ou ainda, entre o Delegado de Polícia, acusado/colaborador e seu defensor, com a manifestação do Ministério Público. Entretanto, em recente julgado, ADI 5508 que teve como relator o Ministro Marco Aurélio, o Supremo Tribunal Federal destacou o caráter não vinculativo da manifestação do Ministério Público.

Ao impetrar a Ação Direta de Inconstitucionalidade, o ex-procurador geral da república, Rodrigo Janot, pretendia a declaração de inconstitucionalidade dos §§ 2º e 6º da lei do crime organizado. O texto legal, conforme amplamente debatido anteriormente, manifesta o delegado de polícia como figura interessada e apta para participar das negociações do acordo de colaboração premiada.

Assim, em sede inicial, argumentou o Ministério Público:

“Esses dispositivos devem ser considerados inconstitucionais, por violarem o devido processo legal, tanto no aspecto instrumental quanto no substantivo (CR, art. 5º, LIV) e o sistema acusatório, assim como por negarem a titularidade exclusiva da ação penal conferida ao Ministério Público e por atribuírem função do MP a pessoas estranhas à carreira (CR, art. 129, I e § 2º)”²⁴.

Portela (2019, p. 53), leciona que o requerimento da PGR para que fosse declarada a inconstitucionalidade da matéria, baseou-se em leitura pouco aprofundada da constituição, pois afirmava que a permissão de poder o delegado de polícia propor

²³ CANOTILHO, JJ Gomes; BRANDÃO, Nuno, COLABORAÇÃO PREMIADA: REFLEXÕES CRÍTICAS SOBRE OS ACORDOS FUNDANTES DA OPERAÇÃO LAVA JATO, **Revista brasileira de ciências criminais**, v. 133, p. 131-171, 2017, p. 142.

²⁴ **ADI 5508 — Procuradoria-Geral da República**, disponível em: <<http://www.mpf.mp.br/pgr/documentos/adi-5508/view>>, acesso em: 10 out. 2019.

acordo de colaboração premiada, iria contra o devido processo legal e também contra a função policial que alude o artigo 144 da CF/88²⁵.

Base fundamental da PGR para afirmar a inconstitucionalidade do texto legal acima descrito é que, conforme artigo 129, I e VIII da Constituição Federal, a titularidade da persecução penal é do Ministério Público.

Salutar se faz o que descreve Portela (2019, p. 52), ao dizer que o problema real baseia-se em vaidades, que findam desaguando no Supremo Tribunal Federal, enquanto o pensamento que coaduna tais hipóteses é que “Faço parte de um estado constitucional, vivo em democracia, mas o poder não divido”, ‘todo poder emana do povo, mas, quando dele invisto não divido’²⁶.

Ademais, defendeu a PGR que os dispositivos infraconstitucionais a que se pretendia a declaração da inconstitucionalidade prejudicavam gravemente o direito de defesa, por admitir proposta de parte ilegítima, o que retiraria o papel isento do Magistrado que acabaria por reforçar papel inquisitorial²⁷.

Em texto publicado no sítio eletrônico Jota.info, De Grandis (2015), afirma que o poder judiciário não deve admitir que qualquer negociação firmada entre Delegado de Polícia, acusado/colaborador e seu defensor, visto que a mera manifestação do Ministério Público após já celebrado o acordo não tem o condão de afastar a inconstitucionalidade, caso em que o termo de acordo deveria ser refeito com participação efetiva do Ministério Público²⁸.

Parte do fundamento da PGR ao requerer a declaração de inconstitucionalidade do §2º e §6º, do artigo 4º da lei 12.850/2013, é que por não ser a autoridade policial parte legítima da ação penal, a celebração do acordo por este prejudicaria o dever de imparcialidade do julgador.

²⁵ PORTELA, Claudio Cesar Vitorio, (I)LEGITIMIDADE DA AUTORIDADE POLICIAL PARA PROPOR E HOMOLOGAR O ACORDO DE COLABORAÇÃO PREMIADA, in: **COLABORAÇÃO PREMIADA: aspectos teóricos e práticos**, 2019. ed. [s.l.]: Saraiva Jur, 2019, p. 37–62.

²⁶ *Ibid.*, p. 52.

²⁷ **ADI 5508 — Procuradoria-Geral da República**, p. 14.

²⁸ Rodrigo de Grandis: a inconstitucional participação de delegados de polícia nos acordos de colaboração premiada. Disponível em: <https://www.jota.info/opiniao-e-analise/artigos/rodrigo-de-grandis-a-inconstitucional-participacao-de-delegados-de-policia-nos-acordos-de-delacao-premiada-05052015>, acesso em: 10 out. 2019.

O ex-procurador geral da República, Rodrigo Janot, em sede inicial²⁹, apresentou entendimento de Frommann (2009, P. 218), de modo que a presença do Magistrado no curso das negociações contraditariam as funções conflitantes que o Magistrado deve assumir, comprometendo sua independência³⁰.

No entanto, a presença do magistrado face ao acordo só irá acontecer a fim de homologá-lo ou não. Afinal, o termo do acordo será encaminhado, acompanhado de cópia da investigação e declaração do colaborador, quando somente aí passará a ter real contato com o acordo, para examiná-lo quanto a legalidade, voluntariedade e regularidade da delação³¹.

DO JULGAMENTO DA ADI 5508/DF NO STF.

O Supremo Tribunal Federal, no julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade 5508/DF, considerou constitucional a possibilidade de o acordo de colaboração premiada ser realizado por Delegados de Polícia. Os ministros Ricardo Lewandowski, Gilmar Mendes, Celso de Mello e Cármen Lúcia (presidente à época), acompanharam o voto do relator, Ministro Marco Aurélio.

O entendimento foi que, apesar de não ser necessária a presença do Ministério Público em todas as fases da negociação, é necessário que o MP se manifeste. Não obstante a isto, a homologação cabe exclusivamente ao Magistrado. Dessa forma, mantém-se então os dizeres do texto legal, assinalando a possibilidade de o Delegado de Polícia celebrar acordo de colaboração premiada.

Em seu voto, o relator Ministro Marco Aurélio destacou ser a colaboração premiada meio de obtenção de prova e não se coaduna a caracterizar meio de prova, se não, apenas método investigativo³².

²⁹ **ADI 5508 — Procuradoria-Geral da República**, p. 15.

³⁰ FROMMANN, Maike, Regulating Plea-Bargaining in Germany: Can the Italian Approach Serve as a Model to Guarantee the Independence of German Judges, **Hanse Law Review**, v. 5, p. 197, 2009, p. 218.

³¹ BORRI; SOARES, A obrigatoriedade do duplo registro da colaboração premiada e o acesso pela defesa técnica, p. 172.

³² ADI 5508 - Relatório Ministro Marco Aurélio. Disponível em:

<<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/ADI5508MMA.pdf>> , acesso em: 10 out. 2019.

Silva *apud* Canotilho e Brandão (2017, p. 141), transmitem a ideia de que a colaboração premiada tem o como resultado o auxílio à autoridade policial em seu papel investigativo, possibilitando a produção de provas, conhecimento de coautores e afins³³.

Ademais, conforme artigo 144 da Constituição Federal, cabe a polícia judiciária a apuração de crimes, igualando nessa função inclusive às polícias civis quando não adentrar à competência da União, a saber:

Art. 144. [...]

§ 1º A polícia federal, instituída por lei como órgão permanente, organizado e mantido pela União e estruturado em carreira, destina-se a:

[...]

IV - exercer, com exclusividade, as funções de polícia judiciária da União.

[...] § 4º - Às polícias civis, dirigidas por delegados de polícia de carreira, incumbem, ressalvada a competência da União, as funções de polícia judiciária e a apuração de infrações penais, exceto as militares.

[...]

Sobre isso, leciona o Ministro, relator da ADI 5508, Marco Aurélio, no bojo de seu voto, que a polícia é a única instituição que tem como papel fundamental o dever de investigar, de forma que retirar da autoridade policial o poder de se utilizar da colaboração premiada na investigação resultaria no enfraquecimento do sistema de persecução criminal³⁴.

A título de exemplo, ainda que o modelo americano do Plea Bargaining se diferencie da Colaboração Premiada da lei 12.850/2013, salutar se faz o entendimento de Bibas (2004, p. 2466), que a adoção da justiça negocial atrelada ao processo não infere prejuízos, inclusive posto que a autoridade policial e o Ministério Público tendem a buscar o melhor desfecho para as investigações, senão, vejamos:

“Second, bargaining calibrates sentences to proof of guilt so that the people who are most clearly guilty of the worst crimes will get the

³³ SILVA, Eduardo Araújo da. *apud* CANOTILHO, J J Gomes; BRANDÃO, Nuno, COLABORAÇÃO PREMIADA: REFLEXÕES CRÍTICAS SOBRE OS ACORDOS FUNDANTES DA OPERAÇÃO LAVA JATO, **Revista brasileira de ciências criminais**, v. 133, p. 133–171, 2017, p. 141.

³⁴ ADI 5508 - RELATÓRIO MINISTRO MARCO AURÉLIO, p. 11.

<<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/ADI5508MMA.pdf>> , acesso em: 10 out. 2019.

longest sentences. Sentences therefore mirror levels of culpability. Third, if we assume that police and prosecutors want to get the most bang for their buck, they have incentives to go after the worst criminals who face the strongest evidence of guilt”³⁵.

Desse modo, salutar dizer que a autoridade policial quando for parte celebrante do acordo de colaboração premiada, atua como órgão interessado na investigação, ligado à acusação, assim, tanto órgão acusador (Ministério Público), quanto a autoridade policial figuram do mesmo lado³⁶.

Afinal, os dizeres do §2 e §6º do artigo 4º da lei 12.850/2013, não transmite ao Delegado o papel de titular da ação penal, sabendo que este é do Ministério Público, assim como o direito de punir também não é do *parquet*.

O Supremo Tribunal Federal entendeu pela improcedência do pedido da Procuradoria Geral da República, se não vejamos:

Decisão: O Tribunal, por maioria e nos termos do voto do Relator, julgou improcedente o pedido, assentado a constitucionalidade do § 2º e do § 6º do art. 4º da Lei 12.850/13. Vencidos, em parte, os Ministros Edson Fachin, Rosa Weber, Luiz Fux e Dias Toffoli. Nesta assentada, reajustaram seus votos, para acompanhar o Relator, os Ministros Alexandre de Moraes e Roberto Barroso. Presidiu o julgamento a Ministra Cármen Lúcia. Plenário, 20.6.2018.

CONCLUSÃO

O instituto da colaboração premiada, tipificado no Brasil através da lei 12.850/2013, assinala como parte possíveis para a celebração do acordo, o Ministério Público, o acusado/colaborador e seu defensor, ou a autoridade policial, o acusado/colaborador e seu defensor, com a manifestação do Ministério Público.

Na ADI 5508 o Ministério Público buscou retirar da autoridade policial, parte de sua função investigativa, visto que o artigo 144 da Constituição Federal assinala às polícias judiciárias o papel investigativo.

³⁵ BIBAS, Stephanos, Plea Bargaining outside the Shadow of Trial, **Harvard Law Review**, v. 117, n. 8, p. 2463, 2004.

³⁶ PORTELA, (I)LEGITIMIDADE DA AUTORIDADE POLICIAL PARA PROPOR E HOMOLOGAR O ACORDO DE COLABORAÇÃO PREMIADA, p. 53.

Como bem decidido pelo Supremo Tribunal Federal, o dispositivo a que se pretendia declarar a inconstitucionalidade esta em conformidade com a Constituição Federal, visto ser a colaboração premiada meio de obtenção de prova, assim, dentro das funções investigativas da polícia judiciária.

Haveria de se falar em inconstitucionalidade caso a lei 12.850/2013 designasse ao delegado de polícia o poder de homologar o acordo, o que é papel exclusivo do Magistrado, não cabendo sequer ao Ministério Público.

Não obstante a isto, o Estado, primeiro interessado na efetiva apuração dos fatos tipificados no ordenamento pátrio como tipos penais, deve seguir o princípio da eficiência. Assim, a possibilidade de a autoridade policial celebrar acordo de colaboração premiada é legítima, visto que os acordos têm o condão de apurar os fatos de forma célere e eficiente.

A função investigativa atribuída ao Ministério Público não retira essa mesma função da autoridade policial. Além do mais, conforme fora demonstrado, a polícia judiciária figura-se como único órgão que possui o papel investigativo, como única e primordial função.

Não há de se falar, portanto, em ilegitimidade da autoridade policial, pois trata-se de instituto investigativo, e assim, permeia-se por função policial visto ser meio de obtenção de prova.

BIBLIOGRAFIA

BIBAS, Stephanos. Plea Bargaining outside the Shadow of Trial. *Harvard Law Review*, v. 117, n. 8, p. 2463–2547, 2004.

BORRI, Luiz Antonio; SOARES, Rafael Junior. A obrigatoriedade do duplo registro da colaboração premiada e o acesso pela defesa técnica. *Revista Brasileira de Direito Processual Penal*, v. 3, n. 1, p. 167–187, 2017.

BOTTINO, Thiago. Colaboração premiada e incentivos à cooperação no processo penal: uma análise crítica dos acordos firmados na “operação lava jato”. *Revista brasileira de ciências criminais*, v. 122/2016, p. 359–390, 2016.

CANOTILHO, J J Gomes; BRANDÃO, Nuno. COLABORAÇÃO PREMIADA: REFLEXÕES CRÍTICAS SOBRE OS ACORDOS FUNDANTES DA OPERAÇÃO LAVA JATO. *Revista brasileira de ciências criminais*, v. 133, p. 133–171, 2017.

CAPEZ, Rodrigo. O acordo de colaboração premiada na visão do Supremo Tribunal Federal. *Cadernos Jurídicos da Escola da Magistratura Paulista*, v. 44, p. 117–130, 2016.

DALLA, Humberto; WUNDER, Paulo. OS BENEFÍCIOS LEGAIS DA COLABORAÇÃO PREMIADA. *Revista Eletrônica de Direito Processual*, v. 19, n. 1, 2018. Disponível em: <<https://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/redp/article/view/33460>>. Acesso em: 1 out. 2019.

FROMMANN, Maïke. Regulating Plea-Bargaining in Germany: Can the Italian Approach Serve as a Model to Guarantee the Independence of German Judges. *Hanse Law Review*, v. 5, p. 197, 2009.

LANGBEIN, John H. Torture and Plea Bargaining. *The University of Chicago Law Review*, v. 46, n. 1, p. 3, 1978.

ORTIZ, Juan Carlos. La delación premiada en España: instrumentos para el fomento de la colaboración con la justicia. *Revista Brasileira de Direito Processual Penal*, v. 3, n. 1, p. 39–70, 2017.

PORTELA, Claudio Cesar Vitorio. (I)LEGITIMIDADE DA AUTORIDADE POLICIAL PARA PROPOR E HOMOLOGAR O ACORDO DE COLABORAÇÃO PREMIADA. In: COLABORAÇÃO PREMIADA: aspectos teóricos e práticos. 2019. ed. [s.l.]: Saraiva Jur, 2019, p. 37–62. (IDP: linha de pesquisa acadêmica).

SILVA, Allan Jones Andreza; SILVA, Luciano Nascimento; SILVA, Andrey Jonas Andreza. O instituto da delação premiada no combate as organizações criminosas. *Revista do Direito Público*, v. 13, n. 1, p. 110–149, 2018.

VASCONCELLOS, Vinicius Gomes de. BARGANHA E JUSTIÇA CRIMINAL NEGOCIAL: Análise das tendências de expansão dos espaços de consenso no processo penal brasileiro. 19. ed. IBCCRIM: São Paulo, 2015. (Monografia vencedora do 19º concurso de monografias de ciências criminais). Disponível em: <<https://www.ibccrim.org.br/monografia/91-Monografia-no-68-Barganha-e-Justica-Criminal-Negocial-analise-das-tendencias-de-expansao-dos-espacos-de-consenso-no-processo-penal-brasileiro>>. Acesso em: 8 out. 2019.

VASCONCELLOS, Vinicius Gomes de. Compartilhamento de provas na colaboração premiada: limites à persecução penal baseada nos elementos de autoincriminação produzidos pelo delator. *Direito Público*, v. 15, n. 87, 2019. Disponível em: <<https://portal.idp.emnuvens.com.br/direitopublico/article/view/3381>>. Acesso em: 7 out. 2019.

A Lava Jato em números no Paraná — Caso Lava Jato (Old). Disponível em: <<http://www.mpf.mp.br/grandes-casos/caso-lava-jato/atuacao-na-1a-instancia/parana/resultado>>. Acesso em: 8 out. 2019.

ADI 5508 — Procuradoria-Geral da República. Disponível em: <<http://www.mpf.mp.br/pgr/documentos/adi-5508/view>>. Acesso em: 10 out. 2019.

ADI 5508 - RELATÓRIO MINISTRO MARCO AURÉLIO. Disponível em:
<<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/ADI5508MMA.pdf>>.
Acesso em: 10 out. 2019.

L9080. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L9080.htm>.
Acesso em: 8 out. 2019.

Lei 12850/13 | Lei nº 12.850, de 2 de agosto de 2013, Presidência da República.
Jusbrasil. Disponível em:
<<https://presrepublica.jusbrasil.com.br/legislacao/1035673/lei-12850-13>>. Acesso em:
8 out. 2019.

Rodrigo de Grandis: a inconstitucional participação de delegados de polícia nos acordos
de colaboração premiada. Disponível em: <<https://www.jota.info/opiniao-e-analise/artigos/rodrigo-de-grandis-a-inconstitucional-participacao-de-delegados-de-policia-nos-acordos-de-delacao-premiada-05052015>>. Acesso em: 10 out. 2019.

ATA NOTARIAL COMO MEIO DE PROVA: DIVERGÊNCIA ENTRE O CONTEÚDO DA ATA E O RESULTADO DA PROVA PERICIAL

NOTARIAL MINUTE AS EVIDENCE: DISSONANCE BETWEEN THE MINUTE'S CONTENT AND THE RESULT OF THE FORENSIC EVIDENCE

Caio Victor Ribeiro dos Santos

Hugo Lemes

Resumo: este trabalho visa a apresentar a forma pela qual a ata notarial e a perícia se configuram como meios de prova no direito brasileiro, averiguando se, de fato, existe um problema a ser considerado quando o resultado da segunda diverge do conteúdo da primeira.

Palavras-chave: Ata notarial. Prova pericial. Provas.

Abstract: this research aims to present how the notarial minute and the forensic proof are identified as means of proof in the Brazilian law, looking to verify whether there is a problem to be resolved when the result of the forensic proof diverges from that given by the minute.

1. INTRODUÇÃO

A ata notarial como meio de prova constitui tema pouco explorado pelos estudiosos brasileiros. Via de regra, os que dela cuidam são doutrinadores do próprio direito notarial. Estes, no entanto, não costumam relaciona-la com outras modalidades probatórias existentes, ou sequer avalia-la à luz da teoria geral das provas.

Conforme será melhor abordado nos tópicos seguintes, poder-se-ia pensar que a deficiência de análise acadêmica acerca da ata notarial teria como causa o fato de ela somente ter sido positivada no sistema jurídico brasileiro em 1994, pela edição da

Lei 8.935¹ – antes disso, apenas alguns provimentos estaduais cuidavam de sua previsão.

A história, no entanto, mostra que, inobstante sua criação legal tardia, a ata existe desde tempos antigos, que remontam ao próprio nascimento da atividade notarial. Se até agora não proliferaram estudos relacionados à ata, com o advento do novo código de processo civil a situação tende a se alterar, já que a seção III, do cap. XII, do livro I da parte especial do diploma, inovando em relação ao anterior, traz expressamente a ata notarial como meio de prova (art. 384).²

Doravante, portanto, também os processualistas serão instigados a enfrentar questões relacionadas à ata notarial, para enquadrá-la de vez nos róis do direito probatório³.

Nesse sentido, a pretensão deste trabalho é a de fornecer contribuição, do ponto de vista processual, sobre os principais aspectos da ata notarial, para, posteriormente, compará-la com a produção de prova pericial. Ambos os meios probatórios, como será analisado a seguir, podem conter um núcleo comum, dificultando sua utilização conjunta em determinado processo.

Com efeito, ao cabo da exposição pretende-se avaliar se há, de fato, problema jurídico a ser enfrentando quando o conteúdo da ata notarial diverge do resultado da prova pericial. A fé pública da primeira poderia se sobrepor ao conteúdo técnico da segunda, e vice-versa? É o que passa a ser analisado a seguir.

2. NOTAS SOBRE TEORIA GERAL DO DIREITO PROBATÓRIO

¹Art. 7º Aos tabeliães de notas compete com exclusividade:
III - lavrar atas notariais;

² Obviamente não se contesta o valor probatório que a ata notarial detinha antes mesmo da entrada em vigor do CPC/2015, justamente por constar de outros diplomas normativos. O que se pretende dizer é que a nova topologia da ata notarial tem o condão de fomentar novas discussões sobre seus contornos.

³ É interessante notar que não apenas a ata notarial, mas outras questões que envolvem atuação “desjudicializada” do Estado (notadamente por meio de cartórios) foram privilegiadas pelo novo CPC, como é o caso da homologação de penhor legal, a demarcação e a divisão de terras particulares, a hipoteca judicial, a usucapião e o protesto de sentença. Para uma análise específica do fenômeno, conferir: COLLUCCI, Ricardo. *Direito notarial e novo código de processo civil: reflexões sobre instrução probatória e desjudicialização*. Revista de Processo, vol. 279, 2018, p. 115-137.

O Direito é uma ciência que tem por escopo regular a vida em sociedade, a fim de que todos possam conviver harmonicamente e buscar a satisfação de seus desejos e necessidades de forma pacífica. No entanto, como nenhuma criação humana é perfeita, conflitos de interesse ocorrem cotidianamente no seio da população, de forma que o Estado deve ser chamado a substituir a vontade das partes – ou disponibilizar mecanismos de resolução consensual de conflitos – e decidir a contenda em grau definitivo. Certamente, sendo a justiça, assim como o direito, uma criação humana, não está ela imune a erros. Assim, o Poder Judiciário atua, mediante as regras de processo, para que seja viável a melhor forma possível de justiça para o caso concreto, ainda que não se esteja aqui a falar da verdade real.⁴

Isso significa que o magistrado, ao tomar conhecimento do que está em jogo em determinada causa, deverá levar em conta os principais fatos ocorridos, qualificados juridicamente pelas partes, para, posteriormente, buscar enquadrá-los ao texto normativo e à jurisprudência através do exercício fundamentado de atividade interpretativa.

Os fatos, portanto, são elementos determinantes para o deslinde de qualquer controvérsia, visto que sobre eles poderão recair regras e princípios pré-estabelecidos no ordenamento jurídico. Devido à importância dos fatos, Michelle Taruffo chegou a afirmar que nenhuma decisão pode ser considerada justa se se funda em um acerto falso ou errado dos fatos da causa.⁵

É dizer, muito embora não seja possível o atingimento de um nível ideal de busca pela verdade real, devendo o juiz se contentar com a verdade possível, o acerto dos fatos em jogo, com efetiva participação das partes, é tarefa essencial da jurisdição, sob pena de cometimento de injustiças.

Nesse sentido, enquanto as questões de direito⁶ podem ser resolvidas pelo magistrado após a mera manifestação das partes, o que se dá pela análise da lei,

⁴Segundo Leonardo Greco, “uma das maiores ilusões que a consciência democrática contemporânea difunde na sociedade é a de que, no Estado de Direito, todo aquele que tiver um direito lesado ou ameaçado vai receber do Estado a mais ampla e eficaz tutela jurisdicional que lhe assegurará o pleno gozo desse direito”. Revista da Faculdade de Direito de Campos, Ano IV, Nº 4 e Ano V, Nº 5 - 2003-2004.

⁵ TARUFFO, Michelle. *La prueba*. P. 307-308

⁶ É conhecida, ao menos no direito processual civil, a polêmica sobre no que consistiriam verdadeiramente as questões fáticas e jurídicas. Entendemos que não há separação estaque entre as duas, havendo, sim, predominância de conteúdos fáticos ou jurídicos a depender da circunstância analisada.

interpretada pela jurisprudência, à luz da doutrina, as questões fáticas, através das quais se buscará atingir a verdade possível, não podem depender somente da alegação das partes, devendo sobre elas haver produção das provas cabíveis.

Explique-se. Teses jurídicas podem ser formuladas a partir da análise da argumentação expedida pelas partes, sem que a verdade dos fatos tenha importância. É o que se dá, por exemplo, na seleção de uma causa piloto para julgamento de IRDR. O que se busca, nessa hipótese, é a fixação de uma tese, atrelada a um contexto fático, independentemente de comprovação.

No caso concreto, no entanto, a questão jurídica é apenas uma das que deve ser analisada pelo juiz e pelo tribunal, de sorte que a reconstrução dos fatos da maneira mais fidedigna possível também é tarefa que se põe.

São as provas, portanto, que atestam e formam a convicção do magistrado sobre a ocorrência dos fatos determinantes de certa lide. Nas palavras de Moacyr Amaral Santos:

(...) por isso, o que existe, realmente, é a demonstração, a exibição, a investigação dos fatos, respeitadas as regras processuais. Será bem a apuração dos fatos no processo. Daí poder-se formular uma definição – prova é a soma dos fatos produtores da convicção, apurados no processo.⁷

Por meio do procedimento probatório, no entanto, não se criam os fatos sobre os quais incidirá a atividade jurisdicional. Estes, pelo contrário, são apenas levados ao conhecimento do magistrado, podendo influenciá-lo ou não, quando do julgamento definitivo da questão.

Vale anotar, neste ponto, a lição de William Santos Ferreira, para quem:

os fatos não são rigorosamente obtidos pelos meios de prova, mas cognoscíveis por estes, ou seja, o trabalho probatório desenvolvido no processo não alcançará o fato, mas sim a conclusão de muito provavelmente ter ocorrido (ou não), estar ocorrendo (ou não) ou poder ocorrer. Normalmente, os meios de prova não colocam as partes e o juiz em contato direto com o

⁷ SANTOS, Moacyr Amaral. Prova Judiciária no Cível e Comercial. v. I. São Paulo: Max Limonad, p. 16.

fato, mas sim com informações que conjugadas permitem extrair uma conclusão sobre a ocorrência ou in ocorrência dos fatos.⁸

Em pequena nota conclusiva, pode-se afirmar que as provas são as formas pelas quais o magistrado pode aferir se realmente determinado fato passado ocorreu ou poderia ter ocorrido do modo narrado pelas partes, sempre em busca da verdade possível, a qual permitirá o correto exercício da função jurisdicional.

3. UTILIZAÇÃO DA ATA NOTARIAL COMO MEIO DE PROVA

Dentro da noção de que a prova serve para atestar a ocorrência de certo fato, a ata notarial é um instrumento que vem sendo utilizado, desde tempos remotos, com a função de “documentar acordos ou resoluções, para fins de validade e com a intenção de preservá-la como prova de celebração”⁹. Justino Adriano Farias da Silva, citando doutrina relacionada ao direito eclesiástico, chega a afirmar que o Novo Testamento aponta o *Ato dos Apóstolos* como um exemplo de ata notarial.¹⁰

A ligação da ata com a atividade notarial ocorreu concomitantemente ao surgimento desta. Conforme aduz Leonardo Brandelli:

O notário, ou melhor, o antecessor remoto do notário, captava fatos e redigia instrumentos a fim de perpetuar tais fatos no tempo, com caráter probatório. Esta atividade, que é a origem da função notarial, é, ao mesmo tempo, o protótipo da ata notarial¹¹¹²

⁸ FERREIRA, William Santos. *Princípios Fundamentais da prova cível*. São Paulo: Revista dos tribunais, 2014, p. 55-56.

⁹ NÉRI, Argentino I. *Tratado teórico y práctico de derecho notarial*, t. III, p. 1101.

¹⁰ Evolução histórica da ata notarial (Leonardo Brandelli, coord.). Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, p.131.

¹¹ Atas notariais (Leonardo Brandelli, coord.), p. 41.

¹² Aponta-se que, em território brasileiro, já havia notícia da ata notarial sendo utilizada com este fim: “E, na história do Brasil, mais precisamente na história da luta dos pernambucanos pela sua redenção do domínio holandês, encontramos a presença notarial no desempenho de sua função como redator do que em doutrina se denominaria de “ata de notoriedade”. (COTRIM NETO, Alberto Bittencourt. *O aperfeiçoamento do notariado brasileiro – essencial para o aperfeiçoamento da justiça*. Revista de Informação Legislativa, v. 11, nº 44, p. 143-152, out/dez 1974).

Apesar de sua origem remota, a primeira regra atinente à ata notarial somente foi positivada no Brasil no ano de 1994, por intermédio da Lei 8.935, a qual foi aprovada para regulamentar o art. 236 da Constituição Federal de 1988.¹³

Antes disso, havia apenas a previsão genérica do art. 364, do Código de Processo Civil de 1973, no sentido de que “o documento público faz prova não só de sua formação, mas também dos fatos que o escrivão, o tabelião ou o funcionário declarar que ocorreram em sua presença.

Com a entrada em vigor do Código de Processo Civil de 2015, a ata notarial passou a constar efetivamente do capítulo do diploma processual relativo às provas. A nova lei, inclusive, inovando com relação às previsões legais expressas anteriores, previu que a ata notarial pode conter dados constantes de documentos eletrônicos. Com efeito, dispõe o art. 384 do CPC:

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.

A partir da novel previsão legal, a ata notarial vem sendo utilizada cada vez mais pelas partes como meio de prova de suas alegações. Interessante, quando a este ponto, a afirmação de Francis Perondi Folle, que a partir de pesquisa realizada por amostragem, concluiu que: “Nos tribunais pátrios, a aceitação da ata notarial como instrumento para provar as afirmações das partes acerca dos fatos cresce a cada dia, recebendo cada vez mais alta carga valorativa (...)”¹⁴.

4. OBJETO E CONTEÚDO DA ATA NOTARIAL

¹³ Art. 236. Os serviços notariais e de registro são exercidos em caráter privado, por delegação do Poder Público.

§ 1º Lei regulará as atividades, disciplinará a responsabilidade civil e criminal dos notários, dos oficiais de registro e de seus prepostos, e definirá a fiscalização de seus atos pelo Poder Judiciário.

¹⁴FOLLE, Francis Perondi. *O valor probatório da ata notarial*. Dissertação de Mestrado, p.8. Universidade de São Paulo. Disponível (forma resumida) em: http://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2137/tde-03042017-134534/publico/Valor_Probatorio_Francis_Perondi_Folle_Resumida.pdf.

A ata notarial, conforme disposto no tópico anterior, por expressa dicção legal, se presta a atestar ou documentar, a requerimento do interessado, a existência e o modo de existir de algum fato.

Desta primeira constatação, pode-se excluir do âmbito da ata notarial os atos jurídicos, ou seja, aqueles que necessitam da manifestação de vontade das partes para serem praticados. O objeto da ata serão os fatos jurídicos que, ao contrário, existem no mundo jurídico sem que haja necessidade da presença do elemento volitivo.

Esta distinção será fundamental quando da análise da diferença entre a ata notarial e a escritura pública, dois dos principais documentos elaborados pelo notário/tabelião. Por ora, cumpre mencionar que a ata notarial se presta a trasladar fatos presenciados pelo oficial público para o documento a ser por ele elaborado.

Leonardo Brandelli, um dos maiores estudiosos do tema no Brasil, conceitua a ata notarial como “o instrumento público mediante o qual o notário capta, por seus sentidos, uma determinada situação, um determinado fato, e o traslada para seus livros de notas ou para outro documento. É a apreensão de um ato ou fato, pelo notário, e a transferência dessa percepção em documento próprio.”¹⁵

Oportuno ressaltar, contudo, que a mera transferência da narração fática feita pelo interessado para a ata notarial não faz com que os acontecimentos descritos se tornem verdadeiros. Pelo contrário, é o próprio conteúdo da ata que irá se tornar presumivelmente correto.

Nas palavras de William Santos Ferreira:

Não é porque descrito em ata que determinado fato ocorreu. Exemplificativamente, se alguém fala algo que é descrito pelo tabelião a fé pública incide sobre a autenticidade da declaração realizada (falar algo) e não que o que foi dito é verdadeiro.¹⁶

¹⁵ BRANDELLI, Leonardo. *Teoria geral do direito notarial*, 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2007, 249.

¹⁶ FERREIRA, William Santos. *Comentários ao novo código de processo civil*, 3ª ed. WAMBIER, Teresa Arruda Alvim; DIDIER JR, Fredie; TALAMINI, Eduardo; DANTAS, Bruno (coord.). São Paulo: Revista dos tribunais, p.1170. No mesmo sentido, Moacyr Amaral Santos afirma que “no concernente às declarações das partes, certifica ele apenas que as ouviu e o que viu, não que sejam verdadeiras”. (Primeiras linhas de direito processual civil, 2º vol., 23ª ed. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 405).

A importância do papel do notário¹⁷, embora limitada à atestação apenas do que presenciou ou do que lhe foi narrado, decorre da força de fé pública conferida aos documentos produzidos por esse oficial público. É a própria lei que imprime ao documento público a força de presunção relativa de veracidade. Diz-se relativa porque a parte contra quem a prova é produzida poderá se insurgir quanto ao teor da ata, demonstrando a sua falsidade.

É a fé pública, portanto, que faz com que a produção de uma ata notarial se torne interessante para a parte. O conceito da garantia de fé pública, apesar de controvertido em sede doutrinária, encontra eco seguro em alguns autores, como é o caso de Eduardo Couture, para quem fé pública notarial é “a qualidade própria que a intervenção notarial confere aos instrumentos expedidos no exercício regular dessa função”.¹⁸

A própria atividade notarial, vale lembrar, foi desenvolvida para conferir validade e atestar a veracidade dos acontecimentos que os interessados reputassem relevantes. Daí porque, até os dias atuais, os tabeliães têm o poder de editar documentos dotados dessa força.¹⁹

As atas notarias podem ser utilizadas, por exemplo, para atestar os seguintes acontecimentos:

- Presença e declaração: nesta espécie de ata, o tabelião toma nota da declaração feita pelo interessado, com linguagem jurídica;
- Verificação de fatos na internet: o interessado solicita ao tabelião que acesse determinada página da internet para atestar seu conteúdo (inclusive e-mails);

¹⁷ “São, portanto, serviços públicos exercidos em caráter privado por um profissional do direito em razão de delegação, organizados técnica e administrativamente para garantir publicidade, autenticidade, segurança e eficácia dos atos jurídicos”. (RIBEIRO DE SOUZA, Eduardo Pacheco. *Noções fundamentais de direito registral e notarial*. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 21.)

¹⁸ COUTURE, Eduardo J. El concepto de fé pública. Montevideu: Ed. Universidade de Montevideo, 1954, p. 36.

¹⁹ “O tabelião é aquele que existe na ordem social exatamente para dar fé-pública, ou seja, profissional do direito cuja missão específica é testemunhar determinadas realidades da vida jurídica (...) com o dever de lhes dar forma escrita adequada e autenticá-las, infundindo a fé pública, que porta desde sua investidura na delegação do serviço público correspondente, nos documentos que redige e nos quais lança o seu sinal”. (AMADEI, Vicente de Abreu. *Direito Notarial e registral avançado*. Consuelo Yatsuda, Marcelo Figueiredo; Vicente de Abreu Amadei, coords). São Paulo: Revista dos tribunais, 2014, p. 47.

- Verificação de fatos em diligência: qualquer tipo de diligência requerida ao tabelião para a confirmação de certo fato;
- Comparecimento e ausência de outrem: tabelião
- Notoriedade: verificação de existência e capacidade de determinada pessoa.²⁰

Em breve síntese, pode-se dizer que ata notarial é o documento público por meio do qual o tabelião atesta, com força de fé pública, a existência e o modo de existir de algum fato. Como qualquer documento público, a ata fará prova do que dele constar, cabendo à parte contra quem a prova é produzida arguir a sua falsidade, mediante instauração de incidente ou até mesmo ação declaratória autônoma, caso se pretenda dotar a decisão acerca da validade do documento dos efeitos da coisa julgada material, nos termos do art. 430, parágrafo único, do CPC²¹.

5. ATA NOTARIAL: PROVA DOCUMENTAL OU DOCUMENTADA?

A ata notarial, conforme registrado anteriormente, é enquadrada pelo CPC/2015 na categoria de documento público. Segundo Alexandre Freitas Câmara: “Documento é toda atestação, escrita ou por qualquer outro modo gravada, de um fato. Assim, são documentos os escritos, as fotografias, os vídeos, os fonogramas, entre outros suportes capazes de conter a atestação de um fato qualquer”²².

Apesar de ser documento, poder-se ia questionar se se trata a ata notarial de uma prova documental ou documentada. A diferença é importante para, por exemplo, definir se cabe mandado de segurança instruído com ata notarial, em comprovação de

²⁰ Os exemplos são de Felipe Leonardo Rodrigues. *Ata Notarial: Os procedimentos básicos da sua lavratura. Técnica de redação - o coração deste precioso instrumento notarial*. Disponível em: http://www.atanotarial.org.br/artigos_detalhes.asp?Id=6.

²¹ Entendemos que o CPC/2015, no dispositivo ora mencionado, manteve viva a obrigatoriedade de ajuizamento da chamada ação declaratória incidental, prevista anteriormente no sistema do CPC/73, para que a autoridade da coisa julgada recaia sobre a declaração de falsidade de documento. Isso porque a interpretação do parágrafo único do art. 430, conjugado com o art. 433 e 19, II, todos do CPC/2015, leva à conclusão de que apenas quando resolvida como questão principal a falsidade de documento restará acobertada pela coisa julgada.

²² CÂMARA, Alexandre Freitas. *O novo processo civil brasileiro*, 5ª ed. São Paulo: Atlas, 2019, p. 251.

direito líquido e certo. Como se sabe, a Lei 12.016/09 veda dilação probatória em processo de mandado de segurança, de forma que se admitem apenas provas documentais no âmbito daquela ação constitucional.

Vimos acima que a ata notarial tem o condão de registrar o que o tabelião viu ou presenciou, sendo a fé pública proveniente dos próprios poderes a ele conferidos por lei. Desse modo, a ata notarial é sim um documento, de acordo com a conceituação sobredita. No entanto, o documento é formado a partir de fatos presenciados ou objetos analisados pelo tabelião.²³

Com efeito, entendemos que a ata é uma prova documentada, ou seja, elabora-se um documento, dotado de fé pública e força probante específica, a fim de se atestar as circunstâncias de determinado fato. Não é o próprio fato que é tido por verdadeiro, no entanto, mas sim a declaração emitida pelo tabelião.

Ao contrário, prova documental seria aquele em que o próprio documento faz prova do fato ou ato, como, v.g., uma procuração outorgada a alguém ou uma escritura pública de compra e venda de imóvel.

Nesse sentido, na medida em que a ata notarial constitui prova documentada, entendemos não ser cabível mandado de segurança instruído exclusivamente com ata notarial, devendo estar presentes no processo provas documentais, sob pena de não conhecimento do *writ* constitucional.

6. PROVA PERICIAL

O enquadramento da prova pericial no ordenamento jurídico foi sempre objeto de disputas por parte da doutrina. Alguns juristas consideram a prova pericial apenas como uma consulta formulada pelo juiz ao perito, e não como um meio de prova propriamente dito²⁴. Outros, no entanto, conferem à perícia força probatória²⁵

²³ Basta pensar numa ata notarial lavrada a partir do conteúdo de conversas mantidas por meio do aplicativo “whatsapp”, como vem ocorrendo recentemente.

²⁴ PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. Comentários ao [Código de Processo Civil](#), 3. ed., Rio de Janeiro: Forense, 1996, vol. IV, p. 473.

²⁵ BARBOSA MOREIRA, José Carlos. Temas de direito processual, 9.ª série. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 152-153.

A polêmica reside no fato de que a perícia, em realidade, é uma forma de o magistrado contar com a *expertise* de um profissional, que detém conhecimentos não exigíveis de um juiz, cuja formação restringe-se ao Direito. Destarte, funcionaria o perito apenas como um assessor de luxo do magistrado, fornecendo elementos que o auxiliassem na obtenção de uma decisão correta.

O Código de Processo Civil de 2015 parece ter dado maior ênfase ao papel da perícia como verdadeira prova. Dentre os dispositivos legais que merecem destaque, o art. 156, §1º, aponta que “os peritos serão nomeados entre os profissionais legalmente habilitados e os órgãos técnicos ou científicos devidamente inscritos em cadastro mantido pelo tribunal ao qual o juiz está vinculado”.

A novidade introduzida pelo novo sistema processual consiste na nomeação do perito. Quando da vigência do CPC de 1973, este profissional era escolhido livremente pelo juiz, com a exigência de que ostentasse nível superior completo (art. 145, §1º) e conhecimento técnico comprovado pelo conselho profissional respectivo, acerca da matéria da perícia (art. 145, §2º).

Com a instauração do cadastro de peritos, a escolha do profissional se tornará atividade automática, não podendo este ser considerado, doravante, como homem de confiança do magistrado. Cumpre salientar que a lista será formulada com a participação de universidades, conselhos de classe, Ministério Público, Defensoria Pública e da Ordem dos Advogados do Brasil. Todos os órgãos mencionados poderão indicar profissionais.

Quando as partes, de comum acordo, nomearem perito (art. 471, CPC 2015), este não precisará fazer parte do cadastro sobredito. Sendo de confiança das partes, resta atendido o princípio do “perito natural”²⁶.

De mais a mais, exposto em linhas gerais no que consiste a prova pericial, mister esclarecer qual seu objeto e conteúdo, de forma a separa-la da ata notarial.

7. OBJETO E CONTEÚDO DA PROVA PERICIAL

²⁶BRAGA, Paula Sarno. In WAMBIER, Teresa Arruda Alvim; DIDIER JR. Fredie; TALAMINI, Eduardo; DANTAS, Bruno. Breves comentários do novo código de processo civil, 3ª ed. São Paulo: Revista dos tribunais, 2016, p. 563.

A prova pericial, por leitura a contrário *sensu* do art. 464, §1º, do CPC 2015, só será deferida pelo juiz quando a prova do fato depender de conhecimento especial de técnico (inciso I) e não houver outras provas suficientes no processo (inciso II). Ademais, quando as partes, na inicial e na contestação, apresentarem, sobre as questões de fato, pareceres técnicos ou documentos elucidativos que considerar suficientes, o magistrado poderá dispensar a prova pericial (art. 472)

Nesse sentido, devido à especificidade da prova pericial, não é em qualquer momento e nem sob qualquer circunstância que o juiz poderá deferi-la.²⁷ Esta afirmação conduz à conclusão de que, em alguns casos, é interessante que a parte faça uso do procedimento de produção antecipada de provas para que seja realizada a perícia, desde que o momento se mostre o mais adequado para tanto.

De acordo com o *caput* do art. 464 do CPC, a prova pericial poderá consistir em exame, vistoria e avaliação. O código, entretanto, silencia quanto a existência de distinção entre essas modalidades, ficando a cargo da doutrina a busca por sua conceituação e hipóteses de utilização.

Cássio Scarpinella Bueno, por exemplo, aduz que “o *caput* do art. 464 refere-se a três espécies de perícia: o exame (que tem como objeto pessoas ou coisas), a vistoria (que tem como objeto a constatação de imóveis) e a avaliação (que tem como finalidade a fixação do valor de mercado de um determinado bem).²⁸

Para os fins deste trabalho, importa ressaltar que, enquanto em todas as espécies de perícia citadas o perito emite juízo de valor sobre as questões de fato, tendo em vista a sua formação profissional²⁹, na ata notarial o tabelião não poderá fazer o mesmo, devendo atestar com fidelidade os fatos que lhe foram narrados pelo interessado, sem que haja qualquer carga valorativa.

A prova pericial, desse modo, é dotada de força peculiar, na medida em que o juiz não detém os conhecimentos do perito naquela matéria. É dizer, caso seja

²⁷ Nesse sentido, William Santos Ferreira aduz que “a prova pericial somente será deferida quando for útil e praticável. Se deferida, portanto, reunir meios eficientes para o esclarecimento de tudo que se objetivou quando de sua designação, do contrário, estaria atendendo apenas a um oco requisito formal de realização, sem que efetivamente seja um meio na busca de dados e informações relevantes para o momento do julgamento (...)”. (Princípios fundamentais da prova cível. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p. 217).

²⁸ Manual de Direito Processual Civil, 3ª ed. São Paulo: Saraiva, 2017. p. 394.

²⁹ Obviamente, não pode o perito emitir opinião pessoal e nem propostas de interpretação da lei para o caso concreto em que atue.

necessária a produção de prova pericial, dificilmente o juiz terá condições de desconsidera-la, a não ser que o laudo pericial não tenha sido formulado da maneira correta.

8. DIVERGÊNCIA ENTRE O CONTEÚDO DA ATA E O RESULTADO DA PROVA PERICIAL

Em determinadas situações, pode ocorrer de o conteúdo da ata notarial conter matéria que também possa ser analisada sob o prisma de um profissional qualificado. Pense-se, por exemplo, numa ata notarial lavrada por um notário que foi até certo imóvel para atestar o seu estado de conservação.

Por certo, nada impede que uma ata seja formulada contendo as informações captadas pelo notário por meio de seus sentidos. No entanto, a força probatória da ata não será tão forte caso se cogite de o imóvel conter falhas em sua estrutura, o que demandaria análise feita por técnico devidamente capacitado.

Nesta hipótese, o que ocorreria com a ata notarial já lavrada e aposta aos autos caso se constatasse, através do laudo elaborado durante a vistoria pericial, que o conteúdo da primeira não reflete com precisão o estado do imóvel?

Conforme descrito no decorrer do ensaio, a fé pública decorrente dos poderes conferidos por lei aos notários apenas dota de presunção relativa os documentos por ele lavrados. Portanto, seja através da arguição de falsidade, seja em decorrência da presença de outras provas no processo, o conteúdo da ata notarial poderá ser dispensado no caso concreto.

Ademais, na linha do que foi delineado no decorrer do trabalho, o âmbito de abrangência da ata notarial e da prova pericial são diversos. Enquanto na primeira o tabelião traslada para o documento os fatos nos termos que lhe foram narrados ou conforme a sua percepção, na segunda o perito emite juízo de valor sobre os fatos, com base em seu conhecimento técnico.

A distinção de conteúdo e objeto entre as provas mencionadas confirma uma constatação já feita pela doutrina, qual seja, a de que as provas se prestam à

confirmação do direito material alegado pelas partes, não havendo hierarquia entre elas.³⁰

Ou seja, de acordo com a situação em jogo, poderá o magistrado optar pelo tipo de prova que lhe seja mais convincente. Em se tratando de questão que deva ser resolvida mediante a atuação de profissional habilitado para determinada função, não há outra prova capaz de substituir a necessária perícia.

O juiz, inclusive, poderá determinar a realização da prova pericial *ex officio*, constatada a exigência de manifestação técnico científica por parte de um perito.

Nos casos, porém, em que a mera descrição de fatos ou de conteúdos de documentos eletrônicos for suficiente à comprovação do quanto alegado pela parte, não será necessária a produção de prova pericial, podendo o magistrado, inclusive, indeferir-la, mesmo que a parte a considere indispensável.

Diante de um conflito entre o conteúdo da ata notarial e o resultado da prova pericial, forçoso reconhecer que a segunda exerce maior força, já que o magistrado somente irá deferir-la quando: (i) a prova do fato depender de conhecimento especial de técnico; (ii) for necessária em vista de outras provas produzidas; (iii) a verificação for praticável.

Em um cenário, portanto, em que o juiz defere a produção da prova pericial, já terá sido analisada a ata notarial constante dos autos. Isso porque é incumbência da parte instruir a petição inicial ou a contestação com os documentos destinados a provar suas alegações (art. 434, CPC/2015).

A juntada posterior de documentos formados após a petição inicial ou a contestação, bem como dos que se tornaram conhecidos, acessíveis ou disponíveis após esses atos é possível, cabendo à parte que os produzir comprovar o motivo que a impediu de juntá-los anteriormente e incumbindo ao juiz, em qualquer caso (art. 435, parágrafo único), avaliar a conduta da parte de acordo com a boa-fé (art. 5º).

³⁰ “Não há hierarquia entre as provas. É de se notar, no entanto, que cada meio de prova pode carregar consigo maior grau de aptidão de retratar a realidade dos fatos (isso é, de confirmar aquilo que fora sustentado pelas partes). Sob esse prisma, cada meio de prova pode ter seu “peso”. De igual modo, no campo de cada um dos meios de prova, circunstâncias podem conferir a um dos elementos mais peso que a outro (por exemplo, o depoimento de uma das testemunhas pode ser mais convincente que o de outra)”, afirma José Miguel Garcia Medina, *Direito processual civil moderno*, 2ª ed. São Paulo: Revista dos tribunais, 2016, p. 667-668.

Caso se verifique que a ata notarial foi lavrada em descompasso com o posterior resultado da prova pericial, mister que se dê preferência a esta caso se esteja diante de fato que somente possa ser comprovado mediante de laudo técnico.

Em contrapartida, caso a matéria fática seja suficientemente comprovável através da narrativa do tabelião constante da ata notarial, não há razão para que seja deferida a prova pericial. Por esse motivo, o problema que ora se analisa, embora possa ocorrer no decorrer de determinado processo, é falso do ponto de vista jurídico.

Tendo em vista a não existência de hierarquia entre as provas, a hipotética divergência entre o conteúdo da ata notarial e o resultado da prova pericial deve ser resolvida por esse princípio. Mister, neste ponto, colacionar mais uma lição valiosa de William Santos Ferreira: “Não há hierarquia, porque isso importa em níveis de valoração predeterminados, mas há uma maior aptidão de determinados meios de prova. A questão não é de perspectiva vertical (hierárquica), mas horizontal (temática)”.³¹

Cabe ao magistrado, portanto, diante da situação concreta, examinar qual o meio de prova mais adequado para instruir a demanda, considerando cada meio de prova apenas quanto a sua capacidade probatória.

A ata notarial e a prova pericial, com efeito, não ostentam as mesmas características. Será na fase instrutória que o juiz apreciará a relevância de cada qual, ainda que contenham informações contraditórias. A discussão se revolve, portanto, dentro dos próprios princípios que norteiam o direito probatório.

9. CONCLUSÃO

Muito embora possam recair sobre o mesmo objeto, a ata notarial e a prova pericial não possuem o mesmo âmbito de abrangência. Enquanto a primeira se presta a trasladar, para documento dotado de fé pública, os fatos que o notário presenciou ou que lhe foram narrados, a segunda serve para atestar a ocorrência de questões que dependam de esclarecimento técnico ou científico.

Não há, portanto, verdadeiro problema jurídico a ser enfrentado pelo magistrado quando o conteúdo da ata diverge do resultado da perícia. Em razão da já

³¹ *Op. Cit.* p. 75.

citada ausência de hierarquia entre as provas, o critério de prevalência de uma delas se dará conforme a sua utilidade para confirmar os fatos esposados pelas partes de determinado processo jurisdicional.

Enquanto o teor da ata notarial for suficiente para munir o juiz de elementos capazes de definir a lide, bastará a sua utilização como meio de prova. Quando, ao contrário, se estiver diante de questão cujo enfrentamento dependa de profissional capacitado para realizar análise técnico-científica, deve prevalecer a prova por ele produzida, em detrimento da ata que versar sobre a mesma questão.

Por óbvio, não está o julgador adstrito ao resultado da prova pericial. Nos casos previstos em lei, ele poderá desconsiderá-la (art. 479, CPC 2015) passando a decidir com base nos outros elementos probatórios constantes dos autos. Dentre eles, poderá existir uma ata notarial. Quando ambas forem válidas, porém, o critério de prevalência será o objeto da prova, na linha do que desenvolvido no decorrer do trabalho.

10. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BRANDELLI, Leonardo. **Teoria geral do direito notarial**, 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

_____. **Evolução histórica da ata notarial**. In Ata Notarial (Leonardo Brandelli, coord.). Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2004.

COTRIM NETO, Alberto Bittencourt. **O aperfeiçoamento do notariado brasileiro – essencial para o aperfeiçoamento da justiça**. Revista de Informação Legislativa, v. 11, nº 44, p. 143-152, out/dez 1974).

COUTURE, Eduardo J. **El concepto de fé pública**. Montevideu: Ed. Universidade de Montevideo, 1954.

FERREIRA, Paulo R. Gaiger; RODRIGUES, Felipe Leonardo. **Ata notarial – doutrina, prática e meio de prova**. São Paulo: Quartier Latoin, 2010.

FERREIRA, William Santos. **Princípios Fundamentais da prova cível**. São Paulo: Revista dos tribunais, 2014.

FOLLE, Francis Perondi. **O valor probatório da ata notarial**. Dissertação de Mestrado, p.8. Universidade de São Paulo. Disponível (forma resumida) em: http://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2137/tde-03042017-134534/publico/Valor_Probatorio_Francis_Perondi_Folle_Resumida.pdf.

GARCIA MEDINA, José Miguel. **Direito processual civil moderno**, 2ª ed. São Paulo: Revista dos tribunais, 2016.

GRECO, Leonardo. **O conceito de prova**. Revista da Faculdade de Direito de Campos, Ano IV, Nº 4 e Ano V, Nº 5 - 2003-2004.

MARTINS, Claudio. **Teoria e prática dos atos notariais**. Rio de Janeiro: Forense, 1979.

NÉRI, Argentino I. **Tratado teórico y práctico de derecho notarial**, t. III. Espanha, 1972.

PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. **Comentários ao Código de Processo Civil**, 3. ed., Rio de Janeiro: Forense, 1996, vol. IV.

RIBEIRO DE SOUZA, Eduardo Pacheco. **Noções fundamentais de direito registral e notarial**. São Paulo: Saraiva, 2011.

SANTOS, Moacyr Amaral. **Prova Judiciária no Cível e Comercial**, 3ª ed. v. I. São Paulo: Max Limonad, 1974.

SCARPINELLA BUENO, Cassio. **Manual de Direito Processual Civil**, 3ª ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

TARUFFO, Michelle. **La prueba de los hechos**. Itália: Editorial Trotta. 2002

WAMBIER, Teresa Arruda Alvim; DIDIER JR, Fredie; TALAMINI, Eduardo;

DANTAS, Bruno (coord.) **Breves comentários do novo código de processo civil**. São Paulo: Revista dos tribunais, 2016.

YATSUDA, Consuelo; FIGUEIREDO, Marcelo; AMADEI, Vicente de Abreu. **Direito Notarial e registral avançado**. São Paulo:Revista dos tribunais, 2014.

APLICAÇÃO DOS PRECEDENTES JUDICIAIS NO ÂMBITO DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

Dayse Simeão Pereira

Resumo: O presente estudo tem por objetivo examinar o processo de valorização dos precedentes no Direito brasileiro, vinculado historicamente à tradição jurídica do *civil law*. Dessa forma, imprescindível analisar a sistemática implementada pelo atual Código de Processo Civil, que busca estruturar um sistema de formação de decisões judiciais baseado em precedentes vinculantes. Como problema de pesquisa, buscou-se averiguar o alcance do diploma normativo processual no âmbito do direito administrativo, de modo a compreender se os precedentes judiciais estão aptos a vincular as atividades e atos da administração pública, e quais as razões para se implementar tal vinculação. Ainda, pretende-se aferir de que maneira se implementa referida vinculação. Para desenvolver o presente estudo, adotou-se a técnica de pesquisa bibliográfica, tendo como base livros, monografias e publicações em revistas, haja vista o caráter teórico do projeto.

Palavras-chave: CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL. SISTEMA DE PRECEDENTES. ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA. PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS.

Abstract: The present study proposes to examine the process of valuing the precedents in Brazilian law, historically linked to the legal tradition of civil law. Thus, it is essential to analyze the systematic implemented by the current code of Civil procedure, which seeks to structure a system of judicial decision-making based on binding precedents. As a research problem, we sought to ascertain the scope of the procedural normative diploma in the context of administrative law, so as to understand whether the judicial precedents would have the power to link the activities and acts of the public administration, and which Reasons for implementing such linking. It is also intended to assess the way in which this linkage is implemented. To develop the present study, we adopted the technique of bibliographic research, based on books, monographs and publications in journals, considering the theoretical character of the project.

Keywords: NEW CODE OF CIVIL PROCEDURE. PRECEDENT SYSTEM. PUBLIC ADMINISTRATION. CONSTITUTIONAL PRINCIPLES.

INTRODUÇÃO

Historicamente, o Brasil se vincula à tradição jurídica do *civil-law*, tal como os países de origem romano-germânica, em que se reconhece a lei como a fonte principal do direito. Não obstante, tem-se observado um crescente movimento de valorização do Poder Judiciário, bem como de reconhecimento da importância dos direitos fundamentais, os quais, no entender do professor Rafael Carvalho Rezende Oliveira¹, justificaram, em grande parte, a aproximação entre os sistemas da *civil-law* e do *common law*.

Nesse aspecto, o instituto da súmula vinculante, bem como a inserção da repercussão geral em sede dos recursos extraordinários, ambos instituídos por meio da Emenda Constitucional nº 45/2004, são mencionados como representativos da crescente valorização da jurisprudência no Brasil, deixando evidente a convergência das tradições jurídicas.

Recentemente, o legislador brasileiro, seguindo a tendência de valorização dos precedentes, proveniente do sistema jurídico anglo-saxônico (*common law*), e atento às necessidades de se conferir maior previsibilidade, estabilidade e coerência às decisões judiciais, instituiu em nosso ordenamento um sistema de formação de decisões judiciais com base em precedentes.

Nessa seara, o presente trabalho pretende ingressar no estudo acerca da nova sistemática implementada pelo atual CPC, analisando quais institutos já encontravam guarida no ordenamento jurídico e quais precedentes representam uma verdadeira inovação trazida pelo *códex* processual.

Além disso, revelando-se o ponto central do estudo, de suma importância averiguar o alcance do diploma normativo processual no âmbito do direito administrativo, buscando compreender se os precedentes judiciais teriam o condão de vincular as atividades e atos da administração pública e em qual medida.

Atualmente, a Administração Pública e o modo de sua atuação têm sido objeto de estudos variados, os quais apontam para a necessidade de aprimoramento das

¹ OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. **Precedentes no direito administrativo**. Rio de Janeiro: Forense, 2018.

atividades, tendo em conta a complexidade e pluralidade das relações que regem a sociedade contemporânea².

Não se desconhece que a atividade administrativa está condicionada à lei, por expressa imposição do princípio Constitucional da legalidade (art. 5º, II, da CF de 88), de modo que os atos administrativos devem estar em harmonia com o conjunto de regras e princípios que informam o regime jurídico administrativo.

Em tal contexto, alguns doutrinadores sustentam que a vinculação administrativa aos precedentes judiciais exigiria previsão Constitucional, a exemplo do que se observa com a instituição da súmula vinculante, ou, ao menos, previsão legislativa acerca do tema.

Portanto, pretende-se enfrentar as principais correntes doutrinárias acerca da possibilidade ou não da vinculação da atividade administrativa aos precedentes judiciais, buscando aferir de que maneira pode se implementar referida vinculação.

Além disso, o estudo do tema perpassa pelo cotejo entre a adoção dos precedentes judiciais pela administração e o alcance do princípio da eficiência, que também serve de vetor para a atuação administrativa. Portanto, o presente estudo requer o aprofundamento quanto aos fundamentos do princípio da eficiência e às possibilidades de se tornar a ação administrativa mais eficiente.

Por fim, pretende-se analisar a legislação aplicável à Fazenda Pública que repercute no exame da vinculação dos precedentes em sede da atividade administrativa.

Para desenvolver o presente trabalho, adotou-se a técnica de pesquisa bibliográfica, tendo como base livros, monografias e publicações em revistas, haja vista o caráter teórico do projeto.

1 PRECEDENTE, JURISPRUDÊNCIA E SÚMULA: DISTINÇÃO ENTRE OS INSTITUTOS

² OLIVEIRA, Gustavo Justino de; VARESCHINI, Julieta Mendes Lopes. Administração Pública e os 20 anos da Constituição de 1988: momento de predomínio das sujeições constitucionais em face do direito fundamental à boa administração. **Fórum Administrativo – Dir. Público**, Belo Horizonte, ano 9, nº 95, p. 32, jan. 2009.

O Brasil vem progressivamente experimentando a utilização do sistema de precedentes, havendo o registro de uma trajetória de valorização da jurisprudência e de concessão de efeitos vinculantes aos precedentes.

Nesse cenário, para adequada compreensão da matéria, faz-se necessário proceder à distinção entre os conceitos essenciais de jurisprudência, precedentes e súmulas.

Por traçar uma pertinente distinção entre os conceitos, cabe a reprodução do entendimento de Fredie Didier Júnior³, *in verbis*:

À luz das circunstâncias específicas envolvidas na causa, interpretam-se os textos legais (*lato sensu*), identificando a norma geral do caso concreto, isto é, a *ratio decidendi*, que constitui o elemento nuclear do precedente. Um precedente, quando reiteradamente aplicado, se transforma em jurisprudência, que, se predominar em tribunal, pode dar ensejo à edição de um enunciado na súmula da jurisprudência deste tribunal. Assim, a súmula é o enunciado normativo (texto) da *ratio decidendi* (norma geral) de uma jurisprudência dominante, que é a reiteração de um precedente. Há, pois, uma evolução: precedente – jurisprudência – súmula. São noções distintas, embora umbilicalmente ligadas.

Seguindo tal raciocínio, é válido mencionar o entendimento do professor Alexandre Freitas Câmara, para quem o precedente “é um pronunciamento judicial, proferido em um processo anterior, o qual é empregado como base de formação de outra decisão judicial, prolatada em processo posterior⁴.”

No tocante à jurisprudência, a doutrina tende a conceituá-la como sendo um conjunto de decisões judiciais, proferidas acerca de um tema em um determinado sentido. Segundo o processualista Daniel Amorim, “a jurisprudência é abstrata, porque não vem materializada de forma objetiva em nenhum enunciado ou julgamento, sendo extraída do entendimento majoritário do tribunal na interpretação e aplicação de uma mesma questão jurídica”⁵.

³ DIDIER JÚNIOR, Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. **Curso de direito processual civil**: teoria da prova, direito probatório, ações probatórias, decisão, precedente, coisa julgada e antecipação dos efeitos da tutela provisória. 10. ed. Salvador: Jus Podium, 2015, p. 487.

⁴ CÂMARA, Alexandre Freitas. **O Novo Processo Civil Brasileiro**. 2 ed., Atlas, 2016, p. 428.

⁵ NEVES, Daniel Amorim Assumpção. **Manual de direito processual civil**. 10. ed. Jus Podium, 2018.

Quanto à súmula, conforme tratado por José Tarcísio⁶, o instituto expressa a menor parte de *summa*, que significa soma, ou seja, a soma da jurisprudência, no sentido do *civil law* (precedentes reiterados de um tribunal para casos iguais).

2 SISTEMA DE PRECEDENTES INSTITUÍDO PELO CPC/15

Partindo-se da clareza dos conceitos apresentados, e tendo por base o referido movimento de convergência dos sistemas da *common law* e *civil law*, o legislador processual apresentou uma nova perspectiva para a teoria dos precedentes, estabelecendo diretrizes associadas aos princípios da legalidade, da segurança jurídica, da razoável duração do processo e da proteção da confiança.

A respeito do tema, ponderam Dierle Nunes e Alexandre Melo⁷:

De modo absolutamente inovador, o CPC/2015 busca dimensionar um microssistema de dimensionamento da litigiosidade repetitiva e de formação de precedentes na construção de um verdadeiro direito jurisprudencial embasado normativamente em deveres cooperativos de estabilidade, coerência e integridade.

Pela sistemática implementada pelo CPC, observa-se que o legislador objetivou a uniformização da jurisprudência dos Tribunais, de modo que seja estável, íntegra e coerente, nos termos do art. 926 do CPC. Portanto, conforme explicitado por Edvaldo Costa⁸, a teoria dos precedentes pretende conferir maior previsibilidade no resultado das demandas, assegurando a importância da isonomia e da segurança jurídica.

Somado a isso, importa registrar a visão de Alexandre Câmara, o qual destaca que o movimento manifestado no Brasil é de “construção de um sistema de

⁶ ALMEIDA MELO. José Tarcísio de. Súmula vinculante: aspectos polêmicos, riscos e viabilidade. Minas Gerais, 2007. ISBN 978-85-910576-0-3. Disponível em: <http://www.tjmg.jus.br/data/files/81/32/26/30/869D8310DACF8D83180808FF/sumula_vinculante.pdf> Acesso em: 23 jan. 2017.

⁷ THEODORO JR, Humberto; NUNES, Dierle; BAHIA, Alexandre Melo Franco; PEDRON, Flávio. **Novo CPC: Fundamentos e sistematização**. 2. ed. Rio de Janeiro: GEN Forense, 2015.

⁸ JUNIOR, Edvaldo Costa Barreto. **Precedentes judiciais e seus reflexos na Administração Pública Brasileira: vinculação ou persuasão?** Disponível em: <http://dspace.idp.edu.br:8080/xmlui/handle/123456789/56> Acesso em: 02/02/2018.

formação de decisões judiciais com base em precedentes adaptado às características de um ordenamento de *civil law*⁹.

Ademais, ao lado das disposições constantes do art. 926, é de extrema importância o estudo dos dispositivos constantes do art. 927 do CPC, aos quais, segundo uma parcela da doutrina, o legislador pretendeu conferir eficácia vinculante. Segue a reprodução do texto legal:

Art. 927. Os juízes e os tribunais observarão:

I - as decisões do Supremo Tribunal Federal em controle concentrado de constitucionalidade;

II - os enunciados de súmula vinculante;

III - os acórdãos em incidente de assunção de competência ou de resolução de demandas repetitivas e em julgamento de recursos extraordinário e especial repetitivos;

IV - os enunciados das súmulas do Supremo Tribunal Federal em matéria constitucional e do Superior Tribunal de Justiça em matéria infraconstitucional;

V - a orientação do plenário ou do órgão especial aos quais estiverem vinculados.

Pela redação dos incisos I e II, nota-se que o legislador não inovou ao estipular alguns institutos já previstos pela Carta Magna com força vinculante, quais sejam: a súmula vinculante e as decisões em controle concentrado. Pela pertinência, segue a transcrição dos dispositivos Constitucionais:

Art. 103-A. O Supremo Tribunal Federal poderá, de ofício ou por provocação, mediante decisão de dois terços dos seus membros, após reiteradas decisões sobre matéria constitucional, aprovar súmula que, a partir de sua publicação na imprensa oficial, terá efeito vinculante em relação aos demais órgãos do Poder Judiciário e à administração pública direta e indireta, nas esferas federal, estadual e municipal, bem como proceder à sua revisão ou cancelamento, na forma estabelecida em lei. (Incluído pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004)

Art. 102, § 2º As decisões definitivas de mérito, proferidas pelo Supremo Tribunal Federal, nas ações diretas de inconstitucionalidade e nas ações declaratórias de constitucionalidade produzirão eficácia contra todos e efeito vinculante, relativamente aos demais órgãos do Poder Judiciário e à administração pública direta e indireta, nas esferas federal, estadual e municipal. (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004)

⁹ CÂMARA, Alexandre Freitas. **O Novo Processo Civil Brasileiro**. 2 ed., Atlas, 2016, p. 428.

Como se observa, os dois institutos apresentam eficácia vinculante em relação aos demais órgãos do Poder Judiciário e à administração pública, direta ou indireta, em todas as esferas.

Portanto, a maior inovação em relação à doutrina dos precedentes vinculantes diz respeito aos demais dispositivos elencados no art. 927. A redação do artigo impõe que os órgãos judiciários observem: os acórdãos em incidente de assunção de competência ou de resolução de demandas repetitivas (inciso III); os enunciados das súmulas do Supremo Tribunal Federal em matéria constitucional e do Superior Tribunal de Justiça em matéria infraconstitucional (inciso IV), e a orientação do plenário ou do órgão especial aos quais estiverem vinculados (inciso V).

Cumprido destacar que parcela da doutrina sustenta a inconstitucionalidade dos dispositivos que criam uma eficácia vinculante sem o respectivo respaldo no texto Constitucional. Nesse sentido, cabe destacar o posicionamento do doutrinador Marcus Vinícius, nos seguintes termos¹⁰:

A atribuição de eficácia vinculante a essas hipóteses carece de previsão constitucional. E só a Constituição poderia estabelecer outras situações de jurisprudência vinculante. Portanto, diante da inconstitucionalidade do disposto no art. 927, incisos III, IV e V, parece-nos que a jurisprudência, ainda nesses casos, deva continuar sendo considerada fonte não formal do direito. Somente a súmula vinculante e a decisão do STF em controle concentrado de constitucionalidade podem ser consideradas fontes formais, já que são as únicas hipóteses em que a CF reconhece eficácia vinculante à jurisprudência.

Sem ingressar no debate de possível inconstitucionalidade dos dispositivos, o professor Alexandre Freitas Câmara¹¹ sustenta a impossibilidade de se atribuir caráter vinculante a todos os pronunciamentos listados no art. 927. Segundo sua vertente, a expressão contida no caput do dispositivo legal (juízes e os tribunais *observarão*) indicaria, tão somente, um dever jurídico aos órgãos judiciários de levar em consideração, em suas decisões, os pronunciamentos ou enunciados sumulares ali indicados.

¹⁰ GONÇALVES, Marcus Vinícius Rios. **Direito Processual Civil Esquematizado**. Ed. Saraiva. 6ª Ed. 2015, p. 54.

¹¹ CÂMARA, Alexandre Freitas. **O novo processo civil brasileiro**. 4ª ed. Editora: Atlas, 2018.

Nessa seara, partindo dessa tese interpretativa, as decisões listadas nos incisos III a V apresentariam caráter meramente argumentativo, ou seja, constituiriam um dever do órgão jurisdicional de levar em consideração as decisões e enunciados sumulares previstos no texto legal, sendo passível de serem inobservadas com a devida motivação.

Em sentido diverso, o colendo Superior tribunal de Justiça, por meio de sua 3ª Turma, já manifestou entendimento de que todos os dispositivos lançados em sede do art. 927 apresentam inegável caráter vinculante, conforme se observa pelo informativo 600.¹²

A nosso ver, deve prevalecer o entendimento manifestado pelo Tribunal superior de que o comando normativo do art. 927 é suficiente para estabelecer a eficácia vinculante dos precedentes lá previstos. Como já demonstrado, o objetivo da sistemática dos precedentes é implementar eficácia aos princípios constitucionais, como a equidade, a isonomia, a coerência e a segurança jurídica, fazendo prosperar a justiça e extinguindo decisões propulsoras de processos comumente denominados de “lotéricos”.

3 ANÁLISE ACERCA DA ATIVIDADE ADMINISTRATIVA

Realizadas as devidas ponderações acerca da aplicação dos precedentes no campo do direito processual, e antes de adentrar ao propósito central do presente estudo, que consiste na análise do alcance dos precedentes judiciais instituídos pelo Código de Processo Civil de 2015 nas atividades desenvolvidas pela Administração Pública, de salutar importância discorrer brevemente sobre as características e princípios fundamentais do Direito Administrativo.

É consabido que a atividade administrativa é desenvolvida em prol da satisfação dos interesses coletivos, bem como à promoção dos direitos fundamentais. Nessa seara, a condução das atividades pelo Poder Público deve levar em conta a prevalência do interesse público sobre o privado.

¹² STJ. Resp. 1.655.722-SC [REsp 1.655.722-SC](#), Rel. Min. Nancy Andrighi, por unanimidade, julgado em 14/3/2017, DJe 22/3/2017.

Discorrendo sobre o tema, estabelece o professor Matheus Carvalho¹³:

pode-se entender a atividade administrativa como a função voltada para o bem de toda a coletividade, desenvolvida pelo estado com a intenção de privilegiar a coisa pública e as necessidades do corpo coletivo.

Sobre tal aspecto, é crucial destacar que o direito administrativo é regido por um conjunto de princípios harmônicos que definem a atuação do ente público. Inclusive, tais princípios estabelecem a lógica de atuação do Poder público, prevendo uma série de limitações e regras em prol da satisfação do interesse público.

Um dos princípios mais elementares digno de destaque consiste no princípio da legalidade, previsto em sede do art. 37, caput, da CF de 88, cuja essência preconiza a vinculação da atividade estatal à previsão legislativa.

Portanto, referido princípio é vinculado ao primado da lei, de forma que o administrador público só está habilitado a praticar aquilo que esteja expressamente previsto em lei ou nas demais espécies normativas, em consonância com o processo legislativo previsto na Constituição.

Nesse sentido, o doutrinador Bandeira de Mello explicita o alcance do princípio em voga no ordenamento jurídico. Confira:

O princípio da legalidade é o da completa submissão da Administração às leis. Esta deve tão-somente obedecê-las, cumpri-las, pô-las em prática. Daí que a atividade de todos os seus agentes, desde o que lhe ocupa a cúspide, isto é, o Presidente da República, até o mais modesto dos servidores, só pode ser a de dóceis, reverentes, obsequiosos cumpridores das disposições gerais fixadas pelo Poder Legislativo, pois esta é a posição que lhes compete no Direito Brasileiro¹⁴.

Logo, o princípio da legalidade se desenvolve numa perspectiva de controle, sendo posto como um limitador das ações do Estado em face dos administrados. Vale dizer, o agente estatal somente está autorizado a atuar se houver embasamento legal (o primado do parlamento).

¹³ CARVALHO, Matheus. **Manual de Direito Administrativo**. 3ª ed. Salvador: Jus Podium, 2016.

¹⁴ BANDEIRA DE MELLO, Celso Antonio. **Curso de direito administrativo**. São Paulo: Malheiros, 2005.

Com base em tal premissa, cabe-nos analisar se os precedentes, da forma como estatuídos pelo diploma processual, apresentam eficácia vinculante também sobre a atividade Administrativa. Logo, o próximo capítulo está voltado ao enfrentamento da discussão acerca da legitimidade de vinculação ao uso dos precedentes, ou seja, se haveria necessidade de previsão Constitucional ou se a publicação de lei seria meio hábil a tal propósito, tendo em vista as diretrizes do princípio da legalidade.

3.1 INCIDÊNCIA DOS PRECEDENTES NO ÂMBITO DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

Consoante já analisado, ao dispor sobre os precedentes vinculantes, o legislador do Códex processual reproduziu em sede do art. 927 dois institutos já existentes no ordenamento jurídico: 1) relativos às decisões em controle concentrado (inciso I), e 2) bem como em relação à súmula vinculante (inciso II), nos termos do art. 102, § 2º e art. 103-A, ambos da Carta Magna.

Portanto, em relação à Administração Pública, nota-se que a própria Carta Magna já estabelece a eficácia vinculante de tais disposições quanto à administração pública direta e indireta, em todas as esferas da Federação. Pode-se afirmar, assim, que o texto Constitucional já amplia as fontes do direito administrativo, tornando inequívoca a obrigatoriedade de acatamento dos precedentes.

Quanto aos demais dispositivos legais constantes do art. 927, a doutrina manifesta suas divergências. Sustentando o primado da lei como principal vetor da atividade administrativa, o doutrinador Edvaldo Costa sustenta ser imprescindível a existência de ato normativo formal que preveja a observância obrigatória dos precedentes na seara administrativa. Registre-se tal posicionamento¹⁵:

(...) em decorrência do primado da lei consagrado como direito fundamental nos termos do artigo 5º, II, da Constituição da República de 1988, os precedentes judiciais não possuem o condão de vincular com eficácia geral e abstrata – tal como o são as leis – se não houver ato normativo, de índole constitucional ou legal, que imponha nesse sentido.

¹⁵ JÚNIOR, Edvaldo Costa Barreto. **Precedentes judiciais e seus reflexos na Administração Pública Brasileira: Vinculação ou persuasão**. Dissertação (mestrado em direito). Escola de direito de Brasília do Instituto brasiliense de direito público. Brasília, 2017.

Logo, pontuando a inexistência de lei formal que preveja a vinculação da Administração Pública aos ditames previstos no art. 927, incisos III a V, o autor reafirma que tais dispositivos não são hábeis a vincular a atuação administrativa, eis que desprovidos de eficácia geral e abstrata. Concluindo seu posicionamento, o doutrinador ressalta que tais precedentes não poderiam ser alçados à condição de fontes formais do direito administrativo.

Manifestando posicionamento distinto, cabe citar a posição adotada pelo professor Rafael Carvalho Rezende¹⁶, que fomenta que a necessidade de observância dos precedentes pela administração decorre da própria interpretação sistemática do ordenamento jurídico, sendo que a coerência entre as esferas judicial e administrativa consistiria em um imperativo lógico do ordenamento jurídico.

Além disso, o autor apregoa como sendo um dever do administrador a observância dos princípios constitucionais da isonomia, da segurança jurídica, da proteção da confiança legítima e da boa-fé, destacando que tal providência seria atingida com a plena incidência dos precedentes judiciais em sede dos processos administrativos.

Desse modo, o autor conclama que a inexistência de lei formal que preveja a vinculação da Administração aos precedentes judiciais não seria argumento taxativo a obstaculizar a incidência dos dispositivos previstos no art. 927 sobre a atividade administrativa, tendo em vista que a observância de tais precedentes decorreria, em verdade, da necessidade de acatamento dos comandos constitucionais da isonomia, da segurança jurídica, da proteção da confiança legítima e da boa-fé.

Com efeito, parece-nos que o posicionamento mencionado se mostra mais coerente com o ordenamento jurídico e com as ideias subjacentes à teoria dos precedentes, relativas à necessidade de se manter a coerência, a estabilidade e integridade do sistema jurídico. Além disso, tal providência impulsionaria a confiança e a calculabilidade esperada pelo administrado, reforçando a legitimidade de atuação da função administrativa.

¹⁶ OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. **Precedentes no direito administrativo**. Rio de Janeiro: Forense, 2018.

De forma semelhante, cabe citar o posicionamento de Egon Bochman Moreira, para quem¹⁷:

Os órgãos decisórios colegiados têm o dever processual de conhecer e obedecer aos julgados pretéritos (sejam oriundos da Administração, sejam do Poder Judiciário, sejam do Tribunal de Contas). E os agentes administrativos singulares o dever de aplicar *ex officio* tais decisões já uniformizadas, obedecendo à lei e ao Direito (Lei 9.784/1999, art. 2º, parágrafo único, I). O mesmo se diga para a hipótese de a parte interessada levar ao conhecimento da Administração a existência de julgado ou precedente: a ciência do julgado pretérito instala o dever de o caso em exame ser analisado e, se for o caso, decidido à luz daquela jurisprudência (administrativa ou jurisdicional).

Não apenas isso. Há outro entendimento de relevância, digno de reprodução, manifestado pelo professor Weber Luis¹⁸, para quem a utilização de precedentes teria o condão de proporcionar uma qualificação e melhora dos serviços públicos, conectando e legitimando os atos e atividades administrativos perante a sociedade, eis que: “estarão presentes o discurso e o consenso decorrentes da prestação jurisdicional pelo Poder Judiciário, que é a função estatal”.

Como argumento de reforço, cumpre mencionar que a adoção dos precedentes judiciais pela Administração poderia ressaltar o princípio da eficiência, resultando em decréscimo no número de processos judiciais e de custos da máquina judiciária. Tal aspecto será melhor desenvolvido no próximo tópico.

3.2 O PRINCÍPIO DA EFICIÊNCIA COMO ARGUMENTO PARA A OBSERVÂNCIA DOS PRECEDENTES

Outro argumento essencial a ser desenvolvido no presente estudo consiste na análise do princípio Constitucional da eficiência, que rege a atuação da Administração Pública, conforme previsão Constitucional do art. 37, caput, com alteração advinda com a EC nº 19/98.

¹⁷ MOREIRA, Egon Bochmann. **Processo administrativo**. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 2017. p. 86-87.

¹⁸ Oliveira, Weber Luis de. **Precedentes judiciais na Administração Pública**: limites e possibilidades de aplicação. Disponível em:

<<https://repositorio.ufsc.br/bitstream/handle/123456789/168081/340435.pdf?sequence=1&isAllowed=y>>

Acesso em: 20 de jan. 2018.

Como se sabe, a essência de tal princípio está associada à necessidade de obtenção de resultados satisfatórios por parte da Administração Pública. Além disso, conforme manifesta o professor Matheus Carvalho¹⁹:

A prestação de serviços eficiente está atrelada a uma célere solução de controvérsias, razão pela qual a eficiência está diretamente ligada ao princípio da celeridade nos processos administrativos, inserido na Constituição em seu art. 5º, LXXVIII, que dispõe que ‘a todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação.

Desse modo, o autor discorre que o princípio em voga apresenta direta ligação com a necessidade de se solucionar as controvérsias administrativas da forma mais célere, devendo o gestor implementar os meios que garantam a celeridade na tramitação dos processos. Portanto, como se vê, a vinculação administrativa aos precedentes judiciais redundará no cumprimento direto das diretrizes do princípio da eficiência, haja vista a prestação da atividade administrativa de forma mais ágil, resultando na redução da judicialização das demandas.

Do mesmo modo, tecendo brilhante exposição acerca do princípio em voga, cabe-nos reproduzir o entendimento do ilustre ministro Gilmar Mendes²⁰, *in verbis*:

A atividade da Administração Pública deve ter em mira a obrigação de ser eficiente. Trata-se de um alerta, de uma advertência e de uma imposição do constituinte derivado, que busca um Estado avançado, cuja atuação prime pela correção e pela competência. Não apenas a perseguição e o cumprimento dos meios legais e aptos ao sucesso são apontados como necessários ao bom desempenho das funções administrativas. Com o advento do princípio da eficiência, é correto dizer que a Administração Pública deixou de se legitimar apenas pelos meios empregados e passou – após a emenda Constitucional nº19/98 – a legitimar-se também em razão do resultado obtido.

Como se vê, o citado princípio enfatiza a busca por melhores resultados, devendo a Administração implementar mecanismos de controle dos resultados obtidos. Nessa seara, conquanto se registre a ausência de comando legislativo determinando a aplicação dos precedentes no âmbito administrativo, indubitável que a observância de

¹⁹ CARVALHO, Matheus. **Manual de Direito Administrativo**. 3ª ed. Salvador: Jus Podium, 2016.

²⁰ MENDES, Gilmar Ferreira. **Curso de direito constitucional**. 11ª ed. Rio de Janeiro: Saraiva, 2016.

tais precedentes no desenvolvimento das atividades administrativas implicará no alcance de resultados mais efetivos, contribuindo para a celeridade no trato processual.

Nesse contexto, não vemos como prosperar o argumento de que a vinculação administrativa aos precedentes exigiria imposição legislativa. Como se demonstrou, a administração igualmente se sujeita aos ditames do princípio Constitucional da eficiência, que atua como regente das condutas dos agentes públicos, preconizando a busca por resultados mais efetivos no exercício da sua atividade.

Sendo que, atualmente, grande parte da doutrina aponta para a necessidade de aprimoramento das atividades administrativas, tendo em conta a complexidade e pluralidade das relações que regem a sociedade contemporânea.

Assim, conforme acentuado por Gustavo Binenbojm²¹, há uma nova perspectiva decorrente da constitucionalização do direito administrativo, em que a Constituição Federal, impregnada de princípios e regras, dá novas leituras aos institutos e estruturas da disciplina em questão. Assim, a legalidade administrativa convola-se em juridicidade administrativa, deixando a lei de ser o epicentro do sistema.

Nesse cenário, a ideia da supremacia da lei cede espaço à harmonização do sistema em relação aos demais princípios a que se submete a Administração, de modo que a conduta da Administração busque se amoldar aos ditames do ordenamento jurídico como um todo, e não apenas à lei formal.

Em reforço, cite-se o magistério da doutrina²²:

é condição inafastável para que a conduta administrativa goze de juridicidade que ela esteja em perfeita harmonia com o conjunto de regras e princípios que informam o regime jurídico-administrativo, não bastando a simples compatibilidade com a lei formal.

Com base em tais premissas, o exercício da função administrativa está delimitado pelos ditames Constitucionais e normas de direitos fundamentais, conferindo amplo alcance ao princípio da legalidade. A partir da concepção do princípio da juridicidade, os atos estatais devem se submeter não apenas ao princípio da legalidade,

²¹ BINENBOJM, Gustavo. **Uma teoria do direito administrativo: direitos fundamentais, democracia e constitucionalização**, 3ª ed., Rio de Janeiro: Editora Renovar.

²² OLIVEIRA, Gustavo Justino de. **Administração Pública e os 20 anos da Constituição de 1988**. Fórum administrativo - Dir. Público - FA, Belo Horizonte, ano 9, n. 95, p. 23-25, jan. 2009).

devendo a Administração Pública, na atividade interpretativa, levar em consideração os precedentes judiciais.

Nessa senda, os precedentes garantem efetividade ao princípio da eficiência, já que possibilitam maximizar a eficiência na prestação da atividade administrativa, impedindo a prolação de decisões divergentes sobre a mesma questão jurídica, em virtude de eventuais posições distintas do Poder Judiciário e do órgão administrativo, reforçando, em última análise, o princípio da isonomia.

Portanto, não se afigura coerente e eficiente que o administrado seja compelido a buscar o Poder Judiciário acerca de um tema já pacificado, tendo em vista a resistência da Administração no acatamento de pronunciamentos já estabelecidos.

4 LEGISLAÇÃO APLICÁVEL À ADVOCACIA PÚBLICA

No presente tópico, cumpre analisar a legislação aplicável à advocacia Pública no que se relaciona ao exame dos precedentes em sede da atividade administrativa. E como se demonstrará, a preocupação legislativa com a atuação da advocacia pública na garantia da efetividade das decisões dos Tribunais Superiores não é recente.

Inicialmente, em se tratando de Administração Pública Federal, imprescindível proceder ao exame da LC nº 73, de 10 de fevereiro de 1993, que institui a Lei Orgânica da Advocacia-Geral da União. Como se sabe, a AGU é o órgão incumbido de representar a União judicial e extrajudicialmente, cabendo-lhe, ainda, as atividades de consultoria e assessoramento jurídicos ao Poder Executivo.

Como ressalta o professor Marco Antônio Rodrigues²³, a AGU exerce um “papel importante no controle interno da legalidade de atos administrativos e políticas públicas”.

Assim, cumpre analisar as seguintes competências previstas no art. 4º da LC nº 73/93, em relação ao Advogado-Geral da União:

Art. 4º - São atribuições do Advogado-Geral da União:
(...)

²³ RODRIGUES, Marco Antonio. **A Fazenda Pública no Processo Civil**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2016. p. 31.

XI - unificar a jurisprudência administrativa, garantir a correta aplicação das leis, prevenir e dirimir as controvérsias entre os órgãos jurídicos da Administração Federal;

XII - editar enunciados de súmula administrativa, resultantes de jurisprudência iterativa dos Tribunais;([Vide Lei 9.469, 10/07/97](#))

Embora trate de uma legislação já antiga no ordenamento, registra-se a preocupação do legislador com a coerência e unidade na atuação administrativa, estabelecendo como atribuição do AGU a unificação da jurisprudência em sede administrativa.

Além disso, estipula a necessidade de edição de enunciados de súmula administrativa, ressaltando a deferência quanto aos entendimentos já consolidados dos Tribunais, nomeado de “jurisprudência iterativa”.

De forma a regulamentar tal legislação, editou-se a Lei nº 9.469, de 10 de julho de 1997, cujo artigo 4º preconiza:

Art. 4º Não havendo Súmula da Advocacia-Geral da União (arts. 4º, inciso XII, e 43, da Lei Complementar nº 73, de 1993), o Advogado-Geral da União poderá dispensar a propositura de ações ou a interposição de recursos judiciais quando a controvérsia jurídica estiver sendo iterativamente decidida pelo Supremo Tribunal Federal ou pelos Tribunais Superiores.

Seguindo o mesmo critério da LC nº 73, o legislador manifesta o cuidado quanto ao manejo de ações desnecessárias, quando existente jurisprudência em sentido contrário, preconizando, nos termos do art. 4º, que o AGU pode entender pela dispensa do manejo de ações ou a interposição de recursos quando a controvérsia jurídica venha sendo decidida de forma reiterada pelas Cortes Superiores.

Não só isso. Em 2016, em consonância com a nova sistemática de precedentes vinculantes e as técnicas de julgamento de casos repetitivos, a AGU editou as Portarias nº 487 e 488, ambas de 27 de julho de 2016, regulamentando as hipóteses em que os procuradores federais estão autorizados a reconhecer a procedência do pedido, a abster-se de contestar e de recorrer, assim como a desistir dos recursos já interpostos, nos casos em que especificam. Assim, procede-se à análise do art. 2º, cuja redação é idêntica em ambos os atos normativos.

Art. 2º. Os Procuradores Federais ficam autorizados a reconhecer a procedência do pedido, a abster-se de contestar e de recorrer e a desistir dos recursos já interpostos quando a pretensão deduzida ou a decisão judicial estiver de acordo com:

I - súmula da Advocacia-Geral da União ou parecer aprovado nos termos dos artigos 40 ou 41 da Lei Complementar nº 73, de 10 de fevereiro de 1993;

II - súmula vinculante do Supremo Tribunal Federal;

III - acórdão transitado em julgado, proferido em sede de controle concentrado de constitucionalidade;

IV - acórdão transitado em julgado, proferido em sede de recurso extraordinário representativo de controvérsia, processado nos termos do artigo 1.036 do CPC;

V - acórdão transitado em julgado, proferido pelo Supremo Tribunal Federal em sede de recurso extraordinário em incidente de resolução de demandas repetitivas, processado nos termos do artigo 987 do CPC;

VI - acórdão transitado em julgado, proferido pelo Supremo Tribunal Federal em sede de incidente de assunção de competência, processado nos termos do artigo 947 do CPC; e

VII - acórdão transitado em julgado proferido pelo plenário e súmula do Supremo Tribunal Federal, caso a controvérsia sobre matéria constitucional seja atual.

Claramente, o objetivo buscado pelas normativas é reduzir a litigiosidade e contribuir para que a Justiça se torne mais ágil, permitindo que a Fazenda Pública deixe de interpor ações ou recursos quando haja precedentes em sentido contrário.

Desse modo, as normativas se alinham à atual tendência de valorização dos precedentes, dando primazia aos princípios da segurança jurídica, proteção da confiança e isonomia, os quais se mostram fundamentais ao exercício da atividade administrativa.

Outra legislação de suma importância para o presente estudo consiste na Lei nº 9.784, de 29 de agosto de 1999, que regula o processo administrativo em sede federal e estabelece os limites e controles para as atividades das autoridades administrativas.

A princípio, ao disciplinar a motivação dos atos administrativos (Capítulo XII), o legislador estabelece que os citados atos deverão ser motivados, com indicação dos fatos e dos fundamentos jurídicos, **quando deixarem de aplicar jurisprudência firmada sobre a questão** – art. 50, VII (grifos nossos).

Em que pese o uso da aceção técnica “jurisprudência”, é consabido que a legislação foi editada em marco anterior ao do atual CPC. Logo, na esteira do citado movimento de valorização dos precedentes, não se constata qualquer dissonância do

ordenamento em se admitir que os atos administrativos devem observância não apenas à jurisprudência, mas essencialmente ao rol dos precedentes listados no art. 927 do CPC.

Sob perspectiva diversa, importa considerar que a Lei nº 9.784, de 1999, recebeu alterações significativas a partir da edição da Lei nº 11.417, de 19 de dezembro de 2006, que veio a regulamentar o art. 103-A da CF, no tocante à edição, revisão e o cancelamento de enunciado de súmula vinculante.

Nessa seara, o art. 56, que disciplina o tema do recurso administrativo, foi alterado, sendo acrescido do § 3º. Confira:

§ 3º Se o recorrente alegar que a decisão administrativa contraria enunciado da súmula vinculante, caberá à autoridade prolatora da decisão impugnada, se não a reconsiderar, explicitar, antes de encaminhar o recurso à autoridade superior, as razões da aplicabilidade ou inaplicabilidade da súmula, conforme o caso.

Portanto, caso a tese recursal adotada pelo recorrente seja a de violação de súmula vinculante, antes de proceder ao encaminhamento do recurso, a autoridade competente deve proferir adequada análise sobre as razões da aplicabilidade ou inaplicabilidade dos termos da súmula.

Outra alteração promovida pela Lei nº 11.417 na legislação de processo administrativo diz respeito à possibilidade de responsabilização da autoridade caso deixe de adequar as futuras decisões administrativas aos comandos da súmula vinculante, nos termos do art. 64-B, que assim preconiza:

Art. 64-B. Acolhida pelo Supremo Tribunal Federal a reclamação fundada em violação de enunciado da súmula vinculante, dar-se-á ciência à autoridade prolatora e ao órgão competente para o julgamento do recurso, que deverão adequar as futuras decisões administrativas em casos semelhantes, sob pena de responsabilização pessoal nas esferas cível, administrativa e penal.

Como se vê, as alterações proporcionadas pela Lei nº 11.417 refletem o respeito à autoridade das decisões proferidas pelo STF na edição de súmulas vinculantes, regulamentando a forma de atuação administrativa. Aliás, é consabido que o ato administrativo que venha a contrariar enunciado de súmula, negar-lhe vigência ou

aplicá-lo indevidamente poderá ser impugnado pela via da reclamação, cuja regulamentação encontra-se no art. 988 do CPC.

Pela pertinência, cumpre acentuar que o manejo da reclamação, em razão de ato administrativo que contrariar enunciado de súmula, negar-lhe vigência ou aplicá-lo indevidamente, só será admitido após o esgotamento das vias administrativas, nos termos do art. 7º, § 1º, da Lei nº 11.417, de 2006.

CONCLUSÃO:

Historicamente vinculado à tradição jurídica do *civil law*, o Brasil vem apresentando um forte movimento de valorização da jurisprudência, adotando elementos característicos da tradição jurídica do *common law*. Nessa seara, a instituição da súmula vinculante, bem como a previsão da repercussão geral em sede dos recursos extraordinários, ambos instituídos por meio da Emenda Constitucional nº 45/2004, são citados como marcos representativos de tal convergência.

Recentemente, o legislador brasileiro, seguindo a tendência de valorização dos precedentes e atento às necessidades de se conferir maior previsibilidade, estabilidade e coerência às decisões judiciais, instituiu em nosso ordenamento um sistema de formação de decisões judiciais com base em precedentes.

Assim, identificada a relevância do tema, o presente estudo se propôs a analisar essa nova sistemática implementada pelo atual CPC. Ademais, como problema de pesquisa, suscitou-se o alcance do diploma normativo processual, em especial do art. 927, no âmbito do direito administrativo, buscando compreender se os precedentes judiciais teriam o condão de vincular as atividades e atos da administração pública.

Em princípio, observa-se que o art. 927, incisos I e II, reproduz dois institutos que não constituem inovação no ordenamento jurídico, quais sejam: as decisões em controle concentrado e a súmula vinculante, com previsão nos arts. 102, § 2º e 103-A, respectivamente, da Carta Magna.

Portanto, em relação à Administração Pública, a própria Constituição já estabelece a eficácia vinculante de tais disposições quanto à administração pública

direta e indireta, em todas as esferas da Federação. Conclui-se, portanto, que o texto Constitucional já amplia as fontes do direito administrativo, tornando inequívoca a obrigatoriedade de observância aos referidos precedentes.

Quanto aos demais dispositivos legais constantes do art. 927, incisos III a V, demonstrou-se a divergência doutrinária. O princípio da legalidade, previsto em sede do art. 37, caput, da CF de 88, é referido pela doutrina como impeditivo a tal vinculação, eis que, por essência, seu conceito está vinculado ao primado da lei.

Logo, ante a inexistência de ato normativo formal que preveja a observância obrigatória dos precedentes na seara administrativa, uma parte da doutrina sustenta a impossibilidade de incidência dos dispositivos previstos no art. 927, incisos III a V, sobre a atividade administrativa, sob alegação de que seriam desprovidos de eficácia geral e abstrata.

Com efeito, sufragamos a tese de que a inexistência de lei formal não seria argumento taxativo a obstaculizar a vinculação da Administração Pública aos precedentes judiciais.

A nosso ver, a observância de tais precedentes decorre da necessidade de acatamento dos comandos constitucionais da isonomia, da segurança jurídica, da proteção da confiança legítima e da boa-fé.

Aliás, tal perspectiva é condizente com o ordenamento jurídico e com as ideias subjacentes à teoria dos precedentes, relativas à necessidade de se manter a coerência, a estabilidade e integridade do sistema jurídico. Não só isso. Tal providência tende a impulsionar a confiança e a calculabilidade esperada pelo administrado, reforçando a legitimidade de atuação da função administrativa.

Como argumento de reforço, defendemos a tese de que a adoção dos precedentes judiciais pela Administração reafirma o princípio da eficiência, previsto no art. 37, caput, da CF, cuja essência está associada à necessidade de obtenção de resultados satisfatórios por parte da Administração Pública

Portanto, a vinculação administrativa aos precedentes judiciais cumprirá as diretrizes do princípio da eficiência, que atua como regente das condutas dos agentes públicos, haja vista a prestação da atividade administrativa de forma mais ágil, resultando na redução da judicialização das demandas e de custos da máquina judiciária.

O último tópico desenvolvido no presente trabalho analisou a legislação aplicável à advocacia Pública no que concerne ao exame dos precedentes, demonstrando a preocupação legislativa com a atuação da advocacia na garantia da efetividade das decisões dos Tribunais Superiores.

Em especial, abordou-se as Portarias nº 487 e 488, ambas de 27 de julho de 2016, as quais, em consonância com a nova sistemática de precedentes vinculantes e as técnicas de julgamento de casos repetitivos, regulamentam as hipóteses em que os procuradores federais estão autorizados a reconhecer a procedência do pedido, a abster-se de contestar e de recorrer, assim como a desistir dos recursos já interpostos, nos casos em que especificam.

Restou claro que o objetivo buscado pelas normativas é reduzir a litigiosidade e contribuir para que a Justiça se torne mais ágil, permitindo que a Fazenda Pública deixe de interpor ações ou recursos quando haja precedentes em sentido contrário.

Assim, as normativas se alinham à atual tendência de valorização dos precedentes, dando primazia aos princípios da segurança jurídica, proteção da confiança e isonomia, os quais se mostram fundamentais ao exercício da atividade administrativa.

Além disso, outra legislação abordada consiste na Lei nº 9.784, de 29 de agosto de 1999, que regula o processo administrativo em sede federal. Tal legislação passou por significativas alterações a partir da edição da Lei nº 11.417, de 19 de dezembro de 2006, que veio a regulamentar o art. 103-A da CF, no tocante à edição, revisão e o cancelamento de enunciado de súmulas vinculantes.

A primeira modificação diz respeito à interposição de recurso administrativo, sendo elementar que a decisão administrativa se adeque aos termos da súmula vinculante que lhe seja aplicável. Caso o recorrente sustente a violação de súmula vinculante, antes de proceder ao encaminhamento do recurso, a autoridade competente deve proferir adequada análise sobre as razões da aplicabilidade ou inaplicabilidade dos termos da súmula, nos termos do art. 53, § 3º, da Lei nº 9.784.

Outra alteração promovida pela Lei nº 11.417 na legislação de processo administrativo diz respeito à possibilidade de responsabilização da autoridade caso

deixe de adequar as futuras decisões administrativas aos comandos da súmula vinculante, nos termos do art. 64-B.

Com efeito, as alterações proporcionadas pela Lei nº 11.417 refletem o respeito à autoridade das decisões proferidas pelo STF na edição de súmulas vinculantes, regulamentando a forma de atuação administrativa. Finalmente, é consabido que o ato administrativo que venha a contrariar enunciado de súmula, negar-lhe vigência ou aplicá-lo indevidamente poderá ser impugnado pela via da reclamação, cuja regulamentação encontra-se no art. 988 do CPC.

REFERÊNCIAS

ALMEIDA MELO, José Tarcízio de. **Súmula vinculante: aspectos polêmicos, riscos e viabilidade**. Minas Gerais, 2007. ISBN 978-85-910576-0-3. Disponível em: <http://www.tjmg.jus.br/data/files/81/32/26/30/869D8310DACF8D83180808FF/sumula_vinculante.pdf> Acesso em: 23 jan. 2017.

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antonio. **Curso de direito administrativo**. São Paulo: Malheiros, 2005.

BINENBOJM, Gustavo. **Uma teoria do direito administrativo: direitos fundamentais, democracia e constitucionalização**, 3ª ed., Rio de Janeiro: Renovar.

CÂMARA, Alexandre Freitas. **O novo processo civil brasileiro**. 4ª ed. Atlas, 2018.

CARVALHO, Matheus. **Manual de Direito Administrativo**. 3ª ed. Salvador: Jus Podium, 2016.

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

GONÇALVES, Marcus Vinícius Rios. **Direito Processual Civil Esquematizado**. Ed. Saraiva. 6ª Ed. 2015.

JUNIOR, Edvaldo Costa Barreto. **Precedentes judiciais e seus reflexos na Administração Pública Brasileira: vinculação ou persuasão?** Disponível em: <http://dspace.idp.edu.br:8080/xmlui/handle/123456789/56> Acesso em: 02/02/2018.

MENDES, Gilmar Ferreira. **Curso de direito constitucional**. 11ª ed. Rio de Janeiro: Saraiva, 2016.

MOREIRA, Egon Bochmann. **Processo administrativo**. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 2017.

NEVES, Daniel Amorim Assumpção. **Manual de direito processual civil**. 10. ed. Jus Podium, 2018.

OLIVEIRA, Gustavo Justino de. **Administração Pública e os 20 anos da Constituição de 1988**. Fórum administrativo - Dir. Público - FA, Belo Horizonte, ano 9, n. 95, p. 23-25, jan. 2009).

OLIVEIRA, Gustavo Justino de; VARESCHINI, Julieta Mendes Lopes. **Administração Pública e os 20 anos da Constituição de 1988: momento de predomínio das sujeições constitucionais em face do direito fundamental à boa administração**. Fórum Administrativo – Dir. Público, Belo Horizonte, ano 9, nº 95, p. 32, jan. 2009.

OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. **Precedentes no direito administrativo**. Rio de Janeiro: Forense, 2018.

OLIVEIRA, Weber Luis de. **Precedentes judiciais na Administração Pública: limites e possibilidades de aplicação**. Disponível em: <<https://repositorio.ufsc.br/bitstream/handle/123456789/168081/340435.pdf?sequence=1&isAllowed=y>> Acesso em: 20 de jan. 2018.

RODRIGUES, Marco Antonio. **A Fazenda Pública no Processo Civil**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2016.

THEODORO JR, Humberto; NUNES, Dierle; BAHIA, Alexandre Melo Franco; PEDRON, Flávio. **Novo CPC: Fundamentos e sistematização**. 2. ed. Rio de Janeiro: GEN Forense, 2015.

Resp. 1.655.722-SC [REsp 1.655.722-SC](#), Rel. Min. Nancy Andrighi, por unanimidade, julgado em 14/3/2017, DJe 22/3/2017.

**RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO PELA VIOLAÇÃO AO
PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL DA RAZOÁVEL DURAÇÃO DO PROCESSO
ANÁLISE CRÍTICA**

**CIVIL RESPONSIBILITY OF THE STATE FOR VIOLATION OF THE
CONSTITUTIONAL PRINCIPLE OF THE REASONABLE DURATION IN
JUDICIAL PROCEEDING
CRITICAL ANALYSIS**

Débora Pereira Gonçalves

Resumo: O presente trabalho analisa os contornos da responsabilização do Estado pela violação ao princípio da razoável duração do processo, previsto expressamente no art. 5º, LXXVIII, da Constituição Federal, e em outras normas do ordenamento jurídico pátrio. O objetivo central do artigo foi compreender os motivos pelos quais o Estado deve responder civilmente pelos danos decorrentes da demora na prestação jurisdicional, bem como traçar os limites para tal responsabilização. Para alcançar tal objetivo, adotou-se como metodologia de pesquisa os métodos de abordagem indutivo e de procedimento de análise da doutrina, legislação e jurisprudência pátria e alienígena sobre o assunto.

Palavras-chave: Princípio da razoável duração do processo. Violação. Responsabilidade do Estado. Limites.

Abstract: This paper analyzes the aspects of the State's responsibility for the violation of the principle of reasonable duration in judicial proceeding, expressly described in Article 5, LXXVIII, of the Federal Constitution and other norms of the national legal system. The main objective of this article was to understand the reasons of the State should be civilly responsible for the damages resulting from the delay in the judicial decision, as well as to define the limits for such liability. To achieve this goal, the

research adopted the method of inductive approach and the method of procedure analysis of doctrine, legislation and jurisprudence about the subject.

Keywords: Principle of the reasonable duration in judicial proceeding. Violation. State responsibility. Limits.

INTRODUÇÃO

A Constituição Federal de 1988 trouxe em seu título II os direitos e garantias fundamentais, verdadeiros pilares que devem ser observados tanto pelo poder público quanto pelos particulares. Araujo e Nunes Júnior (2005, p. 109), assim os definem:

Os direitos fundamentais podem ser conceituados como a categoria jurídica instituída com a finalidade de proteger a dignidade humana em todas as dimensões. Por isso, tal qual o ser humano, tem natureza polifacética, buscando resguardar o homem na sua liberdade (direitos individuais), nas suas necessidades (direitos sociais, econômicos e culturais) e na sua preservação (direitos relacionados à fraternidade e à solidariedade).

Entre os direitos fundamentais arrolados, sublinha-se o princípio da razoável duração do processo administrativo e judicial, previsto no art. 5º, LXXVIII, incluído pela Emenda Constitucional nº. 45, de 2004:

LXXVIII - a todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação.

Muitos autores, antes mesmo da inclusão da referida norma, defendiam que a ideia da razoável duração do processo já estava inserida dentro dos princípios constitucionais do devido processo legal e do acesso à justiça. No entanto, sua inclusão

expressa na Carta Magna demonstrou a relevância do instituto, bem como destacou a necessidade de um processo sem dilações indevidas. (NEVES, p. 202).

A importância do princípio da razoável duração do processo ter sido erigido à direito fundamental é enorme, tendo em vista que a Constituição Federal, no art. 5º, §1º, estabelece que “as normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata”, não necessitando, portanto, da atuação do legislador para produzirem efeitos. Nesse viés, ainda que não existisse norma infraconstitucional regulando determinado direito fundamental previsto na Constituição, caberia ao Estado conferir a tal direito a maior eficácia possível. Mendes e Branco (2017, p. 152) assim se posicionam ao assentarem o dever do judiciário de aplicar diretamente a norma constitucional que preveja direitos fundamentais aos processos submetidos à sua análise.

A Constituição brasileira de 1988 filiou-se a essa tendência, conforme se lê no §1º do art. 5º do Texto, em que se diz que “as normas definidoras de direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata”. O texto se refere aos direitos fundamentais em geral, não se restringindo apenas aos direitos individuais.

O significado essencial dessa cláusula é ressaltar que as normas que definem direitos fundamentais são normas de caráter preceptivo, e não meramente programático. Explicita-se, além disso, que os direitos fundamentais se fundam na Constituição, e não na lei – com o que se deixa claro que é a lei que deve mover-se no âmbito dos direitos fundamentais, não o contrário. Os direitos fundamentais não são meramente normas matrizes de outras normas, mas são também, e sobretudo, normas diretamente reguladoras de relações jurídicas.

Os juízes podem e devem aplicar diretamente as normas constitucionais para resolver os casos sob sua apreciação. Não é necessário que o legislador venha, antes, repetir ou esclarecer os termos da norma constitucional para que ela seja aplicada. O art. 5º, §1º, da CF autoriza que os operadores do direito, mesmo à falta de comando legislativo, venham a concretizar os direitos fundamentais pela via interpretativa. Os juízes, mais do que isso, podem dar

aplicação aos direitos fundamentais mesmo contra a lei, se ela não se conformar ao sentido constitucional daqueles.

Apesar do princípio da duração razoável do processo ter sido incluído expressamente na Carta Magna apenas em 2004, com a Emenda Constitucional nº. 45, destaca-se que o referido princípio já fazia parte do ordenamento jurídico brasileiro, na medida em que o artigo 8º, item 1, da Convenção Americana sobre Direitos Humanos, de 1969, ratificada pelo Brasil em setembro de 1992, traz a necessidade de que o processo seja julgado em tempo razoável. Confere-se:

Toda 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, na apuração de qualquer acusação penal formulada contra ela, ou para que se determinem seus direitos ou obrigações de natureza civil, trabalhista, fiscal ou de qualquer outra natureza.

Como se não bastasse a previsão do mencionado princípio nas citadas normas, o Código de Processo Civil (Lei 13.105, de 16 de março de 2015) também consagrou o princípio da razoável duração do processo ao dispor no art. 4º que “As partes têm o direito de obter em prazo razoável a solução integral do mérito, incluída a atividade satisfativa”.

No entanto, embora o ordenamento jurídico contenha expressamente normas que garantam a duração razoável do processo, não é raro nos depararmos com processos judiciais que se arrastam há anos sem qualquer solução, dando ao jurisdicionado a impressão de que o judiciário é ineficiente e incapaz de salvaguardar os seus direitos. E, ainda, que as normas constitucionais não possuem eficácia suficiente a ponto de irradiar os seus efeitos ao processo, o que é um equívoco.

Nesse íterim, a questão que se coloca é: poderia o Estado ser responsabilizado pela demora na prestação jurisdicional? Afinal, conforme bem leciona Mendes e Branco (2017, p. 407), “a duração indefinida ou ilimitada do processo judicial afeta não apenas e de forma direta a ideia de proteção judicial efetiva, como compromete de modo decisivo a proteção da dignidade da pessoa humana”.

O presente estudo, através da análise da doutrina, da legislação e da jurisprudência sobre o tema, tem por objetivo responder a tal indagação e, ao mesmo

tempo, definir os contornos para a responsabilização do Estado pela demora na prestação jurisdicional.

É importante mencionar, ainda, que o tema proposto possui grande relevância prática e acadêmica, na medida em que a violação ao princípio da duração razoável do processo é recorrente em nosso país, e a responsabilização do Estado pelos danos decorrentes da demora processual é valioso instrumento capaz de, ao menos, constranger o poder público ao cumprimento do seu dever constitucional.

1. ANÁLISE SOBRE A RESPONSABILIDADE DO ESTADO PELA VIOLAÇÃO AO PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL DA DURAÇÃO RAZOÁVEL DO PROCESSO E SEUS LIMITES

Embora no passado houvesse grande resistência em responsabilizar o Estado pelos atos omissivos e comissivos de seus agentes¹, a Constituição Federal da República não deixou qualquer dúvida acerca do tema ao dispor que as pessoas de direito público e as de direito privado prestadoras de serviço público podem ser responsabilizadas pelos danos que seus agentes causarem a terceiros. Confira-se:

§ 6º As pessoas jurídicas de direito público e as de direito privado prestadoras de serviços públicos responderão pelos danos que seus agentes, nessa qualidade, causarem a terceiros, assegurado o direito de regresso contra o responsável nos casos de dolo ou culpa.

Essa responsabilidade do Estado pelos atos praticados pelos seus agentes é objetiva, dispensando-se a comprovação do elemento culpa para a sua caracterização, conforme observa Cahali (2007, p. 32):

¹Wambier (1988, p. 34-42), assim leciona no artigo intitulado “Responsabilidade Civil do Estado decorrente dos atos jurisdicionais”:

“A doutrina jurídica relativa à responsabilidade civil do Estado é construção recente, haja vista a grande resistência que sempre se opôs a qualquer tentativa de romper a intocabilidade do Estado, centrada em sua concepção absolutista.

Entretanto, com o advento do Estado moderno e, daí, do Estado Social ocidental, concebido a partir do primado da liberdade e contendo previsão de expressiva gama de garantias do cidadão, sob a égide do modelo capitalista, admitiu-se, dentre tais danos verificados em decorrência da ação ou da omissão do Estado. A ideia tomou corpo, assumindo, inclusive, a feição objetiva, isto é, vista sob o enfoque da relação de causalidade entre o ato lesivo e o dano, abstraída a culpa.”

Os autores são unânimes em reconhecê-lo, havendo, mesmo, certa uniformidade na argumentação deduzida: se o elemento culpa é previsto (parágrafo único do art. 194 da CF de 1946, do art. 105 da CF de 1967 e do art. 107 da CF de 1969, segunda parte do art. 37, §6º, da CF de 1988) apenas para assegurar a ação regressiva das pessoas jurídicas contra funcionários causadores do dano quando tiver dolo ou culpa deles, daí resulta. Por exclusão, que, omitindo-se o corpo do artigo quanto a referir-se ao elemento subjetivo, terá estabelecido que essas entidades devem reparar o dano mesmo sem culpa, em qualquer caso; assim, a interpretação que se extrai da ausência de referências ao elemento *culpa do funcionário* na disposição principal só pode ser a de que prescinde desse elemento subjetivo para a obrigação de indenizar nele estabelecida; de outra forma não se justificaria tal omissão, se sempre contou esse elemento na legislação anterior. Portanto, e como anotava Washington de Barros Monteiro, “a Constituição Federal alargou consideravelmente o conceito da responsabilidade civil de modo a abranger aspectos concretos que o direito anterior não conhecia, ou não levava em conta para não conceder a indenização”.

Ressalta-se, no entanto, que a prescindibilidade do elemento culpa não significa que o poder público será sempre responsabilizado quando houver atraso da prestação jurisdicional. As nuances do caso concreto podem eximir o Estado de responder pelos danos decorrentes da morosidade quando as causas para a demora não puderem a ele ser imputadas, como ocorre nos casos de comportamento protelatório das partes e de demandas complexas. Soma-se a isso o fato de que o processo possui procedimentos e garantias que precisam ser observados, o que, muitas vezes, demanda tempo.

Nesse contexto, é equivocada a ideia de que celeridade sempre é sinônimo de efetividade e de respeito ao direito fundamental da razoável duração do processo. Afinal, de nada adianta ter um processo rápido que não proporciona ao magistrado subsídios para formar o seu convencimento, ou que viola direitos fundamentais das partes envolvidas, como o contraditório e a ampla defesa. Portanto, trocar a infração ao princípio da razoável duração do processo pela violação a outros direitos fundamentais, não é, absolutamente, o caminho a ser seguido.

O professor Neves (2018, p. 202) ressalta, inclusive, que embora a preocupação com a celeridade do processo seja justa, essa bandeira não pode servir de justificativa para sacrificar a qualidade da prestação jurisdicional:

Deve ser lembrado que a celeridade nem sempre é possível, como também nem sempre é saudável para a qualidade da prestação jurisdicional. Não se deve confundir duração razoável do processo com celeridade do procedimento. O legislador não pode sacrificar direitos fundamentais das partes visando somente a obtenção de celeridade processual, sob pena de criar situações ilegais e extremamente injustas. É natural que a excessiva demora gere um sentimento de frustração em todos os que trabalham com o processo civil, fazendo com que o valor celeridade tenha atualmente posição de destaque. Essa preocupação com a demora excessiva do processo é excelente, desde que se note que, a depender do caso concreto, a celeridade prejudicará direitos fundamentais das partes, bem como poderá sacrificar a qualidade do resultado da prestação jurisdicional. Demandas mais complexas exigem mais atividades dos advogados, mais estudos dos juízes e, bem por isso, tendem naturalmente a ser mais demoradas, sem que com isso se possa imaginar ofensa ao princípio constitucional ora analisado.

Da mesma maneira, Carneiro Júnior e Luiz Rodrigues (2010, p. 20-21):

Com o passar do tempo, porém, houve preocupação cada vez maior com a realização dos direitos fundamentais, favorecendo-se a velocidade de distribuição da justiça, forjando-se um verdadeiro arcabouço de técnicas e mecanismos que proporcionem ganho de tempo e soluções cada vez mais velozes.

Entretanto, não bastam soluções velozes, mas sim soluções melhores, o que é possível com uma nova postura do Poder Judiciário. O juiz deve prestar a jurisdição no espaço de tempo possível, tutelando os direitos de quem busca a jurisdição dentro do razoável, mas também para que o réu tenha um processo justo.

Se é verdade que o magistrado deve exercer sua jurisdição para tutelar direitos fundamentais, não menos verdade é que deve fazê-lo levando em conta o tempo do processo, pois “(...) a tutela jurisdicional dos direitos é certamente indissociável da dimensão do tempo, pois tutelar de forma intempestiva equivale a não proteger ou a proteger de forma indevida” (MARINNONI, 2009, p. 315).

Nesse cenário, conclui-se ser preciso equilíbrio, de forma que as dilações indevidas do processo sejam extirpadas sem que haja prejuízo aos direitos e garantias processuais constitucionais, como contraditório, ampla defesa, imparcialidade, eficiência, legalidade, entre outros. Essa é uma tarefa árdua, porém bastante necessária, que devolverá aos jurisdicionados a confiança de que o Poder Judiciário é capaz de solucionar as demandas a ele submetidas em tempo razoável, sem comprometimento da qualidade das decisões judiciais.

Impõe-se ressaltar, ainda, que as dificuldades na delimitação do conceito de razoável duração do processo, ante a ausência de critério legal objetivo que determine o tempo necessário para que a demora seja considerada abusiva, não são obstáculos à responsabilização do Estado quando o atraso no julgamento dos processos é injustificado, desproporcional e causa danos à parte. Nesses casos, não é possível fechar os olhos. O Estado tem que ser responsabilizado pelo dano decorrente da violação ao direito fundamental da razoável duração o processo, sob pena de serem esvaziados a norma constitucional e os demais dispositivos infraconstitucionais que dispõem que a jurisdição deve ser prestada em tempo razoável.

A Convenção Europeia de Direitos do Homem, de 04 de novembro de 1950, por exemplo, também não fixou o prazo necessário para a configuração da violação à razoável duração do processo. Confira-se:

ARTIGO 6º

Direito a um processo equitativo

1. Qualquer pessoa tem direito a que a sua causa seja examinada, equitativa e publicamente, num prazo razoável por um tribunal independente e imparcial, estabelecido pela lei, o qual decidirá, quer sobre a determinação dos seus direitos e obrigações de carácter civil, quer sobre o fundamento de qualquer acusação em matéria penal dirigida contra ela. O julgamento deve ser público, mas o acesso à sala de audiências pode ser proibido à imprensa ou ao público durante a totalidade ou parte do processo, quando a bem da moralidade, da ordem pública ou da segurança nacional numa sociedade democrática, quando os interesses de menores ou a proteção da vida privada das partes no processo o exigirem, ou, na medida julgada estritamente necessária pelo tribunal, quando, em circunstâncias especiais, a publicidade pudesse ser prejudicial para os interesses da justiça.

Ainda assim, a Corte Europeia de Direitos Humanos tem condenado os Estados a ela vinculados a ressarcirem os danos experimentados pelas partes quando há demora injustificada no julgamento dos processos judiciais. Para tanto, a fim de evitar condenações abusivas, se vale de alguns critérios que foram sendo fixados ao longo de diversas decisões. São eles a natureza do processo e a complexidade da causa, a conduta das partes e de seus procuradores e a atividade e o comportamento das autoridades

judiciárias e administrativas competentes.² Dessa forma, o Tribunal Europeu não leva em consideração apenas a duração do processo, mas também outras questões que podem interferir no bom andamento do feito. Vários países europeus, como a Itália, já foram condenados a indenizar a parte prejudicada em virtude de dilações indevidas³.

A Corte Interamericana de Direitos Humanos também tem responsabilizado os países submetidos à sua competência contenciosa e consultiva quando ocorre violação à razoável duração do processo. Um caso emblemático e de bastante repercussão foi a condenação do estado brasileiro, com fulcro no artigo 8.1 da Convenção Americana sobre Direitos Humanos, pela morosidade no processo penal que investigou a morte de Damião Ximenes Lopes nas dependências da Casa de Repouso de Guararapes, em Sobral/CE – Caso 12237⁴.

Damião Ximenes Lopes era portador de deficiência mental e precisou ser internado por duas vezes na Casa de Repouso de Guararapes. Ao regressar da primeira internação, o paciente relatou que havia sofrido maus-tratos, apesar dos representantes da Casa de Repouso afirmarem que as lesões presentes em seu corpo foram ocasionadas pelo próprio internado ao tentar fugir.

No entanto, ao ser novamente submetido à internação no mesmo local, o paciente faleceu em 04 de outubro de 1999, tendo sido informado no atestado de óbito que a morte se deu por parada cardiorrespiratória, e que não havia qualquer lesão no cadáver.

Inconformada, a família requereu a necropsia no cadáver. O Instituto Médico Legal (IML) certificou que a causa da morte era indeterminada e que não existiam elementos suficientes para se chegar a outra conclusão. Após solicitação de nova análise pelo Ministério Público, o IML alterou sua conclusão e declarou que, de fato, havia lesões no cadáver e que elas foram produzidas por instrumento contundente.

² CARNEIRO JÚNIOR, Amílcar Araújo; WAMBIER, Luiz Rodrigues. **Uma contribuição para o estudo da razoável duração do processo**. Revista Jurídica (Porto Alegre. 1953) de Direito Civil e Processual Civil. São Paulo. ano 58. n. 396. p. 28. Out, 2010.

³ MOREIRA, Rômulo de Andrade. **A corte Europeia de Direitos Humanos e o excesso prazal: o caso polonês, 2015**. Disponível em <<https://jus.com.br/artigos/40893/a-corte-europeia-de-direitos-humanos-e-o-excesso-prazal>>. Acesso em: 27 ago. 2019.

⁴ CORTEIDH. **Corte Interamericana de Direitos Humanos**. Disponível em <<http://www.corteidh.or.cr/cf/Jurisprudencia2/index.cfm?lang=es>>. Acesso em: 27 ago. 2019.

Diante disso, e após instauração de inquérito policial que concluiu pela responsabilidade da Casa de Repouso pela morte do paciente, o Ministério Público ofereceu denúncia em 27 de março de 2000. No entanto, a sentença apenas foi proferida em junho de 2009, ou seja, mais de 08 anos após o oferecimento da denúncia pelo *Parquet*.

Antes da prolação da sentença penal, por delongar-se o processo sem qualquer justificativa plausível, a família do falecido denunciou o ocorrido à Comissão Interamericana de Direitos Humanos. O estado brasileiro não seguiu as recomendações apontadas pela Comissão para solucionar o caso, razão pela qual esta submeteu a demanda à Corte Interamericana de Direitos Humanos.

Entre as várias questões analisadas pela Corte está a alegação de violação à razoável duração do processo.

Aduziu a Corte que a Convenção Americana sobre Direitos Humanos determina, no art. 25.1⁵, a obrigação dos Estados de garantirem um instrumento judicial efetivo contra atos que violem os direitos fundamentais das pessoas que estão sob sua jurisdição, não bastando a simples existência formal de um processo. Assim, no caso em comento, deveria o estado brasileiro ter proporcionado uma investigação efetiva para a punição dos responsáveis e para a compensação adequada, o que não foi feito.

Afirmou, ainda, que o art. 8.1⁶ da referida Convenção determina que os Tribunais julguem os casos a eles submetidos em tempo razoável. Para verificar se o prazo foi, no caso de Damião Ximenes Lopes, razoável, a Corte também se utilizou dos seguintes critérios: complexidade do assunto, atividade processual do interessado e conduta das autoridades judiciais.

Baseados em tais critérios, concluiu o Tribunal que o caso não era complexo, já que tanto a vítima quanto os responsáveis por sua morte na Casa de

⁵ 25.1 Toda pessoa tem direito a um recurso simples e rápido ou a qualquer outro recurso efetivo, perante os juízes ou tribunais competentes, que a proteja contra atos que violem seus direitos fundamentais reconhecidos pela constituição, pela lei ou pela presente Convenção, mesmo quando tal violação seja cometida por pessoas que estejam atuando no exercício de suas funções oficiais.

⁶ 8.1 Toda 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, na apuração de qualquer acusação penal formulada contra ela, ou para que se determinem seus direitos ou obrigações de natureza civil, trabalhista, fiscal ou de qualquer outra natureza.

Repouso estavam identificados e localizados, o que possibilitava o trâmite regular e célere do processo penal.

No que tange ao critério “atividade processual do interessado”, afirmou que os familiares do falecido cooperaram como andamento da investigação criminal e com o procedimento penal e cível.

Por fim concluiu que a demora no processo apenas podia ser imputada à conduta das autoridades judiciais que, sem qualquer justificativa para a demora, não haviam, até então, proferido sentença, mesmo após o transcurso de, à época, seis anos. Tempo este que, na concepção da Corte, em muito excedeu o princípio do prazo razoável consagrado na Convenção Americana.

Diante disso, o Brasil foi condenado a indenizar os familiares da vítima pelos danos materiais e morais sofridos, além de outras sanções não pecuniárias.

De fato, a decisão da Corte Interamericana prestigiou o princípio da duração razoável do processo, e contribuiu para que os países a ela vinculados se esforcem para oferecer uma prestação jurisdicional efetiva, a qual somente é alcançada por meio de um processo que, além de observar garantias processuais constitucionais, também seja capaz de solucionar o caso em prazo razoável.

A propósito, esse julgamento é considerado um marco, tendo em vista que foi a primeira condenação sofrida pelo Brasil, em virtude da demora injustificada do processo, na Corte Interamericana de Direitos Humanos.

Posteriormente, sobrevieram outras condenações, como no caso *Garibaldi versus Brasil*. Nesse julgamento foi sugerida ao estado brasileiro a reforma do Poder Judiciário para que os processos judiciais sejam solucionados em tempo razoável.⁷

No âmbito do direito interno brasileiro, é crucial destacar que a condenação do poder público ao pagamento de indenizações decorrentes da morosidade do poder judiciário tem sido bastante tímida, embora seja notória a lentidão da justiça brasileira. Basta analisar os dados do Relatório Justiça em Números 2018⁸, do Conselho

⁷ GOMES, Luiz Flávio. **As garantias mínimas do devido processo criminal nos sistemas jurídicos brasileiro e interamericano: estudo introdutório**. Coord. Flávia Piovesan. Disponível em: <http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_203_por.pdf>. Acesso em: 15 jul. 2019.

⁸ CNJ. **Conselho Nacional de Justiça**. Disponível em:

Nacional de Justiça, para constatar tal morosidade. A título de exemplo, consta no referido relatório que o tempo médio de um processo na justiça estadual até a sentença é de dois anos e seis meses, não estando aqui computado o período despendido na fase recursal.

A principal causa invocada para justificar a irrisória quantidade de condenações é a velha alegação de abarrotamento do judiciário que não possui estrutura para o julgamento dos milhares de processos a ele submetidos todos os anos. No entanto, conforme verificar-se-á adiante, esse argumento não é suficiente para fundamentar o não cumprimento do direito fundamental estabelecido pelo art. 5º, LXXXVIII da Constituição Federal.

Destaca-se que a Segunda Turma do Superior Tribunal de Justiça já teve a oportunidade de se debruçar sobre o assunto. Por unanimidade, em 06 de setembro de 2018, no julgamento do Recurso Especial nº. 1.383.776 – AM, a Corte proferiu relevante decisão responsabilizando o estado do Amazonas pela lentidão na prestação jurisdicional.⁹

No caso em comento, a autora ajuizou ação de execução de prestação alimentícia perante o Juízo da Vara de Família em 02 de novembro de 2004. Ocorre que somente em 03 de maio de 2007 foi proferido o despacho que ordenou a citação do devedor. Diante dessa excessiva e injustificada demora em impulsionar o feito, a demandante propôs ação de reparação por danos morais contra o estado do Amazonas por terem suas filhas sido impedidas de receber a pensão alimentícia por tanto tempo.

A sentença de primeiro grau julgou procedente o pedido e condenou o estado ao pagamento de indenização referente a 30 (trinta) salários mínimos. No entanto, o Tribunal de Justiça do estado do Amazonas reformou a decisão sob o fundamento de que a simples demora, sem demonstração de erro, dolo ou desídia do magistrado, não é suficiente para caracterizar ato ilícito. Para o Tribunal, a lentidão

<<http://www.cnj.jus.br/files/conteudo/arquivo/2018/09/8d9faee7812d35a58cee3d92d2df2f25.pdf>>.
Acesso em: 26 fev. 2019.

⁹ BRASIL, Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial nº. 1.383.776 – AM**. Relator Og Fernandes. J. 06/09/2018. Disponível em:
<https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=84075297&num_registro=201301405688&data=20180917&tipo=5&formato=PDF>. Acesso em: 04 jun. 2019.

advém, muitas vezes, do excesso de serviço dos magistrados que não têm condições materiais de oferecer uma prestação jurisdicional efetiva e célere.

Inconformada, a autora recorreu ao Superior Tribunal de Justiça. O voto condutor do acórdão, subscrito pelo ministro Og Fernandes, sustentou que a natureza da ação de execução de alimentos exige maior celeridade do processo. Assim, a demora de mais de 02 (dois) anos para um mero despacho citatório que não possui qualquer complexidade foi considerada completamente desarrazoada.

Aduziu, ainda, que conhece a realidade do poder judiciário brasileiro, o qual é carente de recursos materiais e humanos, o que, muitas vezes, impede o julgamento das demandas em tempo razoável. No entanto, defendeu que tais causas apenas isentam o magistrado de ser responsabilizado pessoalmente, mas não privam os jurisdicionados de reagirem diante de dilações injustificadas.

Para corroborar seu entendimento, destacou que a Corte Europeia de Direitos Humanos também defende que as dificuldades estruturais do poder judiciário só servem de fundamento para não responsabilizar o Estado quando forem excepcionais, imprevisíveis e se tiverem sido adotadas pelo poder público medidas para eliminá-las, já que cabe ao estado organizar o seu sistema judicial de forma que a prestação jurisdicional seja feita em tempo razoável.

Adicionalmente, indicou que a Corte Interamericana de Direitos Humanos proferiu diversas sentenças condenatórias contra o Brasil em virtude de processos judiciais que se arrastam há anos sem solução. Nesse contexto, sustentou que as reiteradas condenações do Brasil perante a Corte impõem que o Superior Tribunal de Justiça se posicione sobre o tema.

Por fim, o Tribunal da Cidadania deu provimento ao recurso especial para restabelecer a sentença que condenou o estado do Amazonas ao pagamento de indenização por danos morais em razão da violação a diversos princípios constantes na Constituição Federal, entre os quais o da dignidade da pessoa humana, o da razoável duração do processo, o da eficiência, o da responsabilidade objetiva do estado pelos danos causados por seus agentes a terceiros e o da proteção integral à criança e ao adolescente.

O posicionamento do Superior Tribunal de Justiça sobre o tema é de grande relevância e merece ser comemorado, pois, certamente, servirá de precedente para outros casos semelhantes julgados no Brasil.

De fato, se a estrutura do judiciário é deficitária, necessário é que o poder público se esforce para mudar tal realidade, uma vez que é ele também o destinatário das normas constitucionais e não pode, sob a desculpa de não possuir condições materiais, descumprir direitos erigidos a fundamentais pela Carta Magna, como o da razoável duração do processo.

A propósito, o estado brasileiro deve fornecer aos seus cidadãos um judiciário organizado e eficiente, capaz de cumprir a sua função jurisdicional. Caso não o faça, a responsabilização pelos danos decorrentes é medida que se impõe.

Contudo, conforme já exposto anteriormente, a responsabilidade do poder público não é irrestrita, ou seja, não decorre de qualquer atraso do processo, sendo necessário analisar o caso concreto para verificar se a demora foi ou não injustificada. Nesse sentido, os critérios adotados pela Corte Europeia de Direitos Humanos e pela Corte Interamericana de Direitos Humanos, quais sejam, a natureza do processo e a complexidade da causa, o comportamento das partes e de seus procuradores, e o comportamento das autoridades judiciárias e administrativas competentes, são verdadeiras bússolas para orientarem o julgador.

Importante é que não sejam consideradas letras mortas as previsões contidas no art. 5º, incisos XXXV e LXXVIII, da Carta Maior, as quais dispõem, respectivamente, que “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito” e que “a todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação”.

Por fim, vale lembrar novamente que os direitos fundamentais arrolados pela Constituição Federal possuem aplicabilidade imediata e irradiam efeitos sobre o processo. Dessa forma, não é o princípio da razoável duração do processo norma meramente programática de aplicação opcional. Portanto, a sua violação produz efeitos diretamente no mundo jurídico, como a responsabilização civil pelo retardamento injustificado do processo.

CONCLUSÃO

A morosidade no julgamento dos processos submetidos ao Poder Judiciário é, infelizmente, uma realidade capaz de ocasionar danos aos jurisdicionados. Em virtude disso, não é raro nos depararmos com pessoas que preferem deixar problemas sem solução do que ingressar com ações judiciais, as quais, além de custosas, podem demorar anos para serem decididas, mesmo não detendo qualquer complexidade.

Essa demora na prestação jurisdicional traz, ainda, diversos impactos negativos para o país, como o descrédito do Poder Judiciário perante a população e o comprometimento da segurança jurídica.

Demonstrou-se na presente pesquisa que a prestação jurisdicional em tempo razoável deve ser garantida pelo Estado-Juiz, sob pena de sua responsabilização, uma vez que se trata de direito fundamental previsto em norma constitucional de aplicabilidade imediata (art. 5º, LXXVIII) e também em outros diplomas normativos, como no Código de Processo Civil (art.4º) e na Convenção Americana sobre Direitos Humanos, de 1969 (art. 8º, item 1).

No entanto, é preciso bastante cautela para responsabilizar o Estado, principalmente pelo fato de que o princípio da razoável duração do processo é formado por conceitos indeterminados, inexistindo parâmetros legais objetivos que delimitem os seus contornos. Ademais, existem algumas causas para a demora que não podem ser imputadas ao poder judiciário, como o comportamento protelatório das partes e a complexidade da demanda.

A propósito, verificou-se que a experiência internacional pode auxiliar os órgãos julgadores a traçarem os limites para a responsabilização. A Corte Interamericana de Direitos Humanos e a Corte Europeia de Direitos Humanos, por exemplo, têm utilizado os critérios da complexidade da causa, da conduta das partes e de seus procuradores e do comportamento das autoridades judiciárias e administrativas competentes, para apurar se o Estado foi mesmo o responsável pelos danos ocasionados pela demora na tramitação do processo.

Embora o Brasil não tenha muita tradição em responsabilizar o Estado pela violação ao princípio da razoável duração do processo, verificou-se que o Superior

Tribunal de Justiça, utilizando-se dos critérios elencados pelas citadas Cortes internacionais, deu um passo importante nesse sentido. O Tribunal da Cidadania deixou claro que os problemas estruturais do Poder Judiciário, como o número reduzido de servidores públicos e a ausência de infraestrutura, não são justificativas plausíveis para deixar de condenar o Estado pelos danos ocasionados por sua morosidade.

Nesse cenário, espera-se que decisões como essa sejam cada dia mais frequentes, e que a possibilidade de reparação civil incentive o Estado a solucionar os problemas estruturais do Poder Judiciário, o que, conseqüentemente, trará maior celeridade no julgamento dos processos, bem como a redução da reiterada violação ao princípio da razoável duração do processo.

REFERÊNCIAS

ARAUJO, Luiz Alberto David; NUNES JÚNIOR, Vidal Serrano. **Curso de Direito Constitucional**. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2005.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Promulgada em 05 de outubro de 1988. Vade Mecum. São Paulo: Saraiva, 2016.

BRASIL. **Lei 13.105, de 16 de março de 2015**. Vade Mecum. São Paulo: Saraiva, 2016.

BRASIL, Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial nº. 1.383.776 – AM**. Relator Og Fernandes. J. 06 set. 2018. Disponível em:
https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequecial=84075297&num_registro=201301405688&data=20180917&tipo=5&formato=PDF
. Acesso em: 04 jun. 2019.

CAHALI, Yussef Said. **Responsabilidade Civil do Estado**. 3.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

CARNEIRO JÚNIOR, Amílcar Araújo; WAMBIER, Luiz Rodrigues. **Uma contribuição para o estudo da razoável duração do processo**. Revista Jurídica (Porto Alegre. 1953) de Direito Civil e Processual Civil. São Paulo. ano 58. n. 396. p. 11-45. Out, 2010.

CNJ. **Conselho Nacional de Justiça**. Disponível em:

<<http://www.cnj.jus.br/files/conteudo/arquivo/2018/09/8d9faee7812d35a58cee3d92d2df2f25.pdf>>. Acesso em 26 fev. 2019.

CONSELHO DA EUROPA. **Convenção Europeia de Direitos Humanos**, 04

novembro 1950. Disponível em:<

<http://www.oas.org/es/cidh/expresion/showarticle.asp?artID=536&lID=4>> . Acesso em 29 fev. 2019.

CORTEIDH. **Corte Interamericana de Direitos Humanos**. Disponível em

<<http://www.corteidh.or.cr/cf/Jurisprudencia2/index.cfm?lang=es>>. Acesso em: 27 ago. 2019.

GOMES, Luiz Flávio. **As garantias mínimas do devido processo criminal nos sistemas jurídicos brasileiro e interamericano: estudo introdutório**. Coord. Flávia Piovesan. Disponível em:

<http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_203_por.pdf>. Acesso em: 15 jul. 2019.

MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

MOREIRA, Rômulo de Andrade. **A corte Europeia de Direitos Humanos e o excesso prazal: o caso polonês, 2015**. Disponível em <https://jus.com.br/artigos/40893/a-corte-europeia-de-direitos-humanos-e-o-excesso-prazal>. Acesso em: 27 ago. 2019.

NEVES, Daniel Amorim Assumpção. **Manual de Direito Processual Civil**. 10. ed. Salvador: JusPodivm, 2018.

ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS. **Convenção Americana sobre direitos humanos**, 22 novembro 1969. Disponível em: <
https://www.cidh.oas.org/basicos/portugues/c.Convencao_Americana.htm>. Acesso em 29 ago. 2019.

WAMBIER, Luiz Rodrigues. **A Responsabilidade Civil do Estado Decorrente de Atos Jurisdicionais**. Revista dos Tribunais, São Paulo, v. 633, p. 34-42, jul. 1988.

EFICIÊNCIA TÉCNICA E DE ESCALA NA AGROPECUARIA DO ESTADO DE MATO GROSSO (MT), BRASIL.

TECHNICAL AND SCALE EFFICIENCY IN THE AGRICULTURE OF THE STATE OF MATO GROSSO (MT), BRAZIL.

Jorge Luis Triana Riveros
Lizeth Cristina Chatez Ortega
Manuel Guzman Muñoz

Resumo: O presente artigo tem como propósito analisar a eficiência técnica e os retornos a escala na produção agropecuária dos municípios do Estado de Mato Grosso (MT), Brasil, identificando aqueles que utilizam da maneira mais ótima possível os recursos disponíveis em seus territórios. Para esse fim é empregada uma Análise Envoltória de Dados – DEA, com o propósito de obter um melhor panorama da eficiência técnica e de escala realizando uso de um mapa de georeferenciamento. Os resultados evidenciam que o Estado de Mato Grosso conta com 21 municípios que se podem considerar *Benchmarks*, quanto os retornos constantes de escala, já em relação aos retornos variáveis de escala os municípios considerados tecnicamente aumentam para 33. Do mesmo modo, se identificou a quantidade de municípios que operam em retornos crescentes ou decrescentes de escala, o qual permite sugerir o aumento ou a diminuição da produção.

Palavras chave: Eficiência técnica, Competitividade, Retornos à escala, Produção agropecuária, Agronegócios, Análise Envoltória de Dados, Mato Grosso.

Abstract: The general goal of this article is to analyze the technical efficiency and returns to scale in the agricultural production of the municipalities of the State of Mato Grosso (MT), Brazil, by identifying those resources in their territories as optimally as possible. For this purpose Data Envelopment Analysis (DEA) was used. In order to obtain a better overview of the technical and scale efficiency, georeferencing map was used. The results show that the State of Mato Grosso counts 21 municipalities that can be considered Benchmarks, as well as the constant returns to scale, however, in relation to the variable returns to scale the municipalities considered technically efficient increase to 33. Likewise, the quantity of municipalities that operate in increasing or decreasing returns of scale, which allows to increase or decrease the production of the production.

Keywords: Technical Efficiency, Competitiveness, Returns to scale, Agricultural production, agribusiness, Data Envelopment Analysis, Mato Grosso

1. INTRODUÇÃO

O setor agropecuário tem desempenhado um importante papel na economia brasileira (DE FREITAS e PINHEIRO, 2014). Nessa perspectiva, o Brasil está se

tornando a “nova fazenda do mundo”, aumentando significativamente as exportações de produtos do agronegócio nos últimos anos (CONTINI, 2014). O país contém vantagens comparativas que o fazem competitivo no mercado de alimentos a nível mundial. Além disso, é o produtor de mais baixo custo em uma importante cesta de produtos agrícolas (DE MELLO; FRISCHTAK; LAPLANE, 2014).

Uma das formas de determinar o desempenho de um país ou uma região é por meio da análise do indicador: Valor Bruto da Produção (VBP). No Brasil, de acordo com o Ministério da Agricultura, Pecuária e Abastecimento (MAPA) o VBP do ano 2015 foi de R\$ 473,2 bilhões, o qual representa 1% mais do que o obtido em 2014, tendo maior desempenho as lavouras, com uma representação de R\$ 303,34 bilhões e a pecuária com R\$ 169,88 bilhões. Em conformidade com a divulgação realizada pelo MAPA, o estado de Mato Grosso lidera o ranking nacional do VBP pelo segundo ano consecutivo, excedendo São Paulo. Assim sendo, Mato Grosso se consolida cada vez mais como um dos principais polos brasileiros de produção agropecuária. As culturas de algodão, milho, soja e a carne bovina representaram o 89% do faturamento bruto de Mato Grosso em 2015. O estado também é o maior produtor nacional dessas mercadorias, importantes itens na pauta de exportação brasileira (MAPA, 2015).

No mesmo sentido, afirmasse que a agropecuária brasileira nos últimos anos avançou consideravelmente, pela contribuição do cerrado brasileiro que fortaleceu sua capacidade produtiva. Mato Grosso sobressai nesse panorama, pela magnitude de seu território e por suas grandes áreas com topografia plana (MOMBACH, 2014).

Contudo, a ocupação do Cerrado somente foi possível pelos avanços nas pesquisas desenvolvidas para essa região, que possibilitaram a produção agrícola de novas variedades, (soja especialmente), acomodadas às condições do solo, clima e de latitude do cerrado (Sousa, 1990). Assim, a Região Centro-Oeste, especialmente Mato Grosso, foi se convertendo rapidamente, no principal polo de produção agrícola do Brasil. (DE FIGUEIREDO; DE BARROS; GUILHOTO, 2005).

Em razão da grande contribuição do setor agropecuário de Mato Grosso para a economia do Brasil, torna-se relevante analisar a eficiência técnica e de escala dos municípios do estado, além dos retornos crescentes, decrescentes ou constantes que pode apresentar cada um deles. De acordo com De Freitas e Pinheiro (2014), estudos que se propõem avaliar a eficiência técnica do setor agropecuário têm sido amplamente

realizados na literatura econômica. A importância desses estudos se relaciona com a identificação dos *benchmarks*, forçando que as unidades produtivas menos eficientes possam tomar como referência aquelas com melhores índices. Neste sentido, Almeida (2012) afirma que a identificação de ineficiências é relevante na busca da competitividade no setor agropecuário.

Ao momento de avaliar a eficiência existem diferentes abordagens, as quais partem de diversas concepções,—relacionadas ao momento histórico acontecido, assim, perante a revolução verde sucedida de 1960 a 1980, a função de produção e os índices de produtividade total dos fatores, foram as mais utilizadas. Desse modo, nos últimos três decênios a produtividade dos principais cereais (arroz, trigo e milho) tornou-se fundamental e resultou da incorporação dos progressos científicos, que potenciaram o rendimento dos cultivos (FAO, 1996).

No entanto, os enfoques desconhecem as externalidades (positivas ou negativas),—próprias dos processos agropecuários atuais, submergidos em entornos e mercados globalizados e cambiantes. Supõem assim, que todas as unidades produtivas funcionam eficientemente, alcançando a fronteira de produção potencial (BECERRIL-TORRES; RODRIGUEZ; RAMIREZ, 2011), sem embargo, mais recentemente se tem certeza da existência de *brechas de eficiência*, propiciadas pela não realização das melhores práticas no processo produtivo.

Neste sentido, têm surgido novas interpelações, as quais pretendem medir a eficiência através da comparação entre os valores observados e os valores ótimos de seus produtos (saídas) e recursos (insumos). A comparação pode ser feita, em linhas gerais, pela razão entre produção observada e a produção potencial máxima alcançável (DOS SANTOS; DIAS; SOARES, 2009). Então, uma das metodologias não paramétricas, que permite gerar essa análise é a DEA (Análise Envoltória de Dados), a qual é um recurso de aprimoramento, constituído para medir a eficiência relativa a partir das unidades organizacionais (PERDOMO; MENDIETA, 2007). Entendendo-as como qualquer sistema produtivo que transforme insumos em produtos (PROVEZANO et al., 2010), tais como grupos empresariais, empresas individuais, departamentos, divisões ou unidades administrativas (RIBERO; DA CRUZ; DOS SANTOS, 2012), além de,—países, estados, regiões, municípios, etc.

Segundo Gomez (2008), a agricultura é uma das principais áreas estudadas com essas abordagens, especialmente na análise da eficiência técnica, o qual evidencia a pertinência da utilização do método na realização do presente estudo. Por outra parte, no Estado de Mato Grosso, aconteceram algumas pesquisas relacionadas com a eficiência. Alves, Rodriguez e Zavala (2008) investigaram a eficiência em assentamentos rurais com DEA; Dias e De Figueiredo (1996), estudaram a eficiência técnica, numa comparação entre grandes e pequenas propriedades agropecuárias, através de regressão linear múltipla; Dias e Mendes (2002) pesquisaram sobre a eficiência técnica em arroz de sequeiro no Sorriso (MT) e finalmente, Pereira, Maya e Camilot (2007) identificaram a eficiência técnica na suinocultura também com regressão linear múltipla.

As referidas investigações foram constatadas mediante indagação de artigos, na base de dados da CAPES (Coordenação de aperfeiçoamento de pessoal de nível superior), utilizando na pesquisa as palavras: *Data Envelopment Analysis*, Mato Grosso, Eficiência técnica e DEA, além disso, sublinhasse que a pesquisa não delimitou ano algum. Evidenciando-se assim, uma lacuna de investigação, em termos de atualidade e utilização da Analise Envoltória de Dados no Estado de Mato Grosso.

O presente artigo apresenta como objetivo, a mensuração da eficiência técnica e de escala do setor agropecuário no estado de Mato Grosso, permitindo determinar a maneira como se relacionam os fatores produtivos e assim identificar os municípios com as melhores práticas e os que ainda têm a possibilidade de melhorar. Por fim, a estruturação do artigo baseia-se, na presente introdução. A seção 2 oferece o referencial teórico metodológico, assim como a natureza dos dados. Os resultados são apresentados e discutidos na seção 3. A seção 4 apresenta as conclusões fundamentais do trabalho.

2. CONCEITO DE EFICIÊNCIA E MÉTODO DEA

O processo produtivo agropecuário constitui-se em um conjunto de relacionamentos, acontecidos no setor primário da economia, que permitem com a tecnologia existente, alcançar uma produtividade em termos de plantio e produção animal. Esses relacionamentos estão sujeitos à ligação entre os insumos utilizados e a obtenção dos produtos finais. Nesta perspectiva, o estudo da eficiência é concebido a

partir da tecnologia de produção disponível, pela qual em um processo produtivo, os insumos (inputs) são convertidos em produtos ou saídas (outputs) (ROSANO-PEÑA; DAHER; DE MEDEIROS, 2013). Esse processo de produção determina o conjunto das combinações de insumos e produtos tecnologicamente viáveis, os quais constituem a fronteira do Conjunto de Possibilidades de Produção – CPP (DIAS; MENDES, 2002).

Neste sentido, o conceito de eficiência confronta o que foi produzido, dado os insumos disponíveis, com o que poderia ser produzido com os mesmos *inputs* (SOARES DE MELLO et al., 2005). De acordo com Rosano-Peña, Albuquerque e Daher (2012), o índice de eficiência desenvolvido por Farrell (1957) é alcançado através da comparação das unidades produtivas (DMUs - Decision Making Units) com as unidades eficientes, o qual também permite medir a ineficiência em relação a distância que separa essa unidade da fronteira do CPP, estabelecida pelas combinações de produção mais eficientes.

Desta forma, é preciso conhecer a classificação da eficiência, feita por Farrell (1957), em três tipologias: (i) eficiência técnica: refere-se ao uso da menor quantidade de fatores possível para gerar um dado conjunto de produtos, ou o máximo nível de produção factível com uma determinada quantidade de insumos; (ii) eficiência alocativa: acontece quando a empresa combina os recursos adequadamente, diminuindo os custos ou maximizando as receitas; (iii) eficiência global ou econômica: quando existem, ao mesmo tempo, as duas eficiências precedentes.

Em relação às técnicas mais utilizadas na determinação das fronteiras eficientes e os níveis de eficiência das unidades produtivas se distinguem os métodos paramétricos e não paramétricos, a Análise Envoltória de Dados (Data Envelopment Analysis-DEA) é um método não paramétrico que estabelece a curva de eficiência por meio da programação matematizada de otimização (PEÑA, 2008). Esse método dispõe como base o conceito de eficiência proposto por Farrell (ROSANO-PEÑA; ALBUQUERQUE, DAHER, 2012). Mas, o desenvolvimento do método no ano de 1978, é conferido a Charnes, Cooper e Rhodes (PEÑA, 2008).

A abordagem DEA, tem dois modelos básicos, um deles é o criado por Charnes, Cooper e Rhodes (1978) o que foi nominado CCR (sigla dos nomes dos autores). Este modelo é baseado em retornos constantes de escala (RCE) e o outro modelo foi criado por Banker, Charnes e Cooper (1984) chamado BCC o qual foi

desenvolvido para abarcar retornos variáveis de escala (RVE)(DE AZEVEDO et al., 2012).

Segundo Coelli (1996), emprega-se RCE quando as DMUs atuam em escala ótima. Contudo, quando se tem um cenário de competição imperfeita, restrições financeiras, ou tamanhos diferentes nas DMUs, é mais apropriado assumir RVE. Do mesmo modo, Meza et al.(2015) afirmam que a principal característica do modelo BCC é que ele permite retornos variáveis de escala, evitando possíveis problemas causados por situações de competição imperfeita.

Outro aspecto importante são as orientações radiais para esses modelos, as quais podem ser: i) orientação a *inputs*, quando o objetivo é minimizar os recursos disponíveis, com igual nível de produção, ii) orientação a *outputs*, quando o objetivo é aumentara produção, com os mesmos recursos (GOMEZ; MANGABEIRA;DE MELLO, 2005).Para o caso do presente estudo, tendo em conta a diferença da dimensão das DMUs, torna-se adequado o modelo de RVE orientado ao produto.

Mas, considerando que a aplicação somente do modelo RVE não permite estabelecer se a DMU opera em uma área de rendimentos crescentes ou decrescentes, se faz necessário também empregar o modelo RCE, para desta forma não apenas calcular a eficiência técnica, mais também estabelecer a eficiência de escala das DMU (BECERRIL-TORRES; RODRÍGUEZ; RAMÍREZ, 2011). Neste sentido, Peña (2008) apresenta a formulação algébrica do modelo de retornos constantes orientado ao produto:

$$Min h_o = \sum_{r=1}^m v_r x_{ro}$$

Sujeito a

$$\sum_{i=1}^n u_i y_{io} = 1$$

$$\sum_{r=1}^m u_i y_{rj} \leq \sum_{i=1}^n v_i x_{ij} \quad j = 1, \dots, o, \dots, N$$

$$u_r, v_i \geq 0 \quad r = 1, \dots, m; \quad i = 1, \dots, n$$

Como dito acima, pela disparidade das DMUs analisadas no presente estudo, essa análise pode-se enriquecer com a utilização do modelo com retornos

variáveis de escala (RVE), onde ao maximizar a produção em relação aos mesmos níveis de insumos (orientação ao produto), se tem a seguinte formulação:

$$\text{Min } h_o = \sum_{r=1}^m v_r x_{ro} + v_o$$

Sujeito a

$$\sum_{i=1}^n u_i y_{io} = 1$$

$$\sum_{r=1}^m u_i y_{rj} - \sum_{i=1}^n v_i x_{ij} - v_o \leq 0 \quad j = 1, \dots, o, \dots, N$$

$$u_r, v_i \geq 0 \quad r = 1, \dots, m; \quad i = 1, \dots, n$$

A

o

comparar os resultados obtidos nos modelos, se estabeleceram as DMUs com porte ideal de eficiência, se uma DMU é eficiente no sentido de RCE, então, a DMU acaba sendo eficiente em nível de escala como tecnicamente (BECERRIL-TORRES; RODRÍGUEZ; RAMÍREZ, 2011).

O processamento dos dados será feito com uma ferramenta computacional, que permite a análise da eficiência na produção baseado em DEA, essa ferramenta chama-se “DEAPVersão 2.1”, é de uso livre e foi desenvolvida por o Centro para Eficiência e Análise de Produtividade (CEPA). Além disso, a fim de obter um melhor panorama da eficiência técnica e de escala dos municípios do Estado de Mato Grosso se fez uso de um mapa de georeferenciamento, gerado a partir do Software de Análise Estatística Espacial do Ipea (ipeaGEO).

3. DEFINIÇÃO DAS VARIÁVEIS

Para a aplicação da ferramenta DEA no presente estudo, é preciso definir as variáveis que permitiram a análise. Nesta perspectiva, ressalta-se que de acordo a Abreu, Gomes e Santos, (2005), a vantagem do método DEA frente a outros modelos de medição de eficiência, é a capacidade de analisar múltiplos inputs (entradas) e múltiplos outputs (saídas), o qual permite o relacionamento de diferentes variáveis relevantes na mensuração da eficiência no setor agropecuário. Assim, foram estabelecidos como DMUs os 141 municípios do estado de Mato Grosso, as variáveis empregadas, escolheram-se cinco:

Input 1: Despesa de custeio.
Input 2: Capital (10% do investimento).
Input 3: Total de trabalhadores.
Input 4: Área total dos estabelecimentos.
Output 1: Produção vegetal.
Output 2: Produção animal.

A escolha dos inputs e outputs se justifica com base no objetivo deste estudo; porque de acordo com Gomez (2008) as variáveis de maior análise usualmente usadas na modelagem DEA na área agrícola,—são as que representam as relações clássicas de capital e trabalho, em quanto aos inputs, as mais comuns são mão-de-obra, área usada na atividade agrícola, capital, insumos agrícolas e máquinas e equipamentos. Do mesmo modo, a autora supramencionada afirma que em relação aos produtos do modelo DEA, as variáveis usualmente mais empregadas são a produção animal e/ou vegetal. Por conseguinte, os inputs e outputs escolhidos no presente estudo,—são pertinentes para a realização da análise proposta. O banco de dados utilizado no estudo é levantado pelo Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE), no censo agropecuário do ano 2006.

4. RESULTADOS E DISCUSSÕES

Os resultados obtidos se encontram na Tabela 1, Cabe destacar, que a pontuação é apresentada em termos relativos; com valores iguais ou menores à unidade. Essa pontuação indica o nível de eficiência do município. Neste sentido, os valores iguais à unidade indicam eficiência técnica ou de escala e a obtenção de valores menores que a unidade sugere ineficiência. Da mesma forma, a Tabela 1 permite a realização de uma análise comparativo em relação aos resultados dos municípios (DMUs) em termos de retornos variáveis e retornos constantes de escala.

Das 141 DMUs analisadas, 33 apresentam eficiência técnica com RVE, fato que permite determinar que esses municípios governam de maneira satisfatória os seus recursos. Dessas, 21 são unidades com porte ideal de eficiência que podem ser consideradas como *Benchmark*, pois, produzem em escala constante (ótima). Pelo contrário, os 12 municípios restantes trabalharam com portes inadequados: sete em retornos crescentes o qual sugere que a escala de produção pode aumentar e cinco em rendimentos decrescentes fato que indica que a produção está acima do porte ideal.

Por outro lado, 108 DMUs não conseguem empregar da melhor forma possível os fatores disponíveis e evidenciam ineficiência técnica pura (RVE). Destas DMUs, somente dez atuam em nível ótimo alcançando eficiência de escala. As outras 98 operaram com porte inapropriado, 53 em retornos decrescentes e 45 em retornos crescentes, razão pela qual são caracterizadas como completamente ineficientes.

No setor analisado, a eficiência técnica média dos municípios do Estado de Mato Grosso com RCE é de 0,67, o qual indica que ainda se pode expandir a produção agropecuária fazendo um melhor uso dos fatores produtivos, tendo em conta que a análise foi feita com orientação ao produto, pode-se estabelecer que a produção agropecuária do estado tenha possibilidade de aumentar sua produtividade animal e vegetal em 33% com os mesmos insumos.

Tabela 1 – Eficiência técnica e retorno à escala dos municípios de Mato Grosso. Ano 2006

Municípios	RCE	RVE	Escala	Municípios	RCE	RVE	Escala
1. Aripuanã	0.633	0.655	Decrescente	37. Nobres	0.69	0.693	Crescente
2. Brasnorte	0.471	0.482	Decrescente	38. Nova Mutum	1	1	Constante
3. Castanheira	0.545	0.549	Decrescente	39. Nova Ubiratã	0.266	0.479	Decrescente
4. Colniza	0.355	0.408	Decrescente	40. Santa Rita do Trivelato	0.939	0.989	Crescente
5. Cotriguaçu	0.377	0.393	Decrescente	41. Sorriso	0.592	1	Decrescente
6. Juína	0.579	0.685	Decrescente	42. Tapurah	0.645	0.661	Decrescente
7. Juruena	0.421	0.421	Constante	43. Cláudia	0.441	0.443	Crescente
8. Rondolândia	0.791	0.811	Decrescente	44. Feliz Natal	0.347	0.411	Crescente
9. Alta Floresta	0.797	0.96	Decrescente	45. Itaúba	0.756	0.765	Crescente
10. Apiacás	0.707	0.708	Crescente	46. Marcelândia	0.414	0.435	Decrescente
11. Carlinda	0.592	0.692	Decrescente	47. Nova Santa Helena	0.764	0.771	Crescente
12. Nova Bandeirantes	0.795	0.885	Decrescente	48. Santa Carmem	0.307	0.307	Constante
13. Nova Monte Verde	0.601	0.625	Decrescente	49. Sinop	0.349	0.349	Constante
14. Paranaíta	0.525	0.592	Decrescente	50. União do Sul	0.301	0.336	Crescente
15. Colíder	0.886	1	Decrescente	51. Vera	0.606	0.636	Crescente
16. Guarantã do Norte	0.558	0.584	Decrescente	52. Gaúcha do Norte	0.453	0.465	Decrescente
17. Matupá	0.513	0.6	Decrescente	53. Nova Brasilândia	0.788	0.79	Crescente
18. Nova Canaã do Norte	0.688	0.78	Decrescente	54. Paranatinga	0.425	0.431	Decrescente
19. Nova Guarita	0.821	0.823	Crescente	55. Planalto da Serra	0.722	0.773	Crescente
20. Novo Mundo	0.532	0.568	Decrescente	56. Alto Boa Vista	0.759	0.767	Crescente
21. Peixoto de Azevedo	0.588	0.607	Decrescente	57. Bom Jesus do Araguaia	0.552	0.557	Crescente
22. Terra Nova do Norte	0.732	0.854	Decrescente	58. Canabrava do Norte	0.62	0.621	Crescente
23. Campo Novo do Parecis	0.731	1	Decrescente	59. Confresa	0.499	0.593	Decrescente
24. Campos de Júlio	0.69	0.71	Decrescente	60. Luciára	0.974	1	Crescente
25. Comodoro	0.484	0.535	Decrescente	61. Novo Santo Antônio	0.248	0.303	Crescente
26. Diamantino	1	1	Constante	62. Porto Alegre do Norte	0.816	0.829	Decrescente
27. Sapezal	0.827	1	Decrescente	63. Ribeirão Cascalheira	0.564	0.566	Crescente
28. Juara	0.639	0.646	Decrescente	64. Santa Cruz do Xingu	0.847	0.87	Crescente
29. Nova Maringá	0.407	0.41	Crescente	65. Santa Terezinha	0.902	0.914	Decrescente
30. Novo Horizonte do Norte	0.633	0.771	Crescente	66. São Félix do Araguaia	0.743	0.75	Decrescente
31. Porto dos Gaúchos	0.398	0.4	Crescente	67. São José do Xingu	1	1	Constante
32. São José do Rio Claro	0.23	0.265	Decrescente	68. Serra Nova Dourada	0.508	1	Crescente
33. Tabaporã	0.461	0.483	Decrescente	69. Vila Rica	0.653	0.722	Decrescente
34. Ipiranga do Norte	0.584	0.631	Decrescente	70. Água Boa	0.649	0.737	Decrescente

35. Itanhangá	0.413	0.418	Crescente	71. Campinópolis	0.613	0.653	Decrescente
36. Lucas do Rio Verde	0.893	0.893	Decrescente	72. Canarana	0.591	0.606	Decrescente

Tabela 1 - Continuação...

Municípios	RCE	RVE	Escala	Municípios	RCE	RVE	Escala
73. Nova Nazaré	0.365	0.372	Crescente	108. Acorizal	0.439	0.647	Crescente
74. Nova Xavantina	1	1	Constante	109. Jangada	1	1	Constante
75. Novo São Joaquim	0.375	0.375	Constante	110. Rosário Oeste	0.509	0.517	Decrescente
76. Querência	0.796	0.953	Decrescente	111. Chapada dos Grãos.	0.584	0.638	Decrescente
77. Santo Antônio do Leste	1	1	Constante	112. Cuiabá	0.52	0.552	Decrescente
78. Araguaiana	1	1	Constante	113. Nossa S. do Livmnto.	0.384	0.384	Constante
79. Barra do Garças	1	1	Constante	114. S. A. do Leverger	0.486	0.693	Decrescente
80. Cocalinho	0.957	0.957	Constante	115. Várzea Grande	0.502	1	Crescente
81. Conquista D'Oeste	0.777	0.801	Crescente	116. Barão de Melgaço	1	1	Constante
82. Nova Lacerda	0.907	0.919	Crescente	117. Cáceres	0.523	0.581	Decrescente
83. Pontes e Lacerda	0.778	0.948	Decrescente	118. Curvelândia	0.582	1	Crescente
84. Vale de São Domingos	1	1	Constante	119. Poconé	0.861	0.906	Crescente
85. V. B. da S. Trindade	1	1	Constante	120. Campo Verde	1	1	Constante
86. Barra do Bugres	0.45	0.648	Decrescente	121. Primavera do Leste	0.81	0.926	Decrescente
87. Denise	0.274	0.275	Crescente	122. Araguaína	0.926	1	Crescente
88. Nova Olímpia	1	1	Constante	123. General Carneiro	0.643	0.673	Crescente
89. Porto Estrela	0.48	0.48	Constante	124. Guiratinga	0.559	0.559	Constante
90. Tangará da Serra	0.706	1	Decrescente	125. Pontal do Araguaia	1	1	Constante
91. Araputanga	1	1	Constante	126. Ponte Branca	0.699	0.699	Crescente
92. Figueirópolis D'Oeste	0.981	0.984	Crescente	127. Poxoréo	0.626	0.7	Decrescente
93. Glória D'Oeste	0.767	0.787	Crescente	128. Ribeirãozinho	0.755	1	Crescente
94. Indiavaí	1	1	Constante	129. Tesouro	0.574	0.58	Crescente
95. Jauru	0.97	0.991	Decrescente	130. Torixoréu	0.554	0.576	Crescente
96. Lambari D'Oeste	0.703	0.814	Crescente	131. Dom Aquino	0.744	0.774	Crescente
97. Mirassol d'Oeste	0.899	0.914	Decrescente	132. Itiquira	0.598	0.687	Decrescente
98. Porto Esperidião	1	1	Constante	133. Jaciara	0.511	0.568	Crescente
99. Reserva do Cabaçal	1	1	Constante	134. Juscimeira	0.476	0.477	Crescente
100. Rio Branco	0.899	1	Crescente	135. Pedra Preta	0.75	0.96	Decrescente
101. Salto do Céu	1	1	Constante	136. Rondonópolis	0.691	0.957	Decrescente
102. S. José dos Q. Marcos	1	1	Constante	137. São José do Povo	1	1	Constante
103. Alto Paraguai	0.522	0.522	Crescente	138. São Pedro da Cipa	0.604	1	Crescente
104. Arenópolis	0.686	0.863	Crescente	139. Alto Araguaia	0.556	0.556	Constante

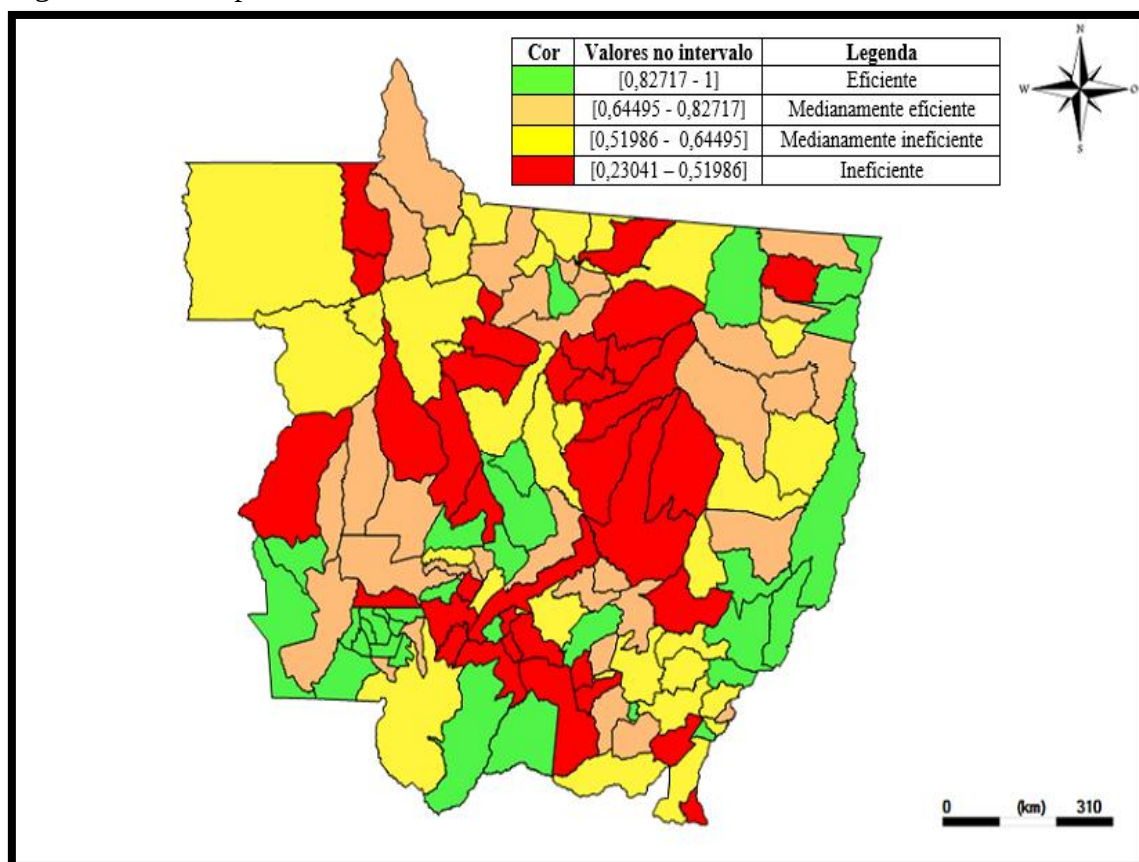
105. Nortelândia	0.729	0.742	Crescente	140. Alto Garças	0.44	0.44	Constante
106. Nova Marilândia	0.581	0.593	Crescente	141. Alto Taquari	0.473	0.607	Crescente
107. Santo Afonso	0.764	0.792	Crescente				

Fonte: Resultados da pesquisa

Para uma melhor visualização na Figura 1 se podem identificar por quartís estatísticos, de acordo ao mapa de georeferenciamento gerado pelo programa ipeaGEO, os municípios mais e menos eficientes, realçando que os 21 municípios considerados como *Benchmark* determinados através de RCE, se encontram dentro do primeiro intervalo enfatizado em verde, eles são: Nova Olímpia, Araputanga, Salto do Céu, Santo Antônio do Leste, Vila Bela da Santíssima Trindade, Vale de São Domingos, Indiavaí, Nova Xavantina, Barão de Melgaço, Porto Esperidião, Barra do Garças, Campo Verde, Diamantino, São José dos Quatro Marcos, Reserva do Cabaçal, São José do Povo, São José do Xingu, Nova Mutum, Araguaiana, Pontal do Araguaia, Jangada.

Por outro lado, entre os municípios menos eficientes identificados com a cor vermelha: São José do Rio Claro, Novo Santo Antônio, Nova Uribitã, Denise, União do Sul, entre outros.

Figura 1 - Municípios do Estado de MG com eficiência técnica e de escala com RCE



Fonte: Elaboração própria com dados do censo agropecuário de IBGE 2006

5. CONCLUSÕES

Tendo em conta a importância do estado de Mato Grosso no setor agropecuário brasileiro, a análise feita evidencia um potencial de desempenho ainda maior posto que, os municípios com eficiência técnica e de escala são poucos, considerando a quantidade total dos municípios do estado.

Especificamente, têm destaque os municípios de Nova Olímpia e Araputanga, os quais contam com as melhores práticas e podem ser considerados *benchmarks*, pois, são as unidades de maior frequência de referência para os outros municípios¹.

Ademais, verificou-se a existência de maior quantidade de municípios operando com retornos decrescentes de escala, o qual significa que essas unidades se encontram superdimensionadas.

Por fim, se sugere que em estudos subsequentes sejam identificados os fatores que influenciam ou determinam a eficiência técnica do setor agropecuário e que podem contribuir na consecução de um melhor desempenho e competitividade dos municípios.

BIBLIOGRAFIA

ABREU, U. GOMES, E. SANTOS, H. Análise envoltória de dados e métodos de seleção de variáveis para avaliação sistêmica da introdução de tecnologias na pecuária de gado de corte do Pantanal, 2005. Disponível em: <<http://www.din.uem.br/sbpo/sbpo2005/pdf/arg0001.pdf>> Acesso em: 20 Maio 2019.

ALMEIDA, P. N. A. *Fronteira de produção e eficiência técnica da agropecuária brasileira em 2006*. Piracicaba, SP: 2012. 205 f. Tese (Doutorado em Economia Aplicada) – Escola Superior de Agricultura “Luiz de Queiroz”, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2012.

BANKER, R. D.; CHARNES, A.; COOPER, W. W. Some models for estimating technical scale inefficiencies in data envelopment analysis. *Management Science*, v. 30, n. 9, p.1078-1092, 1984.

¹O programa DEAP, calcula as unidades que servem de referência para outras unidades no melhoramento da sua eficiência, do mesmo modo, calcula a frequência com que uma unidade serve de referência para as outras.

BECERRIL, O. RODRIGUEZ, G. RAMIREZ, J. *Eficiencia técnica del sector agropecuario de México: Una perspectiva de análisis envolvente de datos*, Mérida (Venezuela), 2011. Disponível em: <<http://www.redalyc.org/articulo.oa?id=195621325004>>. Acesso em: 27 Abril 2019.

COELLI, T. J. *A guide to DEAP version 2.1: a Data Envelopment Analysis (computer) program*. Armidale: University of New England, 1996. Disponível em: <<http://www.uq.edu.au/economics/cepa/deap.php>>. Acesso em: 03 Maio 2019.

CONTINI, E. Exportações na dinâmica do agronegócio brasileiro. In: MÁRCIO, A. ALVES, E. DA SILVEIRA, J. M. NAVARRO, Z. *O mundo rural no Brasil do século 21*. 1. Ed. Brasília, DF, 2014.

CUMBRE MUNDIAL SOBRE ALIMENTACIÓN, 1996, Roma. *Enseñanzas de la revolución verde: hacia una nueva revolución verde*, FAO, 1996. Disponível em: <<http://www.fao.org/docrep/003/w2612s/w2612s06.htm>>. Acesso em: 08 Abril 2019.

CHARNES, A.; COOPER, W. W.; RHODES, E. Measuring the efficiency of decision making units. *European Journal of Operational Research*, v. 2, p. 429-444, 1978.

DE AZEVEDO, G. COSTA, M. AIZEMBERG, L. QUINTANILHA, J. CORREIA, J. Uso de análise envoltória de dados para mensurar eficiência temporal de rodovias federais concessionadas. *Journal of Transport Literature*, v.6 n.1 p. 37-56, Jan. 2012.

DE FIGUEIREDO, M. DE BARROS, A. GUILHOTO, J. Relação econômica dos setores agrícolas do Estado do Mato Grosso com os demais setores pertencentes tanto ao Estado quanto ao restante do Brasil. *Revista de Economia e Sociologia Rural*, Brasília, v. 43, n. 3, p. 557-575, Sept.2005.

DE FREITAS, W. PINHEIRO, E. Eficiência técnica e de escala da agropecuária no estado do Ceará. 2014. *Cadernos de Ciências Sociais Aplicadas*. Disponível em: <<http://periodicos.uesb.br/index.php/cadernosdeciencias/article/viewFile/4923/4718>>. Acesso em: 28 Abril 2019.

DE MELLO, L. FRISCHTAK, C. LAPLANE, M. *Instituto de Economia da UNICAMP & Vale S.A. Virtual Books*, 2014. Disponível em: <<http://epge.fgv.br/conferencias/seminario-livro-pcde-2015/files/livro-producao-de-commodities-e-desenvolvimento-economico.pdf>>. Acesso em: 30 Abril 2019.

DIAS, B. MENDES. C. Eficiência Técnica: Arroz de Sequeiro: Sorriso (MT). *Revista de Estudos Sociais*, v. 4, n. 8, p. 37-51, 2011

DOS SANTOS, C. DIAS, F. SOARES, R. *Eficiência técnica no setor agropecuário das microrregiões do Mato Grosso do Sul, Campo Grande - MS (Brasil)*, 2010. Disponível em:

<<http://www.sober.org.br/palestra/15/729.pdf>>. Acesso em: 22 Abril 2019.

FARRELL, M. J. The measurement of productive efficiency. *Journal of the Royal Statistics Society, Londres, Series A (General)*, v. 120, n. 3, p. 253-290, 1957.

GOMEZ, E. G. Uso de modelos DEA em agricultura: revisão da literatura. *ENGEVISTA*, v. 10, n. 1, p. 27-51, junho 2008.

GOMEZ, E. MANGABEIRA, J. DE MELLO, J. *Análise de envoltória de dados para avaliação de eficiência e caracterização de tipologias em agricultura: um estudo de caso*, 2005. Disponível em: <<http://dx.doi.org/10.1590/S0103-20032005000400001>>. Acesso em: 6 Junho 2019.

MEZA, L. A. VALÉRIO, R. P. DE MELLO, J. Assessing the efficiency of sports in using financial resources with DEA models. *Procedia Computer Science*, v.55, p. 1151-1159, 2015.

MOMBACH, M. *Silagem de grão de milho triturado e reidratado contendo glicerina bruta e inoculante microbiano*. Tese (Mestrado em Zootecnia) – Instituto de Ciências Agrárias e Ambientais. Programa de Pós-Graduação em Zootecnia. Mato Grosso: Universidade Federal de Mato Grosso, 2014.

MINISTÉRIO DA AGRICULTURA, PECUÁRIA E ABASTECIMENTO. *Informação e documentação: Valor da produção agropecuária de 2015*. Brasília, DF. 2015.

MINISTÉRIO DA AGRICULTURA, PECUÁRIA E ABASTECIMENTO. *Informação e documentação: Mato Grosso lidera ranking nacional do valor bruto da produção*. Brasília, DF. 2015.

PEÑA, C. R. Um modelo de avaliação da eficiência da administração pública através do método análise envoltória de dados (DEA). *Rev. adm. contemp.* [online]. 2008, vol.12, n.1, pp.83-106. ISSN 1982-7849.

PERDOMO, J. MENDIETA, J. *Factores que afectan la eficiencia técnica y asignativa en el sector cafetero colombiano: una aplicación con análisis envolvente de datos*, Bogotá, 2007. Disponível em: <https://economia.uniandes.edu.co/images/archivos/pdfs/Articulos_Revista_Develop_y_Sociedad/Articulo60_2.pdf>. Acesso em: 8 Abril 2019.

PROVEZANO, A. ALCANTARA, J. ABRANTES, A. SOARES, J. *Medidas de eficiência na agropecuária de Minas Gerais: fluxo de despesas ou estoque de capital?* Campo Grande - MS (Brasil), 2010. Disponível em: <<http://www.sober.org.br/palestra/15/724.pdf>> Acesso em: 14 Abril 2019.

RIBERO, M. DA CRUZ, W. DOS SANTOS, A. Eficiência técnica e retornos à escala na agropecuária da região sul de Minas Gerais. *Sociedade Brasileira de Economia*,

Administração e Sociologia rural, 2012. Disponível em:
<<http://www.sober.org.br/palestra/12/02P146.pdf>>. Acesso em: 14 Abril 2019.

ROSANO-PEÑA, C. DAHER, C.E. RIBEIRO DE MEDEIROS, O. Ecoeficiência e Impacto da Regulação Ambiental na Agropecuária Brasileira com Funções Distância Direcionais. *XXXVII Encontro da ANPAD*. Rio de Janeiro/ RJ -7 a 11 de setembro de 2013.

ROSANO-PEÑA, C.; ALBUQUERQUE, P. H. M.; DAHER, C. E. Dinâmica da produtividade e eficiência dos gastos públicos na educação dos municípios goianos. *Revista de Administração Contemporânea*, Rio de Janeiro, v. 16, n. 6, p. 845-865, nov./dez. 2012.

SOUSA, I.S.F. Condicionantes da modernização da soja no Brasil. *Revista de Economia e Sociologia Rural*, Brasília, v. 28, n. 2, p. 175-212, 1990.

SOARES DE MELLO, J. C. C. B.; MEZA, A. L.; GOMES, E.G.; NETO, L. B. Curso de Análise de Envoltória de Dados. In: *CONGRESSO BRASILEIRO DE PESQUISA OPERACIONAL*, 37. Gramado - RS, 2005.

O DEVER DE MOTIVAÇÃO DAS DECISÕES JUDICIAIS EM FACE DO LIVRE CONVENCIMENTO: ANÁLISE EM UM UNIVERSO DE JUDICIALIZAÇÃO DA POLÍTICA E ATIVISMO JUDICIAL - O SUJEITO SOLIPSISTA QUE NÃO SE ADMITE.

Lucas Trompieri Rodrigues

Resumo: O artigo busca discutir a questão da motivação de decisões judiciais, expondo o previsto no Código de Processo Civil brasileiro de 2015, em um universo de judicialização da política e ativismo judicial. Trata-se de assunto de extrema importância em um Estado Democrático de Direito, havendo, de forma expressa na Constituição da República Federativa do Brasil, o dever de o Estado-Juiz fundamentar suas decisões. Esse dever de motivar se converte em um direito de ordem fundamental do cidadão, sendo relevante questionar o que seria uma decisão efetivamente fundamentada, ante o protagonismo do Poder Judiciário e a perspectiva da filosofia da consciência que parece ter forte apelo no sistema jurisdicional brasileiro. Com base neste último conceito se ampara a “criação” do direito, perante os juízos de primeiro grau e tribunais, conforme convicções pessoais, campo de “decisionismos” ou arbítrio que ferem o ideal constitucional de fundamentação.

Palavras-chave: Motivação de decisões judiciais. Judicialização da política. Ativismo judicial. Direito fundamental. Filosofia da consciência. “Decisionismos”. Arbítrio.

Abstract: The article seeks to discuss the motivation of judicial decisions, exposing the provisions of the Brazilian Civil Procedure Code of 2015, in an universe of judicialization of politics and judicial activism. This is a matter of extreme importance in a Democratic State of Law, as expressed in the Constitution of the Federative Republic of Brazil, the duty of the legal State to base its decisions. This duty to motivate becomes a fundamental right of the citizen, and it is relevant to question what would be an effectively reasoned decision, in view of the protagonism of the Judiciary and the perspective of the conscience philosophy that seems to have a strong appeal in the Brazilian jurisdictional system. On the basis of this last concept, the "creation" of the law would be protected, according to personal convictions, a field of "decisionisms" or arbitration that hurt the constitutional ideal of reasoning.

Keywords: Motivation of judicial decisions. judicialization of politics. Judicial activism. Fundamental right. Consciousness philosophy. "Decisionism". Discretion.

1. CONSIDERAÇÕES INICIAIS.

O Código de Processo Civil brasileiro de 2015 – CPC/15 - trouxe previsão normativa de destaque para as considerações que serão apresentadas neste artigo, quanto ao dever de motivar decisões judiciais. No art. 489, §1º¹, do Código Processual, há um conjunto de situações práticas que instigam a considerar decisões judiciais sem fundamentação, inovação legislativa que enriquece o debate acerca das motivações.

No antigo Código de Processo – CPC/73 -, apesar de haver previsão de necessidade de motivar os provimentos, não se estipulava qualquer disposição tão clara quanto à existente no CPC/15. O legislador atuou de forma a tratar com maior cuidado o dever de fundamentação, provocado pela prática estabelecida por juízes e tribunais espalhados pelo país – que muitas vezes falham em seus papéis constitucionais, colocando em risco a estabilidade do Judiciário.

Amparou-se, portanto, por meio do diploma infraconstitucional, o próprio texto Constitucional e sua previsão de fundamentação das decisões. A partir do momento em que o regramento processual existente se torna mais claro e expresso, é possível pensar em um “adensamento” da estipulação constitucional, bem como em benefícios na ordem de segurança jurídica. Nada mais do que a previsibilidade do comportamento do Estado-Juiz no exercício da atividade jurisdicional ao permitir contornos mais precisos para compreender uma decisão como fundamentada, o que

¹ Art. 489 (CPC/15). São elementos essenciais da sentença:

[...]

§ 1º Não se considera fundamentada qualquer decisão judicial, seja ela interlocutória, sentença ou acórdão, que:

I - se limitar à indicação, à reprodução ou à paráfrase de ato normativo, sem explicar sua relação com a causa ou a questão decidida;

II - empregar conceitos jurídicos indeterminados, sem explicar o motivo concreto de sua incidência no caso;

III - invocar motivos que se prestariam a justificar qualquer outra decisão;

IV - não enfrentar todos os argumentos deduzidos no processo capazes de, em tese, infirmar a conclusão adotada pelo julgador;

V - se limitar a invocar precedente ou enunciado de súmula, sem identificar seus fundamentos determinantes nem demonstrar que o caso sob julgamento se ajusta àqueles fundamentos;

VI - deixar de seguir enunciado de súmula, jurisprudência ou precedente invocado pela parte, sem demonstrar a existência de distinção no caso em julgamento ou a superação do entendimento.

seria um imperativo a ser observado por julgadores - buscou-se afastar, portanto, decisões arbitrárias.

O assunto permite discussões, havendo posições diversas a partir da perspectiva de magistrados, advogados ou outros operadores do Direito. Em uma análise da prática jurisdicional, verifica-se ainda certa desconsideração da amplitude do dispositivo legal, até mesmo por tribunais superiores. O que não parece ser o melhor caminho a trilhar, em uma avaliação constitucional da matéria.

A previsão constitucional de fundamentar ou motivar decisões judiciais está no art. 93, IX² do texto Magno. Saliente-se que não estamos diante de norma vazia, mas de importante elemento a ser considerado pelo sistema de Justiça. Não se pode considerar a disposição estabelecida pelo constituinte originário como uma “lírica”, uma norma constitucional da qual nada se espera.

Nessa perspectiva, o CPC/15 segue em um bom curso, ao visar estimular a atividade judicante a efetivamente observar previsão da Constituição de fundamentação. Fala-se aqui, na verdade, no devido processo legal, a possibilitar uma ampla análise de conjuntos decisórios.

Quanto ao “livre convencimento motivado”, previsto no Código de Processo de 1973³, foi retirado do conjunto normativo atual. Na perspectiva adotada neste artigo, tal fato ocorre, visto que a mencionada “liberdade” seria incompatível com dever de fundamentar previsto na Constituição. Os provimentos jurisdicionais não podem ser baseados em livres convicções, não em um Estado que se pretende Democrático de Direito.

Para Lucio Delfino e Ziel Ferreira Lopes:

[...] Em escritos mais recentes, a ênfase atribuída por nós a essa novidade é nada menos que notória – um dos pontos altos do novo

² Art. 93. Lei complementar, de iniciativa do Supremo Tribunal Federal, disporá sobre o Estatuto da Magistratura, observados os seguintes princípios:

[...]

IX todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos, e fundamentadas todas as decisões, sob pena de nulidade, podendo a lei limitar a presença, em determinados atos, às próprias partes e a seus advogados, ou somente a estes, em casos nos quais a preservação do direito à intimidade do interessado no sigilo não prejudique o interesse público à informação; (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004)

³ Art. 131 (CPC/1973). O juiz apreciará livremente a prova, atendendo aos fatos e circunstâncias constantes dos autos, ainda que não alegados pelas partes; mas deverá indicar, na sentença, os motivos que lhe formaram o convencimento. (Redação dada pela Lei nº 5.925, de 1º.10.1973)

CPC: representa passo fundamental para a superação de resquícios do velho positivismo fático (realismo jurídico) que ainda tem lugar de relevo na mente de muitos profissionais que militam no foro. Algo, aliás, sempre e desde há muito elucidado por Lenio Streck, o mentor da emenda supressiva do livre convencimento. (...) Acertou o legislador ao proscrever do sistema processual esse rastro autoritário ainda sustentado pelo CPC-1973 e que mantém escancarada, em pleno século XXI, uma janela para emanções concretas da ideologia socialista no palco processual (Menger, Klein, Bulow), confiando aos julgadores liberdade para decidirem conforme pensam e segundo a prova que melhor se amolde ao seu pensamento, desde que depois se justifiquem, como se o dever de fundamentação (por mais oneroso que se apresente) impermeabilizasse sozinho o livre atribuir de sentidos⁴.

A discussão descrita assume ainda maior relevância, uma vez analisado o contexto de judicialização da política, bem como do ativismo judicial. Conceitos esses próximos, mas que não se confundem e de forma conjunta representam uma primazia do Poder Judiciário, ante outros Poderes da República, por causas múltiplas, algumas das quais serão abordadas nas linhas seguintes deste artigo.

Havendo o destaque do Judiciário com o ganho de importância aventado, deve-se atentar ainda mais para os provimentos jurisdicionais proferidos e suas fundamentações. Pois o dever não é de apenas fundamentar, mas demonstrar a aplicação correta do ordenamento jurídico pátrio, com o primado da Constituição.

Não há espaço para “decisionismos”, discricionariedade ou arbítrio na ordem constitucional. Aos juízes não se permite a utilização de crenças pessoais no momento decisório, do contrário não haveria como se vislumbrar segurança jurídica, estar-se-ia tutelando um processo inventivo, com toda a carga negativa que a palavra possa ter, onde o Direito posto não possui relevância, acaba por ser deixado de lado, sendo substituído por opiniões subjetivas.

Segundo Manoel Gonçalves Ferreira Filho, em abordagem de princípios democráticos:

A democracia contemporânea, do ângulo jurídico, pode ser resumida nalguns princípios. Ou seja: 1) ela tem o povo como fonte de todo poder – princípio da soberania popular; 2) todavia, o povo não exerce o poder, mas o faz por meio de representantes – princípio

⁴ DELFINO, Lucio; LOPES, Ziel Ferreira. A expulsão do livre convencimento motivado do Novo CPC e os motivos pelos quais a razão está com os hermeneutas. Justificando. Abr./2015. Disponível em: <<http://justificando.com/2015/04/13/a-expulsao-do-livre-convencimento-motivado-do-novo-cpc-e-os-motivos-pelos-quais-a-razao-esta-com-os-hermeneutas/>> Acesso em: 8 abril 2019.

representativo – embora excepcionalmente o exerça; 3) tal poder é, ademais, limitado por freios e contrapesos e, sobretudo, pelo reconhecimento de direitos fundamentais em favor dos seres humanos – princípio da limitação do poder⁵.

Vive-se em um Estado Democrático de Direito, fato que gera implicações e deve ser necessariamente considerado por todos os operadores do Direito. Os freios e contrapesos estabelecidos pelo sistema, por exemplo, devem ser acatados – não respeitando-os, tem-se a tensão entre o ativismo solipsista e a democracia.

Com o objetivo de expor o tema com acuidade, parte-se de uma análise do dever de fundamentação de decisões judiciais, envolvendo a Constituição e o CPC/15, passando-se para a contextualização da judicialização da política e do ativismo judicial, de modo a estabelecer um posicionamento crítico ao solipsismo – fenômeno atrelado à filosofia da consciência – prática nociva, conforme se estabelecerá.

Adiantando um pouco da temática, expõe-se posição de Lênio Streck que, discorrendo sobre o sujeito solipsista, constrói um argumento com base na concepção de arbitrariedade:

O sujeito solipsista é o *Selbstsüchtiger*, ou *viciado em si mesmo*. É aquele que se coloca na contramão dos *constrangimentos cotidianos*: isto é, ignorando que o dia a dia nos ensina que não se pode estabelecer sentidos arbitrários às palavras, ele *pensa* que pode e assim o *faz*, pois dá às palavras o sentido que quer⁶.

Tecidas as premissas iniciais, compreende-se que a indicação de motivos de decisões judiciais, de forma simples, não inviabiliza o arbítrio. A palavra motivar, neste trabalho, assume um diferente patamar, em especial com a verificação da judicialização da política e do ativismo judicial, exposição dos próximos tópicos.

2. MOTIVAÇÃO/ FUNDAMENTAÇÃO DAS DECISÕES JUDICIAIS.

⁵ FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. Princípios Fundamentais do Direito Constitucional. 2. Ed. São Paulo: Saraiva, 2010. P.51.

⁶ STRECK, Lênio Luiz. Notícia de última hora: CNJ autoriza a cura de juiz solipsista. Revista Consultor Jurídico, 1º set. 2015. Disponível em: < <https://www.conjur.com.br/2017-set-21/senso-incomum-noticia-ultima-hora-cnj-autoriza-cura-juiz-solipsista>>. Acesso em: 8 abril 2019.

Quando se alude ao Estado Democrático de Direito, busca-se destacar o primado da lei. Em qualquer Estado com as características antes expressas não se admite abusos de qualquer ordem, destarte é necessário que o dever de fundamentação de decisões seja efetivamente considerado um encargo. Caso contrário, estar-se-ia tutelando decisões arbitrárias que não esclarecem aos seus destinatários as razões que a chancelam com base no arcabouço normativo existente.

A Constituição da República Federativa do Brasil – CRFB/1988 – alinha-se ao posicionamento apresentado, a partir do momento em que traz a obrigação de motivar decisões, sob pena de nulidade. Há ainda uma perspectiva subjetiva da norma que correspondente ao direito fundamental dos cidadãos de ter decisões devidamente fundamentadas. Os magistrados no exercício da profissão possuem o dever de atentar aos ditames constitucionais e trabalhar para concretizar o texto maior da República.

Como imaginar que o cidadão não possua a prerrogativa de saber em qual medida e em que termos uma decisão judicial o favorece ou não? Não havendo motivação real, que se estabeleça entre as balizas existentes no mundo jurídico, não há como se falar em decisão válida.

Como sustentar um Estado Democrático de Direito em que o campo decisório de juízes não é marcado por fundamentação de acordo com o regramento jurídico existente? Não se autoriza, conseqüentemente, sujeitos solipsistas, a filosofia da consciência – o uso de convicções pessoais, elementos que serão oportunamente explicitados, a cumprir com o desiderato do estudo.

Marinoni, Arenhart e Mitidiero tratam, por exemplo, da questão de padronização de decisões, questão costumeira quando se fala em decisões imotivadas, comportamento inadmissível que fere o direito constitucional do jurisdicionado de ter suas demandas respondidas de forma fundamentada:

Se determinada decisão apresenta fundamentação que serve para justificar qualquer decisão, é porque essa decisão não particulariza o caso concreto. A existência de respostas padronizadas que servem indistintamente para qualquer caso justamente pela ausência de referências às particularidades do caso demonstra a inexistência de consideração judicial pela demanda proposta pela parte. Com

fundamentação padrão, desligada de qualquer aspecto da causa, a parte não é ouvida, porque o seu caso não é considerado⁷.

O Direito como um dos fenômenos relevantes da vida humana não ampara qualquer agir irresponsável, não se tolera autoritarismos. O que orienta as condutas são as leis. Daí se tem o dever de fidedigna fundamentação como cláusula pétrea, considerando-o como um direito de ordem fundamental do jurisdicionado, inviolável de ser abolido sem descaracterizar o núcleo duro da ordem jurídica posta.

Nelson Nery Junior, esclarecendo a concepção de motivação, a partir de um viés substancial, diz:

Fundamentar significa o magistrado dar as razões de fato e de direito que o convenceram a decidir a questão daquela maneira. A fundamentação tem implicação substancial e não meramente formal, donde é lícito concluir que o juiz deve analisar as questões postas a seu julgamento, exteriorizando a base fundamental de sua decisão⁸.

Uma decisão motivada, portanto, é uma decisão que respeita a Constituição, onde as razões que apoiam um dado julgamento são apresentadas, é necessário clareza, coerência do raciocínio e completude da resposta à provocação do jurisdicionado. O CPC/15 ajuda na compreensão, ao estabelecer balizas mínimas a serem observadas pelas decisões motivadas, “regulamentando” a matriz do texto magno.

Sabe-se que o papel do julgador é de grande importância no processo jurisdicional, mas as partes por intermédio de seus causídicos também possuem peso, vez que todos são participantes do processo criatório do Direito, seja apresentando a demanda, estabelecendo os limites da lide pelos pedidos ou apresentando a tese de resistência em contestação.

A começar de uma decisão fundamentada, quando é dada importância à atuação de todos os sujeitos processuais, o trabalho de elaboração de teses recursais, por exemplo, se amplia, a possibilitar bons meios de reforma de eventuais equívocos. Dado isso, existe a indispensabilidade de fundamentação para o devido processo legal,

⁷ MARINONI, Luiz Guilherme. AREHART, Sérgio Cruz. MITIDIERO, Daniel. Novo curso de processo civil. São Paulo: Editora RT, 2015. V2. P. 444-455.

⁸ NERY JUNIOR, Nelson. Princípios do processo civil na constituição federal. 9ª. ed.. Revista dos Tribunais: São Paulo, 2009, p.286.

controlando a imparcialidade do julgador, a legalidade da decisão, bem como em que medida houve respaldo ou enfrentamento aos argumentos da defesa.

Fundamentar garantirá de forma inequívoca a legitimidade democrática de uma decisão, observando-se as alegações das partes em sua completude. O art. 489, §1º, do Código Processual, como já dito, fortalece a disposição constitucional, concretiza o disposto no art. 93, IX da CRFB/1988.

De acordo com Humberto Santarosa de Oliveria:

[...] o dever de motivação das decisões jurisdicionais somente alcança o status de garantia fundamental do cidadão com a Constituição datada do final da década de oitenta, quando do movimento de resgate da democracia no Brasil. O documento promulgado – ou melhor, a norma jurídica – simboliza o nascedouro do Estado Democrático de Direito, em verdadeira resposta aos mazeados Estados Liberal e Social pelos quais o país atravessou, trazendo em seu bojo a previsão das mais diversas garantias inalienáveis dos cidadãos⁹.

A posição da Constituição no ordenamento jurídico torna a questão de compreensão natural, há supremacia do texto constitucional. A norma ocupa patamar mais elevado e é fundamento de validade de toda a ordem jurídica. A legitimidade do Poder Estatal, incluindo-se o Judiciário, existe a partir da norma superior. A disposição do Código Processual Civil sublinha a mencionada supremacia ao estabelecer um rol exemplificativo a ser observado no processo de jurisdição, do dizer o direito.

Aponta-se, no regramento processual, o que não seria uma decisão fundamentada. Doravante, abre-se espaço para chegar à conclusão do que seria uma decisão fundamentada. As orientações previstas em norma infraconstitucional fazem com que a ideia de motivação não fique vazia. São requisitos mínimos. A partir deles se concretiza o ideal constitucional, a viabilizar o controle de decisões.

Defendido o papel da inovação do CPC/15, amparando e fortalecendo o fundamento constitucional de motivação de decisões, cabe apontar que os juízos de primeiro grau e tribunais pátrios controvertem sobre o tema. Aparentemente, a importância da motivação não é vista da mesma forma por todos os operadores do direito.

⁹ OLIVEIRA, Humberto Santarosa de. A Garantia Fundamental de Motivação das Decisões Judiciais. Revista ética e Filosofia Política – n. 15 – volume 2 – Dezembro de 2012. p.131.

Argumentos como a desnecessidade de enfrentar todas as teses apresentadas para firmar posição parecem destoantes da teoria que deveria imperar. Qual a razão de não enfrentar certos argumentos? Não é razoável ignorar, escolher teses sem critérios. Deve-se motivar, mesmo que para alegar a ausência de confronto a teses. Questiona-se, dessa forma, que tipo de jurisdição seria esta.

Para Jorge Miranda:

A interpretação constitucional tem de ter em conta condicionalismos e fins políticos inelutáveis e irredutíveis, mas não pode visar outra coisa que não sejam os preceitos e princípios jurídicos que lhes correspondem. Tem de olhar para a realidade constitucional, mas tem de a saber como sujeita ao influxo das normas e não como mera realidade de facto. Tem de racionalizar sem formalizar. Tem de estar atenta aos valores sem dissolver a lei constitucional no *subjectivismo* ou na emoção política. Tem de se fazer mediante a circulação da norma – realidade constitucional¹⁰.

Para relacionar de forma direta os apontamentos tradicionais sobre a temática expostos, nas primeiras linhas deste tópico, com o presente estudo, é imprescindível destacar que além de a decisão ser clara, coerente e completa, nunca poderá ser fruto de um aspecto unicamente pessoal. Deve haver responsabilidade ao decidir. Esclarecer o que é fundamentar de forma suficiente, com amparo legal. Os argumentos apresentados são relevantes para se chegar ao desenlace de que o dever de fundamentar se contrapõe ao livre convencimento, prática que se amparava apenas no antigo Código de Processo.

Não há mais nenhum reduto normativo da livre convicção e a partir da construção do artigo processual, que traz os parâmetros de uma decisão fundamentada, pode-se falar em incompatibilidade com o Código de 2015, bem como com a Constituição. Ora, o processo interpretativo exercido por juízes é criador do Direito, mas existe um conjunto normativo a ser observado no processo. Não há caminho para a discricionariedade do julgador na formação do seu convencimento.

Conferir poderes de tal monta aos julgadores, colocaria em risco até mesmo garantias constitucionais, como o contraditório e a ampla defesa. Afastar subjetivismos

¹⁰ MIRANDA, Jorge. Manual de Direito Constitucional. Tomo II. Constituição. 5 ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2004. p. 288.

indevidos do magistrado, de modo a garantir o Estado Democrático de Direito, é medida que se impõe.

A inovação processual civil nada mais foi do que uma reação a uma provocação, qual seja um universo de provimentos jurisdicionais inadequados, amparados em jurisprudência defensiva de tribunais que contrariam a CRFB/1988, a contar do descumprimento do dever de motivar que pode acontecer, entre outras hipóteses, com a deliberação e julgamento a partir tão somente da “livre consciência”, desconsiderando as balizas normativas estabelecidas pelo Legislador. Em outras palavras, o universo das leis se torna morto e o caráter criacionista do processo de jurisdição atinge níveis que colocam em risco a ordem constitucional democrática.

3. ATIVISMO JUDICIAL, JUDICIALIZAÇÃO DA POLÍTICA E O SUJEITO SOLIPSISTA.

Não se pretende neste artigo esgotar o debate sobre ativismo judicial e judicialização da política, não corresponde ao objeto da pesquisa. Contudo, o tratamento do ideário central desses dois fenômenos é imprescindível e será suficiente para a análise pretendida do argumento que aqui se coloca.

Ativismo e Judicialização são fenômenos distintos, mas intrinsecamente relacionados. A questão conceitual não é irrefutável, existem diferentes perspectivas, não sendo adequado falar em correção ou incorreção de determinados pensamentos. Mas o primado do Judiciário surge como ponto em comum, de modo geral.

Essa constatação inicial já abre espaço para considerações. Daniel Sarmento, a observar o papel de instituições na República, assim disserta:

[...] essa obsessão pelo Poder Judiciário leva a uma certa desconsideração do papel desempenhado por outras instituições, como o Poder Legislativo, na interpretação constitucional. O juiz é concebido como o guardião das promessas civilizatórias dos textos constitucionais¹¹.

¹¹ SARMENTO, Daniel. O Neoconstitucionalismo no Brasil: Riscos e possibilidades. In: A novas faces do Ativismo Judicial. 2ª tiragem. Salvador: Juspodivm. 2013. P. 84.

O novo patamar judicial, exacerbado, produz preocupações, pois em muitas situações, tem gerado julgamentos fundados em mero arbítrio, sem motivação, num processo criatório do direito que não pode ser visto como típico. Tratam-se de “invenções” que ultrapassam o arcabouço jurídico existente, assumindo a alcunha de ativismo judicial. Frise-se, um ato único de vontade como componente de uma decisão judicial apenas permite uma visão irracional e incompatível com o quadro constitucional pátrio.

Um dos caminhos interpretativos desenvolvidos por estudiosos aponta o ativismo como uma postura do julgador, com a interpretação do arcabouço legal posto em detrimento da atividade legiferante do Parlamento. O ativismo se relacionaria, sob esse enfoque, a decisões baseadas apenas em convicções pessoais, um processo criativo/imaginativo, onde o julgador diz no exercício de sua profissão, ao formatar e proferir decisões, o que não se poderia, contrapondo-se à ordem legal.

Lênio Streck, dispondo sobre o tema, traz uma visão ampla do ativismo, da seguinte forma:

Solapar direitos legítimos, que materializam garantias constitucionais, é, sim, ativismo. Na veia. Só que às avessas. Permitir que o Legislativo faça o que bem entende, reduzindo a democracia a uma questão formal, à maioria e nada mais que a maioria, é, também, ativismo. Dizer mais do que se deve dizer, inventando direito, é igualmente ativismo; assim como dizer menos do que se deve dizer... também é ativismo¹².

Outros estudiosos apontariam o ativismo como uma performance do Judiciário em seara de outros “poderes”, fora de seu caminho usual, buscando concretização de seu papel constitucional. Pode-se verificar o fenômeno de forma clara com a atuação judicial em âmbito de implementação de políticas públicas, área própria do Poder Executivo.

Os enfoques conferidos ao fenômeno, como aferível, são diversos. Ao tratar do ativismo, Luís Roberto Barroso assevera, fundado em noções de participação e postura, o seguinte:

¹² STRECK, Lênio. O motim hermenêutico e os mitos do “bom” e do “mau” ativismo. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2018-dez-27/senso-incomum-motim-hermeneutico-mitos-bom-mau-ativismo>>. Acesso em: 06 abril 2019.

A ideia de ativismo judicial está associada a uma participação mais ampla e intensa do Judiciário na concretização dos valores e fins constitucionais, com maior interferência no espaço de atuação dos outros dois Poderes. A postura ativista se manifesta por meio de diferentes condutas, que incluem: (i) a aplicação direta da Constituição a situações não expressamente contempladas em seu texto e independentemente de manifestação do legislador ordinário; (ii) a declaração de inconstitucionalidade de atos normativos emanados do legislador, com base em critérios menos rígidos que os de patente e ostensiva violação da Constituição; (iii) a imposição de condutas ou de abstenções ao poder público, notadamente em matéria de políticas públicas¹³.

A perspectiva adotada por Luís Roberto Barrosa sinaliza um entendimento mais permissivo ao ativismo judicial, adequando-o aos termos constitucionais. Os defensores do ativismo, da forma colocada, vão sinalizar no sentido de correspondência a uma primazia do Judiciário para preservação de direitos de índole constitucional. O primado da Constituição justificaria o agir ativista. Percebe-se que classificar uma decisão como ativista ou não nem sempre será uma tarefa fácil.

Contrapondo-se à visão mais elogiosa apresentada, existem teorias no sentido de que, havendo respaldo constitucional para a atuação jurisdicional e para a decisão proferida, não haveria qualquer ativismo, este existiria apenas na extrapolação dos limites da Constituição, com decisões criadoras infundadas, baseadas em convicções pessoais. Se o objetivo é concretizar o texto da Constituição, a partir de corretas técnicas hermenêuticas, não ocorreria qualquer usurpação de “poderes” ou competências.

No ponto de vista de Georges Abboud:

O ativismo é pernicioso para o Estado Democrático de Direito, não podendo, portanto, diferenciar-se entre o bom e o mau ativismo. Ativismo é toda decisão judicial que se fundamenta em convicções pessoais, senso de justiça do intérprete em detrimento da legalidade vigente – legalidade aqui entendida como legitimidade do sistema jurídico, e não como mero positivismo estrito ou subsunção do fato ao texto normativo¹⁴.

Do mesmo modo, segundo Fernando Vieira Luiz:

¹³ BARROSO, Luís Roberto. Judicialização, Ativismo Judicial e Legitimidade Democrática. Disponível em: < https://www.direitofranca.br/direitonovo/FKCEimagens/file/ArtigoBarroso_para_Selecao.pdf >. Acesso em: 06 abril 2019.

¹⁴ ABOUD, Georges. Discrecionalidade administrativa e judicial: o ato administrativo e a decisão judicial. São Paulo: Ed. RT, 2014.

No ativismo há a substituição dos juízos institucionalmente (e democraticamente) estabelecidos – através de um ordenamento jurídico construído sob a égide de uma Constituição democrática, ou seja, numa ordem em que há uma filtragem hermenêutico-constitucional das leis - pelos juízos dos próprios magistrados¹⁵.

Na acepção negativa do termo, que hodiernamente aparenta se sobressair, observa-se um Judiciário atuando fora de seus limites, uma falta de harmonia no sistema ou violação da separação de poderes. Os provimentos judiciais estariam viciados por desrespeito às demarcações do texto fundamental. Decisões controversas que poderiam colocar em risco a legitimidade do sistema decisório.

Ainda em uma análise desenvolvida por Lênio Streck, a versar sobre o “criacionismo jurídico” e o decisionismo:

Isto porque a caixa de pandora do “criacionismo jurídico” (que, fazendo uma paródia, é “antievolucionista”, acreditando na fé do intérprete e não na estrutura do Direito), de onde se tira todo tipo de decisionismo, de subjetivismo, livre convencimento, enfim, todo tipo de decisão *ad hoc* fundamentada em nada além da consciência daquele que escolhe. Direito vira “escolha a partir da opinião pessoal”¹⁶.

O autor ataca de maneira direta a problemática da pesquisa, a questão da fundamentação real. Uma decisão ativista, motivada com base tão só em consciência, em livre convencimento, ignorando os limites constitucionais, não pode ser compreendida como uma decisão válida, visto que ignora o Direito.

Cumprindo agora estabelecer algumas premissas sobre a Judicialização da Política. Não é um tema recente, mas ganhou popularidade distinta nos últimos anos, com a ampliação da litigiosidade. Significa, de forma simples, o deslocamento do debate sobre determinados temas do âmbito da política para o Judiciário. Apresenta-se um crescimento de demandas, sobre os mais diversos temas, perante os tribunais.

Mais uma vez, tem-se a ideia de protagonismo do Judiciário em face de outros poderes. É a atribuição disseminada estabelecida ao poder Judiciário em democracias da contemporaneidade. Distintos podem ser os fatores da Judicialização,

¹⁵ LUIZ, Fernando Vieira. Teoria da decisão judicial: dos paradigmas de Ricardo Lorenzetti à resposta adequada de Lênio Streck. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013.

¹⁶ STRECK, Lênio. O motim hermenêutico e os mitos do “bom” e do “mau” ativismo. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2018-dez-27/senso-incomum-motim-hermeneutico-mitos-bom-mau-ativismo>>. Acesso em: 06 abril 2019.

como a falência de instituições (Executivo e Legislativo), a própria democracia e a necessidade de concretizar direitos, o controle de constitucionalidade de leis, a ampliação da litigiosidade das relações etc. É uma face do ativismo, mas que com ele não se confunde.

O ativismo está atrelado a escolhas decisórias, a partir de interpretação de normas. Representa um agir. Na judicialização, Executivo e Legislativo perdem parte de suas atribuições decisórias (caráter político) para o Judiciário, ante sua inércia.

Lênio Streck disserta sobre o tema:

[...] a judicialização da política é um fenômeno, ao mesmo tempo, inexorável e contingencial, porque decorre de condições sociopolíticas, bem como consiste na intervenção do judiciário na deficiência dos demais poderes. Por outro lado, o ativismo é gestado no interior da própria sistemática jurídica, constituindo um ato de vontade daquele que julga, isto é, caracterizando uma “corrupção” na relação entre os poderes, na medida em que há uma extrapolação dos limites na atuação do Judiciário pela via de uma decisão que é tomada a partir de critérios não jurídicos¹⁷.

Dentro do contexto narrado, coloca-se a importância ainda mais acentuada da motivação das decisões judiciais. Do contrário, temos um Judiciário completamente sem freios, um governo discricionário de juízes. Pode-se, sob a égide do ativismo judicial, amparar a filosofia da consciência e decisões judiciais distorcidas.

Daniel Sarmento aponta o caráter nocivo da indevida atuação judicial à democracia:

Essa prática é profundamente danosa a valores extremamente caros ao Estado Democrático de Direito. Ela é prejudicial à democracia, porque permite que juízes não eleitos imponham as suas preferências e valores aos jurisdicionados, muitas vezes passando por cima de deliberações do legislador. Ela compromete a separação dos poderes, porque dilui a fronteira entre funções judiciais e legislativas. E ela atenta contra a segurança jurídica, porque torna o Direito muito menos previsível, fazendo-o dependente das idiosincrasias do juiz de plantão, e prejudicando com isso a capacidade do cidadão de planejar a própria vida com antecedência, de acordo com o conhecimento

¹⁷ STRECK, Lenio Luiz. Verdade e Consenso: constituição, hermenêutica e teorias discursivas. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 65.

prévio do ordenamento jurídico. Ela substitui, em suma, o governo da lei pelo governo dos juízes¹⁸.

O perigo que se destaca, como declara Lênio Streck, é o do sujeito solipsista, aquele que dá o sentido que quiser às palavras. A expressão “livre convencimento” traduz bem a noção, nada mais do que indevida discricionariedade que afronta a Constituição.

As convicções pessoais em decisões judiciais levam ao caminho da insegurança jurídica, do arbítrio e da incerteza. Fernando Vieira Luiz afirma que “se o reforço judicial dos direitos é uma precaução auxiliar contra a tirania dos governos, o controle epistemológico sobre como decidir é outra precaução necessária contra a tirania do Judiciário”¹⁹. O sistema deve corresponder a um todo que se harmoniza, achando-se instrumentos para tanto, em especial em um meio onde se constata o primado Judiciário.

Mauro Capelletti expressa a atividade criativa do julgador, salientando a razão da ascensão do ativismo:

É manifesto o caráter acentuadamente criativo da atividade judiciária de interpretação e de atuação da legislação e dos direitos sociais. Deve reiterar-se, é certo, que a diferença em relação ao papel mais tradicional dos juízes é apenas de grau e não de conteúdo: mais uma vez impõe-se repetir que, em alguma medida, toda interpretação é criativa, e que sempre se mostra inevitável um mínimo de discricionariedade na atividade jurisdicional. Mas, obviamente, nessas novas áreas abertas à atividade dos juízes haverá, em regra, espaço para mais elevado grau de discricionariedade e, assim, de criatividade, pela simples razão de que quanto mais vaga a lei e mais imprecisos os elementos do direito, mais amplo se torna também o espaço deixado à discricionariedade das decisões judiciais. Esta é, portanto, a poderosa causa da acentuação, que em nossa época, teve o ativismo, o dinamismo e, enfim a criatividade²⁰.

O julgador participa do processo de criação do direito, fato inegável a partir do recurso de interpretação. No entanto, não se pode desconsiderar o Direito existente e inventá-lo, deixando de trabalhar a motivação jurídica em suas decisões. Esse papel criador é inerente à linguagem – substrato do trabalho de juristas, “a linguagem, como

¹⁸ SARMENTO, Daniel. Ubiquidade constitucional: os dois lados da moeda. In: Sarmento, Daniel. Livres e iguais: estudos de direito constitucional. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006. p.191.

¹⁹ LUIZ, Fernando Vieira. Teoria da decisão judicial: dos paradigmas de Ricardo Lorenzetti à resposta adequada de Lênio Streck. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013. p. 56.

²⁰ CAPPELLETTI, Mauro. Juízes Legisladores?. Editora: safe, 1993, p. 42.

instrumento de saber, é saturada de vícios, a ponto de, não raramente, em determinadas circunstâncias, aniquilar o processo comunicacional”²¹. No entanto, esse processo formador encontra marcos na Constituição Federal.

Rodrigo Mazzei, desenvolvendo a temática, apontará a questão da insuficiência dos motivos formais no corpo da decisão, “as palavras do jurista nos dão apoio para compreender que a fundamentação decisória implica não apenas em constar formalmente motivos no corpo da decisão, mas sim os motivos que justificam a decisão”²².

Sobre a filosofia da consciência que se mostra incompatível com qualquer decisão motivada, Lênio Streck assevera:

Não é possível concordar com essa espécie de fatalismo relativista, do estilo “é assim que acontece no mundo prático”, “é assim que os juízes pensam e decidem” ou “nada há para fazer”. Permitam-me dizer, “na forma da Constituição e da lei”: se, de fato, os juízes “pensam assim”, é porque se expressam a partir de um paradigma ultrapassado, em que um sujeito “assujeita” o objeto. A essa situação — de “assujeitamento do objeto” pelo “sujeito do conhecimento” — em uma apreciação, digamos assim, generosa, poderíamos chamar de filosofia da consciência, com as ressalvas que já fiz anteriormente, isto é, os filósofos desse paradigma são (ou eram) bem mais complexos do que o adágio “decido conforme minha consciência”²³.

O primado do ordenamento jurídico deve ser preservado, estabelecendo-se a criação do Direito a partir da normatividade existente. A livre convicção do julgador não se compatibiliza com a Constituição da República. Como admitir que cada órgão julgador decida conforme sua consciência? O caminho do arbítrio é natural apenas em regimes totalitários. Os motivos da decisão, obedecendo aos contornos constitucionais é um encargo inafastável.

²¹ MOUSSALLEM, Tárek Moysés. *Fontes do Direito Tributário*. 2 ed. São Paulo: Noeses, 2006, pg. 32.

²² MAZZEI, Rodrigo Reis. Honorários de advogados judiciais: alguns problemas da fixação sem fundamentação (omissão de motivação decisória) na perspectiva no CPC/15. In: *Unisul de fato e de direito: revista jurídica da Universidade do Sul de Santa Catarina*. Palhoça: Unisul, v. 6, n. 11. 2015. p. 24.

²³ STRECK, Lênio Luiz. E o professor me disse: "Isso é assim mesmo! *Revista Consultor Jurídico*, 30 ago. 2012. Disponível em: < <https://www.conjur.com.br/2012-ago-30/senso-incomum-professor-me-disse-isso-assim-mesmo>>. Acesso em: 11 abril 2018.

4. CONSIDERAÇÕES FINAIS.

Motivar decisões judiciais é um poder/ dever do Estado-Juiz, estando previsto na CRFB/1988, em seu art. 93, inciso IX. A ideia do que seria uma motivação adequada gera controvérsia. A codificação processual civil colabora ao estabelecer um patamar mínimo para se vislumbrar uma decisão motivada (art. 489, §1º), na medida em que expõe decisões que não seriam fundamentadas.

A disposição infraconstitucional ampara e torna ainda mais robusto o ideal constitucional de motivação. Essa aspiração é fundamental para um Estado Democrático de Direito que não se pauta em arbítrios ou discricionariedades, possibilitando a análise e recursos contra decisões viciadas.

A problemática cresce em relevância ao se constatar o fenômeno da judicialização da política, o que criará um maior campo de agir ativista. Com o ativismo, supera-se os juízos democráticos, construídos validamente em premissas constitucionais. O fenômeno abre o caminho para a discricionariedade, a prevalência de “convicções pessoais”.

O Judiciário ganha destaque, hodiernamente, e seus provimentos devem respeito à Constituição, base da decisão legítima a ser proferida, sob pena de nulidade. De outra forma, o protagonismo judicial colocará em risco o próprio Direito.

Sabe-se que o juiz participa do processo criador do Direito, mas esse processo encontra limites. Os provimentos precisam estar amparados no ordenamento jurídico, convicções pessoais e consciência devem se afastar. Não ocorrendo o distanciamento, tem-se um processo inventivo infundado.

Caso a decisão judicial deixe de ter parâmetros amparados pelo Direito, passando a representar apenas convicções daquele que julga, observar-se-á uma derrocada constitucional.

5. REFERÊNCIAS.

ABBOUD, Georges. Discricionariedade administrativa e judicial: o ato administrativo e a decisão judicial. São Paulo: Ed. RT, 2014.

BARROSO, Luís Roberto. Judicialização, Ativismo Judicial e Legitimidade Democrática. Disponível em: <https://www.direitofranca.br/direitonovo/FKCEimagens/file/ArtigoBarroso_para_Selecao.pdf> Acesso em: 06 abril 2019.

CAPPELLETTI, Mauro. Juízes Legisladores?. Editora: safe, 1993, p. 42.

DELFINO, Lucio; LOPES, Ziel Ferreira. A expulsão do livre convencimento motivado do Novo CPC e os motivos pelos quais a razão está com os hermeneutas. Justificando. Abr./2015. Disponível em: <<http://justificando.com/2015/04/13/a-expulsao-do-livre-convencimento-motivado-do-novo-cpc-e-os-motivos-pelos-quaes-a-razao-esta-com-os-hermeneutas/>> Acesso em: 8 abril 2019.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. Princípios Fundamentais do Direito Constitucional. 2. Ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

LUIZ, Fernando Vieira. Teoria da decisão judicial: dos paradigmas de Ricardo Lorenzetti à resposta adequada de Lênio Streck. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013.

MARINONI, Luiz Guilherme. AREHART, Sérgio Cruz. MITIDIERO, Daniel. *Novo curso de processo civil*. São Paulo: Editora RT, 2015. V2. P. 444-455.

MAZZEI, Rodrigo Reis. Honorários de advogados judiciais: alguns problemas da fixação sem fundamentação (omissão de motivação decisória) na perspectiva no CPC/15. In: Unisul de fato e de direito: revista jurídica da Universidade do Sul de Santa Catarina. Palhoça: Unisul, v. 6, n. 11. 2015. p. 24.

MIRANDA, Jorge. Manual de Direito Constitucional. Tomo II. Constituição. 5 ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2004.

MOUSSALLEM, Tárek Moysés. Fontes do Direito Tributário. 2 ed. São Paulo: Noeses, 2006, pg. 32.

NERY JUNIOR, Nelson. Princípios do processo civil na constituição federal. 9ª. ed.. Revista dos Tribunais: São Paulo, 2009, p.286.

OLIVEIRA, Humberto Santarosa de. A Garantia Fundamental de Motivação das Decisões Judiciais. Revista ética e Filosofia Política – n. 15 – volume 2 – Dezembro de 2012. p.131.

SARMENTO, Daniel. O Neoconstitucionalismo no Brasil: Riscos e possibilidades. In: A novas faces do Ativismo Judicial. 2ª tiragem. Salvador: Juspodivm. 2013. P. 84.

SARMENTO, Daniel. Ubiquidade constitucional: os dois lados da moeda. In: Sarmento, Daniel. Livres e iguais: estudos de direito constitucional. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

STRECK, Lênio Luiz. Notícia de última hora: CNJ autoriza a cura de juiz solipsista. Revista Consultor Jurídico, 1º set. 2015. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2017-set-21/senso-incomum-noticia-ultima-hora-cnj-autoriza-cura-juiz-solipsista>>. Acesso em: 8 abril 2019.

STRECK, Lenio Luiz. Verdade e Consenso: constituição, hermenêutica e teorias discursivas. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 65.

STRECK, Lênio. O motim hermenêutico e os mitos do “bom” e do “mau” ativismo. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2018-dez-27/senso-incomum-motim-hermeneutico-mitos-bom-mau-ativismo>>. Acesso em: 06 abril 2019.

AS PESSOAS COM DEFICIÊNCIAS E O PROCESSO ELEITORAL NO BRASIL

Luiz Clóvis Guido Ribeiro

Resumo: Relato da participação política das Pessoas com Deficiência no processo eleitoral brasileiro. Histórico da evolução do processo eleitoral (eleições, voto, participação e garantia de direitos) a fim se contextualizar a garantia da participação de todos os cidadãos na escolha de seus representantes. Quando se disponibiliza meios adequados para a facilitar a inclusão e participação sociais os números absolutos crescem, como mostram os dados disponibilizados pelo TSE: nas eleições gerais de 2014 os leitores com deficiência eram um pouco mais de 470 mil e nas eleições gerais de 2018 esse número passou para mais de 1 milhão de pessoas com deficiência, um aumento de mais de 100%.

Palavras-chave: Processo Eleitoral. Eleições no Brasil. Pessoas com Deficiência.

Abstrat: Report on the political participation of people with disabilities in the Brazilian electoral process. History of the evolution of the electoral process (elections, voting, participation and guarantee of rights) in order to contextualize the guarantee of participation of all citizens in the choice of their representatives. When adequate means are available to facilitate social inclusion and participation, the absolute numbers grow, as shown by the TSE: in the 2014 general election readers with disabilities were just over 470,000 and in the 2018 general election that number passed to over 1 million people with disabilities, an increase of over 100%.

Key words: Electoral process. Elections in Brazil. Disabled people.

INTRODUÇÃO

Este artigo pretende analisar a participação política das Pessoas com Deficiência no processo eleitoral brasileiro, a partir dos dados disponibilizados pelo Tribunal Superior Eleitoral (TSE). A Constituição Federal, a legislação infraconstitucional, as normas internacionais e principalmente o modelo político adotado no Brasil, de uma democracia, social, pluralista, representativa e participativa, tendo como objetivo uma sociedade mais justa e solidária garantem o direito à inclusão dos grupos vulneráveis como os das pessoas com deficiência no processo eleitoral brasileiro.

O processo eleitoral já existe no Brasil desde a época do Império, no entanto nem sempre a participação da sociedade se deu de forma universal e irrestrita. Por muitos anos a participação nas eleições se dava por critério censitário e econômico, há somente alguns grupos sociais era permitido a participação na escolha dos representantes e também como se candidatar a cargos de representatividade. Mesmo quando da Proclamação da República, com o advento da Constituição de 1891, grupos como mulheres, mendigos, soldados rasos e membros do clero não podiam votar.

Quando da aprovação do Código Eleitoral em 1932, com a instalação da Justiça Eleitoral, as mulheres ocupantes de funções públicas passaram a exercer seu direito de votar e mais tarde com a promulgação da Constituição de 1946, foi introduzido o alistamento eleitoral e a obrigatoriedade de voto para ambos os sexos. É importante destacar que nunca houve vedação expressa quanto ao voto feminino, no entanto, o voto censitário e a capacidade relativa das mulheres (muitas dependentes dos pais ou do marido) impedia o exercício do direito ao voto.

Também, por alguns anos os analfabetos não poderiam votar e tampouco serem votados, ficando alijados do processo eleitoral. Considerando que antigamente grande parte da população era analfabeta, podemos concluir que os representantes eleitos, não representavam a diversidade do povo e sim de oligarquias estabelecidas no País.

Muitos historiadores e legisladores, conforme cita Nicolau (2012) dizem que as eleições são base para a organização política de um país, assim, é necessária a participação ampla e restrita de sua população na escolha dos representantes que irão elaborar as leis e comandar a nação. Tanto é que o Brasil possui um sistema eleitoral, mesmo que muitas vezes precário, desde da época do Império, evoluindo conforme os anseios da sociedade foram se destacando e também como processo de democratização do País.

AS GARANTIAS PREVISTAS NA CONVENÇÃO DOS DIREITOS DA PESSOA COM DEFICIÊNCIA, NA CONSTITUIÇÃO FEDERAL E NA LEGISLAÇÃO BRASILEIRA

Em dias atuais, com o advento da Constituição de 1988, que estabeleceu de forma pétrea que “todo o poder emana do povo, que exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente”, se viu necessário garantir a participação de todos os grupos sociais no processo eleitoral.

Assim, fazendo uma análise das estatísticas apresentadas pelo Tribunal Superior Eleitoral (TSE) sobre as eleições no Brasil no ano de 2018, chegamos ao ponto em que devemos aprofundar a participação das Pessoas com Deficiências nas Eleições, destacando alguns pontos importantes sobre o tema e as legislações pertinentes ao tema. Convém lembrar que as pessoas com deficiência representam aproximadamente 10% da população mundial, e no Brasil esse percentual chega a quase 24% da população (DAMIA; ARAÚJO; 2010).

Contextualizando o que é deficiência, o conceito nas últimas décadas passou por diversas transformações¹ e diante da fragilidade das pessoas com deficiência, foram necessárias a criação de políticas públicas para esses sujeitos, visando a inclusão social, protagonismo e exercício de seus direitos.

As políticas públicas deixaram de ser assistencialistas e passaram, especialmente após a Convenção dos Direitos das Pessoas com deficiência, a ter caráter de direitos humanos, pois há uma diferença gritante entre proteger e incluir, pois essa última leva ao conceito de igualdade assegurado pela Carta Magna. O assistencialismo via a deficiência como uma doença a ser curada, e que por isso o “portador” precisava de apoio para eliminar a sua condição incapacitante. A pessoa com deficiência era visto como um ser desafortunado por sua condição, sendo então a invalidez e a consequente assistência o enfoque do pensamento da sociedade. (TISESCU, SANTOS; 2018).

A discriminação esteve sempre presente. Houve mudança de perspectiva quanto às condições da pessoa com deficiência, mas longe de liminar as barreiras sociais construídas em razão das peculiaridades desses indivíduos. Nesse sentido, afirmam Tisescu e Santos:

Com a disseminação do cristianismo, a deficiência não poderia ser vista como uma penalidade divinal, mas sim como uma situação passível de caridade. Essa concepção, sem dúvida, representou um

¹ Deixou-se de usar a expressão “Portador de Deficiência” e passou-se a usar “Pessoa com deficiência”.

avanço em relação à eugenia, mas não deixou de discriminar as pessoas com deficiência, principalmente porque elas eram encaminhadas para internação em “Casas de Assistência”, asilos, hospitais, paróquias, enfim, para locais em que estariam distantes do contato com os demais membros da sociedade. TISESCU, SANTOS; 2018, p. 8).

As profundas transformações sociais vividas pela sociedade brasileira, após a redemocratização, com a promulgação da Constituição Federal, possibilitaram a adoção de políticas, ações e programas que asseguraram mais liberdade, igualdade e solidariedade às pessoas com deficiência. A liberdade se dá pela eliminação das barreiras físicas e de atitude, as barreiras do preconceito e as que impedem a igualdade nas oportunidades, isso tudo através da implementação e intensificação de ações de políticas públicas em benefício das pessoas com deficiência, um exemplo disso é o Plano Viver Sem Limite.²

O direito à diferença passou a ser um elemento central na organização das pessoas com deficiência, mobilizadas sob o lema “nada sobre nós sem nós”. Direito à diferença compreendido a partir da pluralidade de identidades e características pessoais dos indivíduos, como explica Bodin:

Esta ideia parte do princípio de que, em lugar de se reivindicar uma identidade humana comum, é preciso que sejam contempladas, desde sempre, as diferenças existentes entre as pessoas, evidência empírica que pode ser facilmente comprovada: os homens não são iguais entre si. (BODIN, 2006, p. 121)

É a partir do respeito ao direito à diferença das pessoas com deficiência que a justiça social pode ser alcançada. Como indica Santos, é por intermédio do reconhecimento da diversidade de identidades que temos uma amplitude de direitos:

Temos o direito a ser iguais quando a nossa diferença nos inferioriza; e temos o direito a ser diferentes quando a nossa igualdade nos descaracteriza. Daí a necessidade de uma igualdade que reconheça as diferenças e de uma diferença que não produza, alimente ou reproduza as desigualdades. (SANTOS, 2003, p. 30)

² Plano Viver Sem Limite, lançado em 17/11/2011 – Decreto 7.612/11.

Com a assinatura, em 30 de março de 2007 da Convenção dos Direitos da Pessoa com Deficiência da Organização das Nações Unidas (ONU) e seu Protocolo Facultativo, ficou estabelecido conceitualmente que: “as Pessoas com deficiência são aquelas que têm impedimentos de longo prazo de natureza física, mental, intelectual ou sensorial, os quais, em interação com diversas barreiras, podem obstruir sua participação plena e efetiva na sociedade em igualdades de condições com as demais pessoas”.

Como aponta Rosenvald (2015), trata-se do primeiro tratado de consenso universal que concretamente especifica os direitos das pessoas com deficiência pelo viés dos Direitos Humanos, adotando um modelo social de deficiência que importa em um giro transcendente na sua condição.

A Convenção se caracteriza como uma virada histórica quanto à percepção dos direitos das pessoas com deficiência. Pois como bem aponta Moacyr Ribeiro (2015):

O objetivo humanista da Convenção consagra inovadora visão jurídica à respeito da pessoa com deficiência. Nesse modelo, a deficiência não pode se justificar pelas limitações pessoais decorrentes de uma patologia. A ideia fulcral parece ser a de substituir o chamado modelo médico - que busca desenfreadamente reabilitar a pessoa anormal para se adequar a sociedade - por um modelo social humanitário - que tem por missão reabilitar a sociedade para eliminar os entraves e os muros de exclusão, garantindo ao deficiente uma vida independente e a possibilidade de ser inserido em comunidade.

Em 09 de julho de 2008 foi promulgado o Decreto Legislativo nº 186, que deu status de emenda constitucional à Convenção e seu protocolo, sendo um dos fundamentos para que as pessoas com deficiência tenham direito a uma ampla participação na sociedade, seja política, social, econômica ou cultural. Tendo também garantida a promoção, proteção e assegurado o exercício pleno e equitativo de todos os direitos humanos e liberdades fundamentais por todas as pessoas com deficiência e promover o respeito pela sua dignidade inerente.

Dessa forma, a partir de 2009 no Brasil, as pessoas com deficiência tiveram seus direitos eleitorais garantidos através de norma constitucional, pois passaram a

integrar o rol de direitos e garantias individuais inscritos na Constituição Federal, já que até então era apenas garantida a igualdade na educação e nas relações de trabalho.

Atribuindo efeitos práticos aos comandos advindos da Convenção da ONU sobre os Direitos da Pessoa com Deficiência e seu protocolo facultativo, ambos ratificados pelo Brasil com *status* de emenda constitucional, foi publicada em 07 de Julho de 2015 a Lei nº 13.146, chamada de “Lei Brasileira de Inclusão” ou Estatuto da Pessoa com Deficiência. (ALVIM, 2018). Trata-se de instrumento para a garantia do exercício dos direitos deste segmento social e sua inclusão social, tendo como base o princípio da dignidade da pessoa com deficiência e o exercício pleno de cidadania. Segundo Feminella:

Consolidando princípios e diretrizes do mais recente tratado de direitos humanos do sistema global de proteção da ONU, a LBI pormenoriza as regras que deverão ser observadas para a garantia do exercício dos direitos das pessoas com deficiência no país. Organiza, em uma única lei nacional, como um verdadeiro marco regulatório para as pessoas com deficiência, direitos e deveres que estavam dispersos em outras leis, decretos e portarias, regulamentando limites e condições e atribuindo responsabilidade para cada ator na consolidação da sociedade inclusiva. (FEMINELLA, 2015, P. 14)

Trata-se de uma norma editada no intuito de abranger os direitos das pessoas com deficiência e os deveres do Estado, da família e da sociedade para com esse segmento social, visto que antes tais direitos estavam dispersos nas legislações e demais documentos normativos. Já em seu artigo 1º assegura e promove em condições de igualdade, o exercício dos direitos e das liberdades fundamentais por pessoa com deficiência, visando à sua inclusão social e cidadania.

Já o artigo 76 da referida Lei diz: “o poder público deve garantir à pessoa com deficiência todos os direitos políticos e a oportunidade de exercê-los em igualdade de condições com as demais pessoas” e também assegura o direito de votar e ser votada.

Os artigos 84 e 85 da citada Lei, no que trata que é assegurado o direito ao exercício de sua capacidade legal em igualdade de condições com as demais pessoas e que assegura o direito ao voto da pessoa com deficiência garantem a plenitude do exercício dos direitos, sendo-lhe garantida a ampla acessibilidade para exercícios de tais direitos, pois não pode ser considerada automaticamente incapaz.

Assim com a Lei Brasileira de Inclusão, a acessibilidade aos locais de votação está garantida com a inclusão do artigo 135, § 6º-A ao Código Eleitoral, pela Lei nº. 10.226/2001, em consonância com o teor do parágrafo único do artigo 21 do Decreto nº. 5.296/2004, que determina que as urnas das seções eleitorais devem ser adequadas ao uso com autonomia pelas pessoas com deficiência ou mobilidade reduzida, além de estarem instaladas em local de votação plenamente acessível e com estacionamento próximo.

Podemos dizer que o direito de voto das pessoas com deficiência começou a ser garantido após da incorporação da Convenção Internacional a nossa carta Magna e através de legislação infraconstitucionais.

Sendo a legislação vigente garantidora do exercício dos direitos por todas as pessoas com deficiência, a Justiça Eleitoral passou a orientar seus servidores e juízes eleitorais visando facilitar ao acesso dos eleitores para o pleno exercício do voto.

Quanto ao alistamento eleitoral, a pessoa com deficiência é considerada eleitor comum, devendo se alistar aos 18 anos e votar até os 70 anos de idade. Devendo, se for necessário solicitar a transferência para uma seção eleitoral especial ou pedir dispensa dessa obrigatoriedade quando houver impossibilidade ou se o deslocamento for muito desgastante ou trabalhoso (Código Eleitoral, Lei nº. 4.737/1965).

A participação da pessoa com deficiência no processo eleitoral vem gradativamente se efetivando, seja com a instalação de equipamentos de acessibilidade e adaptados, de instalações de seções eleitorais em locais de fácil acessibilidade facilitando a expressão e participação das pessoas com deficiência em locais de votação com mais de 1 milhão de eleitores e nos espaços parlamentares com dois parlamentares eleitos (ABNT. NBR 905).

Já a resolução TSE nº. 21.008/2002 dispõe que os Juízes eleitorais, sob a coordenação dos Tribunais Regionais Eleitorais, deverão criar seções eleitorais especiais destinadas a eleitores com deficiência (artigo 1º. Caput). Essas seções deverão ser instaladas em locais de fácil acesso, com estacionamento próximo e instalações sanitárias que atendam as normas técnicas de acessibilidade (artigo 1º. parágrafo 2º).

Desde 1955, o TSE já vem demonstrando maior atenção para assegurar o direito de voto do eleitor com deficiência visual, estabelecendo que qualquer

instrumento material que facilite às pessoas cegas poderá ser usado na votação desde que não fira o sigilo do voto.

No artigo 150, incisos I a III, do Código Eleitoral, está estabelecido que a pessoa cega “poderá assinar a folha individual de votação em letras do alfabeto comum ou do sistema braile; assinar a célula oficial, utilizando também qualquer sistema; usar qualquer instrumento que trouxer consigo, ou lhe for fornecido pela mesa e que lhe permita exercer o direito de voto. Para complementar esses direitos a Resolução TSE nº. 21.008/2002 determina que as urnas eletrônicas instaladas nas seções especiais, deverão conter dispositivo para acoplar fones de ouvido, podendo a pessoa cega conferir seu voto.

OS ELEITORES COM DEFICIÊNCIA NA JUSTIÇA ELEITORAL E NAS ELEIÇÕES DE 2018

No Brasil, até outubro de 2019, existem 147.415.053 eleitores aptos a votar no país e no exterior, sendo que mais de 52,5% são mulheres (77.566.884) e 47,5% (69.801.004) são homens e outros 0,043% não declarados.

O quadro a seguir traz os números por gênero, porcentagem e eleitores no Brasil e exterior:

Quadro 1 – Total de eleitores aptos (TSE outubro 2019)

País	Gênero	Quantitativo	Porcentagem (%)
Brasil	Feminino	77.566.884	52,50%
	Masculino	69.801.004	47,5%
	Não Informado	47.165	0,043%

Fonte: Autor a partir dos dados do TSE

As pessoas com deficiência formam um grupo bem diferenciado de eleitores, visto que as diferenças, os interesses e as necessidades são multifacetadas, o que exige do poder público, mais especificamente da Justiça Eleitoral, a realização de ações que atendam da melhor forma possível todos os eleitores, e isso como bem acima exposto vem sendo realizado. Tanto é que conforme dados do TSE o número de eleitores com deficiência aumentou mais de 100% nas eleições de 2018 em relação ao pleito geral de 2014 quando o número era de pouco mais de 471.000 de pessoas.

Do total, somente 1.034.943 eleitores no país e no exterior declararam-se com alguma deficiência. Desde total, quanto ao recorte de gênero, temos o quantitativo de 506.548 mulheres, 528.258 homens e 137 não informados. Analisando somente os eleitores com deficiência, esses totalizavam 1.034.196, ou seja um pouco mais de 0,7% do total dos eleitores aptos a votar.

O quadro a seguir apresenta dados sobre os tipos de deficiência dos eleitores aptos a votar na eleição de 2018, também são exibidas estatísticas referentes aos tipos de deficiências declaradas e efetivamente comprovadas nos perante a justiça eleitoral. As informações apresentam as limitações que podem afetar o exercício do voto - inclusive temporárias, mas que exigem o uso de seções eleitorais acessíveis e adaptadas para atender eleitores com deficiência ou mobilidade reduzida.

Quadro 2 - Eleitores com deficiência aptos e suas deficiências (eleições de 2018)

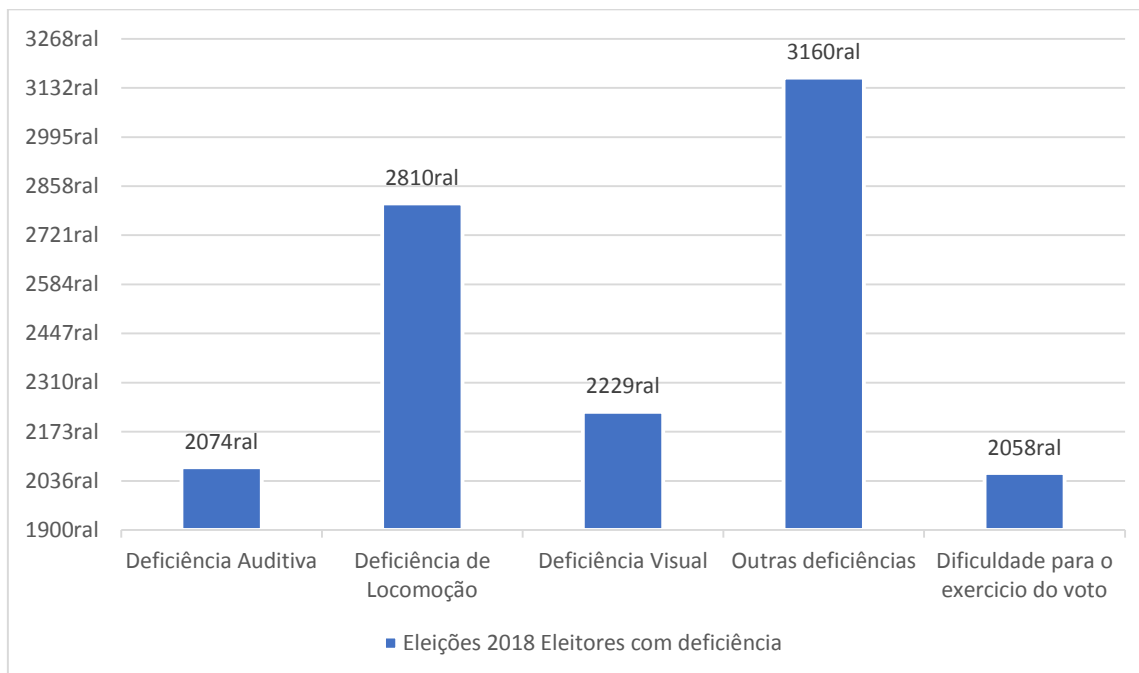
País	Tipos de deficiência	Quantitativo	Porcentagem (%)
Brasil	Deficiência Auditiva	63.786	6,16%
	Dificuldade Para O Exercício Do Voto	57.876	5,59%
	Outros	460.189	44,47%
	Deficiência De Locomoção	332.278	32,11%

País	Tipos de deficiência	Quantitativo	Porcentagem (%)
	Deficiência Visual	120.067	11,60%
Total País		1.034.196	
Exterior	Deficiência Auditiva	75	0,01%
	Dificuldade Para O Exercício Do Voto	47	0,00%
	Outros	342	0,03%
	Deficiência De Locomoção	155	0,01%
	Deficiência Visual	128	0,01%
Total País		747	
Total Geral		1.034.943	

Fonte: Autor a partir dos dados do TSE

O gráfico a seguir sintetiza as informações acima, demonstrando que o grupo de pessoas com outras deficiências apresenta-se maior que o grupo das pessoas com deficiência de locomoção, em segunda posição.

Gráfico 2 - Eleitores com deficiência aptos e suas deficiências (eleições de 2018)



Fonte: Autor a partir dos dados do TSE

Os dados sobre o perfil das pessoas com deficiência apresentados indicam a necessidade de compreender melhor o perfil das pessoas com deficiência quando exercem seu direito a voto. A categoria “outras deficiências” encobre particularidades importantes que precisam ser melhor investigadas pelo TSE para garantir futuramente condições mais adequadas do exercício do direito do voto por esse grupo. Afinal, como exposto na seção anterior, é pelo respeito do direito à diferença que se materializa o direito à igualdade.

Nas eleições de 2018 foram deferidos 25.893 registros de candidatura, desse total 68,4% eram do sexo masculino e 31,4% do sexo feminino. Entretanto, quanto a dados oficiais do TSE de candidatos com deficiência não há registros quantitativos, visto quando do cadastro da candidatura junto à Justiça Eleitoral não há obrigatoriedade de declaração (SOUZA, 2018). Hoje sabemos que no âmbito nacional apenas dois candidatos auto declarados com deficiência foram eleitos: a Senadora Mara Gabrilli – PSDB/SP (tetraplégica) e o deputado federal Felipe Rigoni – PSB/ES (deficiente visual).

Considerando que, conforme dados do Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE) de 2010, o Brasil possuía 45,6 milhões de pessoas declaradamente com algum tipo de deficiência, o que correspondia a algo em torno e 23,9% da

população total, a participação de pessoas com deficiência no processo eleitoral ainda é pequena, seja ele como eleitor ou candidato. Será que isso não afeta a representatividade desse segmento da população no processo democrático? A baixa representatividade das pessoas com deficiência no Poder Legislativo resultaria numa baixa densidade de defesa dos seus direitos? São reflexões que surgiram ao longo da presente pesquisa diante, sobretudo, do importante aumento do número de pessoas com deficiência participantes do processo eleitoral.

CONCLUSÃO

Após esse breve relato sobre o processo eleitoral no Brasil, que vem desde o período imperial, constata-se que a participação e inclusão da população na vida política aumentou consideravelmente. Percebe-se a vida política deixou de ser exclusiva da elite econômica e masculina e passou a incluir pobres, mulheres e outros grupos vulneráveis, como exemplo as pessoas com deficiência.

Os dados disponibilizados pelo Tribunal Superior Eleitoral sobre o perfil das pessoas com deficiência e sua participação no processo eleitoral de 2018 demonstram, como indicado pelo próprio tribunal, um aumento significativo desse grupo no processo democrático brasileiro. É possível afirmar que quando se disponibiliza meios adequados para facilitar a inclusão e participação sociais os números absolutos crescem, como mostram os dados disponibilizados pelo TSE: nas eleições gerais de 2014 os leitores com deficiência eram um pouco mais de 470 mil e nas eleições gerais de 2018 esse número passou para mais de 1 milhão de pessoas com deficiência, um aumento de mais de 100%.

Em verdade, o crescimento desse número é fruto de mobilização das pessoas com deficiência que conquistaram seus direitos cristalizados tanto na Convenção das Pessoas com Deficiência, internalizada pelo Brasil por meio de decreto legislativo como na Lei Brasileira de Inclusão, a carta de direitos que efetivamente procurou adensar o princípio da igualdade previsto na Constituição Federal de 1988.

Mas o número de pessoas com deficiência que participam do processo eleitoral de 2018 e exercem seu direito a voto ainda foi pequeno frente ao número da população brasileira, além do ínfimo número de parlamentares com deficiência eleitos

no pleito. Os desafios que permanecem são justamente a necessidade de ampliação do número de eleitores com deficiência, cabendo ao Estado proporcionar todos os meios para que o grupo exercite seu direito ao voto, e a necessidade de ampliar o número de candidatos com deficiência nos processos eleitorais democráticos para que, caso o povo assim decida, sejam eleitos e contribuam com o fortalecimento da igualdade no Brasil.

REFERÊNCIAS

ALVIM, Paula Bigonha. **Lei Brasileira de inclusão e regime jurídico das incapacidades: uma leitura à luz da convenção da ONU sobre os direitos das pessoas com deficiência. 2018.** Trabalho de Conclusão de Curso (Graduação)- Instituto Brasiliense de Direito Público, Brasília, 2018.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil

BRASIL. Código Eleitoral – Lei 4.737/1965

BRASIL. Estatuto da Pessoa com Deficiência – LBI – Lei 13.146/2015

BRASIL. Lei 9.096/1995 - Lei dos Partidos Políticos

BRASIL. Lei 9.504/1997 – Lei das Eleições

BRASIL. Lei 10.226/2001

BRASIL. Decreto 5.296/2004

BRASIL. Decreto 7.612/2011

BRASIL. TSE. Resolução TSE 21.008/2002

BRASIL. TSE. Resolução TSE 21.633/2004

BRASIL. TSE. Resolução TSE 21.819/2004

BRASIL. TSE. Resolução TSE 23.218/2010

BRASIL. ABNT. - Norma sobre acessibilidade NBR 905

BRASIL. Artigo: Justiça Eleitoral Brasileira assegura direitos da pessoa com deficiência, TSE, tse.jusbrasil.com.br.

DAMIA, Fábila Lima de Brito; ARAÚJO, Luiz Alberto David. O Direito ao Voto das Pessoas com deficiência. **Revista NEJ – Eletrônica**. Vol. 15, n. 3, set-dez 2010, pp. 327-345.

FEMINELLA, Anna Paula. LOPES, Laís de Figueiredo. **Lei Brasileira de Inclusão da Pessoa com Deficiência Comentada**. 2015. Fundação FEAC. Mobilização para Autonomia

MORAES, Maria Celina Bodin de. **O Conceito de Dignidade Humana: Substrato Axiológico e Conteúdo Normativo**. In SARLET, Ingo Wolfgang. **Constituição, Direitos Fundamentais e Direito Privado**. 2ª Ed. Livraria do Advogado. 2006.

NICOLAU, Jairo. **Eleições no Brasil: Do Império aos dias atuais**. Rio de Janeiro: editora Zahar, 2012.

ONU. Convenção dos Direitos das Pessoas com Deficiência e Protocolo Facultativo

RIBEIRO, Moacyr Petrocelli de Ávila. **Artigo: Estatuto da Pessoa com Deficiência: A Revisão da Teoria das Incapacidades e os Reflexos Jurídicos na Ótica do Notário e do Registrador.** Colégio Notarial do Brasil, 2015. Disponível em <<http://www.notariado.org.br/index.php?pG=X19leGliZV9ub3RpY2lhcw==&in=NjIyMA=>>> Acesso em: 29. Nov.2019.

ROSENVALD, Nelson. **Conheça o Estatuto da Pessoa com Deficiência.** 24 Agosto de 2015. Disponível em: <<https://www.nelsonrosenvald.info/single-post/2015/08/24/Conhe%C3%A7a-o-Estatuto-da-Pessoa-com-Defici%C3%Aancia>> Acesso em 29. Nov.2019.

SANTOS, Boaventura de Souza. **Introdução: Para Ampliar o Canône de Reconhecimento, da Diferença e da Igualdade** in SANTOS, Boaventura de Souza. **Reconhecer para Libertar: Os Caminhos do Cosmopolitismo Multicultural.** Rio de Janeiro, Civilização Brasileira, 2003.

SOUZA, Jorge Amaro de. **Política da Pessoa com Deficiência no Brasil: percorrendo o labirinto.** Porto Alegre: UFRGS-Lumen, repositório Digital, 2018.

TISESCU, Alessandra Devulsky da Silva. SANTOS, Jackson Passos. **Apontamentos Históricos sobre as Fases de Construção dos Direitos Humanos das Pessoas com Deficiência.** Disponível em <<http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=24f984f75f37a519>>. Acesso em: 24. Mar. 2019

A INSTITUCIONALIZAÇÃO DO PROCESSO DE REVISÃO DE DESPESAS NO BRASIL: PERSPECTIVAS LEGISLATIVAS PARA IMPLEMENTAÇÃO DE UM MODELO DE REVISÃO DE DESPESAS NO GOVERNO FEDERAL

Raul Greenhalgh Garcia Junior

Servidor Público Federal.

Auditor Federal de Finanças e Controle da Secretaria do Tesouro Nacional.

Bacharel em Ciências Econômicas pela Universidade Federal Fluminense (UFF).

Resumo: O presente trabalho trata do tema da institucionalização do processo de Revisão de Despesas no Brasil. O objetivo central é investigar “Quais são os principais obstáculos à implementação do processo de Spending Review no Brasil e de que forma eles poderiam ser contornados?”. Os objetivos específicos do trabalho são: descrever o contexto fiscal brasileiro e a necessidade de adoção de ferramentas para melhoria da qualidade do gasto público; investigar como o processo de Revisão de Despesas ocorreu em outros países, em especial, quais dificuldades foram encontradas e quais soluções foram adotadas; investigar os obstáculos para a implementação desse instrumento no Brasil, levando em conta a experiência de gestores públicos e especialistas no tema; consolidar os obstáculos identificados; e sugerir caminhos para aperfeiçoamento das proposições legislativas em tramitação no Congresso Nacional. Adotou-se como metodologia de pesquisa a revisão bibliográfica sobre o tema e uma pesquisa qualitativa com técnicos especializados em Finanças Públicas no Brasil pertencentes ao quadro dos Poderes Executivo e Legislativo. Conclui-se que a via legislativa é o caminho mais adequado para a implementação da Revisão de Despesas e que os obstáculos podem ser superados, especialmente por uma forte liderança política na condução do processo, uma interlocução transparente com o Congresso Nacional e a sociedade e o enfrentamento da rigidez e da vinculação do orçamento brasileiro.

Palavras-chave: Revisão de Despesas; contexto fiscal, qualidade do gasto público, orçamento.

Abstract: This paper examines the institutionalization of the spending review process in Brazil. The main objective is to investigate “What are the main obstacles to implementing a spending review process in Brazil and how could they be overcome?”. This paper’s specific objectives are: describe the Brazilian fiscal context and the need to adopt tools to improve the quality of public expenditure; investigate how the spending review process took place in other countries, in particular, what difficulties were encountered and which solutions were adopted; investigate the obstacles to the implementation of this process in Brazil, taking into account the experience of public managers and specialists in this discipline; consolidate the identified obstacles; and suggest ways to improve the legislative proposals in the National Congress. The research methodology adopted included a literature review of the topic and qualitative research with technicians specialized in Public Finance in Brazil from the Executive and

Legislative Powers. It is concluded that the legislative path is the most appropriate way to implement Spending Review and that obstacles can be overcome, especially with strong political leadership during the review process, transparent dialogue with the National Congress and the public, and by confronting the rigidity and constraints of the Brazilian budget.

Keywords: Spending Review; fiscal context, quality of public expenditure, budget.

INTRODUÇÃO

O trabalho analisa os principais obstáculos à institucionalização de Revisão de Despesas no Brasil, conhecido na literatura internacional como *Spending Review*, considerando o contexto fiscal grave por que passa o país e as perspectivas de descumprimento do teto de gastos, regra fiscal introduzida no Brasil pela Emenda Constitucional nº 95, de 2016.

O objetivo central deste trabalho é investigar quais são os principais obstáculos à implementação do processo de *Spending Review* no Brasil e de que forma eles poderiam ser contornados.

Para proceder à investigação, consideram-se como hipóteses os seguintes obstáculos: (i) a descon sideração dos resultados de avaliações de políticas públicas pelos tomadores de decisão; (ii) a incompletude dos resultados das avaliações, que podem apresentar visão tendenciosa ou resultado equivocado sobre a eficiência, eficácia e efetividade de políticas públicas; (iii) a dificuldade na obtenção de informações junto aos órgãos executores das políticas, uma vez que estes possuem interesse na fração orçamentária disponibilizada para seu órgão; (iv) os obstáculos à coordenação dos órgãos públicos que são comumente envolvidos no processo de revisão de despesa; e (v) a alta rigidez do orçamento brasileiro, que impõe alto custo político para a Revisão de Despesas obrigatórias, que frequentemente demandam alteração legislativa.

A metodologia utilizada contempla uma revisão bibliográfica sobre o tema e entrevistas com servidores públicos especialistas em Finanças Públicas que integram os quadros dos Poderes Executivo e Legislativo e possuem larga experiência na temática abordada neste trabalho.

O objetivo das entrevistas é testar as hipóteses consideradas no trabalho e elencar as ações necessárias para superar os obstáculos impostos à institucionalização

do processo de Revisão de Despesas no âmbito da administração pública federal. Ainda nas entrevistas, é possível discutir algumas sugestões para o aperfeiçoamento do projeto legislativo selecionado para viabilizar tal processo.

A primeira seção faz um breve relato sobre o desafio que se impõe às Finanças Públicas nos Estados Modernos e alguns instrumentos utilizados para restabelecer o equilíbrio das contas públicas. No Brasil, dado o contexto de grave crise fiscal e as perspectivas de descumprimento do limite pela União trazidos pela regra fiscal do teto de gastos, há um cenário favorável para a institucionalização de ferramentas que auxiliem na melhoria da qualidade dos gastos públicos e na eficiência alocativa do orçamento, como o *Spending Review*.

A segunda seção traz os aspectos gerais da metodologia de revisão de despesa adotada pelos países da Organização para a Cooperação e o Desenvolvimento (OCDE) e se há, de fato, a utilização da avaliação dos gastos públicos nas recomendações propostas pela ferramenta.

Na terceira seção, considerando as hipóteses do trabalho, analisam-se os obstáculos apresentados na implementação da Revisão de Despesas em alguns países da OCDE e o que foi feito para superá-los. Realiza-se um cenário prospectivo para a implementação da Revisão de Despesas no Brasil, considerando as hipóteses e as recomendações propostas com base nos achados da pesquisa qualitativa.

Na última seção, abordam-se as perspectivas legislativas para a implementação do processo de Revisão de Despesas no Brasil, através do PLS 428/2017, e algumas sugestões para aperfeiçoamento da proposição.

1 FINANÇAS PÚBLICAS NOS ESTADOS MODERNOS

Um dos grandes desafios dos Estados modernos, especialmente após a crise econômica global de 2008, é o equilíbrio das finanças públicas em um contexto de crescentes demandas sociais e recursos cada vez mais limitados.

As Finanças Públicas representam a atividade financeira do Estado, que é o elemento indispensável para o seu funcionamento. Ela não se restringe à mera arrecadação, mas a quatro áreas afins: receita pública (obter), despesa pública

(despender), orçamento público (gerir) e crédito público (criar) (MATIAS-PEREIRA, 2017).

O orçamento público é um instrumento de organização do fenômeno financeiro do Estado, de forma a disciplinar a gestão de receitas e despesas públicas coexistentes em determinado horizonte de tempo (BIJOS, 2010, p.17). Segundo Giacomoni (2012 *apud* MUSGRAVE, 1974), trata-se do principal instrumento de ação estatal na economia e possui três funções: i) promover ajustamentos na alocação de recursos (função alocativa); ii) promover ajustamentos na distribuição de recursos (função distributiva) e iii) manter a estabilidade econômica (função estabilizadora).

Para enfrentar os desequilíbrios entre as despesas e receitas públicas verificados em nível mundial, especialmente a partir do século XX – que teve como consequências a geração de *deficits* orçamentários e o aumento considerável no nível de endividamento público –, os Estados passaram a adotar medidas de ajustes fiscais – como as regras fiscais – e de melhoria na qualidade do gasto público visando a consolidação fiscal.

Segundo o Fundo Monetário Internacional (FMI)¹, uma regra fiscal é uma restrição duradoura à política fiscal através de limites numéricos sobre agregados orçamentários que visam corrigir incentivos distorcidos e conter pressões para gastos excessivos, de modo a garantir a responsabilidade fiscal e a sustentabilidade da dívida.

As regras fiscais podem ser classificadas em quatro tipos: resultado fiscal, dívida, despesa e receita; e estão sendo utilizadas em escala cada vez maior entre os países da OCDE, desde 2012, especialmente após a crise de 2008².

Em estudo recente sobre o tema, a Instituição Fiscal Independente (IFI)³ apresentou em seu Relatório de Acompanhamento Fiscal (RAF) de Janeiro de 2018, um tópico especial sobre as regras fiscais no Brasil, identificando no país regras de resultado fiscal (regra de ouro e meta de resultado primário), de despesa (teto de gastos primários, limites para despesas com pessoal, compensação de despesas obrigatórias de

¹ Disponível em: <<http://bit.ly/2WJxwg8>>. Acesso em: 10 mai. 19

² Estudo realizado pela Consultoria de Orçamentos e Fiscalização Financeira da Câmara dos Deputados (CONOF) sobre o planejamento fiscal de médio prazo e a experiência sueca, quantificam os países que adotaram, ao menos, uma regra fiscal, com base em Budina et al (2012). Disponível em: <<http://bit.ly/2JHPs7n>>. Acesso em: 13 mai. 19.

³ A IFI foi criada em 2016, por meio da Resolução nº 42/2016 do Senado Federal, e tem como função central o acompanhamento do cumprimento das metas fiscais em vigência no país.

caráter continuado, geração de despesas da seguridade social), de receita (compensação de renúncias de receitas), bem como as relacionadas à dívida pública (limites para dívida consolidada e mobiliária, operações de crédito e suas garantias)⁴.

Essas regras fiscais constam em diferentes diplomas de nosso arcabouço normativo, como a Constituição, Lei complementares e resoluções do Senado Federal. Para o propósito de nosso trabalho, aborda-se a mais recente regra fiscal implementada no Brasil, qual seja, o Teto dos Gastos, materializado através do Novo Regime Fiscal (NRF), instituído pela Emenda Constitucional nº 95, de 2016 (EC 95/2016).

Em razão da grande possibilidade do descumprimento de seus limites – em especial, se não forem complementadas por reformas conjunturais e, sobretudo, estruturais na economia – torna-se de suma importância a adoção de medidas que visem a racionalização do gasto público, como o *Spending Review*.

Se, devidamente integrado ao orçamento público, essa ferramenta pode contribuir, entre outros, para: a implantação de uma cultura de planejamento fiscal de médio e longo prazos; a identificação de opções de economia; o aumento na eficiência alocativa dos recursos públicos; a priorização dos gastos públicos através de avaliação de políticas públicas com base em evidências; e a melhoria da transparência das informações fiscais (*accountability*).

1.1 A situação fiscal no Brasil e o Novo Regime Fiscal

Após reverter uma trajetória de *superavits* primários do Governo Central (composto pelo Tesouro Nacional, Previdência Social e Banco Central) em relação ao Produto Interno Bruto (PIB) – iniciada em 1998 e que se estendeu até o ano de 2013, com taxa média de 2,0% (R\$ 135 Bilhões, considerando o PIB de 2018) – o Brasil passou a apresentar, a partir de 2014, *déficits* primários que perduram até o presente momento⁵.

Não obstante a deterioração dos indicadores fiscais, o país apresentou a pior recessão de sua história entre os anos de 2015 e 2016, com um crescimento negativo do

⁴ Disponível em: <<http://bit.ly/2WAUBS6>>. Acesso em: 10 mai. 19.

⁵ Os dados da série histórica constam do Resultado Fiscal do Governo Central publicado pela Secretaria do Tesouro Nacional (STN). Disponível em: <<http://bit.ly/2HgONbp>>. Acesso em: 30 abr. 2019.

PIB de 6,8%⁶, superando até mesmo o biênio 1930-1931 (-5,3%) – que refletiu a grande depressão econômica mundial deflagrada pela “quebra” da Bolsa de Nova Iorque em 1929. Nos anos de 2017 e 2018, o crescimento foi de 1,1% e as projeções para 2019, 2020 e 2021 são, respectivamente, 0,87%, 2,00% e 2,50%⁷.

A Dívida Bruta do Governo Geral (DBGG) – que abrange o Governo Federal, governos estaduais e governos municipais, mas exclui Banco Central e empresas estatais – em relação ao PIB, na metodologia doméstica⁸, começou a apresentar uma trajetória de crescimento mais acentuado a partir de 2014, e que persiste até os dias atuais. Em 2018, a DBGG/PIB atingiu o patamar de 77,2%. Segundo estimativas da IFI⁹, no cenário base (*baseline*) – que levam em consideração as regras que atualmente regem a dinâmica do gasto obrigatório –, se cumprido o teto de gastos, o indicador apresentaria crescimento significativo até 2023, quando atingiria 82,70%.

Já na metodologia adotada pelo FMI, a projeção é de uma trajetória crescente do indicador para o Brasil, iniciada no ano de 2015 e que irá perdurar até o ano de 2024, atingindo neste ano 97,60% do PIB, o que não se verifica nos países e grupos de países selecionados na tabela abaixo.

Tabela 1

DBGG do Brasil em comparação com países da América do Sul e grupos de países - Metodologia do FMI (Em % do PIB)

	2014	2015	2016	2017	2018	2019	2020	2021	2022	2023	2024
Argentina	44,7	52,6	53,1	57,1	86,3	75,9	69	65,1	62,8	60,7	59,5
Brasil	62,3	72,6	78,3	84,1	87,9	90,4	92,4	94,1	95,6	96,5	97,6
Chile	15,0	17,3	21,0	23,5	25,6	27,2	28,1	28,7	28,8	28,7	28,3
Venezuela	63,5	31,7	30,3	33,1	175,6	214,4	228,2	247,5	261,6	274,8	272,8
América do Sul	52,1	55,7	59,4	65,1	74,8	75,3	75,2	75,2	75,1	74,7	74,5
Economias Emergentes	40,4	43,8	46,8	48,5	50,6	53	54,5	55,9	57,3	58,5	59,7
Zona do Euro	91,8	89,9	89,1	86,8	85	83,6	81,8	80,3	78,6	77,2	75,7
União Européia	87,8	86,2	85,3	83,3	81,6	80,2	78,6	77,2	75,8	74,4	73,0
América Latina e Caribe	50,8	54,1	57,6	61,2	67,5	68,0	68,0	67,9	67,8	67,5	67,3

Fonte: World Economic Outlook Database (Abril 2019) - FMI. Elaboração própria.

⁶ Dados do Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE). Disponível em: <<http://bit.ly/2HgKf4H>>. Acesso em: 30 abr. 2019.

⁷ Relatório Focus, publicado semanalmente pelo Banco Central do Brasil (BCB), resume as estatísticas calculadas considerando as expectativas de mercado coletadas até a sexta-feira anterior à sua divulgação. Disponível em: <<http://bit.ly/2miJBvt>>. Acesso em: 16 set. 2019.

⁸ A DBGG é conceito mais em voga atualmente. A metodologia doméstica, exclui a carteira de títulos livres do BACEN e inclui operações compromissadas da autoridade monetária. Já o conceito do FMI considera o total de títulos emitidos pelo Tesouro Nacional e repassados ao BC.

⁹ Disponível em: <<http://bit.ly/2JhwyEX>>. Acesso em: 13 mai. 2019.

Conforme a tabela 1, o Brasil apresenta, considerando os dados apurados desde 2014 e as projeções para o período 2019-2024, uma trajetória ascendente da DBGG, bem acima da média dos países emergentes, de países da América do Sul, da América Latina, da Zona do Euro e da União Europeia.

Para não tornar a análise viesada, realçam-se três países do nosso continente: Argentina (envolvida em uma grave crise econômica), Chile (que é a referência de um país ajustado do continente) – ambos classificados como emergentes – e a Venezuela (mergulhada em uma profunda crise política e econômica). O Brasil só possui um indicador inferior a este último.

Diante desse cenário de deterioração das finanças públicas e de forte contração da atividade econômica, o Governo Federal apresentou, em 2016, uma Proposta de Emenda Constitucional, batizada de “PEC do Teto dos Gastos Públicos”.

Tendo como principal diagnóstico do problema fiscal do Governo Federal o crescimento acelerado da despesa pública primária, que crescia acima da inflação e em escala mais do que três vezes superior à receita, a medida objetivava, fundamentalmente: estabilizar o crescimento da despesa primária, e consequentemente, a expansão da dívida pública; restabelecer a confiança na sustentabilidade dos gastos e da dívida pública; retomar a confiança dos agentes econômicos; conter a alta dos juros, que deprimem os investimentos e comprometeram a capacidade de crescimento e geração de empregos da economia¹⁰.

Após seis meses de tramitação no Congresso Nacional, foi promulgada, em 15/12/2016, A EC 95/2016, que instituiu o NRF.

Convém registrar que o arcabouço legal de finanças públicas existente até a sua instituição, em especial a Lei Complementar nº 101, de 2000 (LRF), não havia sido suficiente para controlar a expansão da despesa nos níveis insustentáveis observados.

Isso se deve ao fato de que o processo anual de fixação de metas fiscais está centrado nas metas de resultado, de modo que a definição de metas para despesas se tornou apenas um rito protocolar que segue as projeções de receitas, muitas vezes estimadas de forma fantasiosa.

¹⁰ Exposição de Motivos Interministerial nº 00083/2016 MF MPDG. Disponível em: <<http://bit.ly/2Vxrtaf>>. Acesso em: 30 abr. 2019.

Ademais, o seu caráter de curto prazo – em que as metas relativas a receitas, despesas, resultados nominal e primário e montante da dívida pública, devem ser estimadas para o exercício a que se referirem e para os dois seguintes – não possibilitou um planejamento e controle adequado de despesas no longo prazo, sendo um instrumento de freio e contrapeso (*check and balances*) ineficaz frente ao viés de déficit governamental.

O NRF, cujo arcabouço normativo está voltado ao controle mais efetivo e duradouro da despesa pública, não tem, portanto, o condão de substituir a LRF, mas sim de complementá-la. Ele limita o crescimento das despesas primárias do Governo Federal à taxa de inflação e tem como objetivo central conter o endividamento e reequilibrar as contas da União.

Por essa sistemática, o teto da despesa primária, à exceção do ano de 2017 (primeiro ano de vigência do NRF), seria calculado com base no limite do ano anterior, corrigido pelo Índice Nacional de Preços ao Consumidor Amplo – IPCA apurado nos doze meses encerrado em junho do exercício anterior a que se refere a lei orçamentária (art. 107 do ADCT). Após o 10º ano de sua vigência, o Poder Executivo poderá propor, através de projeto de lei complementar, a alteração do critério de correção dos limites (art. 108).

O art. 109 do ADCT, introduzido pelo NRF, trata dos gatilhos a serem acionados em caso de descumprimento dos limites individualizados impostos ao Poder Executivo, aos órgãos dos Demais Poderes, Ministério Público da União – MPU e Defensoria Pública da União – DPU (total de quinze limites).

Ele veda ao Poder Executivo ou ao órgão que o descumpriu, até o retorno ao limite: o aumento de despesas com servidores ou empregados públicos e militares; criação de despesas obrigatórias em geral e seu reajuste acima da variação da inflação; realização de concurso, exceto para reposição de vacâncias; admissão ou contratação de pessoal, ressalvadas as reposições de cargos de chefia e de direção que não acarretem aumento de despesas e decorrentes de vacâncias.

Por fim, os artigos 113 e 114 determinam que a proposição legislativa que crie e aumente despesa deverá ser acompanhada da estimativa do seu impacto

orçamentário e financeiro e poderá ter sua tramitação suspensa para análise de compatibilidade ao NRF.

Em razão do cenário fiscal descrito nessa seção; da vinculação e rigidez orçamentária – cujas despesas primárias obrigatórias já representam mais de 92% do total de despesas – e da necessidade de reformas estruturais, especialmente a Reforma da Previdência¹¹, cujos gastos com benefícios já representam 49,2% das despesas primárias obrigatórias¹²; dos *deficits* primários recorrentes desde 2014, é de se concluir que o NRF, isoladamente, não tem a potência suficiente para conter a trajetória explosiva da dívida pública.

Assim, torna-se evidente que a possibilidade de inobservância dos limites impostos à União pelo NRF é real e está próxima de se concretizar, como será visto na análise prospectiva realizada adiante.

1.2 Perspectivas para inobservância de limites pela União

Com base nos estudos da IFI (IFI, 2019), estima-se, no cenário base, que a União irá romper o teto de gastos em 2022. A construção desse cenário tem como base a margem fiscal (IFI, 2017), indicador criado pela instituição para avaliar o espaço fiscal para ajustar as contas públicas (consolidação fiscal) descontadas as despesas obrigatórias e as discricionárias necessárias para o cumprimento dos mínimos constitucionais (quase-obrigatórias).

A metodologia de apuração da margem fiscal leva em conta as despesas que não estão sujeitas ao teto das despesas primárias, isto é, corresponde ao grau de liberdade para promoção de cortes de despesa no curto prazo. O indicador pode ser melhor visualizado através do quadro abaixo:

¹¹ O Governo Federal encaminhou, em 2016, a Proposta de Emenda à Constituição (PEC) nº 287, de 2016. Em 2018, a sua tramitação foi suspensa em razão da insuficiência de votos para a sua aprovação no Plenário da Câmara e, posteriormente, pelo decreto de intervenção federal no Rio de Janeiro (Decreto nº 9.288/2018), cujo período de vigência (31 de dezembro de 2018) impedia, por força de lei, que a reforma fosse aprovada. Em 2019, o Governo Federal apresentou uma nova proposta (PEC 6/2019), mais abrangente e cuja potência fiscal estimada foi de R\$ 1,236 trilhões em 10 anos. A matéria foi aprovada na Câmara dos Deputados, em dois turnos, e na Comissão de Constituição, Justiça e Cidadania (CCJ) do Senado Federal, faltando a apreciação pelo Plenário.

¹² Raio X do Orçamento elaborado pela CONOF. Disponível em: <<http://bit.ly/2JhVJas>>. Acesso em: 13 mai. 2019.

Despesas sujeitas ao teto
(-) Previdência
(-) Pessoal
(-) Abono e Seguro Desemprego
(-) Benefício de Prestação Continuada (BPC)
(-) Bolsa Família
(-) Demais despesas obrigatórias
(-) Legislativo, Judiciário, MPU e DPU
(-) Mínimo da Saúde
(-) Mínimo da Educação
(=) Margem Fiscal

Segundo as projeções da IFI, o risco de descumprimento do teto é alto em 2022. Neste ano, as despesas discricionárias são estimadas em R\$ 82 bilhões; a margem fiscal foi calculada em R\$ 56 bilhões; e o valor mínimo de gastos discricionários para que não haja paralisação da máquina pública (*shutdown*) foi estimado em R\$ 85 bilhões.

Para evitar a inobservância de limites impostos pelo teto de gastos, e os acionamentos dos gatilhos previstos pelo NRF em seu art. 109, torna-se recomendável, além da aprovação de reformas estruturais – de difícil implementação – a institucionalização de medidas que objetivem a melhoria na qualidade dos gastos públicos, possibilitando uma ampliação da margem fiscal sem comprimir as despesas discricionárias. Uma dessas medidas, objeto central deste trabalho, é a Revisão de Despesas (*Spending Review*).

1.3 Melhoria da qualidade dos gastos públicos no Brasil

A qualidade do gasto público possui um papel fundamental na resolução do dilema entre a demanda crescente da população por serviços públicos e a capacidade limitada de extrair recursos da sociedade para seu financiamento. De acordo com JOAQUIM LEVI (*apud* BOUERI; ROCHA; RODOPOULOS, 2015, p.14):

A chave está na racionalização e priorização do gasto público de forma a se atingir os objetivos dos cidadãos em relação aos serviços públicos com a utilização dos recursos disponíveis, sem que haja necessidade de crescimento desmesurado do gasto. Essa racionalização do gasto é, sem dúvida, o grande desafio que ora se apresenta ao desenvolvimento econômico brasileiro.

Para atender as demandas por serviços públicos e, em sentido amplo, o bem-estar da população, o Governo utiliza-se das políticas públicas. O termo “políticas públicas” é entendido como um conjunto de programas ou ações governamentais

necessárias e suficientes, integradas e articuladas para a provisão de bens ou serviços à sociedade, financiadas por recursos orçamentários ou por benefícios de natureza tributária, creditícia e financeira (BRASIL, 2018, p.14).

Depreende-se do conceito acima que a melhoria da qualidade do gasto público passa, necessariamente, pela institucionalização do processo de avaliação de políticas públicas – visando a eficiência, a eficácia e efetividade das mesmas – e a sua integração com o processo de elaboração e acompanhamento das leis orçamentárias, quais sejam o Plano Plurianual (PPA), a Lei de Diretrizes Orçamentárias (LDO) e a Lei Orçamentária Anual (LOA)¹³.

É no processo de avaliação, valendo-se de ferramentas estatísticas apropriadas, que se torna possível saber com elevado grau de confiança o impacto, o retorno e a eficiência de determinada política pública.

Seguindo as experiências internacionais, como as verificadas no Chile, no Reino Unido, no México e na Coreia do Sul¹⁴, o Governo Federal estruturou um sistema de avaliação de políticas públicas composto pelos seguintes atores (BRASIL, 2018, pp.20-23):

1) Comitê de Monitoramento e Avaliação de Políticas Públicas (Cmap)

Instituído pela Portaria Interministerial nº 102, de 2016, é o responsável pela coordenação do monitoramento e avaliação de políticas públicas financiadas por gastos diretos da União, ou seja, recursos do Orçamento Geral da União (OGU), sem substituir as atividades de monitoramento e avaliação desenvolvidas pelos demais órgãos e entidades do Poder Executivo Federal. Os seus objetivos (art. 1º, incisos I e II) são: i) aperfeiçoar políticas públicas, programas e ações do Poder Executivo federal para que alcancem melhores resultados; e ii) aprimorar a alocação de recursos e melhorar a qualidade do gasto público.

2) Comitê de Monitoramento e Avaliação dos Subsídios da União (Cmas)

¹³ As peças orçamentárias constam dos artigos 165 a 169 da Seção II, do Capítulo II, do Título VI, da Constituição da República Federativa do Brasil, de 5 de outubro de 1988 (CF/88). Disponível em: <<http://bit.ly/2wakNr7>>. Acesso em: 20 mai. 2019.

¹⁴ Cf BRASIL, 2018, pp. 18-19.

Instituído pelo Decreto nº 9.588, de 2018, tem como principal atribuição monitorar e avaliar, de forma contínua, as políticas públicas financiadas por subsídios (benefícios tributários e benefícios financeiros ou creditícios) da União.

As suas atribuições constam do art. 2º do decreto, com destaques para: i) implementar medidas com vistas a conferir publicidade às suas atividades, de modo a assegurar a transparência ativa de seus atos e a adoção de boas práticas de governança e ii) cientificar o Comitê Interministerial de Governança – CIG sobre a lista de políticas públicas financiadas por subsídios da União que serão objeto de avaliação em determinado período e sobre o resultado dessa avaliação

3) Comitê Interministerial de Governança (CIG)

Instituído pelo Decreto nº 9.203, de 2017 e alterado pelo Decreto nº 9.901, de 2019, o comitê tem a finalidade de assessorar o Presidente da República na condução da política de governança da administração pública federal. A governança pública representa o conjunto de mecanismos de liderança, estratégia e controle postos em prática para avaliar, direcionar e monitorar a gestão, com vistas à condução de políticas públicas e à prestação de serviços de interesse da sociedade.

No que tange às diretrizes da governança pública, destacam-se àquelas relacionadas ao processo de monitoramento e avaliação de políticas públicas, quais sejam: i) monitorar o desempenho e avaliar a concepção, a implementação e os resultados das políticas e das ações prioritárias para assegurar que as diretrizes estratégicas sejam observadas; ii) avaliar as propostas de criação, expansão ou aperfeiçoamento de políticas públicas e de concessão de incentivos fiscais e aferir, sempre que possível, seus custos e benefícios e iii) manter processo decisório orientado pelas evidências, pela conformidade legal, pela qualidade regulatória, pela desburocratização e pelo apoio à participação da sociedade.

3) Órgãos setoriais

De acordo com a Lei 10.180, de 2001, os órgãos setoriais são as unidades de planejamento e orçamento dos Ministérios, da Advocacia-Geral da União, da Vice-Presidência e da Casa Civil da Presidência da República. Por serem os executores das políticas públicas, eles possuem conhecimentos específicos, dados e informações relevantes que podem auxiliar no processo de avaliação.

4) Escolas de Governo

Exercem atividades de apoio para o desenvolvimento das atividades de avaliação e de pesquisa do CMAP e do CMAS, como, por exemplo, promover programas de treinamentos de capacitação técnica, promover acordos de cooperação com a academia, organizações da sociedade civil, etc. Estão entre elas, o Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada – IPEA, a Escola Nacional de Administração Pública – ENAP, o Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística – IBGE e a Escola de Administração Fazendária – ESAF.

A integração desses atores, sob a coordenação do CIG – exercida pelo Ministro de Estado Chefe da Casa Civil da Presidência da República – é primordial para o fortalecimento do sistema de avaliação de políticas públicas do Governo Federal e a disseminação da cultura de avaliação entre os demais entes públicos.

Muitos avanços já foram alcançados em nível federal¹⁵, no que se refere a governança e na melhoria da eficácia e efetividade das políticas públicas, o que representou economias orçamentárias relevantes.

No entanto, o grande desafio que se apresenta é a utilização desse instrumento de maneira perene de forma a orientar a alocação de recursos orçamentários em um contexto de alta vinculação e rigidez orçamentária, da instituição do NRF e do difícil processo de convencimento junto aos atores afetados pelas recomendações, incluídos os parlamentares, que em última instância aprovam as leis orçamentárias.

Uma recomendação no sentido de reduzir despesas de uma política pública, descontinuar-la ou mesmo recomendar a sua priorização, ainda que baseado em evidências robustas (análise de custo-benefício, análise de custo-efetividade, por exemplo), pode afetar a vida de muitos beneficiários.

Apesar das dificuldades citadas, algumas oportunidades se abrem para viabilizar a integração entre a avaliação e o processo orçamentário.

A primeira é que “a maior rigidez impõe uma priorização dos recursos disponíveis e o questionamento do caráter “incremental”¹⁶ que caracteriza o processo orçamentário, abrindo espaço para mudanças mais profundas nas programações que

¹⁵ Sobre os estudos e propostas do Cmap no período de 2016 a 2018, ver IPEA, 2018. Sobre as alterações legais decorrentes das recomendações do Cmap, ver BRASIL, 2018, p.25.

¹⁶ Sobre a teoria do orçamento incremental, ver Wildavsky *apud* Giacomoni, 2019, pp. 23-31.

contemplam o orçamento visando à maior eficiência alocativa. Nesse contexto, a avaliação pode servir de base para alimentar o debate sobre cortes não lineares, priorizando a eficiência e a efetividade das políticas na alocação dos recursos” (BRASIL, 2018, p.44).

Outra grande oportunidade vem da institucionalização do processo de Revisão de Despesas no âmbito da administração pública federal pela via legislativa, utilizando como metodologia o processo de *Spending Review* adotado por países membros da Organização para a Cooperação e o Desenvolvimento Econômico (OCDE), cujo objetivo é propor alternativas para redução de gastos ou para dar prioridade a gastos mais importantes.

Logo, a introdução no ordenamento jurídico do processo de Revisão de Despesas no âmbito do governo federal, conferiria legitimidade, perenidade e transparência necessários para que as suas recomendações sejam integradas ao processo orçamentário, valendo-se dos subsídios obtidos através do sistema de avaliação de políticas públicas do Governo Federal.

2 REVISÃO DE DESPESAS

O processo de Revisão de Despesas entrou de maneira mais consistente na agenda fiscal de diversos países após a crise econômica global de 2008 com o propósito de reforçar a consolidação fiscal e a cultura da eficiência e qualidade dos gastos públicos. Dentre as metodologias adotadas para a Revisão de Despesas, duas se destacam: o “*Spending Review*”¹⁷, utilizado por alguns países membros da OCDE, e o “Public Expenditure Review”, objeto de estudo do Banco Mundial (BM), cujas traduções literais adotadas serão, respectivamente, Revisão de Despesas (RD) e Revisões de Despesas Públicas (RDP).

¹⁷ A metodologia tem como base os estudos e apontamentos de Marc Robinson. Marc Robinson é consultor sênior, lidera o grupo de consultoria PFM Results (www.pfmresults.com), já assessorou mais de 30 países em reformas orçamentárias, é membro do Painel Consultivo da OCDE sobre Orçamento e Despesas Públicas (*OECD's Advisory Panel on Budgeting and Public Expenditures*) e já integrou o Departamento de Assuntos Fiscais do FMI (*Fiscal Affairs Department of the International Monetary Fund*).

2.1 Diferenças entre as principais metodologias internacionais para Revisão de Despesas

As metodologias acima descritas possuem diferenças relevantes, de acordo com LIENERT (2015, pp. 184-186), sendo que duas merecem destaque.

A primeira diferença está relacionada aos objetivos e ao escopo da revisão: enquanto a RD possui um foco no reexame contínuo de despesas existentes (cenário base) para auxiliar os decisores no processo de preparação do orçamento, a RDP, em geral, foca na análise de setores de despesas específicos de maneira única.

A segunda, por sua vez, diz respeito ao vínculo com o orçamento anual: enquanto na RD a análise do cenário base de despesas é aplicada sistematicamente no orçamento anual, na RPD, essa ação não é vinculada necessariamente ao orçamento anual¹⁸.

2.2 Aspectos gerais da revisão de despesa da OCDE

Segundo ROBINSON (2015, p.108), uma RD é um processo institucionalizado de revisão do cenário base de gastos com o principal objetivo de identificar opções de economia que podem ser efetivadas durante o processo orçamentário. Cenário base de gastos (*baseline expenditure*), nesse contexto, significa gasto em projetos ou programas existentes (serviços ou pagamentos de transferências), no nível exigido pelas políticas públicas ou leis vigentes.

As opções de economia, elemento central de um processo de RD, são ações específicas, como encerrar um programa ou agilizar um processo de negócios, que o governo pode adotar para reduzir as despesas agregadas (ROBINSON, 2018). Podem ser classificadas em dois tipos: economias de eficiência (*efficiency savings*) e economias de produto (*output savings*), também denominadas de economias estratégicas (*strategic savings*).

As economias de eficiência são reduções de despesas que visam entregar a mesma quantidade e qualidade de um serviço a um custo menor. Já as economias de produto ou economias estratégicas são reduções de despesas obtidas pela redução dos

¹⁸ As demais diferenças apontadas por Leinert estão descritas, resumidamente, em quadro comparativo elaborado por SILVEIRA (2017, pp. 30-31).

serviços (produtos) entregues à comunidade - em outras palavras, reduzindo ou encerrando programas.

A RD é, portanto, muito mais que uma ferramenta para reduzir as despesas agregadas. Trata-se de um instrumento central para garantir a priorização dos gastos (eficiência alocativa) – mais especificamente, para expandir o espaço fiscal disponível para gastos prioritários em um contexto de restrição fiscal (ROBINSON, 2014, p.1). Nesse sentido, a Revisão de Despesas é uma ferramenta de eficiência técnica e alocativa (ROBINSON, 2015, p.113).

Para se caracterizar um processo de RD, torna-se necessário a análise aprofundada dos gastos – mediante o auxílio dos sistemas de avaliações de políticas públicas e programas governamentais – e a identificação de opções de economias.

Deste modo, ao se utilizar da base de informações existentes sobre a avaliação da eficiência, eficácia e efetividade das políticas públicas e programas e integrar as opções de economia na elaboração dos orçamentos, a RD acaba por atacar frontalmente a cultura do incrementalismo orçamentário, que se caracteriza pelos cortes ou acréscimos indiscriminados nas despesas agregadas sem critérios robustos ou de forma linear.

Antes da crise global de 2008, a RD adotada pelos países da OCDE se limitava à identificação de economias de eficiência, com pouco ou nenhum esforço dedicado à busca de economias de economias de produto ou estratégica. As exceções ficaram por conta da Holanda (*Interdepartmental Policy Reviews*), Dinamarca (*Special Studies*) e Finlândia (*The Productivity Programme*) (ROBINSON, 2014, p.7)

Após a crise global de 2008, vários países da OCDE enfrentaram uma deterioração profunda nas finanças públicas e uma crise de confiança do mercado financeiro.

Nesse contexto, a RD passou a ser adotada de maneira sistemática e foi considerada um instrumento-chave para o cumprimento das regras fiscais impostas (especialmente nos países da União Europeia, à exceção de Reino Unido e República Tcheca, que, em 2012, assinaram um pacto de estabilidade e crescimento que limitou o *deficit* em 3% do PIB) e para a consolidação fiscal de médio e longo prazos. O foco

passou, então, a ser a busca de economias de eficiência e de economias de estratégia de forma simultânea.

Alguns países como Irlanda, Canadá, Austrália e França se destacaram dentre aqueles que obtiveram sucesso na institucionalização de um processo de RD. Segundo ROBINSON (2015, p. 141), as economias geradas nas rodadas de RD estão entre 2% e 3% do total de despesas do governo. Apesar de não serem tão expressivas, as economias, são, todavia, bastante úteis para fins de realocação ou controle de gastos.

No Brasil, por exemplo, considerando as despesas primárias líquidas¹⁹ constantes da Lei Orçamentária Anual de 2019 (Lei 13.808, de 15 de janeiro de 2019) isso poderia representar uma economia aproximada de R\$ 29 bilhões a R\$ 43 bilhões.

2.3 Escopo da Revisão de Despesas

Quanto ao escopo de um processo de RD, é importante que se analisem três aspectos: o foco, a cobertura e a abrangência.

Quanto à cobertura, o processo de RD pode considerar os gastos orçamentários (despesas legalmente autorizadas na lei orçamentária) e/ou os gastos obrigatórios (despesas legalmente autorizadas na constituição e leis ordinárias para atender às demandas sociais).

A tendência recente é de uma ampla cobertura da revisão – 11 dos 15 países da OCDE declararam, em levantamento realizado em 2012, que os seus processos de RD abrangiam as despesas orçamentárias e obrigatórias (ROBINSON, 2014, p. 14).

Em relação à abrangência, o processo de RD pode ser abrangente (*Comprehensive Spending Review*) ou seletivo (*Selective Spending Review*).

Uma revisão seletiva de gastos pode ser definida como uma revisão limitada a uma lista específica de tópicos de revisão – programas, processos e/ou órgãos – que é especificada no início de cada rodada de revisão de gastos. Já a revisão abrangente não tem seu escopo limitado por nenhuma lista *ex-ante*, de modo que as equipes são solicitadas a examinar todos os ministérios a fim de identificar as mais importantes opções de economia (ROBINSON, 2014, p. 15).

¹⁹ Despesas primárias líquidas de transferências.

Uma revisão abrangente tem, portanto, um escopo maior – e gera mais economia – do que uma revisão seletiva, sendo utilizada em contextos de grave crise fiscal, diante da necessidade de se obter grandes reduções de gastos em curto espaço de tempo. No entanto, por ser bastante complexa e gerar muitas disputas a nível político e burocrático para a sua implementação, ela deve ser evitada.

A revisão seletiva é, portanto, uma abordagem melhor. Por ter caráter gradual, as suas recomendações são mais passíveis de aceitação e, se integradas adequadamente ao processo orçamentário, favorecem o planejamento fiscal de médio e longo prazos.

Para reforçar a compreensão sobre os tópicos de revisão de um processo de RD, ROBINSON (2015, p.113-114) os classificou em três tipos principais:

- **Revisão de programas:** examina os programas específicos e pode fornecer ganhos de eficiência e/ou economias de produtos. Pode ser verificada em um órgão (singular) ou grupos de órgãos (conhecidos como revisão horizontal);
- **Revisão dos processos:** examina detalhadamente processos de negócios específicos usados na produção de serviços públicos (por exemplo, processos de aquisições, sistemas de tecnologia da informação (TI), sistema de gestão de recursos humanos), visando a obtenção de ganhos de eficiência, somente. Pode ser verificada de forma singular ou horizontal, como as revisões de programas;
- **Revisão de órgãos:** examinam um órgão inteiro (ministério ou outro órgão) e podem abranger todos os programas e processos do órgão.

Vale registrar, ainda, uma questão importante em relação ao escopo do processo de RD. Segundo ROBINSON (2013, p. 16), em geral a RD não inclui o exame de projetos de capital em construção ou aquisição (por exemplo, os projetos de infraestrutura e de TI em andamento).

Os cancelamentos desses projetos envolvem desperdícios de recursos públicos já despendidos, afetam um grande número de beneficiários e podem gerar desgastes junto à classe política e aos órgãos executores dessas despesas.

2.4 Estágios da revisão de despesa e atores envolvidos

Esta seção busca descrever sinteticamente os quatro estágios identificados na RD, bem como os atores envolvidos e os seus papéis. Conforme ROBINSON (2013, pp.16-26), as Revisões de Despesa apresentam as seguintes etapas:

Estágio 0 – Quadro de Revisão de Despesas (*Spending Review Framework*): estágio no qual as decisões acerca das características do processo de RD são tomadas (cobertura, foco, abrangência e se haverá ou não definição de metas quantitativas), podendo permanecer em vigor durante várias rodadas. Tal estágio constitui um momento prévio à RD propriamente dita, sendo recomendável que sua estruturação seja realizada de modo a não haver necessidade de modificações frequentes, a cada rodada. Os atores envolvidos neste estágio são a liderança política (LP)²⁰ e o Ministério das Finanças (MF). Os líderes políticos têm papel decisivo na elaboração do escopo da revisão, que seja capaz de fornecer medidas de poupança compatíveis com os objetivos. O MF é o órgão que comanda e gerencia em nível burocrático todo o processo e, nesse estágio, tem a função de projetar o quadro de RD e aconselhar tecnicamente a LP.

Estágio 1 – Parâmetros da Rodada Específica de Revisão de Despesas (*Parameters of Specific Spending Review Round*): é o início, de fato, do processo de RD. Nesse estágio são determinadas as características básicas para cada rodada de revisão, a saber: escolha dos tópicos de revisão (se a estrutura for uma revisão seletiva); especificação de questões e critérios de revisão para as equipes que as irão conduzir; definição das metas de economia e especificação do calendário de RD. Os atores envolvidos nesse estágio são a LP e o MF. Os líderes políticos têm fundamental importância na seleção de tópicos de revisão, na definição de metas de economia, quando relevantes, e na mobilização dos Ministérios executores das despesas, para que contribuam plenamente para o processo. Já o MF desempenha o papel de definir os procedimentos a serem adotados na RD.

Estágio 2 - Desenvolvimento de Opções de Economia (*Saving Options Development*): estágio em que são realizadas recomendações e apresentadas possíveis medidas de poupança aos tomadores de decisão. Os atores envolvidos neste estágio são

²⁰ Cf ROBINSON (2015, p.18), o termo refere-se a políticos eleitos que exerce poder dominante sobre o orçamento. Pode ser o Presidente, o Primeiro-Ministro ou um Comitê, a depender da estrutura institucional do país do sistema de governo adotado.

o MF, o Ministério de Gastos (MG) – que executam as despesas – e, em alguns poucos casos, os atores externos²¹ que, em geral, desempenham um papel consultivo. Em relação aos papéis do MF e do MG nesse estágio, há diferenças entre os países da OCDE que adotaram a metodologia da RD. Quando a RD é realizada de baixo para cima (*bottom-up Spending Review*), os MGs constituem uma equipe interna de revisão e são obrigados a identificar opções de economia para o MF e a LP, tendo um papel ativo. Canadá, Reino Unido e Irlanda são exemplos dessa abordagem. Se a RD é realizada de cima para baixo (*top-down Spending Review*), as equipes de revisão são compostas por funcionários dos MFs, sendo a participação dos MGs muito restrita. Essa abordagem foi adotada na França durante o *Révision Générale des Politiques Publiques* (RGPP). Por fim, se a RD é realizada de forma conjunta (*joint Spending Review*) os MGs e os MFs constituem equipes conjuntas de revisão e ambos podem apresentar medidas de economias que deverão ser decididas pelas lideranças políticas. Países Baixos e Dinamarca, por exemplo, utilizaram essa abordagem.

Estágio 3 – Decisões de Economia (*Saving Decisions*): estágio final do processo de RD, onde são decididas quais opções de poupança serão implementadas. O único ator envolvido é a LP, à qual compete o papel decisório. No entanto, se o foco da economia for apenas de eficiência, e não ensejar metas drásticas de poupança, a decisão pode até ser delegada ao Ministro das Finanças.

2.5 A utilização da avaliação dos gastos públicos na Revisão de Despesas

A avaliação dos gastos públicos é um dos componentes da chamada base de informações do processo, e não se confunde com a própria Revisão de Despesas.

A base de informações da análise de gastos refere-se a informações, como indicadores de desempenho e análise de despesas, disponíveis para aqueles que realizam o processo de Revisão de Despesas e que são potencialmente úteis para aplicar os critérios de revisão para identificar opções de economia. Uma variedade de tipos diferentes de análise de despesas pode fazer parte da base de informações de Revisão de Despesas ROBINSON (2018, p. 309)

²¹ Os atores externos são representados por consultores – muitos deles já foram servidores públicos – acadêmicos, público em geral e Parlamento. Sobre o papel detalhado de cada um deles, ver ROBINSON (2014, pp. 24-26).

As análises de despesas formais são outra parte importante na base de informações do processo de RD, e têm como referência a avaliação da eficiência, eficácia ou relevância do gasto, realizada mediante a utilização de ferramentas analíticas, como a análise de processo de negócio, padrões de referência de custos, avaliações de processos, análise lógica do programa (avaliação baseada em teorias) e avaliações de resultados (ROBINSON, 2015, p. 116).

Para que os sistemas de avaliação dos gastos públicos desenvolvidos tanto pelos MFs quanto pelo MGs sejam relevantes para a Revisão de Despesas, eles devem contribuir não só para a gestão dos programas governamentais, como também para a melhoria da eficiência alocativa no processo orçamentário. Em particular, devem ajudar os avaliadores a aplicar critérios de eficácia e eficiência na busca de opções de economia (ROBINSON, 2018, p. 312).

As experiências apontadas por ROBINSON (2018, p. 313) revelaram que todos os funcionários de orçamento dos países da OCDE entrevistados em 2013 achavam que as avaliações haviam contribuído pouco para o processo de RD, mas entendiam ser importante o fortalecimento de uma base de informação, bem como o desenvolvimento de um sistema de avaliação mais “conectado” às decisões orçamentárias.

Há, portanto, um grande desafio a ser enfrentado nos países que já institucionalizaram o processo de RD, em especial os membros da OCDE, qual seja: fortalecer a base de informações e otimizar a sua integração com o processo orçamentário.

3 OBSTÁCULOS À IMPLEMENTAÇÃO DA REVISÃO DE DESPESAS NO BRASIL

A implementação da RD de forma contínua e integrada ao orçamento é um processo complexo e exigente, que deve respeitar as particularidades institucionais de cada país. Segundo ROBINSON (2014), o modelo ideal de RD possui, em linhas gerais, as seguintes características:

- 1) Apresenta ampla cobertura de gastos e proporciona economias de eficiência e de produto;

2) É seletiva, em regra, e abrangente somente em situações de grave crise fiscal;

3) Tem como foco a identificação de medidas de poupança, e não a apresentação de novas propostas de gastos ou de reformas no Setor Público;

4) Recebe patrocínio irrestrito da liderança política;

5) Tem sua gestão burocrática conduzida pelo MF, conjuntamente com o MG.

6) Está associada à melhoria da base de informações e à utilização adequada de estudos de avaliação de políticas públicas e programas governamentais.

No entanto, para se chegar ao modelo ideal, ou próximo a ele, torna-se necessário superar importantes barreiras. Nesse sentido, para além de explicitar as vantagens da revisão de despesas, segundo a literatura internacional, bem como avaliar sua conveniência diante do contexto de restrição fiscal, esse trabalho busca também mapear os possíveis obstáculos à implementação da RD e apresentar medidas para contorná-los. Esses obstáculos dialogam diretamente com o ambiente institucional em que a RD estiver inserida, bem como com os incentivos e desincentivos para a participação dos atores em processos de avaliação de despesas.

Desse modo, primeiramente, investigam-se os obstáculos enfrentados por outros países, em especial, membros da OCDE, estudados ROBINSON (2015), como Holanda, Canadá, Austrália, Dinamarca, Reino Unido e França. Adota-se como metodologia o levantamento bibliográfico e a análise comparativa internacional, visando a identificação de experiências e aprendizados institucionais relevantes, que possam ser aproveitados no Brasil.

Em seguida, investigam-se os desafios para a implementação do processo de Revisão de Despesas neste país, tomando como base a experiência dos gestores brasileiros envolvidos na dinâmica de avaliação de políticas públicas e gestão fiscal da União. Ressalta-se que, por decorrerem do ambiente institucional brasileiro, assume-se que parte dos obstáculos à implementação da revisão já se fazem presentes no processo de avaliação de políticas públicas e de gestão fiscal. Por essa razão, para esse segundo objetivo específico, adota-se uma metodologia qualitativa, baseada em entrevistas presenciais semiestruturadas, com gestores públicos envolvidos nos referidos processos.

Tem-se como hipótese que os principais obstáculos para a implementação de um processo de Revisão de Despesas no Brasil são: (i) a desconsideração dos resultados de avaliações de políticas públicas pelos tomadores de decisão; (ii) a incompletude dos resultados das avaliações, que podem apresentar visão tendenciosa ou resultado equivocado sobre a eficiência, eficácia e efetividade de políticas públicas; (iii) a dificuldade na obtenção de informações junto aos órgãos executores das políticas, uma vez que estes possuem interesse na fração orçamentária disponibilizada para seu órgão; (iv) a coordenação dos órgãos públicos comumente envolvidos no processo de revisão de despesa; e (v) a alta rigidez do orçamento brasileiro, que impõe alto custo político para a Revisão de Despesas obrigatórias, e que frequentemente demanda alteração legislativa.

3.1 Obstáculos à implementação da Revisão de Despesas em outros países

Nesta seção, busca-se investigar os obstáculos à implementação de Revisões de Despesa em outros países, tendo como base as hipóteses supramencionadas, bem como identificar as medidas que tenham sido adotadas para superá-las.

Primeiramente, cumpre observar que as hipóteses (i) e (ii) guardam forte correlação entre si, uma vez que avaliações feitas de forma incompleta e/ou com baixa qualidade acabam por não ser úteis ao processo de RD e são, via de regra, desconsideradas pelos tomadores de decisão.

No estudo realizado por Robinson, concluiu-se que, de maneira geral, os países realizaram uma análise informal de gastos, especialmente no que tange ao uso de indicadores de desempenho e de informações obtidas através de sistema de avaliação do governo. Segundo o autor, é comum que o MF e os outros órgãos centrais tenham dificuldades na obtenção de informações sobre a eficácia, a eficiência e a relevância de programas e processos. Além disso, as avaliações são realizadas em grande parte pelos MGs e acabam por não ser consideradas relevantes para a tomada de decisão orçamentária e tampouco fornecer subsídios sobre as opções de economia.

Nesse sentido, cumpre mencionar o caso da Suíça, que foi o primeiro país do mundo a dispor de um artigo sobre avaliação de políticas públicas na Constituição, e desenvolveu um sofisticado sistema de avaliação. Segundo STOLYARENKO (2014), a administração pública federal suíça investe cerca de 15 milhões de francos suíços por

ano no sistema de avaliação, mas os resultados raramente são utilizados no processo de tomada de decisão e, quando o são, constituem, muitas vezes, um meio de legitimação para referendar decisão já tomada pelo Governo sobre determinada política pública. Devido à fragilidade na coordenação do processo, a avaliação é frequentemente vista como uma maneira de ganhar poder e influência dentro da administração.

Ante o exposto, observa-se que os obstáculos (i) e (ii) não foram completamente superados na experiência internacional, e há um grande desafio para a utilização da análise formal de gastos.

A hipótese (iii) está diretamente relacionada à forma de gestão e condução do processo de RD. Na grande maioria dos países estudados, a gestão e a condução do processo são, em nível burocrático, de responsabilidade do MF ou órgão equivalente (ROBINSON, 2015, p. 148). No entanto, recomenda-se uma abordagem coordenada com os MGs, visando não somente superar a assimetria de informações em favor dos órgãos executores das despesas, mas extrair deles as informações relevantes para a obtenção das opções de economia.

Sobre esse aspecto, no estudo realizado por Robinson, havia dois casos extremos: a França e o Canadá; e, também, casos intermediários, mais próximos ao modelo ideal.

As equipes de revisão da despesa da RGPP da França são compostas exclusivamente pelo pessoal do órgão central (MF) e peritos externos, o que dificulta a superação do obstáculo (iii). Na outra extremidade, há o Canadá, que atribui somente aos MGs a tarefa de realização do seu processo de RD, o que poderia comprometer – especialmente em países com pouca maturidade institucional – o resultado da identificação das opções de economia, objeto central da revisão.

Entre os casos intermediários, encontram-se países como Holanda e Dinamarca, que criaram unidades específicas de revisão de despesa no âmbito dos órgãos centrais, como as chamadas “forças-tarefa conjuntas de revisão”, compostas pelos MFs e os respectivos MGs. Essas estruturas são consideradas essenciais para a superação desse obstáculo, pois trazem os MGs para o “jogo” e propiciam um maior conhecimento por parte dos MFs sobre os programas e políticas públicas, cujo “monopólio” da informação naturalmente pertence aos MGs.

Vale registrar ainda que, no Reino Unido, durante os processos de RD realizados em 2007 e 2010, foi criada uma Comissão de Despesa Pública (*Public Expenditure Committee of Cabinet*) que contava com servidores públicos do Tesouro e dos MGs como integrantes. A revisão de 2010 contou também com o apoio de um grupo de especialistas independentes (*Independent Challenge Group*) e de sugestões do público (*Spending Challenge*), ampliando assim a *accountability* do processo de RD (ROBINSON, 2015, pp. 134-135).

A hipótese (iv) é apontada na literatura como um elemento chave à realização de avaliações de políticas públicas, bem como à efetividade do processo de RD. Para que a falta de cooperação entre os órgãos não comprometa a RD, torna-se imperioso o patrocínio incondicional da LP e a adoção de mecanismos de incentivos, que visem a mitigar as distorções que decorrem da relação entre agente e principal, no caso, entre MF e MGs.

Em relação aos mecanismos de incentivos, a experiência internacional aponta que uma medida eficaz para promover a coordenação dos órgãos é a definição de objetivos de poupança para os MGs, com possibilidade de reversão de parte do valor poupado para o órgão em caso de cumprimento do objetivo. Além disso, é possível a autorização de “gastos para economizar” (*spend to save*), ou seja, de despesas, geralmente expressivas, cuja finalidade é obter futuras economias de eficiência (por exemplo, sistemas de TI que economizam mão-de-obra). A Revisão Estratégica do Canadá (*Strategic Review*) de 2007 adotou essa medida.

Por fim, em relação à hipótese (v), os países referidos por Robinson não possuem um grau de vinculação e rigidez orçamentária tão grande quanto o Brasil. No entanto, dada a crise fiscal em que se encontravam, especialmente no pós-crise de 2008, eles não se furtaram à revisão de despesas obrigatórias.

3.2. Obstáculos esperados na implementação do processo periódico de Revisão de Despesas no Brasil

A fim de identificar os obstáculos à utilização de avaliações de políticas públicas nas decisões alocativas da União, assim como àqueles apontados na próxima seção, faz-se uso, fundamentalmente, dos achados da pesquisa qualitativa realizada

através de entrevistas presenciais semiestruturadas com 8 servidores da administração pública federal, dos Poderes Executivo e Legislativo, especialistas em finanças públicas e avaliação de políticas públicas, no período de 13/06/2019 à 31/07/2019.

A seleção dos entrevistados levou em conta sua experiência em processos análogos à revisão de despesa, ou com ele relacionados, tais como: avaliação de políticas públicas, orçamento público, finanças públicas, planejamento governamental, estatísticas fiscais e assessoria legislativa. Para proporcionar maior liberdade na elaboração de seus comentários, e não comprometer os gestores, cujas avaliações e críticas poderiam estar direcionadas aos processos em que estão diretamente envolvidos, resguarda-se sua identidade. As entrevistas foram conduzidas com base no questionário exposto no Apêndice deste trabalho, e tiveram duração média de 45 minutos.

Tal metodologia é adequada ao objetivo deste trabalho, uma vez que ele não demanda a quantificação da importância relativa dos obstáculos, mas possui caráter analítico e meramente preditivo. Assim, importa conhecer a variedade de obstáculos possíveis, sua forma de operação, isto é, os processos e mecanismos que o permeiam, e possíveis medidas de contorno.

Segundo CROUCH & MCKENZIE (2006, pp- 490-491), em pesquisas cujo objetivo seja exploratório, voltado à produção de conceitos e à identificação de processos, como neste trabalho, entrevistas não são apenas uma forma adequada de investigação; elas apresentam vantagens comparativas relevantes em face de outras metodologias de pesquisa, tendo em vista a possibilidade de alinhamento entre os entrevistados e o entrevistador, que permite o desvelamento de impressões e experiências inacessíveis a outras incursões metodológicas.

Passando-se à análise do resultado das entrevistas, verificou-se que todos os entrevistados informaram que as hipóteses elencadas representam, em maior ou menor grau, constituem entraves possíveis à implementação do processo de Revisão de Despesas no Brasil.

As hipóteses (i) e (ii) possuem estreita ligação, uma vez que pressupõem a qualidade e a utilidade dos resultados das avaliações. Sobre esse aspecto, os gestores informaram que o sistema de avaliação de políticas públicas do Governo Federal, tratado na seção 1.3, em que pesem as contribuições de seus estudos e recomendações,

gerando economias importantes, não foi estruturado de forma a subsidiar as decisões alocativas do orçamento da União.

Isso decorre, principalmente, das características de orçamento brasileiro, cujo foco é de curto prazo, e cuja gestão envolve a realização de contingenciamentos e a revisão de políticas públicas no formato *top-down*. Nas palavras do “Entrevistado 4”:

“Ele não foi pensado com essa lógica. O enfoque do sistema de avaliação é na efetividade e na eficiência das políticas e não em se buscar opções de economia. Os seus órgãos, especialmente o CMAP e o CMAS, focam na avaliação de políticas públicas específicas, mas sem uma visão agregada de forma conectada com o orçamento” (Entrevistado 6, Poder Executivo, 2019).

No mesmo sentido, o “Entrevistado 6” argumentou que:

“O sistema de avaliação do Governo está muito embrionário ainda, sem a devida publicização dos seus resultados. Essa cultura do *value for money*²² é difícil de ser implementada e leva tempo” (Entrevistado 6, Poder Executivo, 2019).

Sendo assim, seria necessária uma reestruturação do sistema de avaliação do governo federal, de modo de modo a compatibilizá-lo com o planejamento fiscal de longo prazo. Ações como a institucionalização do processo de RD e a capacitação do quadro técnico dos órgãos que integram o sistema – com foco na internalização da cultura de avaliação e de gestão de políticas públicas baseadas em evidências – poderiam contribuir para viabilizar tal reestruturação e a utilização efetiva do resultado de suas avaliações nas decisões alocativas.

Para tal, seria fundamental que a liderança política – mediante norma infralegal (portaria ou decreto) – formalize tal programa e monitore os seus resultados, contando com toda a *expertise* das escolas de governo.

A gente percebe quando estuda os processos de RD implementados, que há uma preocupação muito grande em relação ao treinamento, a qualificação, ao técnico do governo preparado para fazer uma avaliação. Juntamente com essa capacitação técnica, tem que haver uma forte liderança conduzindo o processo (Entrevistado 2, Poder Legislativo, 2019).

²² Prestação dos serviços públicos, com uso dos recursos disponíveis em uma trajetória sustentável (BRASIL, 2018, p.7). Trata-se de alocar recursos em programas com maiores benefícios à sociedade.

Ainda sobre a questão da qualificação, o Entrevistado 4 mencionou que “a recapacitação seria como uma “reforma invisível”, que não aparece, mas vai qualificando o debate nos quadros dos órgãos da administração pública federal e teria efeito prático relevante. Dado a nossa estrutura atual, isso seria perfeitamente possível” (Entrevistado 4, Poder Executivo).

A hipótese (iii) poderia ser superada com um forte engajamento da liderança política visando a conscientização sobre a necessidade de se melhorar a eficiência alocativa dos recursos públicos.

Para facilitar esse trabalho seria fundamental que o processo de RD não focasse exclusivamente em corte de gastos – o que representa, no limite, perda de orçamento e perda de poder político para os órgãos executores – e que houvesse mecanismos de incentivos e sanções que viabilizasse a fluidez das informações.

Além dos mecanismos de incentivos habituais, como o retorno para o órgão executor de parte das economias apresentadas, pagamento de bonificações aos órgãos ou aos gestores, um dos entrevistados apontou a regulamentação § 8º do artigo 37 da CF/88)²³, incluído pela Emenda Constitucional nº 19, de 1998.

Ela pode contribuir para a formalização dos mecanismos de incentivos no âmbito da União, além de conferir maior transparência ao processo e proporcionar um *enforcement* importante.

O foco, então, passaria da execução de despesa – seguindo a lógica incrementalista – para o desempenho:

Como é que você consegue tornar o gestor (órgão setorial) um aliado para revelar informações sobre ineficiência em setores onde atua? Se você disser que vai cortar recursos dele, ele ficará calado. Agora, criando incentivos através da contratualização é possível trazê-los para o jogo... (Entrevistado 1, Poder Executivo, 2019)

²³ Art. 37.

§ 8º A autonomia gerencial, orçamentária e financeira dos órgãos e entidades da administração direta e indireta poderá ser ampliada mediante contrato, a ser firmado entre seus administradores e o poder público, que tenha por objeto a fixação de metas de desempenho para o órgão ou entidade, cabendo à lei dispor sobre:

I - o prazo de duração do contrato;

II - os controles e critérios de avaliação de desempenho, direitos, obrigações e responsabilidade dos dirigentes;

III - a remuneração do pessoal.

O obstáculo trazido pela hipótese (iv) é um dos mais críticos, segundo todos os entrevistados. De fato, para que haja uma coordenação eficiente do processo de RD é fundamental que: (a) a liderança política exerça um papel ativo e insira o processo de RD como parte do plano de governo; (b) seja constituído, como ocorreu nas experiências internacionais, um núcleo, sob o comando do Poder Executivo para conduzir esse processo e reportar os seus resultados à liderança e aos atores políticos, que em última instância deliberam sobre as recomendações apresentadas. Esse núcleo, que poderia ser denominado de Comitê de Revisão de Despesas (CRD), seria composto por atores-chaves, incluídos aí os órgãos representativos do Poder Legislativo, como, por exemplo, a IFI e a CONOF; (c) seja feita uma comunicação eficiente para a sociedade sobre as atribuições, metodologia de trabalho e resultados do CRD, de maneira a se transformar em um indutor do engajamento dos atores envolvidos no processo de RD, além de uma ferramenta de controle social; (d) esteja em estágio avançado o programa de recapacitação apontado como fundamental para a superação dos obstáculos apontados nas hipóteses (i) e (ii).

Não é objeto deste trabalho apresentar a composição ideal do CRD, mas sim apontar a relevância de tal instituição, desde que cumpridos as recomendações contidas nos itens (a), (c) e (d) supracitados.

A hipótese (v) é considerada o mais importante obstáculo a ser superado. Conforme já citado anteriormente o Brasil possui uma grande rigidez orçamentária, excessiva vinculação de receitas e um teto de gastos instituído pelo NRF. Nesse sentido, a margem para mudanças alocativas torna-se muito restrita.

Porém, apesar das dificuldades citadas, há uma janela de oportunidade para que a RD se torne um instrumento importante para combater tal rigidez, a despeito do alto custo político de se alterar qualquer mandamento legal vigente sobre despesas obrigatórias.

Na medida em que ela ataca frontalmente a eficiência alocativa, qualifica-se a discussão, especialmente junto ao Congresso, que é o *locus* para a realização de tais alterações. Conforme pontuado por um dos entrevistados:

“Vale registrar que a rigidez é de curto prazo. No médio e longo prazos não há rigidez, já que as leis podem ser alteradas e a RD pode

ser uma ferramenta fundamental para subsidiar essa decisão política” (Entrevistado 2, Poder Legislativo, 2019).

O atual cenário fiscal, inclusive, já tem ampliado as discussões sobre a qualidade do gasto no âmbito dos órgãos centrais e, especialmente, os órgãos setoriais da administração pública federal:

Com essa alta rigidez e o teto de gastos, os próprios órgãos, ainda que de uma forma embrionária, começam a qualificar a discussão sobre a qualidade do gasto em razão dos limites individualizados. Percebe-se que a questão da eficiência alocativa, face a restrição imposta pelo teto de gastos, passa a ser incorporada aos debates que cercam o orçamento desses órgãos (Entrevistado 8, Poder Legislativo, 2019).

Torna-se fundamental, no entanto, que a liderança política patrocine fortemente o processo de RD, comunique-o adequadamente à sociedade e, mais do que isso, o transforme em uma política de governo. Desse modo, a RD poderá se tornar um poderoso subsídio para Congresso nas decisões sobre alterações legislativas que invertam a lógica orçamentária vigente.

O exemplo mais cristalino de que o modelo preconizado pelo processo de RD pode ser uma ferramenta útil para qualificar a discussão e superar o obstáculo imposto pela rigidez orçamentária está na Reforma da Previdência, cujos gastos estão enquadrados como despesa obrigatória, sobem de maneira exponencial e demandam profundas alterações legislativas para promover economias relevantes de recursos públicos no futuro.

A Reforma da Previdência é considerada um modelo de RD, porque trouxe para o debate os gastos previdenciários no horizonte de 10 anos e isso qualificou o debate. A discussão subiu um nível. O que se debate não é se tem ou não que ter a Reforma, mas os seus *tradeoffs*. O grande feito do teto de gastos é que ele contribui para explicitar esses *tradeoffs*, qualificar o debate e inverter um pouco a lógica incrementalista de nosso orçamento. Agora, com a lógica do teto de gastos, para alguém ter mais orçamento será preciso sacrificar uma outra parte. A RD é boa para esclarecer ainda mais esse debate e organizar a execução (Entrevistado 7, Poder Executivo, 2019).

4 PERSPECTIVAS PARA A IMPLEMENTAÇÃO DA REVISÃO DE DESPESAS NO BRASIL PELA VIA LEGISLATIVA

Os entrevistados compartilham a ideia de que, no Brasil, em que pese a excessiva quantidade de leis de nosso ordenamento jurídico, o processo de RD deve ser institucionalizado através de uma lei, em razão da legitimidade e do maior *enforcement* para o cumprimento de suas diretrizes.

Três possibilidades apresentam-se para viabilizar a RD pela via legislativa: uma Proposta de Emenda Constitucional (PEC)²⁴, um Projeto de Lei Complementar (PLS) e os projetos de leis orçamentárias (PPA, LDO e LOA).

A tramitação de uma PEC é por demais dificultosa e há uma resistência política natural para a constitucionalização de um tema tão controverso. Conforme o artigo 60 da CF/88, a sua tramitação exige um quórum qualificado para aprovação de, no mínimo, três quintos dos membros de cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos de discussão (1º turno tem cinco sessões e 2ª turno tem três sessões).

Ademais, a RD é um tema relacionado às Finanças Públicas e o artigo 163, inciso I, da CF/88 estabelece que lei complementar²⁵ disporá sobre finanças públicas. Reforça-se que a Lei nº 4.320, de 1964, também conhecida como a Lei de Finanças Públicas (LFP), foi recepcionada pela Constituição com *status* de lei complementar. Portanto, o tipo normativo mais adequado para a institucionalização da RD é um projeto de lei complementar que altere a LFP.

Quanto às leis orçamentárias, em que pese sua iniciativa ser do Chefe do Poder Executivo e não exigir quórum qualificado para sua aprovação, tratam-se de leis não perenes e, portanto, não recomendadas para o propósito da institucionalização da RD.

²⁴ A PEC 438/2018 se apresenta como uma alternativa para a implementação do processo de despesa, durante a vigência do Novo Regime Fiscal, desde que o limite prudencial (95%) do cumprimento da Regra de Ouro seja ultrapassado, o que já ocorreu no ano de 2019.

“Art. 115. Durante o prazo de vigência a que se refere o art. 106 deste Ato das Disposições Constitucionais Transitórias:

I – sempre que apurado que, no exercício financeiro anterior, a relação entre os montantes das operações de crédito realizadas e das despesas de capital ultrapassou o percentual de 95%:

b) o Chefe do Poder Executivo apresentará planos de revisão das despesas, explicitando medidas para sua racionalização, e de melhoria da arrecadação, incluindo medidas de recuperação de créditos, e enviará ao Poder Legislativo as proposições legislativas pertinentes, no prazo de encaminhamento do projeto de lei de diretrizes orçamentárias.

²⁵ Uma lei complementar exigir maioria absoluta para a sua aprovação – primeiro número inteiro superior à metade dos membros das Casas do Congresso Nacional (41 no Senado Federal e 257 na Câmara dos Deputados).

A Lei nº 13.707, de 2018 (LDO 2019), por exemplo, trouxe, de forma inédita, por iniciativa do relator Senador Dalírio Beber, nos §§ 3º e 4º do artigo 21²⁶, uma tentativa de instituir uma Revisão de Despesas para as renúncias fiscais – que hoje representam 4,1% do PIB – visando a sua redução para 2,0% do PIB em 10 anos. Mas, o plano ainda não foi apresentado conforme preconizado na lei.

Já o Projeto de Lei do Congresso Nacional nº 5, de 2019 (PLDO 2020), na forma enviada pelo Poder Executivo, tal dispositivo não foi retomado e consta apenas, de forma genérica, em seu artigo 110 *in verbis*:

“Art. 110. O Presidente da República encaminhará ao Congresso Nacional, em 2020, plano de revisão de benefícios tributários com previsão de redução anual equivalente a cinco décimos por cento do Produto Interno Bruto - PIB até 2022”.

4.1 O Projeto de Lei do Senado nº 428, de 2017 (PLS 428/2017)

Dois projetos de lei complementar apresentam-se como alternativas para a institucionalização do processo de RD: o Projeto de Lei do Senado Complementar nº 229, de 2009 (PLS 229/2009), também conhecido como a Nova Lei de Finanças Públicas (NLFP), de autoria do Senador Tasso Jereissati, aprovado no Senado Federal, e que aguarda a instalação de Comissão Especial na Câmara dos Deputados desde 2016, sob a identificação de Projeto de Lei Complementar nº 295, de 2016 (PLP 295/2016) ; e o PLS 428/2017, de autoria do Senador José Serra, aprovado no Senado Federal e que atualmente se encontra na Comissão de Trabalho, Administração e Serviço Público (CTASP), da Câmara dos Deputados, sob a numeração PLP 504/2018.

²⁶ Art. 21.....

§ 3º O Chefe do Poder Executivo encaminhará ao Congresso Nacional plano de Revisão de Despesas e receitas, inclusive de incentivos ou benefícios de natureza financeira, tributária ou creditícia, para o período de 2019 a 2022, acompanhado das correspondentes proposições legislativas e das estimativas dos respectivos impactos financeiros anuais.

4º O plano de que trata o § 3º e as correspondentes proposições legislativas:

III - no que tange às receitas:

a) priorizarão medidas voltadas à redução de renúncia e ao aumento de receita, ao combate à sonegação, à progressividade tributária e à recuperação de créditos tributários; e
b) estabelecerão, em relação aos benefícios tributários:

1. prazo de vigência para cada benefício; e
2. cronograma de redução de cada benefício, de modo que a renúncia total da receita, no prazo de 10 (dez) anos, não ultrapasse 2% (dois por cento) do produto interno bruto.

Antes de descrever sucintamente o conteúdo de cada um deles, convém registrar que a pesquisa qualitativa mostrou que não há consenso sobre qual projeto seria o mais recomendado para viabilizar o processo de RD.

Um dos entrevistados pontuou que “a dúvida era se o SR deveria ser tratado no PLS 428/2017 ou se deveria constar de um arcabouço mais abrangente de Finanças Públicas. Entendemos que a NLFP seria o *locus* mais adequado para tratar deste tema” (Entrevistado 4, Poder Executivo, 2019).

No entanto, o mesmo entrevistado critica a falta da liderança política na condução do processo, já que há visões antagônicas entre os órgãos centrais. Para ele, “a Secretaria do Orçamento Federal (SOF) nunca avançou nesta temática, porque o seu foco sempre foi no orçamento anual. Já a STN tem mais essa visão de pensar no médio prazo” (Entrevistado 4, Poder Executivo, 2019).

No sentido oposto, o entrevistado que defende o PLS 428/2017, afirma:

A NLFP é uma imensa caravela, que anda devagar, e que possui vários temas complexos que poderiam ser tratados em projetos de lei específicos, como a RD. A melhor opção é implementá-lo através de uma legislação específica, o PLS 428/2017. O grande equívoco da NLF foi trazer vários temas para um único *locus*. O argumento usado, à época, pelo Poder Executivo de que alguns temas necessariamente deveriam ser incluídos na NLFP, inviabilizaram politicamente o seu avanço no Parlamento (Entrevistado 2, Poder Legislativo, 2019)

O PLP 295/2016 estabelece normas gerais sobre planejamento, orçamento, fundos, contabilidade, controle e avaliação na administração pública, além de promover alterações na LRF e revogar a LFP. Trata-se, portanto, de um projeto complexo, cuja tramitação já ultrapassa 10 anos e cujos membros da Comissão Especial ainda nem foram designados.

Ademais, conforme citado na Audiência Pública²⁷ realizada em 04/07/2019 na Comissão Mista de Planos, Orçamentos Públicos e Fiscalização (CMO), o texto já necessita de alterações e está sendo discutido no âmbito de um Grupo de Trabalho composto de técnicos dos Poderes Legislativo e Executivo, que o apresentará ao futuro relator da matéria.

Dentre as alterações que estão em discussão, está prevista a inclusão de dispositivo que prevê a instituição do processo de RD, denominado de revisão periódica

²⁷ Vídeo disponível em: < <https://www.camara.leg.br/evento-legislativo/56230>>. Acesso em 10 set. 2019.

de gastos da União, cujo objetivo é identificar despesas específicas consideradas ineficientes para garantir o equilíbrio fiscal, sem depender apenas de um contingenciamento orçamentário linear.

Nota-se, portanto, que, apesar da intenção de se incluir a RD no projeto da NLFP, a sua tramitação é por demasiado difícil e, certamente, estender-se-á por mais algum tempo, sendo recomendável o foco na aprovação do PLS 428/2017 (PLP 504/2018).

O PLS 428/2017²⁸ (PLP 504/2018), em resumo, tem como objetivo institucionalizar na administração pública federal de forma contínua e transparente o Plano de Revisão Periódica de Gastos (neste trabalho, denominado de RD), considerando as experiências dos países da OCDE já descritas em seção anterior. Ele é inspirado no *State of Union*, liturgia iniciada em 1790 por George Washington, em que o presidente americano apresenta ao parlamento e à nação o seu plano de governo, juntamente com a agenda legislativa necessária para o seu cumprimento, mediante a cooperação do Congresso.

Nesse sentido, o autor propõe a seguinte alteração na LFP: acresce ao Título IX (Da Contabilidade) um Capítulo V (Do Plano de Revisão Periódica de Gastos) inserindo um dispositivo (art. 106-A) que propõe que o Presidente da República, com base no inciso XI do art. 84 da CF/88²⁹, inclua a RD em anexo específico do plano de governo e o utilize para decisões sobre financiamentos de programas e projetos da administração pública federal a partir de repriorização de gastos e identificação de ganhos de eficiência na execução de políticas públicas.

O projeto traz ainda, de forma detalhada, o que deverá constar na RD, destacando-se: (i) a apresentação do impacto fiscal das despesas obrigatórias; (ii) medidas necessárias ao aprimoramento da gestão fiscal e das políticas públicas; (iii) a identificação de opções de economia para reduzir o déficit fiscal ou criar espaço fiscal

²⁸ A redação final do projeto, remetida à Câmara dos Deputados, contemplou as emendas aprovadas na Comissão de Assuntos Econômicos (CAE) e uma subemenda no Plenário. Na Câmara dos Deputados, o PLP 504/2018, não sofreu alterações até o presente momento.

²⁹ Art. 84. Compete privativamente ao Presidente da República:

XI - remeter mensagem e plano de governo ao Congresso Nacional por ocasião da abertura da sessão legislativa, expondo a situação do País e solicitando as providências que julgar necessárias;

para programas com mais retorno para a sociedade; (iv) avaliações de programas, vinculações orçamentárias, de subsídios e subvenções e de renúncias de receitas.

Por fim, destaca-se que está previsto na RD (a) a apresentação do cenário fiscal de referência (cenário base) contendo projeções fiscais de receitas e despesas, atualizadas permanentemente, para os períodos de 3 (três), 10 (dez) e 20 (vinte) e (b) a consideração de todas as análises, estudos e diagnósticos na elaboração do PPA, LDO e LOA.

O PLS 428/2017 (PLP 504/2018) está bem alinhado à essência da RD adotado em alguns países da OCDE. Tal alinhamento, aliado ao fato de sua tramitação tender a ser mais célere e politicamente mais viável que a NLFP, o credencia a receber o apoio do Poder Executivo, através da mobilização de sua base parlamentar, para viabilizar a sua aprovação, propondo ao Congresso as alterações que julgar necessárias para o seu aperfeiçoamento³⁰.

4.2 Novos caminhos para a implementação da Revisão de Despesas no Brasil

Nesta última seção, apresentam-se sugestões para dar maior celeridade à tramitação do PLP 504/2018 e para promover aperfeiçoamentos ao texto para tornar o projeto ainda mais aderente à metodologia adotada pela OCDE.

Conforme mencionado na seção anterior, o projeto se encontra na CTASP desde dia 14/05/2018. Em 21/05/2018, foi designado relator o Deputado Índio da Costa, que apresentou relatório favorável ao projeto, na forma enviada pelo Senado Federal.

Apesar de constar da pauta para deliberação em quatro reuniões realizadas após a emissão do parecer pelo relator, houve requerimentos de retirada de pauta e a proposição não foi deliberada até a data de apresentação deste trabalho³¹.

Em razão do final da legislatura, que ocorreu no dia 31/01/2019, e do relator não ser mais membro da Comissão, a proposição está aguardando a designação de relator pelo presidente da Comissão.

³⁰ Em matéria publicada pelo Valor Econômico, em 23/05/2019, foi apresentado pelos técnicos da área econômica do Governo ao Presidente da Câmara dos Deputados, uma relação de 29 projetos prioritários (em tramitação ou a serem apresentados) que o Governo pretende apoiar para viabilizar à pauta de “modernização e digitalização do Governo”. O PLS 428/2017 (PLP 504/2018) é um desses projetos. Disponível em: < <https://glo.bo/2lQqfxF> >. Acesso em 16 set. 2019.

³¹ Trabalho depositado em 01/10/2019.

Convém registrar que tanto a direção dos trabalhos da CTASP, quanto a maioria dos seus 22 membros titulares, são compostos de parlamentares filiados a partidos de oposição ao Governo. Isso traz uma dificuldade adicional para a deliberação e aprovação desta proposição neste colegiado.

Dada a relevância da matéria, já abordada nas seções anteriores, recomenda-se as seguintes ações com o objetivo de avançar na tramitação da proposição:

- 1) Considerando que a matéria se encontra em regime de tramitação de prioridade³² previsto no Regimento Interno da Câmara dos Deputados (RICD), o artigo 52, inciso II, do RICD estabelece que as Comissões deverão examinar as proposições e sobre elas decidir no prazo de 10 sessões, já esgotado. Desse modo, com base no artigo 52, § 6º³³, recomenda-se a apresentação de requerimento por parlamentar da base do Governo solicitando o envio da proposição à Comissão seguinte ou ao Plenário.
- 2) Apresentação de requerimento de urgência ao Plenário, conforme disposto do artigo 155³⁴ do RICD, sendo necessárias 257 assinaturas de parlamentares ou de Líderes que o representem.

Nota-se que a primeira ação é a mais recomendada, em razão da sua menor exigência de mobilização da base parlamentar para a apresentação de tal requerimento.

Em relação aos aperfeiçoamentos, julga-se importante efetuar duas alterações ao texto.

³² Art. 151. Quanto à natureza de sua tramitação podem ser:

.....
II - de tramitação com prioridade:

.....

b) os projetos:

1 - de leis complementares e ordinárias que se destinem a regulamentar dispositivo constitucional, e suas alterações;

³³ Art. 52. Excetuados os casos em que este Regimento determine de forma diversa, as Comissões deverão obedecer aos seguintes prazos para examinar as proposições e sobre elas decidir:

II - dez sessões, quando se tratar de matéria em regime de prioridade;

§ 6º Sem prejuízo do disposto nos §§ 4º e 5º, esgotados os prazos previstos neste artigo, o Presidente da Câmara poderá, de ofício ou a requerimento de qualquer Deputado, determinar o envio de proposição pendente de parecer à Comissão seguinte ou ao Plenário, conforme o caso, independentemente de interposição do recurso previsto no art. 132, § 2º, para as referidas no art. 24, inciso II.

³⁴ Art. 155. Poderá ser incluída automaticamente na Ordem do Dia para discussão e votação imediata, ainda que iniciada a sessão em que for apresentada, proposição que verse sobre matéria de relevante e inadiável interesse nacional, a requerimento da maioria absoluta da composição da Câmara, ou de Líderes que representem esse número, aprovado pela maioria absoluta dos Deputados, sem a restrição contida no § 2º do artigo antecedente.

A primeira alteração está relacionada à retomada da criação da Comissão de Revisão de Despesas. O projeto original previa a criação do órgão no âmbito do Congresso Nacional, com o apoio técnico da IFI. No entanto, o dispositivo foi suprimido no relatório que foi aprovado na Comissão de Assuntos Econômicos (CAE) do Senado Federal, sob a alegação de que a inclusão desta competência nas atribuições da IFI, que é um órgão vinculado ao Senado Federal, deveria ser normatizada por um projeto de resolução do Senado Federal.

Para sanar este problema, evitando-se questionamentos quanto ao vício de iniciativa citado acima e preservando as competências constitucionais do Poder Legislativo³⁵, propomos a retomada do dispositivo estabelecendo que o Poder Executivo criará, mediante regulamento, a Comissão de Revisão de Despesas, que funcionará de forma permanente e poderá contar com o apoio consultivo dos órgãos do Poder Legislativo, na forma a ser estabelecida em ato do Congresso Nacional.

O Poder Executivo, então, mediante decreto, estabelecerá a composição da Comissão, as suas diretrizes, os seus objetivos e a metodologia que deverá ser adotada para subsidiar as suas recomendações.

Sugere-se, dentre os órgãos que irão compor tal Comissão, a Casa Civil, que exercerá a coordenação; o Ministério da Economia (cujos órgãos centrais de orçamento – SOF – e de contabilidade – STN – estão a ele vinculados); a Controladoria Geral da União – CGU (órgão de controle da União); o IPEA; a IFI e CONOF (por ato do Poder Legislativo) e unidades orçamentárias.³⁶

A segunda alteração objetiva estreitar o vínculo do Plano de Revisão Periódica de Gastos com o orçamento, mais especificamente com a LDO.

Apesar de o PLS 428/2018 conter dispositivo que especifica que as análises, os estudos e os diagnósticos do Plano serão considerados na elaboração do PPA, da LDO e LOA, sugere-se que, após a definição das políticas, dos programas ou dos órgãos

³⁵ Art. 52. Compete privativamente ao Senado Federal:

XIII - dispor sobre sua organização, funcionamento, polícia, criação, transformação ou extinção dos cargos, empregos e funções de seus serviços, e a iniciativa de lei para fixação da respectiva remuneração, observados os parâmetros estabelecidos na lei de diretrizes orçamentárias.

³⁶ Dado o grande volume de unidades orçamentárias, pode-se trabalhar no sentido de limitar o número, por exemplo, em razão do volume de recursos destinados pelo orçamento, evitando-se um número excessivo de órgãos na composição da Comissão.

que deverão ser objetos de revisão seletiva³⁷ de gastos, pela Comissão de Revisão de Despesas, o referido Plano deva constar em anexo específico do projeto de lei de diretrizes orçamentárias, com a especificação clara dos objetivos da revisão.

CONCLUSÃO

Diante da grave crise fiscal e econômica por que passa o país, agravada após o ano de 2014, instituiu-se o Novo Regime Fiscal, mais conhecido como o “Teto dos Gastos”, instituído pela Emenda Constitucional no 95, de 2016, que estabelece limites individualizados para as despesas primárias da União para os próximos 20 anos e que limita o crescimento das despesas primárias à taxa de inflação.

No entanto, sem reformas estruturais e medidas de melhoria na qualidade dos gastos públicos, há um risco claro de descumprimento do teto dos gastos preconizados por essa regra fiscal já em 2022.

Nesse sentido, o presente trabalho mostrou a importância da institucionalização da Revisão de Despesas no âmbito da União pela via legislativa, seguindo a metodologia adotada nos países da Organização para Cooperação e Desenvolvimento Econômico – OCDE, conhecido como *Spending Review*.

A institucionalização dessa ferramenta, se integrada ao orçamento público, pode contribuir, entre outros, para: a implantação de uma cultura de planejamento fiscal de médio e longo prazos; identificação de opções de economia; aumento na eficiência alocativa dos recursos públicos; priorização dos gastos públicos através de avaliação de políticas públicas com base em evidências; melhoria da transparência das informações fiscais (*accountability*).

No entanto, para que a institucionalização da Revisão de Despesas (RD) se efetive na administração pública federal é necessário superar alguns obstáculos, que foram apresentados nas hipóteses deste trabalho.

Para testar essas hipóteses, realizou-se uma pesquisa qualitativa com 8 servidores especializados em Finanças Públicas dos Poderes Executivo e Legislativo. Através dos achados dessa pesquisa foram validadas todas as hipóteses e propostas

³⁷ Por ter um caráter gradual, as revisões seletivas possuem maior probabilidade de aceitação junto aos órgãos executores de despesa e ao Congresso Nacional, além de contribuírem para o planejamento fiscal de médio e longo prazos.

ações para superar os obstáculos impostos à institucionalização do processo de RD no âmbito da administração pública federal.

Dentre as ações apresentadas, destacam-se: (i) a criação de um amplo programa de recapacitação dos técnicos e gestores dos órgãos centrais e setoriais do Poder Executivo da União; mecanismos de incentivos para viabilizar a colaboração dos órgãos executores de despesas e otimizar a coordenação do processo de RD; (ii) o uso da contratualização, prevista na CF/88, para a formalização dos mecanismos de incentivos e inversão da lógica incrementalista que prevalece no processo orçamentário; (iii) papel ativo da liderança política a liderança e inclusão do processo de RD no plano de governo; (iv) criação de um núcleo sob o comando do Poder Executivo para conduzir o processo e reportar os seus resultados à liderança e aos atores políticos; (v) comunicação eficaz com a sociedade e os atores políticos visando a qualificação do debate sobre a rigidez e vinculação de nosso orçamento.

Em linhas gerais, houve um consenso entre os entrevistados nos seguintes pontos:

- 1) A RD pode ser uma ferramenta importante para o planejamento fiscal de médio e longo prazos e, de forma gradual, contribuir para a melhoria da eficiência alocativa dos gastos públicos. “A RD, ainda que não traga economias relevantes no curto e médio prazo, representaria uma mudança na cultura de planejamento fiscal muito relevante” (Entrevistado 5, Poder Legislativo, 2019);
- 2) A RD deve ser institucionalizada por uma lei, pois confere ao processo uma legitimidade importante – dado que a sua aprovação ocorre nas duas casas do Congresso –, um *enforcement* maior para o cumprimento de suas diretrizes e induz os atores (liderança política, sociedade, atores políticos) a participarem do processo. Não há, no entanto, um consenso sobre qual legislação seria a mais adequada;
- 3) A RD não é, isoladamente, a solução para os problemas fiscais, mas uma ferramenta que, se institucionalizada de forma integrada ao orçamento, pode contribuir para um melhor planejamento fiscal de médio e longo prazo e um debate mais transparente sobre a alocação eficiente dos recursos públicos. “A

RD não é uma bala de prata. Ela teria o condão de deixar mais claro quais as políticas públicas mais eficientes” (Entrevistado 3, Poder Legislativo, 2019);

- 4) O Poder Executivo deveria liderar o processo de RD, contando com um patrocínio forte da liderança política e uma interlocução qualificada com o Congresso Nacional. “O Poder Executivo tem maior capacidade técnica e de pessoal para iniciar o processo. O Congresso Nacional entraria somente na fase de aprovação da peça orçamentária, valendo-se da RD para discutir e deliberar sobre as suas recomendações” (Entrevistado 2, Poder Legislativo, 2019).

Por fim, apresenta-se como opção mais adequada para a institucionalização da RD no Brasil pela via legislativa o PLS 428/2017 (PLP 504/2018), de autoria do Senador José Serra, no qual são sugeridas algumas ações para dar maior celeridade na sua tramitação, com base no RICD, e aperfeiçoamentos para torná-lo ainda mais aderente ao *Spending Review*.

Desse modo, a RD poderia exercer um importante papel para o planejamento e equilíbrio das Finanças Públicas no Brasil, em linha com as melhores práticas internacionais.

REFERÊNCIAS

BIJOS, Paulo Roberto Simão. **Direito orçamentário na Constituição Federal de 1988**: comentários aos arts. 165 a 169 / Paulo Roberto Simão Bijos. -- 1. ed. -- Brasília : Gran Cursos, 2010.

BRASIL. **Avaliação de políticas públicas: guia prático de análise ex post, volume 2** / Casa Civil da Presidência da República ... [et al.]. – Brasília: Casa Civil da Presidência da República, 2018.

Câmara dos Deputados. **Proposta de Emenda à Constituição Nº 438, de 2018** – Autor: Deputado Pedro Paulo. Brasília: Mesa Diretora da Câmara dos Deputados. 2018. Disponível em: < <http://bit.ly/2lKHO2k>>. Acesso em: 10 set. 2019

_____. Câmara dos Deputados. **Projeto de Lei Complementar Nº 295, de 2016** – Autor: Senador Tasso Jueiresati. Brasília: Mesa Diretora da Câmara dos Deputados. 2016. Disponível em: <<http://bit.ly/2mE4b9P>>. Acesso em: 10 set. 2019.

_____. Câmara dos Deputados. **Projeto de Lei Complementar Nº 504, de 2018** – Autor: Senador José Serra. Brasília: Mesa Diretora da Câmara dos Deputados. 2018. Disponível em: <<http://bit.ly/2mcaUYk>>. Acesso em: 10 set. 2019.

_____. Congresso Nacional. Câmara dos Deputados. **Regimento interno da Câmara dos Deputados**: aprovado pela Resolução nº 17 de 1989 e alterado até a Resolução nº 6 de 2019 / Câmara dos Deputados. 20ª ed. Brasília: Câmara dos Deputados, Edições Câmara, 2019.

_____. **Constituição Federal**. 1988. Disponível em: <<http://bit.ly/2wakNr7>>. Acesso em: 3 set. 2019.

_____. **Decreto nº 9.203, de 22 de novembro de 2017**. Dispõe sobre a política de governança da administração pública federal direta, autárquica e fundacional. Disponível em: <<http://bit.ly/2YRn4HQ>>. Acesso em: 3 jun. 2019.

_____. **Decreto nº 9.588, de 27 de novembro de 2018**. Institui o Comitê de Monitoramento e Avaliação dos Subsídios da União. Disponível em: <<http://bit.ly/2TbXBnc>>. Acesso em: 3 jun. 2019.

_____. **Decreto nº 9.901, de 8 de julho de 2019**. Altera o Decreto nº 9.203, de 22 novembro de 2017, que dispõe sobre a política de governança da administração pública federal direta, autárquica e fundacional. Disponível em: < <http://bit.ly/2l7Zfto>>. Acesso em: 3 jun. 2019.

_____. **Emenda Constitucional nº 95, de 15 de dezembro de 2016**. Altera o Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, para instituir o Novo Regime Fiscal, e dá outras providências. Brasília, 15 dez. 2016. Disponível em: <<http://bit.ly/2jZ7o2D>>. Acesso em: 3 jun. 2019.

_____. **Lei nº 10.180, de 6 de fevereiro de 2001.** Organiza e disciplina os Sistemas de Planejamento e de Orçamento Federal, de Administração Financeira Federal, de Contabilidade Federal e de Controle Interno do Poder Executivo Federal, e dá outras providências. Disponível em: <<http://bit.ly/2MMURaA>>. Acesso em: 3 jun. 2019.

_____. **Lei nº 13.808, de 15 de janeiro de 2019.** Estima a receita e fixa a despesa da União para o exercício financeiro de 2019. Disponível em: <<http://bit.ly/2kvgtk7>>. Acesso em: 4 jun. 2019.

_____. **Portaria Interministerial nº 102, de 7 de abril de 2016.** Institui o Comitê de Monitoramento e Avaliação de Políticas Públicas Federais – CMAP. Disponível em: <<http://bit.ly/2KAUi4U>>. Acesso em: 3 jun. 2019.

_____. Senado Federal. **Projeto de Lei Complementar Nº 229, de 2009** – Autor: Senador José Serra. Brasília: Mesa Diretora do Senado Federal Senado Federal. 2009. Disponível em: <<http://bit.ly/2mCHBOS>>. Acesso em: 10 set. 2019.

_____. Senado Federal. **Projeto de Lei Complementar Nº 428, de 2017** – Autor: Senador José Serra. Brasília: Mesa Diretora do Senado Federal Senado Federal. 2017. Disponível em: <<http://bit.ly/2lQgHlW>>. Acesso em: 10 set. 2019.

CÂMARA DOS DEPUTADOS. Consultoria de Orçamento e Fiscalização Financeira (CONOF). Estudo Técnico nº 10/2017. **Novo Regime Fiscal:** inobservância de limites e aplicabilidade de vedações. Disponível em: <<http://bit.ly/2knghDI>>. Acesso em 20 maio. 2019.

_____. CONOF. Estudo Técnico nº 25/2018. **Projeções Orçamentárias:** Cenários para 2019-2023 no Contexto de Tetos de Gastos. Disponível em: <<http://bit.ly/2kGLKki>>. Acesso em 22 mai. 2019.

_____. CONOF. Estudo Técnico nº 25/2018. **Projeções Orçamentárias:** Cenários para 2019-2023 no Contexto de Tetos de Gastos. Disponível em: <<http://bit.ly/2kGLKki>>. Acesso em 22 mai. 2019

CMAP 2016 A 2018: estudos e propostas do Comitê de Monitoramento e Avaliação de Políticas Públicas Federais / Nilo Luiz Saccaro Junior, Wilsimara Maciel Rocha e Lucas Ferreira Mation, Organizadores - Rio de Janeiro: IPEA, 2018.

CROUCH, Mira; MCKENZIE, Heather. **The Logic of Small Samples in Interview-Based Qualitative Research.** Social Science Information, vol. 45, no. 4, Dec. 2006, pp. 483–499,

GIACOMONI, James. **Orçamento Público.** 17ª ed. revista e atualizada – São Paulo: Atlas, 2017.

GIACOMONI, James. **Orçamento governamental: teoria, sistema, processo.** São Paulo: Atlas, 2019.

INSTITUIÇÃO FISCAL INDEPENDENTE (IFI). **Relatório de Acompanhamento Fiscal** (RAF) nº 28. Maio de 2019. Disponível em: <<http://bit.ly/2k4Ktml>>. Acesso em 10 jun. 2019.

_____. Tópico Especial: Regras Fiscais no Brasil. **Relatório de Acompanhamento Fiscal** (RAF) nº 12. Janeiro de 2018. Disponível em: < <http://bit.ly/2kEfhuV>>. Acesso em 10 jun. 2019.

SILVEIRA, Ana Júlia Eiras da. **O atual formato de orçamentação no Brasil e a emenda constitucional nº 95, de 2016**: uma discussão acerca da oportunidade de implementação de um modelo de Revisão de Despesas no Governo Federal.

ROBINSON, Marc. Spending Review. Working Party of Senior Budget Officials. **3th Annual Meeting of OECD Senior Budget Officials**. Paris: OECD Conference Centre, 3-4 jun., 2013. Disponível em: < <http://bit.ly/2kT0eNN> >. Acesso em: 2 abr. 2019.

ROBINSON, Marc. Revisões de Despesas na OCDE. In: BOUERI, Rogério; ROCHA, Fabiana; RODOPOULOS, Fabiana (organizadores). Avaliação da Qualidade do Gasto Público e Mensuração da Eficiência. Brasília: STN, 2015. p. 107-160.

LIENERT, Ian. Revisão de Despesas Públicas. In: BOUERI, Rogério; ROCHA, Fabiana; RODOPOULOS, Fabiana (organizadores). Avaliação da Qualidade do Gasto Público e Mensuração da Eficiência. Brasília: STN, 2015. p. 161-208.

ROBINSON, Marc. The Role of Evaluation in Spending Review. **Canadian Journal of Program Evaluation**, v. 33, n. 1, 2018. Disponível em:< <http://bit.ly/2JIFZgC>>. Acesso em: 25 mai. 2019.

ROBINSON, Marc. Spending Review. **OECD Journal on Budgeting**, v. 13, n. 2, p. 81-122, 2014. Disponível em:< <http://bit.ly/2W0HEjB>>. Acesso em: 24 mai.2019.

STOLYARENKO, K., (2014) **National evaluation policy in Switzerland**, Parliamentarians Forum for Development Evaluation. Disponível em:<<http://bit.ly/2Z0SDLg>>. Acesso em: 24 jul. 2019.

APÊNDICE – FORMULÁRIO DE ENTREVISTA

- 1) Dado o contexto fiscal, você é favorável a implementação do processo de Spending Review (Revisão de Despesa), metodologia adotada pela OCDE, no Brasil?
- 2) Na sua opinião, quais são as principais dificuldades para a implementação do processo de Revisão de Despesas no Brasil? Que medidas poderiam ser tomadas para contornar essas dificuldades?
- 3) Atualmente, na sua opinião, quais são os principais obstáculos para a utilização dos resultados de avaliações de políticas públicas nas decisões alocativas? Tais obstáculos também estariam presentes no caso da Revisão de Despesas? Quais medidas poderiam ser adotadas para aumentar a utilização dessas informações?
- 4) Na sua opinião “a desconsideração dos resultados de avaliações de políticas públicas pelos tomadores de decisão” é um problema para a institucionalização do processo de Revisão de Despesas no Brasil? Que medidas poderiam ser tomadas para contornar essa dificuldade?
- 5) Na sua opinião “a incompletude dos resultados das avaliações, que podem apresentar visão tendenciosa ou resultado equivocado sobre a eficiência, eficácia e efetividade de políticas públicas” é um problema para a institucionalização do processo de Revisão de Despesas no Brasil? Que medidas poderiam ser tomadas para contornar essa dificuldade?
- 6) Na sua opinião “a dificuldade na obtenção de informações junto aos órgãos executores das políticas, uma vez que estes possuem interesse na fração orçamentária disponibilizada para seu órgão” é um problema para a institucionalização do processo de Revisão de Despesas no Brasil? Que medidas poderiam ser tomadas para contornar essa dificuldade?
- 7) Na sua opinião “os obstáculos à coordenação dos órgãos públicos que são comumente envolvidos no processo de revisão de despesa” é um problema para a institucionalização do processo de Revisão de Despesas no Brasil? Que medidas poderiam ser tomadas para contornar essa dificuldade?
- 8) Na sua opinião “a alta rigidez do orçamento brasileiro, que impõe alto custo político para a Revisão de Despesas obrigatórias, e frequentemente demandam

alteração legislativa. Que medidas poderiam ser tomadas para contornar essa dificuldade?

- 9) Quais elementos adicionais você considera como fundamentais numa proposta legislativa para instituição de um processo de Revisão de Despesas, considerando como a proposta mais alinhada ao objeto do trabalho o PLS 428/2017 (Origem Senado Federal) e PLP 504/2018 (Câmara dos Deputados)?

VIOLÊNCIA OBSTÉTRICA ENQUANTO VIOLÊNCIA DE GÊNERO E SEU VIÉS RACIAL

Roberta Cordeiro de Melo Magalhães

Doutoranda em Direito e Políticas Públicas pelo Centro Universitário de Brasília (UniCEUB).

Mestre em Direito pelo Instituto Brasiliense de Direito Público (IDP).

Professora de Direito Penal e Processo Penal.

Juíza de Direito do Tribunal de Justiça do Distrito Federal e dos Territórios.

Resumo: O estudo da violência obstétrica tem se tornado um campo de grande interesse por parte da comunidade acadêmica. O assunto tem sido caracterizado como uma manifestação da violência de gênero por ter as mulheres em período gravídico puerperal como seu principal alvo. Para uma melhor compreensão deste fenômeno se faz necessário o estudo de gênero, raça e classe, uma vez que são indicadores sociais de que as mulheres negras são as mais suscetíveis a sofrerem violência obstétrica. Neste sentido, o presente trabalho se propõe a discutir a violência obstétrica contra mulheres negras para trazer ao debate a representação social do corpo feminino para os profissionais de saúde em maternidades. Para a realização deste estudo, foi utilizada a metodologia de pesquisa bibliográfica.

Palavras-chave: violência obstétrica; gênero; mulheres negras.

Abstract: The study of obstetric violence has become a field of great interest to the academic community. The subject has been characterized as a manifestation of gender violence by having women in the puerperal pregnancy period as their main target. A better understanding of this phenomenon requires the study of gender, race and class, since they are social indicators that black women are the most susceptible to suffering obstetric violence. In this sense, this paper aims to discuss obstetric violence against black women to bring to the debate the social representation of the female body for health professionals in maternity wards. For this study, the bibliographic research methodology was used.

Keywords: obstetric violence; genre; Black women

INTRODUÇÃO

De uma forma geral, a violência caracteriza-se como um grave fenômeno social que está em franca expansão, de todas as maneiras e, em especial, contra a mulher, uma vez que, ao longo da história e nos dias que seguem, ganhou caráter

endêmico, fazendo-se cotidianamente presente em comunidades e países ao redor do mundo, sem discriminação social, racial, etária ou religiosa.¹

A Organização Mundial da Saúde define a violência como sendo qualquer ação que tenha o uso intencional de força física ou de poder, real ou em ameaça, contra si próprio, contra o outro ou contra um grupo, que resulte ou possa resultar em dano de natureza psicológica, em deficiência, lesão ou morte.²

Restringindo o conceito, a violência contra a mulher pode ser conceituada como sendo um ato ou uma conduta baseada no gênero, que possa causar morte, dano ou sofrimento de ordem física, sexual ou psicológico, tanto na esfera pública como na esfera privada.³ Logo, a violência contra a mulher apresenta-se em distintas expressões e uma delas tem sido muito presente e não identificada: a violência obstétrica.

A violência obstétrica tem relação com a violência praticada por profissionais de saúde e consentida por mulheres gestantes, em trabalho de parto ou puerpério, ou mesmo em situação de abortamento, uma vez que se submetem a ela por desconhecimento de todo o processo, especialmente do parto, pois recebem informações sobre as melhores práticas de assistência que lhes será prestada, ou mesmo, em alguns casos, por temerem pela vida de seu filho, ou pela condição de desigualdade perante o médico ou, ainda, por acreditarem que o que elas passam e ao que se submetem é normal.⁴

A violência cometida contra mulheres por profissionais de saúde pode ser dividida em: negligência, violência verbal, violência física e violência sexual. A negligência é a omissão com relação às pacientes. Já a violência verbal caracteriza-se como o tratamento com ameaças, coação, humilhação e gritos. A violência física é

¹ FANEITE Josmery, FEO Alejandra, MERLO Judith Toro. *Grado de conocimiento de violencia obstétrica por El personal de salud*. Rev Obstet Ginecol Venez [Internet]. 2012; 72(1): 4-12. Disponível em:

http://www.scielo.org/ve/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0048-77322012000100002&lng=es&nrm=iso&tlng=es. Acesso em 10/ago/2017.

² OMS, ORGANIZAÇÃO MUNDIAL DE SAÚDE. *Informe mundial sobre la violencia y salud*. Ginebra (SWZ), 2002.

³ Comitê Latino Americano e do Caribe para a Defesa dos Direitos da Mulher, 1996, p. 6. Disponível em: http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_nlinks&ref=000153&pid=S0104-1290200800030001400007&lng=pt Acesso em 08/ago/2017.

⁴ SANTOS, Rafael Cleison Silva dos; SOUZA, Nádia Ferreira de. *Violência institucional obstétrica no Brasil: revisão sistemática*. Disponível em: <https://periodicos.unifap.br/index.php/estacao/article/view/1592/rafaelv5n1.pdf>. Acesso em 20/nov/2019.

verificada quando existem procedimentos violentos praticados contra as pacientes, bem como a não utilização de analgesia quando haja indicação. Por fim, a violência sexual é a menos praticada nos centros de saúde, podendo ocorrer quando existe abuso de natureza sexual.⁵

Nos centros médicos, muitos procedimentos são feitos sem que as mulheres sejam informadas de sua real necessidade. Alguns deles são feitos sem consentimento das pacientes. Neste contexto, são exemplos desses procedimentos, a realização de toques vaginais, frequentemente feitos por mais de uma pessoa, em intervalos pequenos, o que causa desconforto e edema da vulva. Ainda, uma técnica empregada de forma indevida, que é a episiotomia, sendo que seu uso inadequado causa várias complicações, como a extensão de lesão perineal, hemorragia, edema, infecção, hematomas, disfunção sexual, entre outras.⁶

Ainda com relação a estes procedimentos, a ocitocina é outra técnica utilizada comumente e de forma abusiva. Pode causar um sofrimento fetal agudo. Pode, ainda, ocasionar, na parturiente, hiperestimulação uterina, trauma perineal pela provocação de desprendimento cefálico abrupto. Desse modo, seu uso deve ser cuidadoso e, muitas vezes, o uso desnecessário de ocitocina causa estresse e medo nas parturientes.⁷

A manobra de Kristeller ainda encontra-se presente em trabalhos de parto, muito embora diversos profissionais de saúde entendam ser ela proscrita e não constem dos prontuários médicos quando realizada. Finalmente, existem outras intervenções que são inadequadas, como é o caso de condução para a mesa de parto antes mesmo da

⁵ SANTOS, Rafael Cleison Silva dos; SOUZA, Nádia Ferreira de. *Violência institucional obstétrica no Brasil: revisão sistemática*. Disponível em: <https://periodicos.unifap.br/index.php/estacao/article/view/1592/rafaelv5n1.pdf>. Acesso em 20/nov/2019.

⁶ COSTA, Nilma Maia da; OLIVEIRA, Lucídio Clebson de; SOLANO, Lorrainy da Cruz; MARTINS, Patrícia Helena de Moraes Crus; BORGES, Ivone Ferreira. Episiotomia nos partos normas: uma revisão de literatura. Disponível em: <http://www.facene.com.br/wp-content/uploads/2010/11/2011-2-pag-45-50-Episiotomia.pdf>. Acesso em 18/nov/2019.

⁷ SANTOS, Rafael Cleison Silva dos; SOUZA, Nádia Ferreira de. *Violência institucional obstétrica no Brasil: revisão sistemática*. Disponível em: <https://periodicos.unifap.br/index.php/estacao/article/view/1592/rafaelv5n1.pdf>. Acesso em 20/nov/2019.

dilatação completa, a imposição de posição ginecológica, comandos de puxo, dentre outros.⁸

De outro lado, a garantia dos direitos reprodutivos está relacionada à acessibilidade nos serviços de saúde que, muitas vezes, são violados por muitos fatores como o racismo, o sexismo, as condições econômicas e as condições sociais e culturais. São as mulheres negras as que mais sofrem violência obstétrica na hora do parto, uma vez que são as que mais peregrinam na hora do parto, ficam mais tempo na espera para serem atendidas, têm menos tempo de consulta, são submetidas a procedimentos sem analgesia e estão em mais risco de morte materna. É certa que estas arbitrariedades que ocorrem no tratamento das mulheres negras são resquícios das desigualdades sociais e políticas por elas passadas ao longo do tempo.⁹

Assim, o presente trabalho por objetivo discutir sobre as representações sociais dos profissionais de saúde sobre a violência obstétrica contra mulheres negras, as quais vivenciam desigualdades estruturantes que dificultam o seu acesso aos direitos sociais e humanos, com destaque aos direitos sexuais e reprodutivos.

1. Violência obstétrica

A violência, de uma forma generalizada, é encarada como um problema de toda a sociedade, e não cessa. Quando se fala em violência, logo vem à mente a realizada contra a mulher, que se caracteriza atualmente como um problema do Estado como um todo, tal é o número crescente deste tipo de violência. Ocorre que referida agressão tem se perpetuado durante o tempo, por todo o mundo, independentemente de classe social, raça, idade sexo ou religião.¹⁰

Historicamente, a violência contra a mulher, ocorrente em nosso país e no mundo todo, tem aumentado, envolvendo uma longa história de opressão e submissão

⁸ SANTOS, Rafael Cleison Silva dos; SOUZA, Nádia Ferreira de. *Violência institucional obstétrica no Brasil: revisão sistemática*. Disponível em: <https://periodicos.unifap.br/index.php/estacao/article/view/1592/rafaelv5n1.pdf>. Acesso em 20/nov/2019.

⁹ SANTOS, Rafael Cleison Silva dos; SOUZA, Nádia Ferreira de. *Violência institucional obstétrica no Brasil: revisão sistemática*. Disponível em: <https://periodicos.unifap.br/index.php/estacao/article/view/1592/rafaelv5n1.pdf>. Acesso em 20/nov/2019.

¹⁰ SAUAIA, Artenira da Silva e SILVA e SERRA Maiane Cibele de Mesquita. *Uma dor além do parto: Violência Obstétrica em foco*. Revista de Direitos Humanos e Efetividade | e-ISSN: 2526-0022| Brasília | v. 2 | n. 1 | p. 128 - 147 | Jan/Jun. 2016. Disponível em: https://www.researchgate.net/publication/322630312_Uma_Dor_Alem_do_Partido_Violencia_Obstetrica_e_m_Foco Acesso em 10/ago/2019.

do gênero feminino. Homens e mulheres sempre exerceram papéis diferentes nas sociedades e grupos sociais. Ainda, as características biológicas e sexuais femininas confundem-se com as necessidades sociais e culturais dos grupos aos quais elas pertencem, os quais impuseram às mulheres tarefas domésticas e os cuidados com as crianças dentro do lar, enquanto que, aos homens, foram impostas apenas tarefas fora do lar.¹¹

A discussão é bem mais ampla, remetendo ao tema violência de gênero. A situação de vulnerabilidade, que é experimentada pelas mulheres, conduz a uma construção de gênero, pois, se num primeiro momento evidencia uma ocorrência sobre as mulheres, também significa uma diferença do estatuto social da condição feminina. Esta diferença faz com que pareça que certos casos de violência sofrida por mulheres, por seus parceiros íntimos, são experiência de vida usuais, nas quais destacam-se a situação de violência institucional e de gênero.¹²

Gênero é conceituado como uma forma de relação de poder e elemento constitutivo das relações sociais com fundamento em diferenças que são percebidas entre os sexos. Assim, gênero é uma percepção sobre as diferenças sexuais. A violência de gênero, inicialmente identificada como violência contra a mulher, ocorre no mundo todo e atinge mulheres de todas as idades, graus de instrução, classes sociais, raça e orientação sexual. Esta violência relaciona-se com o poder exercido pelo domínio dos homens sobre as mulheres, constituindo-se como uma forma de opressão e de crueldade.¹³

Uma espécie de violência tem especial atenção no presente estudo. A violência contra mulheres na assistência ao pré-parto, parto e puerpério, e mesmo em situações de abortamento, nominada violência obstétrica, que tem sua origem nos

¹¹ CFM – Conselho Federal de Medicina. Processo-Consulta CFM nº 22/2018 – Parecer CFM nº 32/2018. Disponível em: <https://sistemas.cfm.org.br/normas/visualizar/pareceres/BR/2018/32>. Acesso em 26/nov/2019.

¹² OLIVEIRA, Ellen Hilda Souza de Alcântara. *Mulheres negras vítimas de violência obstétrica: estudo em um hospital público de Faria de Santana – Bahia*. Disponível em: https://www.arca.fiocruz.br/bitstream/icict/30942/2/ellen_oliveira_iff_mest_2018.pdf. Acesso em 22/nov/2019.

¹³ OLIVEIRA, Ellen Hilda Souza de Alcântara. *Mulheres negras vítimas de violência obstétrica: estudo em um hospital público de Faria de Santana – Bahia*. Disponível em: https://www.arca.fiocruz.br/bitstream/icict/30942/2/ellen_oliveira_iff_mest_2018.pdf. Acesso em 22/nov/2019.

movimentos sociais e feministas. Certo é que existe uma relação de poder que ocorre durante o parto entre o médico e a paciente, podendo ser transformada em violência de gênero e sua ocorrência relaciona-se ao fato de serem estas pessoas, além de mulheres, também pacientes. Ademais, é sabido que, quanto menor a escolaridade e mais escura a cor da pele das pacientes, menor é a atenção a elas dispensada e também o acesso à analgesia de parto nos locais onde são atendidas. A mortalidade materna também é maior de mulheres negras em relação às brancas.¹⁴

Os movimentos feministas organizaram protocolos de atenção ao parto com o fim da chamada *atenção humanizada ao parto*, para a assistência provida pela enfermeira obstétrica e a doula. As evidências científicas que foram encontradas passaram a ser chamadas de *boas práticas*, o que, por si só, já gera uma discriminação das práticas que não estejam de acordo com o que foi estipulado. De outro lado, o Ministério da Saúde vem apoiando estes movimentos, bem como estabelecendo políticas públicas sem que entidades médicas sejam ouvidas.¹⁵

Violência obstétrica é um termo utilizado, no Brasil e em países da América Latina, para descrever as diversas maneiras de violência ocorridas na assistência à gravidez, parto, pós-parto e abortamento. Pode também ser nominada: violência de gênero no parto e aborto, violência no parto, abuso obstétrico, violência institucional de gênero e aborto, desrespeito e abuso, crueldade no parto, assistência desumana ou desumanizada, violações dos Direitos Humanos das mulheres no parto, abusos, desrespeito e maus-tratos durante o parto, dentre outros.¹⁶

Usualmente, utiliza-se o termo violência obstétrica para descrever todas as formas de violência ocorridas durante a gestação, pré-parto, parto, puerpério, em caso de abortamento, espontâneo ou provocado, e pós-aborto. Nos últimos anos, diversas

¹⁴ ANDREZZO, Halana Faria de Aguiar. *O desafio do direito à autonomia: Uma experiência de Plano de Parto no SUS*. Disponível em: <https://teses.usp.br/teses/disponiveis/6/6136/tde-07112016-141t429/publico/HalanaFariaDeAguiarAndrezzo.pdf>. Acesso em: 20/jan/2019.

¹⁵ CFM – Conselho Federal de Medicina. Processo-Consulta CFM nº 22/2018 – Parecer CFM nº 32/2018. Disponível em: <https://sistemas.cfm.org.br/normas/visualizar/pareceres/BR/2018/32>. Acesso em 26/nov/2019.

¹⁶ DINIZ, Simone Grilo; SALGADO, Heloísa de Oliveira; ANDREZZO, Halana Faria de Aguiar; CARVALHO, Paula Galdino Cardin de; CARVALHO, Priscila Cavalcanti Albuquerque; AGUIAR, Cláudia de Azevedo; NIY, Denise Yoshie. *Violência Obstétrica como Questão para a Saúde Pública no Brasil: Origens, Definições, tipologia, impactos sobre a saúde materna, e propostas para sua prevenção*. Journal of Human Growth and Development. [Internet]. 2015. Disponível em: http://pepsic.bvsalud.org/pdf/rbcdh/v25n3/pt_19.pdf Acesso em 10/out/2018.

definições têm sido propostas, sendo a legislação da Venezuela pioneira em tipificar violência obstétrica.¹⁷ A legislação desse país a descreve como sendo a apropriação do corpo e dos processos reprodutivos das mulheres por um profissional de saúde que, por meio de relações desumanizadoras, abuse de medicamentos e de patologização de processos naturais, o que gera a perda da autonomia e da capacidade de decidir de modo livre sobre seu corpo e sexualidade, o que impacta, de forma negativa, na qualidade de vida das mulheres.

O tratamento desumanizado ocorre quando a mulher tem sua dignidade aviltada, seja por atos que violem sua integridade psíquica, como ocorre quando o profissional de saúde dispensa à mulher tratamento humilhante, como xingamentos, bem como quando ocorre lesão à sua integridade física, como quando se adotam procedimentos a exemplo de lavagem intestinal, tricotomia (raspagem dos pelos pubianos de maneira desnecessária), imobilização física, exames de toques constantes e desnecessários, manobra de Kristeller (procedimento onde o profissional empurra a barriga da gestante para acelerar a expulsão do feto), episiotomia (corte na região do períneo para ampliar o canal de parto) de rotina, além de cesariana sem anestesia.¹⁸

Assim, tratam-se de práticas abusivas, sem respaldo científico, adotadas por decisão exclusiva do médico, sem consentimento livre e esclarecido da mulher, sem constar do prontuário médico da paciente. São procedimentos de rotina nos hospitais do país, sem eficácia, na maioria das vezes, alguns reconhecidamente inseguros, e que geram dor, humilhação ou constrangimento.¹⁹

O abuso de medicamentos ocorre quando se verificam intervenções médicas desnecessárias, com o fim de benefício do médico ou do hospital onde se verifica o parto, e cujos resultados poderiam ser alcançados por intermédio de intervenções menos gravosas para a mulher, como o uso de ocitocina para agilizar o trabalho de parto, a

¹⁷ TESSER, Charles Dalcanale; KNOBEL Roxana; ANDREZZO Halana Faria de Aguiar, Diniz Simone Grilo. *Violência obstétrica e prevenção quaternária: o que é e o que fazer*. RevBrasMedFam Comunidade. [Internet]. 2015; 10(35): 1-12. Disponível em: <https://rbmfc.org.br/rbmfc/article/view/1013/716> Acesso em 06/dez/2018.

¹⁸ TERRA, Aline de Miranda Valverde; MATOS, Ana Carla Harmatiuk. *Violência obstétrica contra a gestante com deficiência*. Pensar: Revista de Ciências Jurídicas, 2019. (e- ISSN: 2317-2150). Disponível em: <https://periodicos.unifor.br/rpen/article/view/8744> Acesso em 26/jun/2019.

¹⁹ TERRA, Aline de Miranda Valverde; MATOS, Ana Carla Harmatiuk. *Violência obstétrica contra a gestante com deficiência*. Pensar: Revista de Ciências Jurídicas, 2019. (e- ISSN: 2317-2150). <https://periodicos.unifor.br/rpen/article/view/8744> Acesso em 26/jun/2019.

realização de cesárea sem indicação clínica contra a vontade da gestante, por simples conveniência do obstetra.²⁰

De outro lado, a patologização dos processos naturais consiste na utilização de procedimentos desnecessários, com o fim de garantir uma maior segurança à gestante e ao bebê, como quando se opta pela cesárea porque a mulher não teve ainda dilatação suficiente.²¹

Durante muitos anos, as práticas antes citadas eram consideradas naturais, a tal ponto que o desrespeito às mulheres, a seus desejos e suas vontades, se institucionalizou e naturalizou de tal forma, que elas mesmas nem conseguem perceberem-se vítimas de violência obstétrica. Em 2014, a Organização Mundial de Saúde publicou uma declaração oficial para prevenção e eliminação da violência obstétrica, qualificando como violação de direitos fundamentais.²²

A OMS, por seu turno, define a violência obstétrica como a violência física, humilhação profunda e abusos verbais, procedimentos médicos não consentidos ou coercitivos, falta de confidencialidade, não obtenção de consentimento esclarecido antes da realização de procedimentos, recusa em administrar analgésicos, violações de privacidade, recusa de internação, cuidado negligente durante o parto, conduzindo a complicações que poderiam ter sido evitadas e situações ameaçadoras da vida, bem como detenção de mulheres e bebês em instituições de saúde, por falta de pagamento.²³

É sabido que os atos de violência obstétrica, independentemente de edição de lei específica, podem caracterizar fatos típicos e antijurídicos, já previstos no Código Penal, como os crimes de homicídio, de lesão corporal, de omissão de socorro e contra a honra, entre outras condutas, mas, não há uma legislação específica para esta finalidade. O ideal seria a criação de uma lei

²⁰ TERRA, Aline de Miranda Valverde; MATOS, Ana Carla Harmatiuk. *Violência obstétrica contra a gestante com deficiência*. Pensar: Revista de Ciências Jurídicas, 2019. (e- ISSN: 2317-2150). <https://periodicos.unifor.br/rpen/article/view/8744> Acesso em 26/jun/2019.

²¹ TERRA, Aline de Miranda Valverde; MATOS, Ana Carla Harmatiuk. *Violência obstétrica contra a gestante com deficiência*. Pensar: Revista de Ciências Jurídicas, 2019. (e- ISSN: 2317-2150). <https://periodicos.unifor.br/rpen/article/view/8744> Acesso em 26/jun/2019.

²² TERRA, Aline de Miranda Valverde; MATOS, Ana Carla Harmatiuk. *Violência obstétrica contra a gestante com deficiência*. Pensar: Revista de Ciências Jurídicas, 2019. (e- ISSN: 2317-2150). <https://periodicos.unifor.br/rpen/article/view/8744> Acesso em 26/jun/2019.

²³ TERRA, Aline de Miranda Valverde; MATOS, Ana Carla Harmatiuk. *Violência obstétrica contra a gestante com deficiência*. Pensar: Revista de Ciências Jurídicas, 2019. (e- ISSN: 2317-2150). <https://periodicos.unifor.br/rpen/article/view/8744> Acesso em 26/jun/2019.

específica, tipificando condutas previstas como crimes de médicos, profissionais de saúde, doulas e gestores hospitalares.

Com relação ao direito à saúde, este deveria atingir todas as pessoas, sem distinção, incluindo as mulheres que deveriam ter o direito a uma assistência digna e respeitosa durante toda a gravidez e o parto, bem como o direito de estar livre de violência e discriminação. Os abusos, os maus-tratos, a negligência e o desrespeito durante o parto equivalem a uma violação dos direitos humanos fundamentais das mulheres. As mulheres nestes casos são mais vulneráveis e têm o direito à igualdade e dignidade, de serem livres para procurar, receber e dar informações, de não sofrerem discriminações e de usufruírem do mais alto padrão de saúde física e mental, incluindo a saúde sexual e reprodutiva.²⁴

Apesar de existirem evidências de desrespeito e maus-tratos de mulheres durante a gravidez e após este período, não existe consenso internacional se estes casos podem ser definidos e mensurados pela ciência. Em consequência, seu impacto na área da saúde, no bem-estar e escolhas das mulheres não são conhecidos. Há uma agenda de pesquisa para definir, medir e compreender melhor o desrespeito e abusos das mulheres durante o parto, assim como formas de se fazer sua prevenção e eliminação.²⁵

Para obter um alto nível de respeito na assistência ao parto, os sistemas de saúde devem ser organizados e administrados de modo a garantir o respeito à saúde sexual e reprodutiva e os direitos humanos das mulheres. Mesmo que muitos governos, grupos da sociedade civil e comunidades no mundo inteiro já tenham destacado a necessidade de abordar esse problema, em muitos casos, políticas para promover a assistência obstétrica respeitosa não foram adotadas, especificadas ou convertidas em ações significativas.²⁶

²⁴ OMS – Organização Mundial da Saúde - *Prevenção e eliminação de abusos, desrespeito e maus-tratos durante o parto em instituições de saúde*. OMS, 2014. Disponível em: https://apps.who.int/iris/bitstream/handle/10665/134588/WHO_RHR_14.23_por.pdf;jsessionid=219206387B778AEA9329B22E033F6D6E?sequence=3 Acesso em 27/jun/2019.

²⁵ OMS – Organização Mundial da Saúde - *Prevenção e eliminação de abusos, desrespeito e maus-tratos durante o parto em instituições de saúde*. OMS, 2014. Disponível em: https://apps.who.int/iris/bitstream/handle/10665/134588/WHO_RHR_14.23_por.pdf;jsessionid=219206387B778AEA9329B22E033F6D6E?sequence=3 Acesso em 27/jun/2019.

²⁶ OMS – Organização Mundial da Saúde - *Prevenção e eliminação de abusos, desrespeito e maus-tratos durante o parto em instituições de saúde*. OMS, 2014. Disponível em:

2. Legislações sobre violência obstétrica

Os governos argentino e venezuelano foram os primeiros a reconhecer e prever a prática de violência obstétrica contra as mulheres, no que se refere ao parto. Porém, a legitimação desses direitos como o reconhecimento da existência deste tipo de violência requer esforços da sociedade para a compreensão dos mesmos, o que ocorre não sem a resistência dos que figuram no polo ativo desse tipo de agressão, isto é, os profissionais de saúde.²⁷

Quanto à definição conceitual de violência obstétrica, a legislação venezuelana e a argentina são bem parecidas, ou seja, a definem como a apropriação do corpo e processos reprodutivos das mulheres por profissionais de saúde, que se expresso em um trato desumanizador e abuso de medicalização e patologização dos processos naturais. No caso da legislação venezuelana, o conceito ainda inclui as consequências ou causalidades dessas práticas, ou seja, a perda da autonomia e capacidade de decidir livremente sobre seus corpos e sexualidade, impactando negativamente na qualidade de vida das mulheres.²⁸

A Lei Nacional nº 25.485, de Proteção Integral para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra as Mulheres nos Âmbitos em que se Desenvolvem suas Relações Interpessoais, que encontra-se vigente na Argentina desde 2009, conceitua a violência contra a mulher como toda conduta, por ação ou omissão, que, de maneira direta ou indireta, tanto no âmbito público como no privado, baseada em uma relação desigual de poder, atente contra a vida, a liberdade, a dignidade, a integridade física,

https://apps.who.int/iris/bitstream/handle/10665/134588/WHO_RHR_14.23_por.pdf;jsessionid=219206387B778AEA9329B22E033F6D6E?sequence=3 Acesso em 27/jun/2019.

²⁷ VIOLÊNCIA OBSTÉTRICA – “Parirás com dor”. Dossiê elaborado pela Rede Parto do Princípio para a CPMI da Violência contra as Mulheres 2012. Disponível em: <https://www.senado.gov.br/comissoes/documentos/SSCEPI/DOC%20VCM%20367.pdf>. Acesso em 23/nov/2019.

²⁸ VIOLÊNCIA OBSTÉTRICA – “Parirás com dor”. Dossiê elaborado pela Rede Parto do Princípio para a CPMI da Violência contra as Mulheres 2012. Disponível em: <https://www.senado.gov.br/comissoes/documentos/SSCEPI/DOC%20VCM%20367.pdf>. Acesso em 23/nov/2019.

psicológica, sexual, econômica e patrimonial, como também contra sua segurança pessoal.²⁹

A lei argentina é muito parecida, em sua estrutura, com a Lei sobre a Violência contra a Mulher e a Família, de 1998, da Venezuela, na qual se define além da violência contra a mulher e a família, a violência psicológica, física e sexual. Ainda, esta legislação descreve os delitos contra a mulher como ameaça, violência física, violência sexual, acesso carnal violento, assédio sexual e violência psicológica.³⁰

A legislação argentina indica um caminho mais seguro na construção de uma prática médica para atender não somente a garantia dos direitos da mulher contra a violência, mas também à sociedade em seus processos e continuidade e estruturação biológica, cultural e política.³¹

De outro lado, ainda existe na Venezuela a Lei orgânica sobre o Direito das Mulheres a uma Vida Livre da Violência, vigente desde 2007, descreve a violência contra as mulheres como todo ato sexista ou conduta inadequada que tenha ou possa ter como resultado um dano ou sofrimento físico, sexual, psicológico, emocional, laboral, econômico ou patrimonial, além da coação ou privação arbitrária da liberdade, ou a ameaça de executar tais atos, praticadas nos âmbitos público e privado.³²

O artigo 15, item 13 da mencionada lei conceitua a violência obstétrica como a apropriação do corpo e os processos reprodutivos das mulheres por profissionais de saúde, que se expresse em um trato desumanizador, no abuso de medicamentos e na patologização dos processos naturais, trazendo consigo a perda da autonomia e da

²⁹ Lei 26.485/09, artigo 4º. Disponível em: http://www.sipi.siteal.iipe.unesco.org/sites/default/files/sipi_normativa/ley_de_proteccion_integral_a_la_mujer_-_argentina.pdf. Acesso em 21/nov/2019.

³⁰ VIOLÊNCIA OBSTÉTRICA – “Parirás com dor”. Dossiê elaborado pela Rede Parto do Princípio para a CPMI da Violência contra as Mulheres 2012. Disponível em: <https://www.senado.gov.br/comissoes/documentos/SSCEPI/DOC%20VCM%20367.pdf>. Acesso em 23/nov/2019.

³¹ VIOLÊNCIA OBSTÉTRICA – “Parirás com dor”. Dossiê elaborado pela Rede Parto do Princípio para a CPMI da Violência contra as Mulheres 2012. Disponível em: <https://www.senado.gov.br/comissoes/documentos/SSCEPI/DOC%20VCM%20367.pdf>. Acesso em 23/nov/2019.

³² LEY ORGÁNICA SOBRE EL DERECHO DE LAS MUJERES A UNA VIDA LIBRE DE VIOLENCIA, artigo 14. Disponível em: <https://www.acnur.org/fileadmin/Documentos/BDL/2008/6604.pdf>. Acesso em 21/nov/2019.

capacidade de decidir livremente sobre os seus corpos e sua sexualidade, impactando negativamente na qualidade de vida das mulheres.³³

O dispositivo da legislação venezuelana é preciso em coibir e erradicar a violência obstétrica e outras modalidades de violência ou crimes, por seu caráter rigoroso e punitivo. Expõe o que um profissional de saúde não deve fazer a uma mulher gestante ou em trabalho de parto, sob pena de sofrer as consequências legais. Por outro lado, a lei nada fala sobre o direito ao acompanhante ou sua presença como fator de bem-estar e eleição da mulher, ou como deve ser o tratamento das mães, pais e filhos no âmbito de atendimento à saúde, salvo os direitos à proteção da maternidade, vínculo materno-filial e aleitamento materno, com previsão nos artigos 44 a 46 da Lei Orgânica de Proteção aos Meninos, Meninas e Adolescentes. Desse modo, falta à legislação venezuelana a normatização do que vem a ser humanização do parto.

No sistema jurídico brasileiro já possui legislação genérica estadual, a respeito da violência obstétrica, embora não haja lei federal específica. Podemos citar como exemplos o Estado de Santa Catarina, que editou a Lei nº 17.097, de 17 de janeiro de 2017. Esta lei estadual foi criada para a implementação de medidas de informação e proteção da gestante e da parturiente contra a violência obstétrica.

A Lei nº 17.097/2017, define a violência obstétrica como o ato praticado por médico, por alguns profissionais de saúde, por um familiar ou acompanhante, que ofenda, de forma física ou verbal, mulheres em trabalho de parto ou no período do puerpério.³⁴

No Distrito Federal, a Lei nº 6.144, de 07 de junho de 2018, dispõe sobre a implantação de medidas de informação a mulheres grávidas e parturientes, visando à proteção das mesmas, para que não sejam vítimas de violência obstétrica. Para esta lei, considera-se violência obstétrica todo ato praticado por profissionais de saúde no

³³ LEY ORGÁNICA SOBRE EL DERECHO DE LAS MUJERES A UNA VIDA LIBRE DE VIOLENCIA, artigo 15, item 3. Disponível em: <https://www.acnur.org/fileadmin/Documentos/BDL/2008/6604.pdf>. Acesso em 21/nov/2019

³⁴ LEI n. 17.097, de 17 de janeiro de 2017. Disponível em: http://leis.alesc.sc.gov.br/html/2017/17097_2017_lei.html. Acesso em: 21/nov/2019.

atendimento à mulher grávida ou parida que ofenda de forma verbal ou física, desde o pré-natal até o puerpério.³⁵

Além disso, o estado de São Paulo tem o Projeto de Lei 1.130, de 2017, de autoria da deputada Leci Brandão, que trata do tema da violência obstétrica. Ainda, a Lei nº 19.207 de 01 de novembro de 2017, dispõe sobre a implantação de medidas de informação e proteção à gestante e à parturiente contra a violência obstétrica no Estado do Paraná. Ainda, sobre o tema, há três projetos de lei (PL nº 8.219/17, do deputado Francisco Floriano; PL nº 7867/17, da deputada Jô Moraes; e o PL nº 7.633/14, do deputado Jean Wyllys), que dispõem sobre o tipo de atitude que pode ser considerada violência obstétrica e as punições previstas, que vão de multa a dois anos de prisão. Esses projetos de lei em trâmite no Congresso Nacional, também dispõem sobre as diretrizes e os princípios dos direitos da mulher durante a gestação, pré-parto e puerpério e a erradicação da violência obstétrica.

No ano de 2013, a Defensoria Pública do Estado de São Paulo, lançou uma cartilha informativa definindo a violência obstétrica como a apropriação do corpo ou processos reprodutivos de mulheres por profissionais de saúde, por meio de tratamentos desumanizados, abuso de medicalização e patologização de processos naturais, gerando perda de autonomia e capacidade de decidir livremente sobre o seu corpo e sexualidade, gerando impacto negativo na vida dessas mulheres.

3. Violência obstétrica em mulheres negras

O acesso universal é igualitário à saúde é garantido pela Constituição Federal do Brasil. Ocorre que as ações e serviços de saúde não têm assegurado aos negros o mesmo nível, qualidade de atenção e padrão de saúde apresentado aos brancos. Assim, brancos e negros ocupam lugares desiguais nas redes sociais e trazem consigo experiências desiguais de nascer, viver, adoecer e morrer.³⁶

³⁵ LEI Nº 6.144, DE 07 DE JUNHO DE 2018. Disponível em: http://www.sinj.df.gov.br/sinj/Norma/700564f2b3214c69a7c7c7897caab258/Lei_6144_07_06_2018.html Acesso em 21/nov/2019.

³⁶ OLIVEIRA, Ellen Hilda Souza de Alcântara. *Mulheres negras vítimas de violência obstétrica: estudo em um hospital público de Faria de Santana – Bahia*. Disponível em:

A época da escravidão, no Brasil, é considerada um referencial para a análise de condições de vida da população negra no passado e no presente. A exploração de mão de obra de africanos negras por meio da escravidão se justificava, principalmente pela coisificação de seus corpos. Naquele momento, a escravidão sedimentou a economia brasileira. Foi criada, naquela época, pelo sistema capitalista, uma estrutura jurídica para manter o negro como um instrumento de trabalho. Assim, a escravidão influenciou os aspectos econômico, político, social e econômico do país.³⁷

O corpo humano deve ser considerado como um ente que reproduz uma estrutura social para dar-lhe um sentido particular, sendo socialmente concebido. No que se refere à aparência, o corpo negro não é tido, no imaginário social brasileiro, como uma *boa aparência*. Assim, as teorias raciais, do início do século XX, destacando o movimento da eugenia, colaboração para esta idealização. Havia uma necessidade de transformar o país em uma nação ideal e a existência de pessoas negras era vista como uma ameaça para o desenvolvimento do Brasil.³⁸

Eugenia, palavra que se origina do grego e significa *bem nascido*, é usada para representar as possíveis aplicações do conhecimento da hereditariedade com o fim de haver uma *melhor reprodução*, gerando uma preservação da *pureza* de determinados povos. Para alguns doutrinadores, raça e racismo foram importantes para a eugenia negativa, pois era pelas uniões sexuais que as fronteiras entre as raças eram mantidas ou transgredidas.³⁹

As mulheres negras, normalmente, são tratadas como pessoas infantilizadas e que não podem expressar sua opinião. Estas mulheres, nos serviços de saúde em casos de pré-natal, parto e puerpério, são classificadas de irresponsáveis, pois não aderem ao

https://www.arca.fiocruz.br/bitstream/icict/30942/2/ellen_oliveira_iff_mest_2018.pdf. Acesso em 22/nov/2019.

³⁷ ASSIS, Jussara Francisca de. *Violência obstétrica enquanto violência de gênero e os impactos sobre as mulheres negras a partir de uma revisão integrativa*. Disponível em: https://www.editorarealize.com.br/revistas/enlacando/trabalhos/TRABALHO_EV072_MD1_SA30_ID12_68_07082017222543.pdf. Acesso em 26/nov/2019.

³⁸ ASSIS, Jussara Francisca de. *Violência obstétrica enquanto violência de gênero e os impactos sobre as mulheres negras a partir de uma revisão integrativa*. Disponível em: https://www.editorarealize.com.br/revistas/enlacando/trabalhos/TRABALHO_EV072_MD1_SA30_ID12_68_07082017222543.pdf. Acesso em 26/nov/2019.

³⁹ ASSIS, Jussara Francisca de. *Violência obstétrica enquanto violência de gênero e os impactos sobre as mulheres negras a partir de uma revisão integrativa*. Disponível em: https://www.editorarealize.com.br/revistas/enlacando/trabalhos/TRABALHO_EV072_MD1_SA30_ID12_68_07082017222543.pdf. Acesso em 26/nov/2019.

pré-natal; de incapacitadas intelectualmente, uma vez que não compreendem as orientações feitas pela equipe médica; de infantilizadas, pois tem seu poder de fala negado, já que os profissionais de saúde falam por elas para decidirem sobre seus corpos.⁴⁰

As injustiças em relação à saúde das mulheres negras são heranças das desigualdades nas relações sociais e políticas arraigadas nas discriminações de origem racial e sexista, com a violação de direitos e a impossibilidade de se realizarem ações de políticas públicas, bem assim dificultando o acesso de mulheres negras a um serviço de saúde de qualidade e com respeito à sua diversidade racial.⁴¹

Desse modo, os efeitos do racismo, sexismo de outras formas de subordinação estão presentes no setor de saúde. As imagens de mulheres negras como sendo fortes, não sentirem dor ainda estão presentes nos serviços. Este cenário é um legado da escravidão e justificaria a analgesia, com o aumento do sofrimento do corpo feminino negro. Assim, o atendimento digno no momento do parto encontra-se prejudicado devido ao racismo institucional que se apresenta nas maternidades de uma maneira geral.⁴²

A garantia dos direitos sexuais e reprodutivos está diretamente relacionada à acessibilidade nos serviços de saúde que, na maior parte das vezes, são violados por fatores como o racismo, o sexismo, as condições socioeconômicas e culturais. O racismo torna a população negra mais vulnerável a doenças ou agravamento de patologias preexistentes, durante toda a sua vida.⁴³

⁴⁰ ASSIS, Jussara Francisca de. *Violência obstétrica enquanto violência de gênero e os impactos sobre as mulheres negras a partir de uma revisão integrativa*. Disponível em: https://www.editorarealize.com.br/revistas/enlacando/trabalhos/TRABALHO_EV072_MD1_SA30_ID1268_07082017222543.pdf. Acesso em 26/nov/2019.

⁴¹ GOES, Emanuelle Freitas; NASCIMENTO, Enilda Rosendo do. *Intersecção do racismo no âmbito da saúde sexual e reprodutiva*. Disponível em: http://www.fazendogenero.ufsc.br/9/resources/anais/1278279228_ARQUIVO_INTERSECCAODORACISMOEDOSEXISMONOAMBITODASAUDESEXUALEREPRODUTIVA.pdf. Acesso em 27/nov/2019.

⁴² ASSIS, Jussara Francisca de. *Violência obstétrica enquanto violência de gênero e os impactos sobre as mulheres negras a partir de uma revisão integrativa*. Disponível em: https://www.editorarealize.com.br/revistas/enlacando/trabalhos/TRABALHO_EV072_MD1_SA30_ID1268_07082017222543.pdf. Acesso em 26/nov/2019.

⁴³ GOES, Emanuelle Freitas; NASCIMENTO, Enilda Rosendo do. *Intersecção do racismo no âmbito da saúde sexual e reprodutiva*. Disponível em: http://www.fazendogenero.ufsc.br/9/resources/anais/1278279228_ARQUIVO_INTERSECCAODORACISMOEDOSEXISMONOAMBITODASAUDESEXUALEREPRODUTIVA.pdf. Acesso em 27/nov/2019.

A história da violência em relação às mulheres negras data de muitos anos. Desde a travessia do oceano Atlântico, no interior de tumbeiros e navios negreiros, estas mulheres negras eram alvo de violência por terem sido, de forma suméria, separadas de seus filhos, obrigadas a terem partos análogos aos de animais, o que é muito parecido com a realidade de milhares de mulheres negras nos serviços de saúde da atualidade.⁴⁴

Desse modo, da análise da explanação acima, verifica-se que as desigualdades que atingem as mulheres no Brasil normalmente apontam para a presença de uma tríplice discriminação, qual seja, ser mulher, ser negra e pela questão social. Ainda, o fato de a mulher ser negra, enquanto ser indivisível vivencia graus extremos de violência que decorrem de racismo, sexismo e de preconceitos de classes sociais.

Conclusão

A presente pesquisa apontou que a prática de determinadas condutas com a episiotomia, a manobras de Kristeller, a proibição de movimentos, a imposição de posição ginecológica, a proibição de acompanhante durante o parto e pós-parto, bem como toda e qualquer ação ou procedimento que seja realizado sem o consentimento da mulher e que não seja baseado em evidências científicas atuais, são consideradas violência obstétrica.

De outro lado, tanto as usuárias, quanto os profissionais apontam para a ineficiência dos hospitais, cuja estrutura física não fornece às mulheres um ambiente seguro para que tenham seus filhos de forma digna e onde sejam desenvolvidas as boas práticas para o trabalho de parto e para o nascimento de seus bebês.

Os governos argentino e venezuelano foram os primeiros a reconhecer e prever a prática de violência obstétrica contra as mulheres, no que se refere ao parto. Porém, a legitimação desses direitos como o reconhecimento da existência deste tipo de violência requer esforços da sociedade para a compreensão dos mesmos. No Brasil, alguns estados já editaram suas leis sobre o tema, porém, não há uma lei federal ou qualquer conduta criminosa específica tipificada.

⁴⁴ ASSIS, Jussara Francisca de. *Violência obstétrica enquanto violência de gênero e os impactos sobre as mulheres negras a partir de uma revisão integrativa*. Disponível em: https://www.editorarealize.com.br/revistas/enlacando/trabalhos/TRABALHO_EV072_MD1_SA30_ID1268_07082017222543.pdf. Acesso em 26/nov/2019.

As injustiças em relação à saúde das mulheres negras são heranças das desigualdades nas relações sociais e políticas arraigadas nas discriminações de origem racial e sexista, com a violação de direitos e a impossibilidade de se realizarem ações de políticas públicas, bem assim dificultando o acesso de mulheres negras a um serviço de saúde de qualidade e com respeito à sua diversidade racial. São elas as mais prejudicadas com as práticas obstétricas.

Assim, verifica-se que as desigualdades que atingem as mulheres no Brasil normalmente apontam para a presença de uma tríplice discriminação, ou seja, ser mulher, ser negra e pela questão social. Desse modo, o fato de a mulher ser negra, enquanto ser indivisível vivencia graus extremos de violência que decorrem de racismo, sexismo e de preconceitos de classes sociais.

Referências

ANDREZZO, Halana Faria de Aguiar. *O desafio do direito à autonomia: Uma experiência de Plano de Parto no SUS*. Disponível em: <https://teses.usp.br/teses/disponiveis/6/6136/tde-07112016-141t429/publico/HalanaFariaDeAguiarAndrezzo.pdf>. Acesso em: 20/jan/2019.

ASSIS, Jussara Francisca de. *Violência obstétrica enquanto violência de gênero e os impactos sobre as mulheres negras a partir de uma revisão integrativa*. Disponível em: https://www.editorarealize.com.br/revistas/enlacando/trabalhos/TRABALHO_EV072_MD1_SA30_ID1268_07082017222543.pdf. Acesso em 26/nov/2019.

COSTA, Nilma Maia da; OLIVEIRA, Lucídio Clebson de; SOLANO, Lorrainy da Cruz; MARTINS, Patrícia Helena de Moraes Crus; BORGES, Ivone Ferreira. *Episiotomia nos partos normas: uma revisão de literatura*. Disponível em: <http://www.facene.com.br/wp-content/uploads/2010/11/2011-2-pag-45-50-Episiotomia.pdf>. Acesso em 18/nov/2019.

CFM – Conselho Federal de Medicina. Processo-Consulta CFM nº 22/2018 – Parecer CFM nº 32/2018. Disponível em: <https://sistemas.cfm.org.br/normas/visualizar/pareceres/BR/2018/32>. Acesso em 26/nov/2019.

DINIZ, Simone Grilo; SALGADO, Heloísa de Oliveira; ANDREZZO, Halana Faria de Aguiar; CARVALHO, Paula Galdino Cardin de; CARVALHO, Priscila Cavalcanti Albuquerque; AGUIAR, Cláudia de Azevedo; NIY, Denise Yoshie. *Violência Obstétrica como Questão para a Saúde Pública no Brasil: Origens, Definições, tipologia, impactos sobre a saúde materna, e propostas para sua prevenção*. Journal of

Human Growth and Development. [Internet]. 2015. Disponível em: http://pepsic.bvsalud.org/pdf/rbcdh/v25n3/pt_19.pdf Acesso em 10/out/2018.

GOES, Emanuelle Freitas; NASCIMENTO, Enilda Rosendo do. Intersecção do racismo no âmbito da saúde sexual e reprodutiva. Disponível em: http://www.fazendogenero.ufsc.br/9/resources/anais/1278279228_ARQUIVO_INTERSECCAOODORACISMOEDOSEXISMONOAMBITODASAUDESEXUALEREPRODUTIVA.pdf. Acesso em 27/nov/2019.

LEI Nº 6.144, DE 07 DE JUNHO DE 2018. Disponível em: http://www.sinj.df.gov.br/sinj/Norma/700564f2b3214c69a7c7c7897caab258/Lei_6144_07_06_2018.html Acesso em 21/nov/2019.

LEI n. 17.097, de 17 de janeiro de 2017. Disponível em: http://leis.aleg.br/html/2017/17097_2017_lei.html. Acesso em: 21/nov/2019.

LEY ORGÁNICA SOBRE EL DERECHO DE LAS MUJERES A UNA VIDA LIBRE DE VIOLENCIA, artigo 15, item 3. Disponível em: <https://www.acnur.org/fileadmin/Documentos/BDL/2008/6604.pdf>. Acesso em 21/nov/2019

OLIVEIRA, Ellen Hilda Souza de Alcântara. *Mulheres negras vítimas de violência obstétrica: estudo em um hospital público de Faria de Santana – Bahia*. Disponível em: https://www.arca.fiocruz.br/bitstream/icict/30942/2/ellen_oliveira_iff_mest_2018.pdf. Acesso em 22/nov/2019.

OMS – Organização Mundial da Saúde - *Prevenção e eliminação de abusos, desrespeito e maus-tratos durante o parto em instituições de saúde*. OMS, 2014. Disponível em: https://apps.who.int/iris/bitstream/handle/10665/134588/WHO_RHR_14.23_por.pdf;jsessionid=219206387B778AEA9329B22E033F6D6E?sequence=3 Acesso em 27/jun/2019.

ONU Mujeres - Del Compromiso a la Acción: Políticas para erradicar la violencia contra las mujeres en América Latina y el Caribe, 2016. Disponível em: http://www.onumujeres.org.br/wp-content/uploads/2017/12/DEL_COMPROMISO_A_LA_ACCION_ESP.pdf . Acesso em 10/03/2019.

SANTOS, Rafael Cleison Silva dos; SOUZA, Nádia Ferreira de. *Violência institucional obstétrica no Brasil: revisão sistemática*. Disponível em: <https://periodicos.unifap.br/index.php/estacao/article/view/1592/rafaelv5n1.pdf>. Acesso em 20/nov/2019.

SAUAIA, Artenira da Silva e Silva e SERRA Maiane Cibele de Mesquita. *Uma dor além do parto: Violência Obstétrica em foco*. Revista de Direitos Humanos e Efetividade | e-ISSN: 2526-0022| Brasília | v. 2 | n. 1 | p. 128 - 147 | Jan/Jun. 2016.

Disponível em: [https://www.researchgate.net/publication/322630312 Uma Dor Alem do Partto Violencia Obstetrica em Foco](https://www.researchgate.net/publication/322630312_Uma_Dor_Alem_do_Partto_Violencia Obstetrica_em_Foco) Acesso em 10/ago/2019.

SOUZA, Suellen André de. Leis de Combate à violência contra a mulher na América Latina: uma breve abordagem histórica. XXVII Simpósio Nacional de História. Conhecimento histórico e diálogo social. Natal – RN. Julho de 2013. Disponível em: [http://www.snh2013.anpuh.org/resources/anais/27/1371348947 ARQUIVO TextoAnpuhNatalSuellen.pdf](http://www.snh2013.anpuh.org/resources/anais/27/1371348947_ARQUIVO_TextoAnpuhNatalSuellen.pdf). Acesso em 08/03/2019.

TERRA, Aline de Miranda Valverde; MATOS, Ana Carla Harmatiuk. *Violência obstétrica contra a gestante com deficiência*. Pensar: Revista de Ciências Jurídicas, 2019. (e- ISSN: 2317-2150). <https://periodicos.unifor.br/rpen/article/view/8744> Acesso em 26/jun/2019.

TESSER, Charles Dalcanale; KNOBEL Roxana; ANDREZZO Halana Faria de Aguiar, Diniz Simone Grilo. *Violência obstétrica e prevenção quaternária: o que é e o que fazer*. RevBrasMedFam Comunidade. [Internet]. 2015; 10(35): 1-12. Disponível em: <https://rbmfc.org.br/rbmfc/article/view/1013/716> Acesso em 06/dez/2018.

VIOLÊNCIA OBSTÉTRICA – “Parirás com dor”. Dossiê elaborado pela Rede Parto do Princípio para a CPMI da Violência contra as Mulheres 2012. Disponível em: <https://www.senado.gov.br/comissoes/documentos/SSCEPI/DOC%20VCM%20367.pdf>. Acesso em 23/nov/2019.

A COMPETÊNCIA EXCLUSIVA COMO MEIO DE ATINGIR O ESCOPO DA AÇÃO DE RECUPERAÇÃO JUDICIAL

EXCLUSIVE JURISDICTION AS A MENAS OF ACHIEVING THE SCOPE OF JUDICIAL REORGANIZATION ACTION

Julia de Baére Cavalcanti d'Albuquerque

Especialista em Ordem Jurídica e Ministério Público pela Fundação Escola Superior do
Ministério Público do Distrito Federal e Territórios, 2008.

Especialista em Direito Empresarial pela Fundação Getúlio Vargas – FGV, 2017.

Mestranda em Direito pelo Instituto Brasiliense de Direito Público (IDP).

Advogada.

juliab@wald.com.br

Tadeu Alves Sena Gomes

Pós-Graduado em nível Especialização (*lato sensu*) em Processo Civil pelo Centro de Cultura
Jurídica da Bahia com Coordenação do Professor J.J. Calmon de Passos, 2008.

LL.M em Direito Empresarial pela Escola de Direito Rio da Fundação Getúlio Vargas, 2016.

Mestrando em Direito pelo Instituto Brasiliense de Direito Público (IDP).

Advogado.

tg@senagomes.adv.br

Área do Direito: Empresarial. Recuperação Judicial. Falência.

Resumo: Este artigo tem como objetivo fundamental examinar a evolução da aplicação da Lei de Recuperação Judicial e Falência (lei. 11.101/2005) nos últimos anos no Brasil. Para tanto, examinou-se dados quantitativos, que demonstram o crescente aumento do ajuizamento de ações dessa natureza, bem como os dados dos relatórios de justiça em números, que indicam a inexistência de varas exclusivas dessa competência. Apresentou-se a importância desse tipo de demanda e os impactos para o desenvolvimento econômico brasileiro.

Palavras-chave: Recuperação Judicial. Falência. Competência. Desenvolvimento econômico.

Abstract: This article aims to examine the evolution of the application of the Brazilian Judicial Reorganization and Bankruptcy Law (Law 11.101 / 2005) in recent years in Brazil. To this end, we examined quantitative data, which demonstrate the continuous increase of the filing of such actions, as well as data from justice reports in numbers, which indicate the absence of specialized courts in this competence. Finally, this paper presented the importance of this type of demand and its impacts for Brazilian economic development.

Keywords: Judicial Recovery. Bankruptcy. Jurisdiction. Economic Development.

1. Introdução

A Lei 11.101/2015, que regula a recuperação judicial da sociedade empresária, embora em vigor há quase quinze anos, encontra-se atualmente em seu momento de maior utilização das ferramentas processuais nela regulamentadas.

De acordo com os indicadores econômicos de falências e recuperações judiciais obtidos no site Serasa Experian,¹ nos últimos quatro anos completos (2015 a 2018) foram requeridos 5.978 pedidos de recuperações judiciais, número este que ultrapassa os 5.062 pedidos realizados ao longo dos dez primeiros anos da vigência da lei (2005 a 2014).

A evidente tendência da iniciativa privada recorrer ao combalido Poder Judiciário², em uma última e por muitas vezes vã tentativa de salvaguardar a atividade econômica da empresa³, convida a comunidade jurídica a se debruçar sobre o tema, na busca de entender mais a fundo o fenômeno que ocorre no Brasil, para além do olhar da crise econômica e política vivenciada no país desde 2015.

A bem de evitar (ou postergar) a falência, grandes marcas e grupos empresariais de renome nacional dos mais variados setores buscam superar suas respectivas crises econômicas/financeiras e assim manter a geração de empregos e a sua atividade produtiva com o ajuizamento da ação de recuperação judicial.

Se de um lado uma parte representativa da iniciativa privada brasileira tem buscado se socorrer desse importante meio legal de preservação da empresa, de outro lado, também é verdade, que uma centena de milhares de empregados e credores dessas empresas em pedido de recuperação judicial tem as suas vidas (mais do que “só” a sua saúde financeira) impactadas pela marcha processual que envolve a tentativa da celebração e aprovação do plano de recuperação judicial, isso sem considerar os impactos colaterais no mercado como um todo, incluindo-se aí, até mesmo, o custo do crédito⁴ para o desenvolvimento da sociedade.

Em 19 de dezembro de 2018, o presidente do Conselho Nacional de Justiça instituiu grupo de trabalho com o objetivo de debater e sugerir medidas voltadas à modernização e à efetividade da atuação do Poder Judiciário nos processos de recuperação judicial e falência.⁵

¹ Serasa Experian. Indicadores econômicos. Disponível em <https://www.serasaexperian.com.br/amplie-seus-conhecimentos/indicadores-economicos> acessado em 06.10.2019.

² O Poder Judiciário de 1º grau mantém uma média histórica de 80% de taxa de congestionamento apurada pelo Conselho Nacional de Justiça – CNJ. Painel do Justiça em números nas abas resumo e indicadores. Disponível em https://paineis.cnj.jus.br/QvAJAXZfc/opensoc.htm?document=qvw_1%2FPainelCNJ.qvw&host=QVS%40neodimio03&anonymous=true&sheet=shResumoDespFT. Acesso em 06.10.2019.

³ Não se ignora que o conceito de empresa encontre divergências na Doutrina. Contudo, para este trabalho, o termo empresa foi utilizado como sinônimo da sociedade ou companhia que explora a atividade econômica.

⁴ Segundo estudo do Banco Mundial, Doing Business – Resolving Insolvency, no Brasil o tempo necessário para os credores recuperarem o crédito é de quatro anos, em média, e o custo do procedimento é de 12% do valor do patrimônio do devedor. Ambos indicadores acima da média das principais economias do mundo (1,7 e 9,1%, respectivamente). Banco Mundial – Doing Business Studies, Resolving Insolvency (2018). Disponível em <http://www.doingbusiness.org/en/data/exploretopics/resolving-insolvency>. Acesso em 06.10.2019.

⁵ CNJ. Portaria 162/2018. O grupo de trabalho é coordenado pelo ministro do STJ Luis Felipe Salomão e composto também pelo ministro do STJ Moura Ribeiro; os ministros do TST Alexandre de Souza Agra Belmonte e Aloysio Corrêa da Veiga (conselheiro do CNJ); o Conselheiro do CNJ Henrique Ávila; os desembargadores do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro (TJRJ) Agostinho Teixeira de Almeida Filho e Luiz Roberto Ayoub; os desembargadores do Tribunal de Justiça de São Paulo (TJSP) José Roberto Coutinho de Arruda, Marcelo Fortes

Sendo atual e relevante a temática, este ensaio se interessa por investigar a importância ou não da existência de varas de competência exclusiva para as ações de recuperação judicial de modo a propiciar o alcance dos reais objetivos dessa legislação, diagnosticando, tanto quanto possível, em números, o nosso atual estágio de evolução.

Isso posto, revela-se urgente investigar quais seriam os efeitos e consequências que estamos vivenciando com o aumento significativo de demandas dessa natureza e que estão a submeter ao Poder Judiciário não só a manutenção da fonte produtora da empresa, mas a própria sobrevivência das pessoas, promovendo assim altíssimo impacto na sociedade.⁶

Desse modo, questiona-se: em que medida a existência de varas de competência exclusiva para a matéria da recuperação judicial proporcionariam uma melhor efetividade para atingir os objetivos reais que a sociedade brasileira legitimamente espera dessa legislação?

Destarte, está fora deste ensaio quaisquer análises morais, políticas, valorativas ou meta jurídicas que ultrapassem o cenário das escolhas legislativas já positivadas na lei.

Buscar-se-á, assim, pragmaticamente, analisar os últimos anos da aplicação da lei de recuperação judicial e falência dentro da estrutura do Poder Judiciário para confrontar os achados da pesquisa empírica realizada, com a clareza de que textos longos e prolixos não são sinônimos de erudição e cultura⁷, motivo pelo qual não terão lugar preciosismos e conceitos sem sentidos no presente trabalho, eis que se buscará falar de forma simples, clara e direta, sem que isso signifique obstáculo a se alcançar o que precisa ser dito.

2. A instrumentalidade do processo e o escopo da ação de Recuperação Judicial

Inegavelmente, ainda hoje, em plena segunda década do século XXI, persistimos na fase de revisão do sistema processual, sendo cada vez mais clara a ideia de Dinamarco (2008) que a autonomia do direito processual não significa o seu isolamento⁸.

Barbosa Filho, Cesar Ciampolini Neto e Alexandre Lazzarini; os juízes auxiliares da Presidência do CNJ Carl Olav Smith, Luís Geraldo Sant'Ana Lanfredi e Richard Pae Kim; o juiz auxiliar da Corregedoria Nacional de Justiça Daniel Carnio Costa; e os advogados Bruno Galvão Rezende, Luiz Fernando Paiva, Marcelo Vieira de Campos, Paulo Penalva Santos e Samantha Mendes Longo.

⁶ Na visão de Dworkin, a dignidade da pessoa humana está intrinsecamente vinculada ao valor atribuído por nós a cada vida humana, que tem significância e relevância por si só. É única e deve ser considerada como sujeita e destinatária de todos os direitos (e a todo direito, corresponde obviamente um dever), não podendo ser tida como objeto, constituindo-se como elo indispensável a qualquer critério democrático de desenvolvimento. DWORKIN, Ronald. *Is democracy possible here? Principles for a new political debate*. Princeton: Princeton University Press, 2006. p. 9-10.

⁷ ALVES, Francisco Glauber Pessoa. *Fundamentação judicial exauriente, argumentação jurídica exauriente e concisão: um diálogo necessário*. Revista de Processo nº 274, ano 42, Revista dos Tribunais, 2017, p. 47.

⁸ DINAMARCO, Cândido Rangel. *A Instrumentalidade do processo*. São Paulo, Malheiros Editores; 13ª edição, 2008.

A evolução dos estudos sobre o direito processual, embora o reconheça como ciência autônoma, levou-nos a reafirmar com clareza conceitual que o direito processual é instrumento da concretização do direito material.⁹

O pensamento jurídico, em transição,¹⁰ na busca por encontrar soluções para problemas concretos da realidade percebeu que tão somente meios interpretativos conceituais e dogmáticos se mostraram insuficientes para explicar o fenômeno do Direito diante dos resultados concretos da experiência humana.¹¹

Nessa nova visão do direito processual,¹² avançou-se para incluir como preocupação fundamental os resultados a serem produzidos, de maneira célere e satisfativa, dentro do plano material.¹³ A fim de se obter o resultado almejado pelo processo, a sua instrumentalidade pode ser adaptada, tornando os seus contornos flexíveis, sempre com horizonte das circunstâncias que envolvem a complexidade e as necessidades da causa.¹⁴

⁹ Insostituível e ainda atual obra Direito e Processo do Professor José Roberto dos Santos Bedaque, que precisamente explana: “Por isso, devem ocupar seu devido lugar, como instrumento de trabalho, não como fim em si mesmo. Não se trata de desprezar os aspectos técnicos do processo, mas apenas de não se apegar ao tecnicismo exacerbado, que acaba sempre em obsessão em detrimento do fim. A técnica deve servir de meio para que o processo atinja seu resultado. Critica-se não o dogmatismo, mas o dogmatismo puro e exacerbado, o formalismo indiferente aos reais problemas a serem solucionados no processo” BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Direito e Processo*. São Paulo, Malheiros Editores, 6ª edição, 2011.

¹⁰ Não se ignora, em hipótese alguma, a fase atual do pensamento jurídico que se convencionou a chamar de neoconstitucionalismo e que, a despeito de não possuir uma definição uniforme na Doutrina e, portanto, que seja alheia as críticas, poderia se afirmar que tal pensamento jurídico se caracterizaria pela irradiação do texto constitucional por todo o sistema jurídico. BARROSO, Luis Roberto. *A constitucionalização do direito e suas repercussões no âmbito administrativo. Direito Administrativo e seus paradigmas*. Coordenadores Alexandre Santos de Aragão e Floriano de Azevedo Marques Neto. Belo Horizonte. Editora Fórum. 2012. Válida também a leitura do contraponto de Jorge Octávio Lavocat Galvão, para quem o foco do neoconstitucionalismo está na atuação do Poder Judiciário como guardião das promessas civilizatórias dos textos constitucionais, passando a ser indutor da mudança da realidade pela via judicial. GALVÃO, Jorge Octávio Lavocat. *O neoconstitucionalismo e o fim do Estado de Direito*. São Paulo. Editora Saraiva, 2014.

¹¹ O capítulo IX do Livro Filosofia do direito do Dr. Reinhold Zippelius faz a abordagem dessa questão: “em que medida o pensamento jurídico será um pensamento conceptual-dedutivo e em que medida será de outra natureza, um pensamento que procura soluções para problemas concretos, servindo-se para isso de técnicas próprias da tomada em consideração, da comparação e da ponderação”. ZIPPELIUS, Reinhold. *Filosofia do direito*. São Paulo: Saraiva, 2012. Livro eletrônico.

¹² “Ao processo cabe a realização dos projetos do direito material, em uma relação de complementariedade que se assemelha àquela que se estabelece entre o engenheiro e o arquiteto. O direito material sonha, projeta; ao direito processual cabe a concretização tão perfeita quanto possível desse sonho. A instrumentalidade do processo pauta-se na premissa de que o direito material coloca-se como o valor que deve presidir a criação, a interpretação e a aplicação das regras processuais. O processualista contemporâneo não pode ignorar isso.”. DIDIER JR. Freddie. *Curso de Direito Processual Civil. Volume 1. Introdução ao Direito Processual Civil, Parte Geral e Processo de Conhecimento*. Salvador. Editora JusPodivm, 18ª edição, 2016, p. 41.

¹³ Ada Pellegrini Grinover, dentro do vasto legado que nos deixou, em sua última obra, examinou essa nova visão que engloba processo e procedimento: “Ao invés de só inverter o enfoque processo-direito pelo direito-processo, a proposta é partir da crise de direito material – ou seja do conflito específico – para analisar (ou construir) a solução processual adequada. Isso significa também dar ao direito processual um enfoque multidisciplinar, pois os conflitos são naturalmente examinados pela sociologia ou pela política, e mais raramente pelo Direito.” GRINOVER, Ada Pellegrini. *Ensaio sobre a processualidade: fundamentos para uma nova teoria geral do processo*. Brasília. Gazeta Jurídica, 2018, p. 14.

¹⁴ “O processo é instrumento e, como tal, deve ser modelado de maneira a melhor proporcionar o resultado pretendido pelos que dele necessitam. Isso somente é possível se for concebido a partir da realidade verificada no

A necessidade de se reforçar as lições processuais acima citados se mostra atual e tem razão de ser no fato de que as tentações de discutir questões eminentemente processuais sempre nos circundam. Não é despidendo registrar que o novo Código de Processo Civil repete, ao menos, em termos quantitativos, a tradição do Código de 1973 com mais de mil artigos para regular as nuances do processo civil brasileiro¹⁵.

Basta ver que, após a entrada em vigor do novo código, em que pese os seus evidentes avanços, pode-se afirmar, com tranquilidade, que um dos julgamentos que mais movimentaram a Corte de uniformização da jurisprudência infraconstitucional foi justamente sobre a taxatividade ou não do rol do artigo 1.105, prevalecendo a tese de que a nova roupagem recursal admite interposição de agravo de instrumento para além das hipóteses expressamente previstas no referido dispositivo legal.¹⁶

Com isso, quer-se refletir que nos três anos iniciais de vigência do Código que privilegiaria a decisão de mérito, o debate intenso que foi travado fora eminentemente processual, qual seja, para definir a natureza do rol do art. 1.015 do CPC/2015, de sorte a lhe destinar uma interpretação extensiva. Enquanto isso, diversas causas com seu bem da vida ficaram afetadas, pois a discussão de direito processual precedeu a do direito material.

A advertência ora feita tem por objetivo realçar o escopo mais lógico dedutivo do processo, que vem a ser a sua finalidade jurídica. Contudo, além desse escopo material, o direito processual deve atingir como escopos últimos e mediatos a finalidade social, que vem a ser pacificar com justiça o conflito submetido ao Poder Judiciário, e política, que permite a participação dos jurisdicionados no curso do processo, finalidades essas que se confundem com os objetivos das demais funções do Estado.

plano das relações de direito material. As necessidades encontradas em sede das relações substanciais devem nortear o processualista na construção de sua ciência.” Mais adiante afirma: “Não se deve estranhar o fato de tal conclusão partir de um processualista. Nem se pense que este processualista renunciou as conquistas técnica de sua ciência, ou renegou toda a evolução do direito processual. Não. As conclusões aqui expostas são resultado de um profundo amadurecimento. E também de uma certeza quanto ao definitivo papel do processo no mundo do direito. Hoje não se discute mais a sua independência e autonomia. Debate-se, todavia, a respeito da sua efetividade, que, em última análise, significa que o processo deve proporcionar a total proteção ao direito substancial. Isto é, somente se pode falar em efetividade do processo se o seu resultado for socialmente útil, proporcionando ao titular de um direito, em cada caso concreto, o acesso à ordem jurídica justa.” BEDAQUE, Ob. Cit., p. 80.

¹⁵ A título de exemplo, cita-se o artigo 244, I do CPC/15 que repete previsão do art. 217 do CPC/1973 que impede a realização da citação de quem estiver participando de culto religioso. Inobstante, não haja precedente judicial histórico que justifique a manutenção dessa regra no novo CPC, ou ao menos, esta jurisprudência seja totalmente desconhecida dos Autores deste artigo, os quais, em 15 anos de profissão da Advocacia, na prática judiciária nunca tomaram conhecimento de algum Oficial de Justiça que teria tentado parar uma missa para citar algum réu. No STJ, não se tem achados a esse respeito.

¹⁶ REsp 1.696.396 e 1.704.520 de relatoria da Ministra Nancy Andrighi, Corte Especial do STJ, julgado em 05/12/2018.

É dentro desse universo de transição do Direito, incluindo-se aí, do próprio direito processual, que foi introduzida a Lei 11.101/2005, que possui natureza tanto adjetiva como substantiva. Tratando-se, assim, de uma lei de natureza mista, processual e material ao mesmo tempo.¹⁷

Pelos contornos da lei, fica claro que a finalidade imediata é a superação da crise econômico-financeira. Dentro desse objetivo mais amplo, estão contidos os objetivos específicos, a saber: (a) manutenção da fonte produtora; (b) manutenção dos empregos; (c) preservação dos interesses dos credores.¹⁸

O encerramento de uma empresa (atividade) acarreta efeitos colaterais que resvalam em diversas consequências para a economia local, regional, e até mesmo nacional, na medida em que diminui a arrecadação de impostos, gera desemprego e desabastece o mercado de produtos e serviços.

A recuperação judicial se apresenta, portanto, como um instituto jurídico que tem a finalidade de auxiliar a sociedade empresária e/ou o empresário individual a sanear seu estado econômico-financeiro, mediante um plano de reestruturação.

A recuperação da empresa por intervenção judicial somente se configura se esta for economicamente viável e vier acompanhada do fomento da iniciativa privada. Nas palavras de Coelho (2007, p. 237): “*A recuperação judicial não pode significar, como visto, a substituição da iniciativa privada pelo juiz na busca de soluções para a crise da empresa*”.¹⁹

O Poder Judiciário tem um papel relevante de garantir tratamento igualitário aos credores das diversas classes. Os credores possuem uma fundamental posição pois deliberam sobre o plano de recuperação posto em avaliação. Diz ser tendência a aprovação pela maioria, já que os credores preferem, em tese, receber parcelado ou com algum deságio a correr o risco de nada receber, no caso da convolação da recuperação judicial em falência.

Nesse contexto, não se pode deixar de notar que o escopo da recuperação judicial, após a manutenção da atividade econômica e preservação dos empregos gerados pela Recuperanda, também é maximizar as possibilidades dos credores receberem o seu crédito, o mais próximo possível das condições e valores originais. Afinal, os credores também possuem atividade econômica merecedora de proteção e também são entes que geram empregos, recolhem tributos e fazem circular a economia.

¹⁷ BEZERRA FILHO, Manoel Justino. *Lei de Recuperação de empresas e falência. Lei 11.101/2005 comentada artigo por artigo*. São Paulo. Editora Revista dos Tribunais. 12ª edição. 2017, p. 48.

¹⁸ TOMAZETTE, Marlon. *Curso de Direito Empresarial, volume 3. Falência e recuperação de empresas*. São Paulo. Editora Saraiva. 6ª edição. 2018, p. 76.

¹⁹ COELHO, Fábio Ulhoa. *Curso de direito comercial, volume 3*. 7.ed. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 237.

Resumidamente, sob uma perspectiva geral, a recuperação judicial tem por escopo: reorganizar a empresa em crise financeira; preservar as oportunidades de emprego desta empresa; implementar a valorização da massa próxima da insolvência empresarial; dilatar as possibilidades de negociação para solução de passivo²⁰.

Portanto, de tudo quanto aqui exposto, conclui-se que o objetivo da recuperação judicial é a superação da situação de crise do devedor, com a consequente manutenção da empresa (atividade), dos empregos que gera, bem como a satisfação, ainda que parcial, dos seus credores.

A recuperação judicial se configura como um ato complexo, na medida em que abrange um ato coletivo processual, um favor legal e uma obrigação *ex lege*.²¹ Configura-se como um ato coletivo processual uma vez que as vontades do devedor e dos credores se fundem em uma só quando da aprovação do plano de recuperação judicial. Constitui-se um favor legal, porque garante ao devedor, atendidos os requisitos estabelecidos na lei, o direito de sanear seu estado de crise econômico-financeira. E, ainda, é uma obrigação *ex lege* pois é concedida pelo Estado Juiz, por meio de uma decisão.

Já a ação de recuperação judicial é uma ação de conhecimento constitutiva, na medida em que inaugura uma relação jurídica entre o devedor e os credores a ela sujeitos, seja no plano do direito processual, seja no do direito material, exsurge assim uma tutela jurisdicional diferenciada como fator decisivo para a efetividade do processo.²²

Importante ressaltar que a ação de recuperação judicial é uma solução atípica de obrigações, permitida pelo ordenamento jurídico, para uma situação também atípica. Constitui-se como uma ferramenta legal que possibilita à empresa buscar a sua recuperação judicial, e não uma simples moratória, já que conta com a participação de todos os envolvidos interessados em sua saúde financeira, como credores, bancos, *factorings*, empregados, ex-empregados, prestadores de serviços, acionistas, sociedade e o próprio Estado.

²⁰ FAZZIO JÚNIOR, Waldo. *Lei de falência e recuperação de empresas*. São Paulo: Atlas, 2008. p.115.

²¹ ABRÃO, Carlos Henrique; TOLEDO, Paulo F. C. Salles de. *Comentários à Lei de Recuperação de Empresas e Falência*. São Paulo: Saraiva, 2005. p. 105-106.

²² “A decisão que decreta a falência, por exemplo, tem forte carga estrutural (art. 99, lei 11.101/2005), especialmente quanto à possibilidade de o juiz sentenciante determinar “as diligências necessárias para salvaguardar os interesses das partes envolvidas” (inciso VI, ou à possibilidade de nomear um administrador judicial (inciso IX) ou de determinar, “quando entender conveniente, a convocação da assembleia-geral de credores para a constituição de comitê de credores, podendo ainda autorizar a manutenção do comitê eventualmente em funcionamento na recuperação judicial quando da decretação da falência” (inciso XII).” DIDIER JR., Freddie; ZANETI JR., Hermes; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. *Notas sobre as decisões estruturantes. Processos Estruturais*. Organizadores Sérgio Cruz Arenhart e Marco Félix Jobim. Salvador. Editora JusPodivm, 2017, p. 358.

Cuida-se de processo amplo de revitalização e reestruturação da atividade empresarial de uma empresa em momentânea dificuldade, que, por razões óbvias, só podem ser dirigidas a empresas viáveis, já que a única solução para a empresa inviável é a falência.²³

Assim, a hermenêutica conferida à Lei 11.101/2005, no tocante à recuperação judicial, deve sempre se manter fiel aos propósitos desse diploma, não sendo lícito conceber interpretações que não tenham ligação intrínseca com a finalidade de fomentar ou não inviabilizar a superação da crise econômica pela empresa Recuperanda. E diante dessa natureza diferenciada da tutela jurisdicional, e sendo o processo instrumento do direito material tal como já inferido, cabe ao Estado o dever de promover os meios necessários para permitir o alcance do resultado pretendido por meio dessa legislação.

3. A competência²⁴ exclusiva no Brasil.

A jurisdição²⁵ é uma, enquanto exercício do Poder do Estado-Juiz, contudo, é exercida no limite da competência atribuída aos diversos órgãos investidos do poder jurisdicional.²⁶

A distribuição da competência jurisdicional ocorre em razão de diversos critérios²⁷, como, por exemplo, em razão da pessoa, do valor da causa, territorial, funcional e a que mais nos interessa nesse trabalho: por força da matéria objeto da lide.

A definição da competência é feita desde a Constituição Federal, que delimita no seu artigo 125 que os Estados organizarão o Poder Judiciário, definindo as respectivas competências na Constituição Estadual ou na Lei de Organização Judiciária.

O Código de Processo Civil, por sua vez, disciplina que obedecidos os limites estabelecidos pela Constituição Federal, a competência é determinada pela lei adjetiva, legislação especial, normas de organização judiciária e Constituições Estaduais (art. 44).

Interessa-nos, dentro do recorte metodológico desse ensaio, a competência jurisdicional residual destinada aos Estados-membros. O mais comum é que os Estados estruturam o seu Poder Judiciário, grosso modo, com os seguintes órgãos: Tribunal de Justiça,

²³ FAZZIO JÚNIOR, ob. cit., p. 118.

²⁴ Sobre o tema competência, ver: CUNHA, Leonardo Carneiro da. Jurisdição e competência, 2ª edição. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

²⁵ “A jurisdição é a função atribuída a terceiro imparcial (a) de realizar o Direito de modo imperativo (b) e criativo (reconstrutivo) (c), reconhecendo/efetivando/protegendo situações jurídicas (d) concretamente deduzidas (e), em decisão insuscetível de controle externo (f) e com aptidão para tornar-se indiscutível (g).” DIDIER JR. Fredie. Curso de Direito Processual Civil. Volume 1. Introdução ao Direito Processual Civil, Parte Geral e Processo de Conhecimento. Salvador. Editora JusPodivm, 18ª edição, 2016, p. 155.

²⁶ “a competência, em linhas gerais, limita a jurisdição, de forma que somente tem legitimidade para a prática de atos judiciais aquele juízo que seja competente por determinação legal. Noutros termos, a competência é a possibilidade concreta do exercício do poder de julgar. Por isso, a competência é uma espécie de legitimação, a ponto de se entender que os dois termos se equivalem” CUNHA, ob. cit., p.36.

²⁷ Ibid., p. 111.

órgão de cúpula da Justiça Estadual, previsto na Constituição Federal (art. 125, §1º), Tribunal do Júri, Juízes de Direito, Juizados e a Turma Recursal.

A Lei de organização judiciária e o regimento interno dos tribunais acabam por especializar a definição da competência entre os órgãos de 1º e 2º graus, agrupando, geralmente, em varas criminais, cíveis, família e da Fazenda Pública. Não se ignora ainda a existência de varas de competência agrária, ambiental, consumidor, empresarial, entorpecentes, idoso, infância e juventude, registros públicos, entre outras.

Segundo os dados do Conselho Nacional de Justiça²⁸, o Brasil possuiria, atualmente, no âmbito da Justiça Comum Estadual, em torno de 3.800 varas de competência exclusiva cível.

Contudo, um olhar mais acurado para identificar quais varas estão sendo contabilizadas como de competência exclusiva se depara com a indicação de varas de juízo único, especialmente aquelas localizadas em comarcas do interior, o que, naturalmente, diverge do conceito de competência exclusiva, posto que, essas varas reúnem todas as competências existentes para a comarca. Há, inclusive, essa advertência no manual da pesquisa, também disponibilizado pelo Conselho Nacional de Justiça.

A rigor, a nossa literatura a esse respeito, isso é, que busque apresentar à sociedade os dados empíricos que nos permitam individualizar, customizar e até comparar o objeto de pesquisa, é deveras deficiente. Estudar e se aprofundar sobre as motivações e objetivos que levam o Poder Judiciário, em sua lei orgânica, a definir os critérios de distribuição de competência exclusiva, resulta na percepção de um cenário ainda mais nebuloso.²⁹

A título de argumentação, busca-se evidenciar a insuficiência de critérios lógicos da atuação legislativa e o descompasso com a realidade experimentada na prática judiciária com o exemplo das varas de competência exclusiva para resolução das questões agrárias.

²⁸ CNJ, 2019. Painel Módulo de produtividade na aba mapa, disponível em: https://paineis.cnj.jus.br/QvAJAXZfc/opensoc.htm?document=qvw_l%2FPainelCNJ.qvw&host=QVS%40neodimio03&anonymous=true&sheet=shPDPrincipal. Acessado em 02.12.2019.

²⁹ Sobre esse tema adverte o Professor Ivo Gico Jr. “os juristas ainda não possuem qualquer instrumental analítico robusto para descrever a realidade sobre a qual exercem juízo de valor ou para prever as prováveis consequências de decisões jurídico-políticas que são seu objeto de análise tradicional.” GICO JR., Ivo. *Introdução ao Direito e Economia in Direito e Economia no Brasil*. Organizado por Luciano Benetti Timm. São Paulo, Editora Atlas Ltda. 2ª edição. 2018, p. 2.

É que a Emenda Constitucional nº 45 de 2004³⁰, conhecida como “Reforma do Judiciário”, estabeleceu uma nova redação ao artigo 126 da Constituição Federal,³¹ que passou a dispor que os Tribunais de Justiça deverão propor a criação de varas especializadas, com competência exclusiva para as questões agrárias para fins de dirimir os conflitos dessa natureza.

Logo, considerando o grau de rigidez da Constituição Federal brasileira (exigindo um procedimento de alteração mais rigoroso), seria de se supor que a partir de 2004 haveria um aumento significativo de serventias com competência exclusiva agrária, afinal, passou a ser, a partir de então, normatividade com assento constitucional.

Contudo, causa espécie identificar que, em pleno ano de 2019 (após quinze anos da alteração constitucional), o Brasil possui apenas 08 (oito) unidades Judiciárias ativas com competência exclusiva para dirimir conflitos agrários no Brasil, segundo os dados do Conselho Nacional de Justiça.³² Ora, ou bem se equivocou o Poder Legislativo ao eleger tal critério constitucional para a criação de uma competência exclusiva, ou bem está inerte o Poder Judiciário ao seu dever de organização judiciária com obediência dos critérios constitucionais.

Retornando ao recorte epistemológico desse ensaio, é possível auferir a mesma reflexão no que se refere aos conflitos que envolvam a recuperação judicial e falência. Isso porque, mesmo sendo essa legislação de 2005, bem como sendo verificado o aumento substancial de ajuizamento de ações dessa natureza, conforme demonstrado em números acima, atualmente o Poder Judiciário ostenta uma única vara de competência exclusiva de falência e recuperação judicial (a saber, a 3ª Vara de Falência e Recuperação Judicial de São Paulo/SP).³³

³⁰ Importante destacar que o texto da exposição de motivos desta emenda constitucional em nada se refere a criação de varas de competência exclusiva para conflitos agrários, isto é, não apresenta dados ou elementos concretos do cenário da época e de perspectivas para o futuro, tampouco deixa claro o porquê da importância de um foro com competência exclusiva para dirimir estes conflitos. Confira a redação do texto da exposição de motivos disponível em: <https://www2.camara.leg.br/legin/fed/emecon/2004/emendaconstitucional-45-8-dezembro-2004-535274-exposicaodemotivos-149264-pl.html> . Acessado em 02.12.2019.

³¹ Importante aqui lembrar das lições de Konrad Hesse: “a norma constitucional mostra-se eficaz, adquire poder e prestígio se for determinada pelo princípio da necessidade. Em outras palavras, a força vital e a eficácia da Constituição assentam-se na sua vinculação às forças espontâneas e as tendências dominantes, do seu tempo, o que possibilita o seu desenvolvimento e a sua ordenação objetiva” e “A frequência das reformas constitucionais abala a confiança na sua inquebrantabilidade, debilitando a sua força normativa. A estabilidade constitui condição fundamental de eficácia da Constituição” HESSE, Konrad. *A força normativa da Constituição*. Traduzida por Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre, Fabris Editor, 1991, p. 18 e 22.

³² CNJ, 2019. Painel Módulo de produtividade na aba mapa, disponível em: https://paineis.cnj.jus.br/QvAJAXZfc/opensoc.htm?document=qvw_l%2FPainelCNJ.qvw&host=QVS%40neodimio03&anonymous=true&sheet=shPDPrincipal . Acessado em 01.12.2019.

³³ Observe que está se tratando de vara com competência exclusiva, o que exclui a existência de varas de competência concorrente de falência e recuperação judicial acrescida de outras competências como arbitragem, empresarial, cível, entre outras. A fonte da informação é o próprio Conselho Nacional de Justiça, 2019. Painel Módulo de produtividade na aba mapa, disponível em: https://paineis.cnj.jus.br/QvAJAXZfc/opensoc.htm?document=qvw_l%2FPainelCNJ.qvw&host=QVS%40neodimio03&anonymous=true&sheet=shPDPrincipal . Acessado em 01.12.2019.

Isso, por si só, já autorizaria levantar uma hipótese inicial de estudo sobre a necessidade de propor uma mudança de organização judiciária estadual a ponto de privilegiar a criação das varas de competência exclusiva para as demandas de recuperação judicial e, consequentemente, a eventual falência.

Contudo, podemos fazer mais e melhor no que tange à argumentação empírica para embasar eventual criação de novas varas de competência exclusiva pelos Poderes Judiciários estaduais, ao menos para justificar o início de um projeto piloto.

No ano completo de 2018, foram 2.099 (dois mil e noventa e nove) casos novos ajuizados que escolheram o assunto “recuperação judicial”, sendo 777 (setecentos e setenta e sete) no primeiro grau do Rio de Janeiro e 482 (quatrocentos e oitenta e dois) na comarca de São Paulo.³⁴

É sabido que o início de uma única recuperação judicial dá ensejo a centenas e até milhares de incidentes, tais como as impugnações as habilitações de crédito, que são autuadas em separado (art. 8, parágrafo único, da Lei 11.101/2005) importando em aumento significativo de trabalho à serventia da vara que possuir a competência para processar a recuperação judicial.

Logo, também por esse critério, qual seja, do aumento significativo das demandas, justificaria a criação de uma vara de competência exclusiva.

Há mais motivos empíricos para justificar a criação de varas de competência exclusiva.

O Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, atento ao aumento substancial das demandas de recuperação judicial, já possui a 1ª e 2ª varas especializadas de recuperação judicial e falência na capital, ainda que tais varas acumulem também a competência para dirimir os conflitos que envolvam demandas que tenham por objeto a arbitragem.³⁵

Recentemente, em dezembro de 2017, o TJ/SP instalou a 3ª Vara de Falências e Recuperações Judiciais na cidade de São Paulo. Todavia, o acervo destinado a essa vara exclusiva se restringiu aos processos de falência e concordata (lei antiga) que ainda tramitavam entre a 1ª e 45ª varas cíveis centrais da comarca da capital paulista, conforme dispõe a resolução 766/2017,³⁶ ficando vedada a distribuição de novas ações a essa vara por 02 (dois) anos.

³⁴ CNJ, 2019. Justiça em números. Painel demandas por classe e assunto com o filtro “recuperação judicial” disponível em: https://paineis.cnj.jus.br/QvAJAXZfc/opensoc.htm?document=qvw_l%2FPainelCNJ.qvw&host=QVS%40neodi mio03&anonymous=true&sheet=shResumoDespFT. Acessado em 01.12.2019.

³⁵ Veja a competência especializada disponibilizada na página do Tribunal de Justiça de São Paulo em: <http://www.tjsp.jus.br/Especialidade/Especialidade/FalenciasRecuperacoesJudiciaisConflitos>. Acesso em 01.12.2019.

³⁶ Resolução 766/2017 do TJ/SP: Art. 1º da A composição do acervo processual da 3ª Vara de Falências e Recuperações Judiciais da Comarca de São Paulo dar-se-á a partir dos processos de falências, concordatas e recuperações judiciais, seus incidentes e ações conexas que tramitam nas 1ª a 45ª Varas Cíveis Centrais da Comarca da Capital, que lhe serão redistribuídos. Art. 2º - Ressalvadas as ações conexas e incidentes relacionados às

Com essa constatação, temos que um dos maiores, se não o maior Tribunal de Justiça do país, entendeu por bem, recentemente, criar uma vara exclusiva para dirimir os conflitos de falência e concordata (da lei antiga, destaque-se, a lei nova é de 2005) que ainda permanecem em curso, atravancando o dia a dia das varas cíveis que conviviam com esses feitos intermináveis.

Tal fato nos faz refletir sobre a possibilidade da criação de varas com competência exclusivas para evitar que no futuro se criem varas exclusivas apenas para dirimir conflitos da “nova” lei de recuperação judicial.

O exemplo do Tribunal de Justiça de São Paulo é utilizado aqui como um alerta a reforçar a necessidade da criação de varas de competência exclusiva para processar e julgar as ações de recuperação judicial, considerando as especialíssimas peculiaridades desse processo multifacetado, pois, assim, os responsáveis pela organização judiciária estadual estarão contribuindo para a busca da efetividade dessa tutela diferenciada, especialmente em razão da necessidade da tramitação célere para resultados efetivos, conforme relatório do Banco Mundial.

Como visto, a distribuição da competência exclusiva no Brasil, no que tange à competência residual destinada aos estados-membros, através da sua autonomia de organização judiciária, revela-se incipiente, sendo rarefeita a análise dos números empíricos evidenciados na realidade prática para fins de dirimir quais conflitos estariam a necessitar de uma competência exclusiva, a bem do próprio jurisdicionado e da administração do Poder Judiciário.

Assim, o que se percebe é que a especialização através da competência exclusiva se dá por critérios de conveniência da organização judiciária local, como ocorre, por exemplo, com as varas de Fazenda Pública, que denotam um evidente interesse exclusivista em tratar das demandas envolvendo o Estado como parte, o que não ocorre, por exemplo, com as demandas multipolares e de impactos relevantes em diversos setores da sociedade, como vem a ser a recuperação judicial.

Nesse contexto, partindo-se das premissas fixadas de que a atual concepção sobre a instrumentalidade do processo visa assegurar que o Estado tenha meios de garantir que a efetividade da tutela jurisdicional corresponda às necessidades do plano material e que, de outro

falências e concordatas que tramitam na 3ª Vara de Falências e Recuperações Judiciais da Comarca de São Paulo, a distribuição lhe estará suspensa pelo prazo de 2 (dois) anos, passível de redução ou prorrogação, por meio de provimento da Corregedoria Geral da Justiça, conforme resultado aferido em monitoramento que deve ser realizado. Art. 3º - Esta Resolução entrará em vigor na data da instalação da 3ª Vara de Falências e Recuperações Judiciais da Comarca de São Paulo, revogadas as disposições em contrário.

lado, o processo de recuperação judicial, dada a sua complexidade, amolda-se ao conceito de processo estrutural, com multipartes, elevado impacto na realidade substancial de diversos agentes (empregados, empresas, economia local e etc.), impõe-se o aprimoramento dos mecanismos judiciais para conseguir o efetivo acesso a uma ordem jurídica justa.

Ademais, o artigo 3º, da Lei 11.101/2005 estabelece que a competência para deferir o processamento da recuperação judicial é do juízo do local do principal estabelecimento do devedor ou da filial de empresa que tenha sede fora do Brasil. Assim, uma sociedade empresária cujo principal estabelecimento esteja localizado no interior de São Paulo deve direcionar o seu pedido de recuperação judicial a uma da(s) vara(s) judiciais de tal comarca.

Desse modo, por máximas de experiências, a vara que recebe a ação de recuperação judicial também é a competente para julgar demandas das mais variadas natureza, como familiar, consumerista, contratual. O mesmo Juízo que cuida de todas as lides generalizadas de determinada comarca terá que conduzir um procedimento especialíssimo, complexo e que, provavelmente, terá um impacto significativo em uma grande quantidade de pessoas e partes.

A interiorização da economia brasileira é um fato cada vez mais de domínio comum que tem levado a grandes empresas, por motivos de ordem fiscal, administrativa ou de insumos a se instalarem em regiões de comarcas jurisdicionais pequenas.

Sucedendo que a recuperação judicial é um procedimento multidisciplinar complexo que está a exigir do Poder Judiciário um elevado grau de conhecimento em matérias que historicamente não eram objeto de sua apreciação.

Nessa linha de raciocínio, tem-se o projeto de lei 10.220/2018 que propõe todos os processos de recuperação judicial e falência tramitem por Juízos especializados, o que seria viável com a criação de varas especializadas de competência regional.

O referido projeto de lei busca acrescentar o §1º, ao art. 3º, da Lei de Recuperação Judicial e Falência, para dispor que, quando a soma de passivos for superior a 300 (trezentos) mil salários mínimos na data do ajuizamento da recuperação judicial, será competente o Juízo da capital do Estado ou do Distrito Federal onde se localizar o principal estabelecimento da empresa.

A proposta de modificação da lei acrescenta, ainda, o §3º, para dizer que a regra constante do §1º produzirá efeitos enquanto não houver, no Estado ou no Distrito Federal, varas especializadas com competência regional. Essa é uma saída para a inércia dos Tribunais de Justiça dos Estados e do Distrito Federal, uma vez que, repita-se, trata-se de matéria relacionada à organização judiciária.

A busca pela competência exclusiva conduz à adoção paralela de outros meios que levarão a uma formação específica dos profissionais do Poder Judiciário que atuem em matéria de insolvência, o que se mostrará importante para a técnica de resolução dessas demandas especiais, a fim de evitar o tempo de desgaste natural às empresas em Recuperação Judicial.

Destarte, com a conscientização da necessidade de criação de varas de competência exclusiva para a recuperação judicial e falência, estaríamos mais próximos de promover a efetividade que legitimamente se espera da legislação de 2005, que veio como última tentativa de recuperar a empresa em crise, podendo a partir desse cenário criar metas objetivas, comparar desempenhos, estabelecer normas de conduta de excelência para fins de se alcançar uma tramitação mais célere das referidas demandas, além de permitir um aprofundamento do conhecimento que permita buscar no caso concreto soluções criativas compatíveis com os problemas apresentados no plano substancial das relações jurídicas envolvidas nesse complexo problema, aprimorando-se, assim, a tutela jurisdicional e o acesso à ordem jurídica justa.

4. A importância do tema para o desenvolvimento da economia brasileira.

Mariano Grondona³⁷ nos ensina que o:

desenvolvimento econômico é importante demais para ficar inteiramente por conta dos valores econômicos. Os valores aceitos ou negligenciados por um país estão dentro do campo cultural. Podemos, portanto, dizer que o desenvolvimento econômico é um processo cultural. (Grondona, 2002, p. 91)

Através dessa reflexão, é até natural questionarmos o porquê de o desenvolvimento econômico ter se dado em países europeus de forma mais exitosa do que as experiências verificadas nas demais regiões e, em especial, no Brasil.

David M. Trubek,³⁸ ao analisar o pensamento de Max Weber sobre o papel social do Direito, admite que, no direito europeu, o ordenamento jurídico que regula a vida econômica da sociedade é de fácil compreensão, eliminando-se assim qualquer tipo de incerteza sobre a sua aplicabilidade, emergindo aos agentes envolvidos uma maior capacidade de calculabilidade das suas ações.

Durante muito tempo, no Brasil, o único mecanismo para solucionar a crise de uma empresa era aguardar a sua quebra. No entanto, após a primeira guerra mundial, verificou-se que era preciso salvar algumas instituições financeiras e, posteriormente, salvar empresas de

³⁷GRONDONA, Mariano. Uma tipologia Cultural do Desenvolvimento Econômico *in* A cultura importa. Tradução Berilo Vargas. Editora Record, Rio de Janeiro, 2002. Pág. 91.

³⁸TRUBECK, David M. O novo direito e desenvolvimento: Presente, passado e futuro. Organizador José Rodrigo Rodriguez. Traduções: Pedro Maia Soares, José Rafael Zullo e José Rodrigo Rodrigues. Editora Saraiva. Série Direito em Debate Direito Desenvolvimento Justiça.

grande porte, ainda que, para isso, fosse necessário criar certos privilégios para tais empresas, partindo da premissa de que elas são de suma importância para a manutenção de empregos e para a movimentação da economia, por mais que se tenha que socializar tais perdas.³⁹

Em quatorze anos da Lei 11.101/2005, a doutrina⁴⁰ e a jurisprudência têm destacado de modo vigoroso a dogmática do princípio da preservação da empresa, aplicando-o tanto à recuperação judicial, quanto à falência.

O processo de recuperação judicial requer a tutela do mercado e de todos os outros centros de interesse que giram em torno da atividade econômico-produtiva da empresa,⁴¹ sendo um mecanismo não só voltado para a empresa, mas também para os credores e a sociedade em geral.

Com efeito, a *mens legis* do instituto da recuperação judicial é o de proporcionar a salvaguarda das empresas economicamente viáveis enquanto fonte produtora de riquezas e empregos.

Em contrapartida, durante tal período, o empresário ficará alijado da administração individual de sua empresa e os credores receberão seu crédito de forma diversa ao previamente acordado, o que corresponde a uma ponderação de valores e propósitos em prol de algo maior.

Nesse sentido é a literalidade do artigo 47 da lei nº 11.101/2005,⁴² que estabelece o princípio norteador do processo de recuperação judicial.

³⁹ LOBO, Jorge. Direito da crise econômica da empresa. *Revista EMERJ*, v. 1, n.3, 1998. P. 164.

⁴⁰ “o direito concursal pátrio deu largo salto e colocou-se dentro os mais modernos do mundo, respeitadas suas particularidades sociais, econômicas e políticas. Não se queira com isso chegar a conclusão de que a legislação vigente (lei 11.101/2005) não comporte ajustes ou aprimoramento, mas, sem dúvida, é possível afirmar que o atual sistema concursal mostra-se apto a: (i) fornecer mecanismos e instrumentos eficientes de superação da crise-econômica financeira do empresário viável; (ii) retirar do mercado, celeremente, a empresa inviável, proporcionando a realocação do negócio no mercado, no todo ou em parte, sob nova gestão; e, ao mesmo tempo, (iii) criar condições de equilíbrio entre os interesses dos credores e a finalidade da preservação da empresa, expressa nos arts. 47 e 75 da Lei.” TOLEDO, Paulo Fernando Campos Salles de. PUGLIESI, Adriana V. *A preservação da empresa e seu saneamento in Tratado de Direito Empresarial*. Recuperação empresarial e falência. Vol. V. Coordenador Modesto Carvalhosa. São Paulo. Revista dos Tribunais, 2018, p. 88.

⁴¹ ROMA, Bruno Marques Bensal. *Par conditio creditorum, cram down e o princípio da preservação da empresa: a recuperação judicial às avessas no direito brasileiro*. *Revista de Direito Empresarial*. Vol. 11, Ano 3. p. 381-403. São Paulo: Ed. RT, set-out. 2015. Haja vista o direito concursal alemão, no qual o processo de recuperação judicial pode ser iniciado não a pedido da empresa devedora (por meio de requisição de um membro do órgão de representação da sociedade anônima) ou de um credor. Para que eventual credor possa requerer o processamento da recuperação judicial, ele deve ter elementos de convicção suficientes de que ele possui um crédito em face do devedor e que este se encontra insolvente ou, eventualmente, sobrecarregado de dívidas. Seria interessante que tal regra fosse trazida para o ordenamento jurídico brasileiro, na medida em que os credores poderiam elaborar em conjunto um plano de soerguimento de caráter preventivo.

⁴² “A recuperação judicial tem por objetivo viabilizar a superação da situação de crise econômico-financeira do devedor, a fim de permitir a manutenção da fonte produtora, do emprego dos trabalhadores e dos interesses dos credores, promovendo, assim, a preservação da empresa, sua função social e o estímulo à atividade econômica.”

Como preleciona Frederico Viana Rodrigues⁴³:

Apesar de os três sistemas – econômico, judicial e social – relacionarem-se intimamente no momento decisório, a lei 11.101/2005, de concepção nitidamente neoliberal, privilegiou o critério econômico para orientar a recuperabilidade da empresa. (RODRIGUES, 2005, p. 103)

Dessa forma, somente aos devedores com reais possibilidades de soerguimento será facultado o regime da recuperação judicial.

A análise dessas possibilidades dá-se de forma objetiva, tanto no momento em que o plano de recuperação é apresentado aos credores, quanto no instante em que o Juízo responsável pelo feito o aprecia e decide acerca de sua homologação.

O cuidado primordial a ser tomado é a que custo deve ser preservada a empresa. O Estado-Juiz não é autorizado a se render, por mais apelativo que lhe seja posto o pedido, a qualquer plano de recuperação judicial que não tenha viabilidade real, já que isso importará em prejuízos a todos envolvidos, com um tempo de desgaste equivocado do processo de recuperação judicial e aumento da dívida.

Como já mencionado, atualmente existe apenas uma vara de competência exclusiva para a recuperação judicial (ainda que ela ainda não esteja recebendo feitos próprios da lei 11.101/2005 ainda, o que só vai ocorrer a partir de 2020). São poucas também as varas especializadas na matéria no nosso país, o que acarreta uma não formação de uma equipe e estrutura especializada para a atuação do Estado-Juiz com a singularidade que os feitos de recuperação judicial está a exigir.

O que se vê é que a lei de organização judiciária ao não privilegiar esse importante tema para o desenvolvimento da economia brasileira, acaba por acarretar desvios de natureza material e procedimentais, considerando o não isolamento do objeto e com isso a não especialização da equipe estatal, prejudicando o alcance do escopo da ação de recuperação judicial, ocasionando aumento dos custos de transação que poderiam ser evitados, especialmente no momento sensível de crise da atividade econômica da Recuperanda.

Valendo-nos ainda da ferramenta do *Doing Business*, o Brasil figura na 80ª (octogésima) posição no ranque de resolução de insolvência⁴⁴ sendo este um dos 11 (onze) critérios apurados por esse relatório do Banco Mundial para medir aspectos do ambiente

⁴³ RODRIGUES, Frederico Viana. Reflexões sobre a viabilidade econômica da empresa no novo regime concursal brasileiro. *Revista de direito mercantil, industrial, econômico e financeiro*, São Paulo, n. 138, Malheiros, 2005. p. 103.

⁴⁴ Banco Mundial – *Doing Business Studies*, Resolving Insolvency (2018). Disponível em <http://www.doingbusiness.org/en/data/exploretopics/resolving-insolvency>. Acesso em 06.10.2019.

empresarial de 190 (cento e noventa) países, estando o nosso país atrás dos latinos Colômbia, Paraguai e Uruguai e de caribenhos como Bahamas, Barbados e Trinidad e Tobago.

O relatório do Banco Mundial, que coloca o Brasil em posição de inferioridade em relação às nações acima indicadas, está a revelar a importância do tema para o nosso desenvolvimento econômico, posto que tal ferramenta serve de horizonte aos investidores sobre o ambiente interno do país.

Noutro giro, a estabilidade das decisões judiciais também serve de elemento contributivo para o desenvolvimento econômico.⁴⁵

A guisa de exemplo, podemos citar o REsp 1.333.349/SP, que, submetido ao rito do antigo art. 543-C do CPC/1973, firmou entendimento de que a recuperação judicial não impede o prosseguimento das execuções contra terceiros devedores solidários ou coobrigados em geral, por garantia cambial, real ou fidejussória, pois não se aplicaria a tais casos a novação própria do plano de recuperação judicial por força do que dispõe o art. 49 §1º da Lei 11.101/2005.⁴⁶

Com isso, quer-se dizer que quanto mais sedimentado for (como é o caso do recurso repetitivo) o entendimento que repita que as garantias cambiais, reais ou fidejussórias não se sujeitam a novação própria da aprovação do plano de recuperação judicial, maior confiança terá o investidor de entabular negócios com garantias.

Daí decorre a redução dos custos de operação de negócios dessa natureza, considerando a capacidade do investidor calcular que o Poder Judiciário permitirá o prosseguimento da sua execução em desfavor do garantidor, ainda que haja pedido de recuperação judicial do devedor principal.

Em outras palavras, o credor com garantias não seria surpreendido com a situação de insolvência do devedor poder ser alterada por uma decisão judicial de qualquer canto desse país proferida por um Juízo não afeito à matéria falimentar, por exemplo.

É preciso internalizar a consciência que não basta a iniciativa legislativa para dirimir os conflitos desta natureza. Tão importante quanto modificar a lei com a criação de competências exclusivas, é também reconhecer a singularidade do tema e a necessidade de

⁴⁵“A inexistência de uma prognose sobre o conteúdo das respostas jurisdicionais impede que os membros da comunidade tenham uma percepção clara sobre a conduta que devem adotar, chegando mesmo a fazer com que deixem de praticar determinados atos ou de celebrar certos negócios, ante o risco a que podem se submeter em decorrência da instabilidade.” BASTOS, Antonio Adonias A. A estabilidade das decisões judiciais como elemento contributivo para o acesso à Justiça e para o desenvolvimento econômico. Revista de Processo 227, ano 2014, p. 295

⁴⁶ Vide também a súmula 581 do STJ: “A recuperação judicial do devedor principal não impede o prosseguimento das ações e execuções ajuizadas contra terceiros devedores solidários ou coobrigados em geral, por garantia cambial, real ou fidejussória.”. Contudo, também não se ignora o julgado do REsp 1.700.487/MT que dando vazão a nossa vocação para a insegurança jurídica admitiu a supressão de garantias real e fidejussórias expressamente previstas no plano de recuperação judicial, independente de aquiescência ou não dos credores dessas garantias.

aprimoramento dos profissionais que devem trabalhar nas varas exclusivas, ainda que sejam com competência regional.

Daí a importância de se atrair a preocupação do Poder Judiciário para encontrar meios de solução que, para além da organização judiciária, permitam efetivar o verdadeiro escopo dessa importante lei que visa recuperar empresas para salvaguardar vidas humanas.

Além disso, o não isolamento da ação de recuperação judicial em ambiente especializado leva a uma falta de credibilidade no trabalho realizado, pois não se permite investigar, entender e diagnosticar se os procedimentos adotados representam maior racionalidade se comparados com outros métodos, tudo como objetivo de entregar maior celeridade e previsibilidade no soerguimento da empresa.⁴⁷

Se de um lado a exclusividade da matéria leva a equipe do Poder Judiciário a se especializar, de outro lado, nos casos de varas de competência concorrente a serventia do Juízo (Magistrado e Servidores) precisa se debruçar em lides de diversas matérias, que acabam por impedir a atuação do Estado-Juiz com o grau de conhecimento que se espera a nível de excelência, já que são limitadas às nossas possibilidades materiais e de tempo.

A criação de um projeto piloto de varas com competência exclusiva para conhecer e julgar as nuances de uma Recuperação Judicial, ou mesmo a sugestão da alteração do Projeto de Lei para a criação de varas especializadas regionais, permitirá que os estudos analisem a quantidade e qualidade das decisões de forma mais satisfatória, para fins de apurar, por consequência, em que proporção a celeridade da tramitação dos feitos repercutem positivamente para o sucesso da recuperação judicial na realidade concreta.

Tudo isso, permite concluir pela maior chance de representar uma melhoria na entrega da prestação jurisdicional diferenciada e adequada aos ditames da recuperação judicial, ou seja, em menor tempo de tramitação, com menos custos de transação a sociedade e com maior e efetiva pacificação social.

A condução dessas demandas pelo Estado-Juiz de forma especializada e exclusiva transmite maior confiança e credibilidade, não só aos jurisdicionados, como também ao próprio mercado que, em encontrando no Brasil um terreno seguro, atrairá mais e melhores investidores

⁴⁷ “A autonomia do direito implica uma estrutura jurídica diferenciada. Habilidades, papéis e tipos de pensamento característicos são necessários para que uma sociedade elabore e conserve regras universais. Deve haver uma profissão especializada para fomentar e manter tais qualidades. Como tipos característicos de pensamento são elementos essenciais para a estrutura social do direito moderno, deve haver um treinamento altamente especializado. Esse modelo pode ser chamado de ‘legalismo’, para sugerir uma sociedade dominada por um sistema de regras autônomo. Nesse modelo, as regras são obedecidas porque se acredita que sejam utilizadas de maneira racional”. TRUBEK, David M. *O novo direito e desenvolvimento: presente, passado e futuro*. Saraiva, p. 27.

a ponto de colaborar com o desenvolvimento econômico da nossa sociedade, revertendo isso em benefícios a toda a coletividade.

A exclusividade de competência jurisdicional dessa matéria poderá ensejar a tão perseguida, em tempos modernos, segurança jurídica, na medida em que se privilegiaria a regra de hermenêutica jurídica segundo as quais: *Ubi eadem ratio ibi idem jus* (onde houver o mesmo fundamento haverá o mesmo direito) e *Ubi eadem legis ratio ibi eadem dispositio* (onde há a mesma razão de ser, deve prevalecer a mesma razão de decidir). A incoerência das decisões só leva ao descrédito do próprio Estado-Juiz e da comunidade jurídica.⁴⁸

A segurança jurídica e a previsibilidade das decisões judiciais são fatores essenciais para que o Brasil venha a se tornar um país atrativo comercialmente em âmbito nacional e internacional, na medida em que a iniciativa privada, na tomada de decisão, espera um grau de calculabilidade dos Poderes estatais.

Além disso, a exclusividade de competência poderá levar a uma maior transparência na escolha do Administrador Judicial, permitindo a avaliação de sua eficiência em casos passados e análogos, poderá levar a arrecadação de tributos e a fiscalização sobre todos os agentes envolvidos no processo de insolvência.

Por conseguinte, poderá colaborar com a diminuição dos honorários advocatícios e também com as despesas ordinárias que uma empresa possui para se manter funcionando *sub judice*, diminuindo-se assim o custo de operação (*trade off*).

A importância da empresa é tão relevante no âmbito social que o Estado deve buscar sempre sua manutenção como fonte produtiva no mercado e, isto está intimamente vinculado a criação de mecanismos judiciais, como as varas de competência exclusiva ou varas especializadas regionais, que permitam atingir o real objetivo dessa importante legislação.

O Poder Judiciário precisa entender que é sua responsabilidade, em casos tais, alcançar o ritmo e a velocidade das decisões comerciais, evitando a morosidade comum a outros tipos de demandas, consciente de que o soerguimento de empresas significa reflexos positivos em uma considerável quantidade de vidas humanas.

5. Considerações finais

⁴⁸ LIMA, Tiago Asfor Rocha. Novas reflexões sobre o Projeto de Código Comercial. Tribunais e Varas Empresariais no Projeto de Novo Código Comercial e a Experiência Estadunidense. Saraiva, 2015, p. 653.

Conclui-se, inicialmente, que estamos vivenciando um aumento significativo do ajuizamento de recuperações judiciais, o que está a exigir uma resposta racional e rápida do Poder Judiciário.

De outro lado, revelou-se a natureza diferenciada da tutela jurisdicional que é invocada com a ação de recuperação judicial, mostrando-se imperioso conscientizar, cada vez mais, que o escopo do processo judicial é servir de instrumento a aplicação efetiva de direito material, cabendo ao Estado prover os meios necessários para permitir o alcance do resultado pretendido pela legislação em estudo.

Em segundo lugar, pode-se afirmar que ainda se mostra incipiente a literatura sobre os critérios para a definição das competências exclusivas nas organizações judiciárias dos Estados membros.

No ambiente da recuperação judicial, demonstrou-se através dos dados do CNJ que no Brasil há apenas uma varas de competência exclusiva que ainda não está recebendo demandas de recuperação judicial.

A fim de eleger critérios racionais para concluir sobre a necessidade de um projeto piloto de criação de competência exclusiva, argumentou-se pelo ineditismo de tal medida, bem como pela quantidade de incidentes que são originados pela ação de recuperação judicial, abordando-se ainda o exemplo do caso do Tribunal de Justiça de São Paulo.

Para além disso, as peculiaridades do processamento de uma recuperação judicial, com a sua interdisciplinaridade e os seus impactos multifacetados, aliado a velocidade do tempo comercial que impacta significativamente no êxito da recuperação judicial, conforme os dados empíricos do *Doing Business*, autorizam ao Estado-Juiz a se preocupar em isolar, de forma exclusiva, o objeto da Lei 11.101/2005, para fins de capacitar a equipe estatal e entregar melhor estrutura, tudo com o objetivo de efetivamente alcançar o escopo dessa legislação.

A importância do tema para o desenvolvimento da economia brasileira restou evidenciada na medida em que a própria dinâmica das relações negociais do século XXI clama por uma tutela jurisdicional especializada e diferenciada, sobretudo sob o enfoque da celeridade.

A coerência e uniformidade das decisões judiciais passa segurança ao mercado eis que contribui para a segurança jurídica, reduzindo, assim, o custo dos negócios e fomentando novos investimentos.⁴⁹

⁴⁹ DANTAS, Bruno. *Dever dos Tribunais de uniformizar e concretizar a estabilidade, integridade e coerência de sua jurisprudência*. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2015. p. 61.

As varas de competência exclusiva a serem criadas pelas leis de organização judiciária para a tramitação das recuperações judiciais e falências, para além da segurança jurídica decorrente da previsibilidade das decisões, tão importantes para as relações negociais, tendem a proporcionar menor tempo de desgaste a empresa em recuperação judicial e maior qualidade técnica aos temas de economia que envolvem as decisões judiciais desse tipo de expediente, na medida em que o Estado Juiz invocado precisará de ferramentas e conhecimento especializado.

Inclusive, importante destacar, que em 09 de outubro de 2019 o CNJ aprovou⁵⁰ a criação de varas especializadas nos Tribunais de Justiça para cuidar das questões de recuperação judicial.

Isolar o objeto da Lei de Falências e de Recuperação de Empresas permitirá que a ciência jurídica tenha condições de avaliar empiricamente os resultados, a evolução e impacto positivo ou não da criação de varas de competência exclusiva.

O debate ainda está longe de se encerrar e o objetivo desse ensaio é instigar o interlocutor a refletir sobre os pontos positivos de uma futura competência exclusiva na organização judiciária dos Tribunais de Justiça em relação ao processo de recuperação judicial e falência, a fim de que a prestação jurisdicional não cumpra somente sua função apaziguar conflitos sociais, mas também a de fornecer padrões de orientação seguros aos agentes econômicos.

Portanto, atingir o escopo efetivo da Lei de Falências e Recuperação de Empresas depende não só de soluções legislativas como também da interação de todos os envolvidos: credores, devedores, administrador judicial, serventuários e magistrado, contribuindo de forma conjunta para que a lei seja na realidade da prática judiciária um instrumento eficaz na recuperação das empresas (atividades), preservando, assim, a sua função social.

6. Referências

ABRÃO, Carlos Henrique; TOLEDO, Paulo F. C. Salles de. Comentários à Lei de Recuperação de Empresas e Falência. São Paulo: Saraiva, 2005.

ALVES, Francisco Glauber Pessoa. Fundamentação judicial exauriente, argumentação jurídica exauriente e concisão: um diálogo necessário. Revista de Processo nº 274, ano 42, Revista dos Tribunais, 2017.

⁵⁰ O CNJ, em sessão do pleno, aprovou essas recomendações com o objetivo de modernizar a atuação do Poder Judiciário nos processos de recuperação judicial e falência. Disponível em <https://www.cnj.jus.br/recuperacao-de-empresas-recomendacoes-buscam-agilizar-processos/> acessado em 09.10.2019

BARROSO, Luís Roberto. A constitucionalização do direito e suas repercussões no âmbito administrativo. Direito Administrativo e seus paradigmas. Coordenadores Alexandre Santos de Aragão e Floriano de Azevedo Marques Neto. Belo Horizonte. Editora Fórum. 2012.

BASTOS, Antonio Adonias A. A estabilidade das decisões judiciais como elemento contributivo para o acesso à Justiça e para o desenvolvimento econômico. Revista de Processo 227, ano 2014.

BEDAQUE, José Roberto dos Santos. Direito e Processo. São Paulo, Malheiros Editores, 6ª edição, 2011.

BEZERRA FILHO, Manoel Justino. Lei de Recuperação de empresas e falência. Lei 11.101/2005 comentada artigo por artigo. São Paulo. Editora Revista dos Tribunais. 12ª edição. 2017.

COELHO, Fábio Ulhôa. Curso de direito comercial, volume 3. 7.ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

COSTA, Daniel Carnio. Varas Regionais de Insolvência. Jornal Valor Econômico, Opinião Jurídica, notícia do dia 13 de julho de 2018.

_____. As varas especializadas de competência regional no projeto de nova lei de recuperação judicial e falências (PL 10.220/2018), Migalhas, 3 de julho de 2018.

CUNHA, Leonardo Carneiro da. Jurisdição e competência, 2ª edição. São Paulo: RT, 2013, n.3-1.

DANTAS, Bruno. Dever dos Tribunais de uniformizar e concretizar a estabilidade, integridade e coerência de sua jurisprudência. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2015.

DIDIER JR. Fredie. Curso de Direito Processual Civil. Volume 1. Introdução ao Direito Processual Civil, Parte Geral e Processo de Conhecimento. Salvador. Editora JusPodivm, 18ª edição, 2016.

DIDIER JR., Fredie; ZANETTI JR., Hermes; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. Notas sobre as decisões estruturantes. Processos Estruturais. Organizadores Sérgio Cruz Arenhart e Marco Félix Jobim. Salvador. Editora JusPodivm, 2017.

DINAMARCO, Cândido Rangel. A Instrumentalidade do processo. São Paulo, Malheiros Editores; 13ª edição, 2008.

DWORKIN, Ronald. Is democracy possible here? Principles for a new political debate. Princeton: Princeton University Press, 2006.

FAZZIO JÚNIOR, Waldo. Lei de falência e recuperação de empresas. São Paulo: Atlas, 2008.

GALVÃO, Jorge Octávio Lavocat. O neoconstitucionalismo e o fim do Estado de Direito. São Paulo. Editora Saraiva, 2014.

GICO JR., Ivo. Introdução ao Direito e Economia in Direito e Economia no Brasil. Organizado por Luciano Benetti Timm. São Paulo, Editora Atlas Ltda. 2ª edição. 2018.

GRINOVER, Ada Pellegrini. Ensaio sobre a processualidade: fundamentos para uma nova teoria geral do processo. Brasília. Gazeta Jurídica, 2018.

GRONDONA, Mariano. Uma tipologia Cultural do Desenvolvimento Econômico in A cultura importa. Tradução Berilo Vargas. Editora Record, Rio de Janeiro, 2002.

HESSE, Konrad. A força normativa da Constituição. Traduzida por Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre, Fabris Editor, 1991.

LIMA, Tiago Asfor Rocha. Novas reflexões sobre o Projeto de Código Comercial. Tribunais e Varas Empresariais no Projeto de Novo Código Comercial e a Experiência Estadunidense. Saraiva, 2015.

LOBO, Jorge. Direito da crise econômica da empresa. Revista EMERJ, v. 1, n.3, 1998.

MANDEL, Julio Kahan; TOMMASI, Marcelo. A nova recuperação judicial da empresa. Valor Econômico, 01 nov. 2006, Legislação & Tributos. E2.

QUEIROZ, Jorge. Um balanço da efetividade da operação da Lei de Recuperação e Falências, Migalhas, 1º de abril de 2010. Disponível em:
<http://www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI104745,11049-um+balanco+da+efetividade+da+opera-cao+da+Lei+de+Recuperacao+e>. (acesso em: 27 de junho de 2019).

RODRIGUES, Frederico Viana. Reflexões sobre a viabilidade econômica da empresa no novo regime concursal brasileiro. Revista de direito mercantil, industrial, econômico e financeiro, São Paulo, n. 138, Malheiros, 2005.

ROMA, Bruno Marques Bensal. Par conditio creditorum, cram down e o princípio da preservação da empresa: a recuperação judicial às avessas no direito brasileiro. Revista de Direito Empresarial. Vol. 11, Ano 3. P. 381-403. São Paulo: Ed. RT, set-out. 2015.

SANTOS, Juliana Hinterlang dos; SIQUEIRA, Patrícia. Preservação da empresa como instrumento de efetividade da dignidade empresarial. Revista de Direito Empresarial – RDemp, Belo Horizonte, ano 11, n. 3. P. 131-146, set./dez. 2014.

TOLEDO, Paulo Fernando Campos Salles de. PUGLIESI, Adriana V. *A preservação da empresa e seu saneamento in Tratado de Direito Empresarial*. Recuperação empresarial e falência. Vol. V. Coordenador Modesto Carvalhosa. São Paulo. Revista dos Tribunais, 2018.

TOMAZETTE, Marlon. Curso de Direito Empresarial, volume 3. Falência e recuperação de empresas. São Paulo. Editora Saraiva. 6ª edição. 2018.

TRUBEK, David M. O novo direito e desenvolvimento: presente, passado e futuro. Organizador José Rodrigo Rodriguez. Traduções: Pedro Maia Soares, José Rafael Zullo e José Rodrigo Rodrigues. Editora Saraiva. Série Direito em Debate Direito Desenvolvimento Justiça. São Paulo, 2009.

ZIPPELIUS, Reinhold. Filosofia do direito. São Paulo: Saraiva, 2012. Livro eletrônico.

O PRINCÍPIO DO IN DUBIO PRO REO COMO LIMITAÇÃO À FUNDAMENTAÇÃO DA DECISÃO DE PRONÚNCIA

Yuri Coelho Dias

Resumo: O presente artigo científico investiga a aplicação do princípio do *in dubio pro reo* na decisão de pronúncia como limitação à sua fundamentação. Através da pesquisa doutrinária e jurisprudencial pode-se inferir que há na decisão de pronúncia um conflito entre os princípios do juiz natural, consubstanciado na expressão *in dubio pro societate* e o princípio da presunção de inocência, consubstanciado na expressão *in dubio pro reo*. O trabalho, a partir de considerações críticas entre os princípios e o procedimento especial do Tribunal do Júri apresenta a sugestão da utilização da técnica de ponderação para a resolução do conflito.

Palavras-chaves: presunção da inocência; *in dubio pro reo*; *in dubio pro societate*; juiz natural; pronúncia.

Abstract: This scientific article investigates the application of the principle *in dubio pro reo* in the pronouncement decision as a limitation to its fundamentation. Through doctrinaire research and jurisprudential consultance, it's possible to infer that in the pronouncement decision there's a conflict between the principles of the natural justice, known as *in dubio pro societate* and the principle of presumption of innocence, known as *in dubio pro reo*. The article, trough critical considerations between the principles and the especial procedure of the Popular's Court presents the suggestion of using the ponderation technic to resolve the conflict.

Key-words: presumption of innocence; *in dubio pro reo*; *in dubio pro societate*; natural justice; pronouncement.

INTRODUÇÃO

O presente artigo científico se propõe a analisar a força normativa do princípio do *in dubio pro reo* em relação à decisão de pronúncia – considerando a decisão de pronúncia como decisão interlocutória mista. Tratando de perquirir os fundamentos desta, visando encontrar uma relação de proporcionalidade entre a fundamentação genérica utilizada pelo juízo – o qual somente poderá indicar, em relação à autoria, meros indícios - e o princípio da presunção de inocência.

Em um primeiro momento o estudo analisa as raízes do princípio *in dubio pro reo* e suas incidências no processo penal. Deste modo, é demonstrado que a dúvida em favor do réu tem como fonte o princípio da presunção de inocência e que este, por sua vez, é direito fundamental garantido pela constituição. Como direito fundamental, a presunção de inocência atua durante todo o processo criminal, sendo o *in dubio pro reo* expressão utilizada para garantir o referido princípio quando da análise das provas produzidas durante o processo, sendo que a insuficiência probatória favorece o acusado.

Após, o estudo trata de perquirir o procedimento especial referente aos processos do Tribunal do Júri. Este procedimento é composto basicamente por duas fases, sendo a primeira chamada de fase de formação da culpa e a segunda de juízo de mérito. A primeira fase tem início no recebimento da denúncia e ocaso na decisão de pronúncia, cingindo-se unicamente à esta fase, a presente proposta de pesquisa. É nesta fase que o Ministério Público e a Defesa produzem suas principais provas em busca da verdade real dos fatos, como oitiva de testemunhas, realização de perícias e demais meios comuns aos procedimentos criminais. Após realizado o escrutínio das provas, o juízo terá a opção de pronúncia do acusado, absolvição sumária, impronúncia e desclassificação do crime.

Somente com a decisão de pronúncia seguirá o processo no procedimento especial do Tribunal do Júri. Tal decisão, como dito anteriormente, é baseada em meros indícios de autoria. Assim, há na decisão de pronúncia uma provável não incidência do princípio do *in dubio pro reo*, mas a aplicação do princípio *in dubio pro societate*.

Analisando detidamente a expressão *in dubio pro societate* percebe-se que esta é expressão utilizada para garantir que a sociedade julgue o crime questão, pois é ela o juiz natural da causa. Confrontando as doutrinas e a jurisprudência dos Tribunais,

o presente artigo científico conclui que na decisão de pronúncia há a incidência de dois princípios fundamentais, o do juiz natural e o da presunção de inocência.

Por fim, a pesquisa - preocupada com a banalização e vulgarização do *in dubio pro societate* e do *in dubio pro reo* – trata de utilizar a técnica da ponderação como resolução do conflito entre os princípios na pronúncia, utilizando do princípio da proporcionalidade para fazê-lo.

1 DO IN DUBIO PRO REO

Um ordenamento jurídico¹ é composto por normas jurídicas. Estas podem ser divididas em regras e princípios, de maneira que² as regras são normas jurídicas de baixa densidade e de cumprimento imediato, já os princípios possuem um alto teor de densidade e devem ser realizados na medida do possível, arraigados na situação fática, funcionando também como mandados de otimização. Sobre o assunto, são fundamentais as palavras do Mestre Alexy:

El punto decisivo para la distinción entre reglas y principios es que los principios son normas que ordenan que algo sea realizado en la mayor medida posible, dentro de las posibilidades jurídicas y reales existentes. Por lo tanto, los principios son mandatos de optimización, que están caracterizados por el hecho de que pueden ser cumplidos en diferente grado y que la medida debida de su cumplimiento no solo depende de las posibilidades reales sino también de las jurídicas. El ámbito de las posibilidades jurídicas es determinado por los principios y reglas opuestos. En cambio, las reglas son normas que solo pueden ser cumplidas o no. Si una regla es válida, entonces de hacerse exactamente lo que ella exige, ni más ni menos. Por lo tanto, las reglas contienen determinaciones en el ámbito de lo fáctica y jurídicamente posible. Esto significa que la diferencia entre reglas y

¹ Recomenda-se a leitura de: BOBBIO, Norberto. **Teoria do ordenamento jurídico**. Traduzido por Ari Marcelo Solon. 2. ed. São Paulo: EDIPRO. 2014.

² Cediço que existem outros critérios para averiguar a diferença entre normas e princípios, mas para os fins deste trabalho adotaremos o critério qualitativo, amplamente adotado pela doutrina especializada como ROBERT ALEXY.

*principios es cualitativa y no de grado. Toda normas es o bien una regla o un principio.*³

Conclui-se então que as regras de um sistema jurídico devem ser cumpridas ou não, enquanto as normas caracterizadas como princípios devem ser entendidas de maneira mais flexível, sempre olhando para o caso em concreto, visto que podem ser cumpridos em diferentes graduações e podem ser otimizados através da edição, pelo legislador, de outras regras que os concretizem, tornando seu conteúdo mais fácil de interpretação.

No atual ordenamento jurídico pátrio temos a Constituição Federal - carta política do mais elevado grau de importância democrática - como fundamento de todas as demais disposições normativas⁴. Assim, as leis, no sentido amplo do termo, editadas após a promulgação da Constituição Federal, não podem fugir dos atuais preceitos constitucionais e as editadas anteriormente à promulgação, devem passar por um filtro constitucional chamado de recepção, para que possam adentrar no novo ordenamento jurídico formulado pela Carta Magna. Pode-se dizer então que o sistema de normas jurídicas contido em nossa Constituição Federal deve ser obedecido e garantido pelo legislador.

O constituinte, logo no título II, capítulo I, da Constituição Federal, achou por bem estabelecer normas jurídicas que dispusessem sobre direitos, deveres e garantias fundamentais. No presente trabalho, nos interessamos por uma norma específica, expressa no artigo 5º, inciso LVII, a qual afirma que “Ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória”.

Aqui estamos diante do princípio da presunção de inocência. Como explicitado anteriormente, pelo fato de este ser uma norma jurídica cunhada de princípio e estar presente no bojo da Constituição Federal, ressaltando ainda mais o fato de que está situado no rol – não exaustivo – de direitos e garantias fundamentais, deve fazer-se presente por todo o ordenamento jurídico. Deste modo, durante todo o transcorrer do

³ ALEXY, Robert. **Teoria de los derechos fundamentales**. Traduzido por Ernesto Garzón Valdés. Madrid: Centro de estudios constitucionales. 1993. p. 86-87.

⁴ Assim afirma Hans Kelsen que “o domínio de vigência de uma norma é um elemento do seu conteúdo, e este conteúdo pode, como mais adiante veremos, ser predeterminado até certo ponto por uma norma superior.” (KELSEN, Hans. **Teoria pura do Direito**. Traduzido por João Baptista Machado. São Paulo: Martins Fontes, 1996. p. 14).

processo penal, deverá o acusado ser tratado como se inocente fosse, cabendo ao legislador editar regras para garantir a incidência do princípio e, aos operadores do Direito, aplicá-las. Portanto, a nova Carta Política trata de erigir como fundamentais direitos e garantias presentes no processo penal. Com acerto arremata o magistério da professora Márcia Dometila:

A profusão de princípios processuais penais elevados à categoria de constitucionais pela nova Carta Magna, por força da sua repetição naquele texto, vêm de encontro ao anseio de um novo sistema processual penal, adequado ao novo Estado de Direito democrático⁵

O princípio da presunção de inocência está claramente ligado ao sistema processual penal instalado em um Estado Democrático de Direito e como este trata os sujeitos que estão sob o jugo da acusação. Referido princípio possui raízes no pós-segunda guerra mundial, quando o mundo refletia atentamente sobre os direitos humanos. Assim está escrito na Declaração Universal dos Homens em seu artigo 11:

I) Todo o homem acusado de um ato delituoso tem o direito de ser presumido inocente até que a sua culpabilidade tenha sido provada de acordo com a lei, em julgamento público no qual lhe tenham sido asseguradas todas as garantias necessárias a sua defesa. II) Ninguém poderá ser culpado por qualquer ação ou omissão que, no momento, não constituíam delito perante o direito nacional ou internacional. Também não será imposta pena mais forte do que aquela que, no momento da prática, era aplicável ao ato delituoso.

Entendendo o princípio da presunção de inocência como garantia à efetivação dos direitos humanos, tem-se aí sua identidade de origem; uma vez que deriva de uma visão justa, igualitária e humanista do ordenamento jurídico⁶.

⁵CARVALHO, Márcia Dometila Lima de. **Fundamentação Constitucional do Direito Penal**. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 1992. p 80. Seguindo esta linha, também podemos citar o entendimento de Alexandre Bizzotto e Andreia de Brito Rodrigues: “O devido processo penal deve se adequar aos novos rumos traçados para o desenvolvimento das relações processuais. A relação processual penal, desde que preserve todas as garantias do cidadão, tende a uma busca salutar da celeridade e economia processual. O devido processo penal pressupõe rapidez, sob pena de ser sede de injustiças irreparáveis.” (BIZZOTO, Alexandre; RODRIGUES, Andreia de Brito. **Processo penal garantista**. Goiânia: AB, 1998. p. 21).

⁶ MORAES, Maurício Zanoide de. **Presunção de inocência no Processo Penal Brasileiro**: análise de sua estrutura normativa para a elaboração legislativa e para a decisão judicial. Rio de Janeiro: Lumem Juris, 2010. p. 368.

O princípio da presunção de inocência possui caráter amplo e deve resguardar o acusado durante toda a persecução penal, iniciando no inquérito e culminando na sentença prolatada pelo juízo. Assim, é fácil perceber que a presunção de inocência atuará de forma diferente a depender da fase processual. O professor Aury Lopes Junior aponta para as três principais formas de manifestação do princípio da presunção de inocência:

- a) É um princípio fundante, em torno do qual é construído todo o processo penal liberal, estabelecendo essencialmente garantias para o imputado frente à atuação punitiva estatal;
- b) É um postulado que está diretamente relacionado ao tratamento do imputado durante o processo penal, segundo o qual haveria de partir-se da ideia de que ele é inocente e, portanto, deve reduzir-se ao máximo as medidas que restrinjam seus direitos durante o processo (incluindo-se, é claro, a fase pré-processual);
- c) Finalmente, a presunção de inocência é uma regra diretamente referida ao juízo do fato que a sentença penal faz. É sua incidência no âmbito probatório, vinculando à exigência de que a prova completa da culpabilidade do fato é uma carga da acusação, impondo-se a absolvição do imputado se a culpabilidade não ficar suficientemente demonstrada⁷.

De maneira que o *in dubio pro reo* surgirá na análise feita pelo juízo das provas produzidas pelas partes. Corroborando com tal entendimento é o que afirma a professora Alexandra Vilela:

São dois princípios que se revelam em momentos processuais diferentes, manifestando-se o princípio da presunção de inocência ao longo de todo o processo, desde o inquérito até à audiência preliminar de julgamento, prolongando-se ainda até o trânsito em julgado da sentença de condenação. Por sua vez, o *in dubio pro* tem os seus momentos principais de atuação em sede de acusação e de julgamento. Na realidade, o *in dubio*, tendo estado adormecido desde o momento em que tinha sido dada a acusação, poderá reaparecer novamente, com todo o seu vigor, em sede de julgamento ao ser feita a valoração dada pelo juiz⁸

⁷ LOPES JUNIOR, Aury. **Direito Processual Penal**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 228-229

⁸ VILELA, Alexandra. **Considerações acerca da presunção de inocência em Direito Processual Penal**. Coimbra: Coimbra Editora. 2000. p 79. Ainda, a autora entende que tanto o princípio da presunção de inocência quanto o *in dubio pro reo* são uma aplicação concreta do *favor rei*, o qual é critério superior de liberdade e princípio geral informador do direito processual moderno.

Conforme dita o artigo 156 do Código de Processo Penal, a prova da alegação incumbe a quem a fizer, ou seja, é da acusação o ônus probatório⁹, cabe a ela arcar com o peso de amontoar provas suficientes que ensejem uma condenação. O juiz ao se deparar com tudo o que foi produzido durante a instrução processual deverá sopesar as provas e apenas na certeza poderá condenar criminalmente um acusado¹⁰.

Conclui-se então que o princípio da presunção de inocência é gênero¹¹; é o tronco de uma árvore, enquanto o *in dubio pro reo* é um dos galhos, ramos da árvore. O *in dubio* é utilizado na análise das provas, como verdadeira regra de julgamento:

Mesmo que o direito à prova tenha sido plenamente exercido – não só pelo acusado, mas também pelo Ministério Público ou pelo querelante – é possível que, ao final do processo, haja dúvida sobre os fatos relevantes. Eis o momento em que o ônus objetivo da prova no processo penal irá efetivar a garantia da presunção de inocência, impondo a absolvição, como decorrência do *in dubio pro reo*¹²

⁹ Sobre os principais objetos da prova de acusação: MITTERNAIER, C.J.A. **Tratado da prova em matéria criminal**. Campinas: Bookseller. 2008. p. 164-165

¹⁰ Entende-se que o início de uma persecução penal já é um grande fardo que carrega o acusado, de maneira que a absolvição pela incerteza é a constatação de que o processo pode ser falho. Nesse conceito é a lição do mestre Carnelutti: “A declaração negativa de certeza, ainda que se chame absolvição, não é outra coisa, na verdade, que o descobrimento e a declaração de um erro judicial. Ainda que esta fórmula possa surpreender, porque estamos habituados a pensar que com a absolvição, pelo contrário, o erro judicial é evitado, tão logo que se medite um pouco sobre ela a surpresa desaparece; mesmo quando a absolvição seja pronunciada nas primeiras fases do juízo, ela vem depois de um início de processo contra quem mais tarde se reconhece inocente; mas precisamente porque, grande ou pequeno, o processo é uma pena, como negar que quanto àquele tanto de pena que o inocente sofreu com ele, foi injustamente castigado? Tudo o que se pode admitir é que, sem a absolvição, o erro judicial teria sido mais grave; portanto não para excluir o erro judicial, mas para diminuir-lhe o alcance serve a absolvição. Em outras palavras, a declaração negativa de certeza do delito é a constatação oficial da falibilidade do processo penal e por isso da diferença entre seu resultado e sua finalidade. O que é válido, entenda-se bem, mesmo para o caso em que a absolvição em si seja um erro, que consista, assim, não em haver iniciado o processo mas em havê-lo encerrado com a declaração negativa de certeza; em todo caso, com efeito, quando o juízo se conclua assim, não responde à sua finalidade; se a absolvição é justa, porque foi iniciado contra um inocente; se é injusta, porque não prosseguiu contra um culpado.” (CARNELUTTI, Francesco. **Lições sobre o processo penal**. Traduzido por Francisco José Galvão Bruno. Campinas: Bookseller. 2004. p 145-146).

¹¹ Nessa linha de pensamento, o professor Edilson Mougenot Bonfim, entende ser o *favor rei* e o *in dubio pro reo* idênticos e fundamentados na presunção de inocência, assim, ao falar do princípio do *favor rei* dita o professor: “Esse princípio tem por fundamento a presunção de inocência. Em um Estado de Direito, deve-se privilegiar a liberdade em detrimento da pretensão punitiva. Somente a certeza da culpa surgida no espírito do juiz poderá fundamentar uma condenação (art. 386, VII, do CPP). Havendo dúvida quanto à culpa do acusado ou quanto à ocorrência do fato criminoso, deve ele ser absolvido.” (BONFIM, Edilson Mougenot. **Curso de Processo Penal**. 9. ed. São Paulo: Saraiva. 2014. p. 91).

¹² BADARÓ, Gustavo Henrique Ivathy. **Ônus da prova no processo penal**. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2003. p. 301.

O *in dubio pro reo* é, portanto, regra de julgamento que deve ser obedecida pelo juízo, pois possui fundamento no princípio constitucional de presunção de inocência, o que, por sua vez, rege todo o processo penal, tendo em vista que as regras do processo penal só podem ser tidas como válidas se respeitarem os parâmetros impostos pela Constituição Federal. Eventualmente – como todo princípio – poderá a presunção de inocência ser flexibilizada, mas apenas em casos extremos, pois como visto, tal princípio garante a aplicação de garantias ligadas a direitos humanos. A dúvida em favor do réu atua como garantia do ser humano, diante do poderoso arsenal acusatório, de que aquele não precisará, *necessariamente*, de produzir prova em seu favor, pois é a acusação quem deve demonstrar a certeza de sua condenação; nas palavras do professor Antonio Scarance Fernandes:

A acusação normalmente está afeta a órgão oficial. Tem este todo o aparelhamento estatal montado para ampará-lo. O acusado tem de contar somente com as suas próprias forças e o auxílio de um advogado. Essa situação de desvantagem justifica tratamento diferenciado no processo penal entre acusação e defesa, em favor desta, e a consagração dos princípios do *in dubio pro reo* e do *favor rei*. Ademais, o direito em jogo no processo penal é a própria liberdade do indivíduo, só restringível por condenação quando o juiz adquira pleno convencimento de que ficaram inteiramente evidenciadas a prática do crime e a sua autoria. Por isso tudo, a Carta Magna não se limitou a assegurar ao acusado o exercício defesa, mas no art. 5º, LV, garantiu-lhe mais – a ampla defesa -, ou seja, defesa sem restrições, não sujeita a eventuais limitações impostas ao órgão acusatório¹³

Portanto, não há que se falar em falta de proporcionalidade quando aplicado o *in dubio pro reo* diante da desigualdade substancial entre acusação e acusado. Chegando à conclusão de que, havendo qualquer dúvida diante das provas produzidas, a absolvição é medida que se impõe. No atual Estado Democrático de Direito o *in dubio* é certeza de que é mais custoso culpar um possível inocente a absolver um possível culpado.

¹³ FERNANDES, Antonio Scarance. **O processo penal constitucional**. 6. ed. São Paulo. Revista dos Tribunais. 2010. p. 49.

2 DA COMPETÊNCIA CONSTITUCIONAL DO TRIBUNAL DO JÚRI PARA JULGAR OS CRIMES DOLOSOS CONTRA A VIDA

É comum em nosso país o hábito de pensar o Tribunal do Júri como normalmente se vê nos filmes e séries norte-americanas que possuem imensa visibilidade e aceitação pelos canais de TV pagos e abertos, onde os jurados decidem sobre leque diverso de crimes e proferem uma decisão unânime que é lida por um jurado que fala em nomes de todos. Ocorre que no Brasil, quiseram os constituintes atribuir jurisdição bem específica para o Tribunal Popular do Júri, competindo-lhe julgar apenas os crimes dolosos contra a vida. É o que se confere no artigo 5º, XXXVIII, “d”, da Constituição Federal. Portanto, o Tribunal Popular do Júri está inserido dentro das cláusulas pétreas, de maneira que se pode afirmar:

O Júri, mais que um mero órgão judiciário, é uma instituição política, acolhida entre os direitos e Garantias Individuais, a fim de que permaneça conservado em seus elementos essenciais, reconhecendo-se seja, implicitamente, um direitos dos cidadãos o de serem julgados por seus pares, ao menos sobre a existência material do crime e a procedência da imputação. Esse ato de julgar o fato do crime e a sua autoria é, entre nós, direito inviolável do indivíduo e não função atribuída ao Judiciário¹⁴

Os crimes dolosos contra a vida estão previstos no Código Penal, sendo competência do Tribunal do Júri julga-los não importando se consumados ou tentados. Não cabe no presente estudo distinguir crimes dolosos de culposos, tampouco diferenciar os tipos de dolo que doutrinariamente são classificados; nos basta afirmar que todos os crimes cometidos dolosamente contra a vida serão julgados pelo Júri. Esta competência é mínima¹⁵, pois é possível que o legislador entenda que a competência do júri deva ser alargada, de maneira que nas palavras proferidas por Nucci:

Note-se que o texto constitucional menciona ser assegurada a competência para os delitos contra a vida e não somente para eles. O intuito do constituinte foi bastante claro, visto que, sem a fixação da competência mínima e deixando-se à lei ordinária a tarefa de

¹⁴ MARREY, Adriano. **Teoria e Prática do Júri**. 6.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais. 1997. p. 66

¹⁵ MIRABETE, Julio Fabbrini. **Processo Penal**. 16. ed. São Paulo: Atlas. 2004. p. 524

estabelecê-la, seria bem provável que a instituição, na prática, desaparecesse do Brasil. Foi o que houve em outros países ao não cuidarem de fixar, na Constituição, a competência do Tribunal Popular (conferir: Portugal, art. 210; Espanha, art. 125, locais onde a instituição do júri não obtém predominância). A cláusula pétrea, no direito brasileiro, impossível de ser mudada pelo Poder Constituinte Reformador (ou Derivado), não sofre nenhum abalo caso a competência do júri seja ampliada, pois sua missão é impedir justamente o seu esvaziamento¹⁶

A participação da sociedade em crimes mais graves é comum em diversos outros países¹⁷ e quiseram nossos Constituintes a delimitação para os crimes dolosos contra a vida e os conexos à eles. É necessário compreender que nosso ordenamento pátrio considera a vida desde o instante de sua concepção, ou seja, a partir da formação do embrião até sua separação do corpo materno. Estando a mulher grávida ou em trabalho de parto a proteção penal também incidirá¹⁸. São definidos como crimes dolosos contra a vida: o homicídio, o induzimento/instigação/auxílio a suicídio, infanticídio e o aborto, seja ele cometido pela gestante ou por terceiro.

Temos um homicídio quando a vida de um ser humano é ceifada por outro ser humano. Fato parecido com o infanticídio, visto que este é a morte de um ser humano, pela mãe¹⁹, logo após o parto. A legislação entendeu por bem não tipificar o

¹⁶ NUCCI, Guilherme de Sousa. **Tribunal do Júri**. 6. ed. Rio de Janeiro: Forense. 2015. p. 35

¹⁷ Em excelente estudo nos demonstra Edilson Mougenot Bonfim que: “Contemplam ainda o júri as legislações da Austrália, Canadá, Inglaterra, Gales, Irlanda do Norte, República da Irlanda, Nova Zelândia, Escócia, Estados Unidos, França, Grécia, Bélgica, Itália, Alemanha, Suíça, Portugal, Noruega e pelo menos outros 40 países. Seus críticos alegam ser uma instituição vetusta, pouco racional, mas a verdade é que, ao contrário de desaparecer como órgão de justiça, tem sido prestigiado e incrementado contemporaneamente. Assim, a Espanha (1995) e a Rússia recentemente o reintroduziram, e o Japão, que tivera Júri entre 1929 e 1943, discute vivamente a possibilidade de reinstaurá-lo. Algumas legislações estrangeiras, especialmente nos países de *common Law*, reconhecem expressamente o direito constitucional ao julgamento pelo Júri, como no Canadá, nos Estados Unidos, na Espanha e, em certa medida, na Itália. Da mesma forma, a Inglaterra ainda que não tenha uma Constituição escrita, assegura-lhe status quase Constitucional. Aliás, é na Inglaterra que se pode buscar as origens do Júri moderno, uma vez que a instituição inglesa nasceu de um procedimento antigamente usado na Normandia (parte da França), levado a solo britânico após a tomada da Inglaterra por William, o Conquistador (1066). Assim, depois que o julgamento das ordálias foi proibido pelo Papa Inocêncio III, em 1215, por ocasião do 4º Concílio de Latrão, a Inglaterra se orientou no sentido de um então novo modelo de Justiça, estabelecendo para tanto, àquela época, o número de 12 jurados, em alusão aos 12 apóstolos do Evangelho” (BONFIM, Edilson Mougenot. **Curso de Processo Penal**. 9.ed. São Paulo: Saraiva. 2014. p. 624)

¹⁸ MOSSIN, Antônio Heráclito. **Júri: Crimes e processo**. São Paulo: Atlas. 1999.

¹⁹ Há discussão neste tópico se a doutrina penal pátria admite o concurso de pessoas em tal crime ou se infanticídio seria crime de mão própria não admitindo participação ou coautoria, o que não importa para o

suicídio, mas incriminou a colaboração que se dá a este; a colaboração poderá ser feita através de induzimento, instigação ou auxílio, de maneira que apenas os responsáveis pela indução, instigação e auxílio do suicida responderão pelo crime, não havendo que se falar que o suicida responderia por atentado contra sua própria vida, por força do princípio da não incriminação da auto lesão. Configura-se o aborto quando houver a destruição do embrião durante sua vida intrauterina. Alguns outros crimes poderão também atingir o bem jurídico 'vida', mas estes não serão julgados pelo Tribunal Popular do Júri, pois somente serão julgados aqueles delitos que atentem especificamente e primordialmente contra a vida. Assim, no latrocínio, o autor está tentando contra o patrimônio do sujeito e acaba por tolher-lhe a vida; nota-se que o dolo do agente era o ganho patrimonial, sendo o atentado contra a vida da vítima a maneira que este achou para concluir seu intento. Nos dizeres de Aníbal Bruno:

Mas a proteção a esse bem supremo do homem ainda se estende a outras figuras penais em que a morte pode não fazer parte do tipo, mas ser prevista como circunstância de que decorre maior reprovabilidade, com reflexo sobre o grau da punição. Assim se vê, por exemplo, quando sobrevém a morte da vítima no abandono do incapaz, ou na exposição ou abandono de recém-nascido, ou na omissão de socorro, ou na rixa, ou nos crimes contra os costumes, ou nos de perigo comum. Em todos esses casos, o produzir a morte desperta na lei, nem sempre com exatidão sistemática, o rigor da punição com que se pretende reprimir esse resultado e, portanto, dilatar até o máximo de eficiência a proteção penal²⁰

Portanto, havendo um crime doloso contra a vida, seja ele tentado ou consumado, avoca-se a competência do Tribunal do Júri por força do texto Constitucional. Uma vez avocada a competência, devem-se seguir as regras especiais previstas no Código de Processo Penal.

2.1 Do procedimento especial do Júri

presente estudo, visto que admitida a participação, ou não, ambos iriam responder perante o Tribunal Popular do Júri por terem atentado dolosamente contra uma vida.

²⁰ BRUNO, Aníbal. **Crimes contra a pessoa**. 3.ed. Rio de Janeiro: Rio. 1975. p. 60

O procedimento do júri é especial e escalonado, entendendo a maioria dos autores - como Aury Lopes Junior, Mirabete, Mougenot - ser o procedimento dividido em duas fases: a instrução preliminar, conhecida também como juízo de formação da culpa e o julgamento em plenário²¹. A primeira fase é compreendida entre o recebimento da denúncia ou queixa e a decisão irrecorrível de pronúncia, não havendo que se confundir com a fase inquisitorial, que é pré-processual. A segunda fase do procedimento especial do júri se confirma com a pronúncia e segue até o plenário do Tribunal do Júri, com a decisão final dos jurados²². Nota-se que na primeira fase não há que se falar em jurados, sendo todo o procedimento presidido pelo juiz presidente do Tribunal.

Na primeira fase do procedimento, o juiz ao receber a denúncia ou queixa (nos casos de ação penal privada subsidiária da pública)²³ determinará a citação do réu e concederá prazo para que o mesmo responda à acusação, conforme o previsto no artigo 406 do Código de Processo Penal. Em sua resposta o réu poderá arguir preliminares de direito, arrolar até 8 (oito) testemunhas e especificar as provas que pretendem ser produzidas. Feito isso, será dada vista ao Ministério Público para se manifestar sobre eventuais preliminares e sobre as provas pretendidas pela defesa no prazo de 5 (cinco) dias²⁴. Importante ressaltar que há aqui no procedimento especial do júri grande divergência do procedimento especial comum, pois não existe a previsão de julgamento antecipado da lide, conforme dispõe o artigo 397 do Código de Processo Penal. Após, dispõe o artigo 410 do mesmo Códex que o juiz determinará a intimação das

²¹ Nucci entende ser o procedimento do júri dividido em três fases, sendo elas: a fase da formação da culpa, a fase de preparação do processo para o julgamento em plenário e o julgamento em plenário. O autor justifica seu entendimento no fato de que após a edição da Lei 11.689/2008 criou-se a seção III, do Capítulo II (referente ao júri) como intitulada “da preparação do processo para o julgamento em plenário”. Assim, o autor entende que após a decisão de pronúncia todos os atos preparatórios, enquanto não forem abertos os trabalhos para o julgamento do plenário, fazem parte da segunda fase do procedimento do júri. Tal classificação é puramente doutrinária (NUCCI, *op. cit.*, p. 68).

²² LOPES JUNIOR, *op. cit.*, p. 583.

²³ BONFIM, *op. cit.*, p. 641.

²⁴ Cabe relatar o inconformismo de Jader Marques com esta situação, pois entende o autor que é dado direito de réplica à acusação importando na violação do devido processo legal: “É a ampliação do debate em torno das alegações da defesa, permitindo que a acusação tenha prazo para livre manifestação no momento exatamente anterior à ida dos autos para decisão sobre as provas. Na sistemática do direito processual penal, não é lícito à acusação falar depois da defesa, pois a violação dessa ordem importa quebra dos princípios constitucionais norteadores do devido processo legal, conforme referido pelos Ministros do Supremo Tribunal Federal” (MARQUES Jader. **Tribunal do Júri: Considerações críticas à Lei 11.689/08**. Porto Alegre: Livraria do Advogado. 2008. p. 45).

testemunhas e a realização das diligências requeridas pelas partes em um prazo máximo de 90 (noventa) dias, prosseguindo-se à audiência. São ouvidas as testemunhas e o acusado procedendo-se ao debate²⁵.

Uma vez encerrados os debates, o juiz togado, terá quatro opções: decisão interlocutória de pronúncia, decisão interlocutória de impronúncia, sentença de absolvição sumária e decisão interlocutória de desclassificação. É de fácil constatação que ao juiz togado não compete proferir sentença condenatória, uma vez que apenas os jurados possuem competência para tanto.

Seja qual for a decisão tomada pelo magistrado resta encerrada a primeira fase do procedimento especial do júri e, caso ocorra a pronúncia do acusado, passa-se à segunda fase do procedimento. É na segunda fase do procedimento que o júri possui seu maior brilho, pois é quando se chama a comunidade para exercer a importante função de jurado; ou até mesmo como plateia dos debates entre os membros da acusação e da defesa, haja vista a grande exposição da mídia de crimes passionais ocorridos.

2.2 Da competência dos jurados

Uma vez pronunciado o acusado, começam as diligências para que ocorra o seu julgamento em plenário. Nesta fase, dispõe o Código de Processo Penal que o julgamento será realizado por um conselho de sentença composto de 7 (sete) jurados, os quais deverão ser pessoas idôneas e façam parte da comunidade local em que o crime ocorreu. Os jurados ouvirão as testemunhas arroladas pelas partes, o interrogatório do acusado e os debates orais para, ao final, responderem ao questionário elaborado pelo juiz togado.

Assim, os jurados são quem decidirão se o réu é culpado ou não, de maneira que ao juiz togado caberá a tarefa de decidir sobre questões acessórias e realizar a dosagem da pena²⁶. Posto que os jurados julgam a causa no seu mérito e, em

²⁵ CAPEZ, Fernando. **Curso de Processo Penal**. 19.ed. São Paulo: Saraiva. 2011. p. 637.

²⁶ Com grande acerto, arremata José Frederico Marques que “O júri e o juiz possuem atribuições funcionais distintas, mas não é na separação do direito e do fato que se dividirão as competências de um e de outro (...) enquanto os jurados apreciam a culpabilidade do acusado, não só em relação ao fato principal, mas ainda no que concerne às circunstâncias acessórias que o podem agravar ou atenuar, os

conformidade com o artigo 5º, XXXVIII, da Constituição Federal, tem-se que os jurados são o juiz natural da causa, nas palavras de Adelino Marcon que “O Tribunal do Júri é Juiz Natural porque seu veredicto é soberano e provém do próprio povo, de onde emana o poder, e não dos seus representantes”.²⁷

O juiz natural é um direito fundamental, pois está previsto expressamente na conjugação dos incisos XXXVII e LII, do artigo 5 da nossa Constituição Federal. Portanto, pode-se dizer que o juiz natural é aquele juiz competente para o deslinde da causa previsto antecipadamente pela lei, para que não haja juízo ou tribunais de exceção. É princípio amplamente aceito em Estados Democráticos de Direito, pois é o direito que todo o cidadão possui em saber desde anteriormente à prática do crime, quem irá julgá-lo²⁸. Constituindo garantia fundamental do cidadão, resguardando-o de injustiças as quais poderia ser exposto no caso de manipulação dos julgadores²⁹. Destarte, afirma-se que o princípio do juiz natural da causa possui tríplice função:

1º, no plano da fonte (só a lei pode instituir o juiz e fixar-lhe competência); 2º, no plano temporal (a fixação do juiz e da sua competência devem ser estabelecidas por lei vigente já ao tempo em que foi praticado o crime do qual o processo penal será conteúdo do processo); 3º, no plano da competência (a lei, anterior ao crime, deve prever taxativamente a competência, de modo a impedir os chamados Tribunais ad hoc e, portanto, as ditas jurisdições de exceção)³⁰

Tendo por certo que os jurados são o juiz natural da causa, entende-se o porquê se dá a separação em duas fases no procedimento especial do júri. Na fase chamada de formação de culpa, o juiz togado, por não ser o juiz natural da causa, entendendo ser o crime de competência do Tribunal do Júri, deverá remeter o acusado

magistrados decidem sobre os incidentes contenciosos da ação penal e sobre a aplicação da pena em face do veredicto (MARQUES, José Frederico. **A instituição do Júri**. Campinas: Bookseller. 1997. p. 72).

²⁷ MARCON, Adelino. **O princípio do juiz natural no processo penal**. Curitiba: Juruá. 2011. p. 174.

²⁸ Para Valdir Sznick: “O princípio do juiz natural visa afastar as chamadas cortes especiais, juízes especiais designados a dedo para determinados casos já ocorridos, subtraindo-se assim, da competência comum. Em síntese, o juiz natural é o juiz previsto antecipadamente pela lei; é o juiz que julga todos os casos assemelhados e cuja competência já está assinalada em lei. Com o princípio do juiz natural, o cidadão tem a certeza do juiz que o deve julgar, antecipadamente à ocorrência do fato, ao contrário do juiz designado para o caso” (SZNICK, Valdir. **Liberdade, Prisão Cautelar e Temporária**. São Paulo: Universitária de Direito. 1994. p. 154)

²⁹ MARCON, *op. cit.*, p. 170.

³⁰ COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. **Crime Continuado e Unidade Processual**. São Paulo: Método. 2001. p. 201.

para que o juiz competente, ou seja, para a comunidade do local onde ocorreram os fatos, consubstanciada nos jurados que comporão o conselho de sentença. A esta decisão que remeterá o réu ao julgamento em plenário, dá-se o nome de pronúncia.

2.3 Natureza jurídica da decisão de pronúncia

Como já dito anteriormente, a fase da formação de culpa encerrar-se-á com a decisão de pronúncia. A decisão³¹ de pronúncia é dita interlocutória, pois não encerra o mérito da causa; e mista, pois encerra a fase de formação de culpa e se inaugura a fase em que se julgará o mérito da causa. Ressalta-se que o juiz togado jamais poderá condenar o acusado no rito especial do Tribunal do Júri, de maneira que:

A finalidade da existência de uma fase preparatória de formação da culpa, antes que se remeta o caso à apreciação dos jurados, pessoas leigas, recrutadas nos variados segmentos sociais, é evitar o erro judiciário, seja para absolver, seja para condenar. Porém, fundamentalmente, para evitar a condenação equivocada. Afinal, o Estado se comprometeu a evitar o erro judiciário e, não sendo possível, envidará esforços a repará-lo (art. 5º, LXXV, CF). Por tal motivo, além da garantia fornecida pela inicial persecução penal, consubstanciada, como regra, no inquérito policial, para que se receba, com justa causa, a denúncia ou queixa, exige-se uma instrução, sob o crivo do contraditório e com a garantia da ampla defesa, perante o juiz togado. Este, por sua vez, finda a preparação do feito, conforme já descrevemos, poderá optar pela pronúncia. Para que essa opção seja justa e legítima, o mínimo que se deve exigir é a comprovação da materialidade (prova da existência do crime) e indícios suficientes de autoria (indicativos, ainda que indiretos, porém seguros, de que foi o réu o agente da infração penal)³².

Com efeito, dispõe o Código de Processo Penal que é necessário prova concreta da materialidade do crime e indícios suficientes quanto a autoria. Ao proferir a pronúncia o que se faz é simplesmente remeter o processo ao juiz competente para julgar a causa³³. A decisão de pronúncia tem caráter declaratório, admitindo-se expressamente que o sujeito é suspeito de ter praticado o crime, não ensejando neste

³¹ Em que pese tratar-se de decisão, como bem aponta Nucci: “Embora se trate de decisão interlocutória, a pronúncia mantém a estrutura de uma sentença, ou seja, deve conter o relatório, a fundamentação e o dispositivo” (NUCCI, *op. cit.*, p. 85).

³² Nucci, *op. cit.*, p. 86.

³³ PACHELLI, Eugênio. **Curso de Processo Penal**. 18. ed. São Paulo: Atlas. 2012. p. 732.

qualquer caráter condenatório ou punitivo. Todos os efeitos da pronúncia são puramente processuais³⁴, possuindo os seguintes efeitos:

- a) leva o acusado a julgamento pelo Tribunal do Júri (artigo 421 do CPP); (É a consequência mais evidente da decisão de pronúncia, etapa necessária para que ultrapasse o mero juízo de admissibilidade e se adentre ao juízo da causa.);
- b) interrompe a prescrição (artigo 117, II, do CP); (consoante determina o artigo 117, II, do CP, tal decisão interrompe o curso da prescrição, mesmo que posteriormente o Júri desclassifique a infração, por exemplo, de tentativa de homicídio para o crime de lesões corporais³⁵).

Importante ressaltar que a pronúncia deverá ser devidamente fundamentada como quaisquer outras decisões judiciais, por força do artigo 93, IX, da Constituição Federal. A fundamentação da decisão de pronúncia recai sobre a certeza da materialidade do crime e indícios suficientes de autoria. Como o juiz togado não é capaz de apreciar o mérito da causa, os jurados quando em plenário poderão negar até mesmo a existência do crime, assim:

O Tribunal do Júri não está vinculado, em seu veredicto e julgamento, às premissas de direito e de fato da pronúncia. O juiz pode pronunciar o réu por entender provada e certa a existência do fato delituoso. Isto não impede que os jurados neguem que o fato tenha sido praticado. O juiz pode qualificar, por exemplo, como tentativa de morte, o ferimento que o réu praticou na vítima, e, no entanto, o Júri desclassificar a qualificação do fato para lesões corporais leves ou graves³⁶.

É certo que o juiz poderá pronunciar o acusado e não acatar por inteiro o que pede a acusação, podendo pronunciar o réu, a título de exemplo, sem acolher alguma qualificadora de um homicídio por entender estar expressamente provada que no caso não incide tal qualificadora³⁷, tendo em vista que as dúvidas deverão ser

³⁴ MARQUES, *op. cit.*, p. 376.

³⁵ CAMPOS, *op. cit.*, p. 74.

³⁶ MARQUES, *op. cit.*, p. 380.

³⁷ STJ, HC 128.620/MG, 6ª Turma, rel. Celso Limongi, j. 3-9-2009, DJe, 21-9-2009. Ainda, entende a jurisprudência que a ausência de fundamentação sobre as qualificadoras na sentença de pronúncia é causa de nulidade absoluta: STJ, HC 136.446/RJ, 5ª Turma, rel. Arnaldo Esteves de Lima, j. 25-5-2010, DJe, 14-6-2010.

dirimidas pelos juízes naturais da causa. De maneira peremptória, afirma-se que a pronúncia admite o *jus accusationis* e transporta o réu para seu juiz natural.

3 DO PARADIGMA PRESENTE NA SENTENÇA DE PRONÚNCIA – IN DUBIO PRO REO X IN DUBIO PRO SOCIETATE

Conforme visto anteriormente, a pronúncia não passa de mero juízo de admissibilidade da acusação que recai sobre o réu. Porém, é peculiar a tarefa de fundamentação da pronúncia exercida pelo juiz, visto que o mesmo não irá julgar o mérito da causa e não pode exercer influência nos jurados³⁸. Assim, a decisão de pronúncia deverá conter: relatório, fundamentação e dispositivo.

O relatório é a parte em que o juiz se debruça sobre o que ocorreu durante o transcorrer do processo, desde o oferecimento da denúncia até as alegações finais da parte; na fundamentação cabe ao juízo expor as razões pelas quais o magistrado entende ser viável a remessa do processo para o julgamento em plenário e, finalmente, o dispositivo é a declaração do artigo ou artigos nos quais se encontra incurso o acusado³⁹. Em relação às razões que compõem a fundamentação da pronúncia, o legislador delimitou-as expressamente no artigo 413, §1º, do Código de Processo Penal:

A fundamentação da pronúncia limitar-se-á à indicação da materialidade do fato e da existência de indícios suficientes de autoria ou de participação, devendo o juiz declarar o dispositivo legal em que julgar incurso o acusado e especificar as circunstâncias qualificadoras e as causas de aumento de pena.

Nota-se que ao revés das sentenças penais condenatórias, onde se exige a mais firme certeza do juízo, na pronúncia são requisitos básicos: indicação da materialidade do fato e indícios suficientes de autoria.

³⁸ Conforme dispõe o artigo 472, parágrafo único, do Código de Processo Penal, o jurado escolhido para compor o conselho de sentença receberá cópia da pronúncia ou das decisões posteriores que julgaram admissível a acusação. Deste modo, é salutar que o jurado ao ler uma decisão de pronúncia afirmando a certeza da ocorrência do crime e da autoria do acusado irá influenciar por demais a opinião do conselho de sentença.

³⁹ NUCCI, *op. cit.*, p. 86.

Como o juiz não poderá adentrar no mérito do causa, analisará se estão presentes requisitos suficientes de autoria e materialidade. Quanto à materialidade é necessário que esta seja indicada com segurança, o qual poderá se dar através de laudos periciais, testemunhos e outras provas, mas lembrando-se que os jurados podem refutar até mesmo a materialidade do crime⁴⁰. Em relação à autoria, a lei exige a existência de indícios suficientes, não adentrando na seara da certeza⁴¹, com muito acerto nos ensina Eugênio Pacelli:

Na decisão de pronúncia, o que o juiz afirma, com efeito, é a existência de provas no sentido da materialidade e da autoria. Em relação à materialidade, a prova há de ser segura quanto ao fato. Já em relação à autoria, bastará a presença de elementos indicativos, devendo o juiz, tanto quanto possível, abster-se de revelar um convencimento absoluto quanto a ela. É preciso considerar que a decisão de pronúncia somente deve revelar um juízo de probabilidade e não de certeza⁴²

Indício é um meio de prova indireta que, através de raciocínio indutivo, leva à conclusão de outras circunstâncias⁴³, mas a lei fala em indícios suficientes de autoria, o que não representa convencimento absoluto do juiz⁴⁴. Deste modo, havendo dúvida razoável deverá o juiz pronunciar o acusado. Ocorre que é mandamento constitucional, através do princípio do *in dubio pro reo*, que a dúvida deveria favorecer o acusado, então, como poderia justamente a dúvida enviá-lo a julgamento? Surge aqui o famoso brocardo *in dubio pro societate*.

Tão debatido na doutrina, o *in dubio pro societate* é amplamente aceito pela jurisprudência, no sentido de que, tendo em vista que a fase da formação de culpa é apenas um juízo de admissibilidade da acusação exercido pelo juiz e, ainda, como é da

⁴⁰ Conforme dispõe o artigo 483 do Código de Processo Penal é obrigatória a quesitação sobre a materialidade e a autoria do crime.

⁴¹ Conforme nos ensina Mougenot: “Note-se, a propósito, que certeza e verdade não são sinônimos. A teor de antigas lições, a verdade está no fato, a certeza, na cabeça do juiz. Assim, pode-se estar certo de algo que, a rigor, não seja verdadeiro. (BONFIM, *op. cit.*, p. 176).

⁴² PACELLI, *op. cit.*, p. 731.

⁴³ Assim dispõe o artigo 239 do Código de Processo Penal: “Considera-se indício a circunstância conhecida e provada que, tendo relação com o fato, autoriza, por indução, concluir-se a existência de outra ou outras circunstâncias.”

⁴⁴ Assim chancela o Supremo Tribunal Federal: “Como se sabe, para a decisão de pronúncia basta um juízo de probabilidade em relação à autoria delitiva. Nessa fase, não deve o Juiz revelar um convencimento absoluto quanto à autoria, pois a competência para o julgamento dos crimes contra a vida é do Tribunal do Júri” (HC 97252/SP, 2.^a T., j. 23.06.2009, v.u., rel. Ellen Gracie).

competência do Tribunal do Júri o julgamento dos crimes dolosos contra a vida, a dúvida deverá favorecer a sociedade, pois é esta a interessada em resolver os crimes deste tipo⁴⁵. Ensina-nos o Superior Tribunal de Justiça que:

A pronúncia é decisão interlocutória mista, que julga admissível a acusação, remetendo o caso à apreciação do Tribunal do Júri. Encerra, portanto, simples juízo de admissibilidade da acusação, não se exigindo a certeza da autoria do crime, mas apenas a existência de indícios suficientes e prova da materialidade, imperando, nessa fase final da formação da culpa, o brocardo *in dubio pro societate* (AgRg no AREsp 71.548/SP, 5.^a T., rel. Regina Helena Costa, 10.12.2013)

Não há de maneira expressa em nosso ordenamento jurídico a expressão *in dubio pro societate*, devendo ser entendida como decorrente do princípio do juiz natural, visto que são os jurados os competentes para julgar a causa, e do princípio da soberania do júri. Portanto, a expressão quer dizer que o juiz togado não pode examinar o mérito da causa, a dúvida deve prevalecer para os interesses da sociedade e não a favor do réu, até porque, no julgamento perante o plenário, a dúvida poderá voltar a favorecê-lo através dos jurados. Destarte:

Em suma, não há um autêntico princípio denominado *in dubio pro societate*, mas uma expressão de cunho didático, que serve para enaltecer a passagem de uma fase de formação da culpa a uma fase de apreciação do mérito. E nessa transição há de se ter um critério, consubstanciado em juízo de mera admissibilidade de imputação, sem toque de mérito, mas que garanta, minimamente, a materialidade do delito e os indícios suficientes de autoria⁴⁶

O ponto é que na decisão de pronúncia tem-se entendido que, diante da soberania do júri e por ser este juiz natural da causa, não há que falar em *in dubio pro reo*. Criticando veementemente esta posição está Aury Lopes Junior:

Por maior que seja o esforço discursivo em torno da “soberania do júri”, tal princípio não consegue dar conta dessa missão. Não há como aceitar tal expansão da “soberania” a ponto de negar a presunção constitucional de inocência. A soberania diz respeito à competência e

⁴⁵ BONFIM, *op. cit.*, p. 176.

⁴⁶ NUCCI, *op. cit.*, p. 92.

limites ao poder de revisar as decisões do júri. Nada tem a ver com carga probatória⁴⁷

Posicionando-se de maneira semelhante, ou seja, pela não existência do *in dubio pro societate*, está Rangel:

O princípio do *in dubio pro societate* não é compatível com o estado democrático de direito, onde a dúvida não pode autorizar uma acusação, colocando uma pessoa no banco dos réus. (...) O ministério público, como defensor da ordem jurídica e dos direitos individuais e sociais indisponíveis, não podem com base na dúvida, manchar a dignidade da pessoa humana e ameaçar a liberdade de locomoção com uma acusação penal⁴⁸

Em posição mais comedida, porém, admitindo a presença do princípio do *in dubio pro reo* na decisão de pronúncia, está Badaró:

Assim, se houver dúvida sobre se há ou não prova da existência do crime, o acusado deve ser impronunciado. Já com relação à autoria, o requisito legal não exige a certeza, mas sim a probabilidade da autoria delitiva: deve haver indícios suficientes de autoria. É claro que o juiz não precisa ter certeza ou se convencer da autoria. Mas se estiver em dúvida sobre se estão ou não presentes os indícios suficientes de autoria, deverá impronunciar o acusado, por não ter sido atendido o requisito legal. Aplica-se, pois, na pronúncia, o *in dubio pro reo*⁴⁹

Filiamos aqui ao pensamento de Nucci⁵⁰, pois a expressão *in dubio pro societate*, ainda que não conste em nenhuma lei, deriva da escolha pelo legislador da sociedade como juiz natural da causa. Não há como negar o interesse da sociedade em julgar um crime de sua competência, tampouco se pode fechar os olhos à presunção de inocência. Na decisão de pronúncia há uma verdadeira colisão entre princípios fundamentais⁵¹, o da garantia da presunção de inocência, representado pelo *in dubio pro*

⁴⁷ LOPES JUNIOR, *op.cit.*, p. 320.

⁴⁸ RANGEL, Paulo. **Direito Processual Penal**. 6. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris. 2002. p. 79.

⁴⁹ BADARÓ, Gustavo Henrique. **Direito Processual Penal**: Tomo II. Rio de Janeiro: Elsevier. 2007. p. 26.

⁵⁰ NUCCI, *op. cit.*, passim.

⁵¹ Entendemos direitos fundamentais como: “normas jurídicas, intimamente ligadas à ideia de dignidade da pessoa humana e de limitação do poder, positivadas no plano constitucional de determinado Estado Democrático de Direito, que, por sua importância axiológica, fundamentam e legitimam todo o

reo, e o do juiz natural, representado pelo interesse da sociedade no julgamento do delito através da máxima *in dubio pro societate*.

É certo que a jurisprudência vem dirimindo o *in dubio pro societate* quando em questões técnicas diante da dificuldade de compreensão de alguns conceitos, nos quais muitos estudantes e operadores do direito também possuem dificuldades.

Porém, cremos que a flexibilização do referido princípio não deverá se dar somente diante de provas técnicas, mas também pela incidência do *in dubio pro reo*. O que se demonstra é que o juiz ao fundamentar a pronúncia deverá exercer a ponderação entre a presunção de inocência do acusado e o juiz natural da causa.

3.1 Da colisão entre Direitos Fundamentais

Não é raro ocorrer colisões entre direitos fundamentais, pois as próprias normas constitucionais podem parecer contraditórias, o que é comum em qualquer Estado Democrático de Direito⁵². Basta pensarmos no direito à liberdade de expressão exercida pela imprensa e o direito à intimidade, direito à livre manifestação do pensamento e direito à honra. No caso aqui analisado, tem-se a colisão de dois princípios que – primordialmente – são mais benéficos, garantidores de direito à quem está sendo julgado. Mas, devido às peculiaridades do procedimento especial do júri acabaram por colidir⁵³.

A colisão entre direitos fundamentais poderá se dar entre vários titulares de direito fundamental ou entre direitos fundamentais e bens jurídicos da comunidade e do Estado⁵⁴. A colisão aqui se dá entre titulares diferentes, o acusado e a sociedade.

ordenamento jurídico.” MARMELSTEIN, Jorge. **Curso de Direitos Fundamentais**. São Paulo: Atlas. 2009.

⁵² Ibid., p. 90

⁵³ De maneira alguma cremos que, mesmo na decisão de pronúncia, o princípio do juiz natural poderá causar malefícios ao acusado, tendo em vista a importância de tal princípio em um ordenamento jurídico democrático e humanitário.

⁵⁴ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 2. ed. Coimbra: Almedina. 1998. p. 1137. Ainda, há a doutrina que, seguindo ALEXY, declara que os conflitos entre direitos fundamentais podem se dar na forma de concorrência entre direitos fundamentais, colisão de direitos fundamentais em sentido estrito e colisão de direitos fundamentais em sentido amplo: (ALEXY, Robert. **Colisão de direitos fundamentais e realização de direitos fundamentais no Estado de Direito democrático**. Revista de Direito Administrativo, Rio de Janeiro, n 217, p. 67-79, jul./set. 1999

Reforcemos que, em que pese ser o princípio do juiz natural um direito também pertencente ao acusado, no caso do Popular Tribunal do Júri tal princípio atua também em favor da sociedade, sendo que é na decisão de pronúncia o momento em que se pesa o interesse da sociedade em julgar o caso e a presunção de inocência.

Conforme ilustrado anteriormente, os princípios são mandados de otimização, de maneira que “se caracterizam pelo fato de poderem ser cumpridos proporcionalmente às condições reais e jurídicas existentes”⁵⁵. Diferenciando-se das regras, onde o conflito ocorrerá na dimensão da validade, a colisão de princípios será resolvida considerando o peso ou a importância relativa de cada princípio para que seja determinado qual deles prevalecerá no caso concreto. Destarte, inexistindo qualquer tipo de hierarquia entre princípios e havendo colisão, o aplicador do direito deverá realizar trabalho de ponderação entre tais princípios para que haja concordância prática:

Pelo Princípio da Supremacia Constitucional a Constituição é a norma ápice do ordenamento jurídico e dentre as normas integrantes de seu conteúdo, por força do Princípio da Unidade Constitucional, inexistem qualquer tipo de hierarquia normativa entre elas, pois todas são normas constitucionais, isto, todavia, não impede a ocorrência de tensão entre as mesmas. Diante desta colisão, por exigência do Princípio da Unidade Constitucional, mister realizar a concordância prática, pela qual o conflito deve ser harmonizado com o maior acatamento possível das normas envolvidas. Mas, como averbado, esta concordância é viabilizada via ponderação e esta via princípio da proporcionalidade⁵⁶

O Supremo Tribunal Federal também adota a possibilidade da ponderação entre princípios, sendo o caso mais recente e emblemático aquele em que se discutiu o direito de liberdade de expressão de quem escrevia biografias não autorizadas e o direito à privacidade. A ementa do acórdão assim restou:

EMENTA: AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. ARTS. 20 E 21 DA LEI N. 10.406/2002 (CÓDIGO CIVIL). PRELIMINAR DE ILEGITIMIDADE ATIVA REJEITADA.

e STEINMETZ, Wilson Antônio. **Colisão de Direitos Fundamentais e princípio da proporcionalidade**. Porto Alegre: Livraria do Advogado. 2001. p. 64-66).

⁵⁵ FARIAS, Edilson Pereira de. **Colisão de Direitos**: A honra, a intimidade a vida privada e a imagem versus a liberdade de expressão e informação. Porto Alegre: PC. 2000.

⁵⁶ SANTOS, Márcio Gil Tostes. **Ponderação de interesses entre princípios processuais constitucionais**. 2006. 203 f. Dissertação (Mestrado em Direito), Faculdade de Direito, Universidade Vale do Rio Verde, 2006.

REQUISITOS LEGAIS OBSERVADOS. MÉRITO: APARENTE CONFLITO ENTRE PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS: LIBERDADE DE EXPRESSÃO, DE INFORMAÇÃO, ARTÍSTICA E CULTURAL, INDEPENDENTE DE CENSURA OU AUTORIZAÇÃO PRÉVIA (ART. 5º INCS. IV, IX, XIV; 220, §§ 1º E 2º) E INVIOABILIDADE DA INTIMIDADE, VIDA PRIVADA, HONRA E IMAGEM DAS PESSOAS (ART. 5º, INC. X). ADOÇÃO DE CRITÉRIO DA PONDERAÇÃO PARA INTERPRETAÇÃO DE PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL. PROIBIÇÃO DE CENSURA (ESTATAL OU PARTICULAR). GARANTIA CONSTITUCIONAL DE INDENIZAÇÃO E DE DIREITO DE RESPOSTA. AÇÃO DIRETA JULGADA PROCEDENTE PARA DAR INTERPRETAÇÃO CONFORME À CONSTITUIÇÃO AOS ARTS. 20 E 21 DO CÓDIGO CIVIL, SEM REDUÇÃO DE TEXTO. 1. A Associação Nacional dos Editores de Livros - Anel congrega a classe dos editores, considerados, para fins estatutários, a pessoa natural ou jurídica à qual se atribui o direito de reprodução de obra literária, artística ou científica, podendo publicá-la e divulgá-la. A correlação entre o conteúdo da norma impugnada e os objetivos da Autora preenche o requisito de pertinência temática e a presença de seus associados em nove Estados da Federação comprova sua representação nacional, nos termos da jurisprudência deste Supremo Tribunal. Preliminar de ilegitimidade ativa rejeitada. 2. O objeto da presente ação restringe-se à interpretação dos arts. 20 e 21 do Código Civil relativas à divulgação de escritos, à transmissão da palavra, à produção, publicação, exposição ou utilização da imagem de pessoa biografada. 3. A Constituição do Brasil proíbe qualquer censura. O exercício do direito à liberdade de expressão não pode ser cerceada pelo Estado ou por particular. 4. O direito de informação, constitucionalmente garantido, contém a liberdade de informar, de se informar e de ser informado. O primeiro refere-se à formação da opinião pública, considerado cada qual dos cidadãos que pode receber livremente dados sobre assuntos de interesse da coletividade e sobre as pessoas cujas ações, público-estatais ou público-sociais, interferem em sua esfera do acervo do direito de saber, de aprender sobre temas relacionados a suas legítimas cogitações. 5. Biografia é história. A vida não se desenvolve apenas a partir da soleira da porta de casa. 6. Autorização prévia para biografia constitui censura prévia particular. O recolhimento de obras é censura judicial, a substituir a administrativa. O risco é próprio do viver. Erros corrigem-se segundo o direito, não se coarctando liberdades conquistadas. A reparação de danos e o direito de resposta devem ser exercidos nos termos da lei. 7. A liberdade é constitucionalmente garantida, não se podendo anular por outra norma constitucional (inc. IV do art. 60), menos ainda por norma de hierarquia inferior (lei civil), ainda que sob o argumento de se estar a resguardar e proteger outro direito constitucionalmente assegurado, qual seja, o da inviolabilidade do direito à intimidade, à privacidade, à honra e à imagem. 8. **Para a coexistência das normas constitucionais dos incs. IV, IX e X do art. 5º, há de se acolher o balanceamento de direitos, conjugando-se o direito às liberdades com a inviolabilidade da intimidade, da privacidade, da honra e**

da imagem da pessoa biografada e daqueles que pretendem elaborar as biografias. 9. Ação direta julgada procedente para dar interpretação conforme à Constituição aos arts. 20 e 21 do Código Civil, sem redução de texto, para, em consonância com os direitos fundamentais à liberdade de pensamento e de sua expressão, de criação artística, produção científica, declarar inexigível autorização de pessoa biografada relativamente a obras biográficas literárias ou audiovisuais, sendo também desnecessária autorização de pessoas retratadas como coadjuvantes (ou de seus familiares, em caso de pessoas falecidas ou ausentes).

(ADI 4815, Relator(a): Min. CÁRMEN LÚCIA, Tribunal Pleno, julgado em 10/06/2015, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-018 DIVULG 29-01-2016 PUBLIC 01-02-2016) [grifo nosso]

3.2 Da ponderação entre os princípios fundamentais contidos na decisão de pronúncia

Para se realizar a ponderação entre princípios é preciso se utilizar do princípio da proporcionalidade, o qual está inserido de maneira implícita na Constituição Federal. A proporcionalidade é um meio de aferir se o ato em questão é adequado, ou seja, se o fim justifica os meios; necessário, na medida em que de todos os meios que estão à disposição aquele é o mais adequado para promover o fim; e se proporcional em sentido estrito, no sentido de que os benefícios adotados por aquela decisão serão maiores do que os malefícios⁵⁷. Ressaltemos que o princípio da proporcionalidade também poderá ser utilizado de outras maneiras, como no controle dos atos administrativos. No presente artigo, a proporcionalidade serve como ferramenta para a ponderação dos princípios do *in dubio pro reo* e *in dubio pro societate*.

Para que se possa realizar a ponderação é necessário admitir que na decisão de pronúncia atuem os dois princípios em questão. Como os princípios possuem mesma hierarquia, ou seja, ambos são considerados direitos fundamentais do ser humano e tendo em consideração que as normas contidas na Constituição Federal devem ser

⁵⁷ Nas palavras de Humberto Ávila: “Ele se aplica apenas a situações em que há uma relação de causalidade entre dois elementos empiricamente discerníveis, um meio e um fim, de tal sorte que se possa proceder aos três exames fundamentais: o da adequação (o meio promove o fim?), o da necessidade (dentre os meios disponíveis e igualmente adequados para promover o fim, não há outro meio menos restritivo do(s) direito(s) fundamentais afetados?) e o da proporcionalidade em sentido estrito (as vantagens trazidas pela promoção do fim correspondem às desvantagens provocadas pela adoção do meio?)” (ÁVILA, Humberto Bergmann. **Teoria dos Princípios**: da definição à aplicação dos princípios jurídicos. 2. ed. São Paulo: Malheiros. 2005. p. 112.)

consideradas como partes de uma unicidade sistêmica não há como resolver o conflito simplesmente afastando a incidência de uma das normas, daí a importância de realizar a ponderação olhando para o caso em concreto, com muito acerto aduz o atual Ministro do Supremo Tribunal Federal Luis Roberto Barroso:

Imagine-se uma hipótese em que mais de uma norma possa incidir sobre o mesmo conjunto de fatos, várias premissas maiores, portanto para apenas uma premissa menor, como no caso clássico da oposição entre liberdade de imprensa e de expressão, de um lado, e os direitos à honra, à intimidade e vida privada, de outro. Como se constata singelamente, as normas envolvidas tutelam valores distintos e apontam soluções diversas e contraditórias para a questão. Na sua lógica unidirecional (premissa maior- premissa menor), a solução subsuntiva para esse problema somente poderia trabalhar com uma das normas, o que importaria na escolha de uma única premissa maior, descartando-se as demais. Tal formula, todavia, não seria constitucionalmente adequada: por força do princípio instrumental da unidade da Constituição, o intérprete não pode simplesmente optar por uma norma e desprezar outra em tese também aplicável, como se houvesse hierarquia entre elas. A clareza é muito importante para que se possa conhecer a sutil diferença entre os objetos da ponderação que são dignos de sopesamento. E de alguma forma, cada um desses elementos deverá ser considerado na medida de sua importância e pertinência para o caso concreto, de modo que na solução final, tal qual em um quadro bem pintado, as diferentes cores possam ser percebidas, ainda que uma ou algumas delas venham a se destacar sobre as demais. Esse é, de maneira geral, o objeto daquilo que se convencionou denominar Técnica da ponderação⁵⁸

A técnica da ponderação é realizada através de um processo dividido em três etapas, sendo elas: a identificação das normas em conflito, a identificação dos fatos relevantes e, por último, a decisão⁵⁹. Em relação à primeira etapa as normas em conflito já foram identificadas, o princípio do *in dubio pro reo* que é uma face da garantia de presunção de inocência e o princípio do *in dubio pro societate*, o qual também é uma faceta do princípio do juiz natural.

Portanto, na primeira fase da ponderação é necessário que fique bem claro para o magistrado que na decisão de pronúncia estão presentes os dois princípios e os

⁵⁸ BARROSO, Luís Roberto. **Interpretação e Aplicação da Constituição**. 6. ed. São Paulo: Saraiva. 2004. p 357

⁵⁹ BARCELLOS, Ana Paula de. **Ponderação, Racionalidade e Atividade Jurisdicional**. Rio de Janeiro: Renovar. 2005. p 91.

dois estão em conflito. Rememora-se que não há como crer que no caso específico desta fase do Tribunal do Júri o princípio do juiz natural sirva de amparo ao acusado; na pronúncia, o princípio do juiz natural está ligado ao interesse da sociedade e à soberania das decisões do Tribunal do Júri. Na decisão de pronúncia há verdadeiro conflito de normas.

Na segunda fase identificam-se os fatos relevantes do caso em questão. Deverão ser analisadas todas as circunstâncias do processo, as provas, tudo o que foi produzido durante toda a instrução processual e arranjá-las para ver de qual maneira estas incidem nos elementos normativos em questão⁶⁰. Cada circunstância poderá ter um peso maior ou menor de importância, de modo que o depoimento de um informante não pode ser levado em conta com o mesmo peso do depoimento de uma testemunha. Esta etapa de identificação dos fatos relevantes é de extrema importância, pois é aqui onde recai toda a carga probatória produzida pelas partes. O laudo ou a ausência dele, as testemunhas, a oitiva da vítima quando possível, o interrogatório do réu⁶¹. Deste modo, aqui o juiz colherá a certeza da materialidade e os indícios suficientes de autoria que são exigidos para uma decisão de pronúncia. Quando se fala aqui em indícios suficientes quer dizer apenas aqueles indícios que aproveitem à acusação, sem analisá-los ao lado das provas produzidas pela defesa. Conclui-se que nesta fase o juiz separará de um lado as circunstâncias que aproveitam à presunção de inocência e de outro às que admitem a acusação para que o acusado seja levado a julgamento em plenário.

Finalmente chega-se à fase de decisão. Nesta etapa o juiz avaliará tudo o que foi produzido, sopesará as normas em conflito e decidirá qual deve prevalecer, assim nos ensina mais uma vez, o Ilustre Ministro Luis Roberto Barroso:

Pois bem: nessa fase dedicada à decisão, os diferentes grupos de normas e repercussão dos fatos do caso concreto estarão sendo examinados de forma conjunta, de modo a apurar os pesos que devem ser atribuídos aos diversos elementos em disputa, portanto, o grupo de normas que deve preponderar no caso. Em seguida, é preciso ainda decidir quão intensamente esse grupo de normas-e a solução por ele indicada- deve prevalecer em detrimento dos demais, isto é: sendo possível graduar a intensidade da solução escolhida, cabe ainda

⁶⁰ Ibid., p. 116.

⁶¹ Atualmente tem-se entendido que o interrogatório do réu é meio de defesa, mas não é por isso que este perde seu valor, até porque pode muitas vezes ser esclarecedor quando consoante com as demais provas produzidas.

decidir qual deve ser o grau apropriado em que a solução deve ser aplicada. Todo este processo tem como fio condutor o princípio instrumental da proporcionalidade ou razoabilidade⁶²

Por conseguinte, aqui o juiz, olhando para o caso em concreto, fundamentará sua decisão acolhendo o *in dubio pro societate* ou o *in dubio pro reo*. Necessário dizer que ainda que se acolha pela dúvida em favor da sociedade, a dúvida a favor do réu ainda persistirá durante a fase de julgamento em plenário, pois tanto os jurados como o Ministério Público, guardião da ordem jurídica, poderão absolver ou pedir a absolvição do acusado com base na insuficiência probatória, ou seja, privilegiando a dúvida em favor do acusado. O que se pretende com a ponderação entre os princípios na decisão de pronúncia é que não se mande a julgamento um caso onde a dúvida não pode ser dirimida, não banalizar a expressão *in dubio pro societate* e afirmar a presença da presunção de inocência ainda que na primeira fase do procedimento especial do júri.

CONCLUSÃO

O artigo científico tratou de demonstrar que o princípio do *in dubio pro reo* está garantido em todo o ordenamento jurídico penal, pois é fruto da presunção de inocência, direito fundamental de todo cidadão, devendo incidir também na decisão de pronúncia. Em relação ao *in dubio pro societate*, demonstrou ser este um fruto do princípio do juiz natural, também direito fundamental. Devido às peculiaridades do Tribunal Popular, o princípio do juiz natural atua na decisão de pronúncia como um direito da sociedade em julgar seu semelhante. Assim, há verdadeira colisão de princípios na decisão de pronúncia, entendendo que o melhor modo para resolvê-la é através da técnica de ponderação, a qual leva em conta o princípio da proporcionalidade. Conclui-se que ao fundamentar uma decisão de pronúncia, o juiz deverá levar em conta os dois princípios e ponderá-los, procurando não banalizar a dúvida em favor do réu nem tampouco a dúvida em favor da sociedade, a decisão de

⁶² BARROSO. *op. cit.*, p. 360.

pronúncia sempre deverá atentar-se ao caso em concreto e só pronunciar o acusado nos casos em que o direito da sociedade não afete sua presunção de inocência.

REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. **Teoria de los derechos fundamentales**. Traduzido por Ernesto Garzón Valdés. Madrid: Centro de estudios constitucionales. 1993.

ALEXY, Robert. **Colisão de direitos fundamentais e realização de direitos fundamentais no Estado de Direito democrático**. Revista de Direito Administrativo, Rio de Janeiro, n 217, p. 67-79, jul./set. 1999.

ÁVILA, Humberto Bergmann. **Teoria dos Princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos**. 2. ed. São Paulo: Malheiros. 2005.

BADARÓ, Gustavo Henrique Ivathy. **Ônus da prova no processo penal**. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2003.

BADARÓ, Gustavo Henrique. **Direito Processual Penal** - Tomo II. Rio de Janeiro: Elsevier. 2002.

BARCELLOS, Ana Paula de. **Ponderação, Racionalidade e Atividade Jurisdicional**. Rio de Janeiro: Renovar. 2005.

BARROSO, Luis Roberto. **Interpretação e Aplicação da Constituição**. 6. ed. São Paulo: Saraiva. 2004.

B. BIZZOTO, Alexandre; RODRIGUES, Andreia de Brito. **Processo penal garantista**. Goiânia: AB. 1998.

BOBBIO, Norberto. **Teoria do Ordenamento Jurídico**. Traduzido por Ari Marcelo Solon. 2. ed. São Paulo: edipro. 2014.

BONFIM, Edilson Mougenot. **Curso de processo penal**. 9. ed. São Paulo: Saraiva. 2014.

BRUNO, Aníbal **Crimes contra a pessoa**. 3. ed. Rio de Janeiro. Rio. 1975

CAMPOS, Walfredo Cunha. **Tribunal do Júri: teoria e prática**. São Paulo: Atlas. 2010.

CANOTILHO, José Joaquim. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 2. ed. Coimbra: Almedina. 1998.

CAPEZ, Fernando. **Curso de Processo Penal**. 19.ed. São Paulo: Saraiva. 2011.

CARNELUTTI, Francesco. **Lições sobre o processo penal**. Traduzido por Francisco José Galvão Bruno. Campinas: Bookseller. 2004.

COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. **Crime Continuado e Unidade Processual**. São Paulo: Método. 2001.

FARIAS, Edilson Pereira de. **Colisão de Direitos**: A honra, a intimidade a vida privada e a imagem versus a liberdade de expressão e informação. Porto Alegre: PC. 2000.

FERNANDES, Antonio Scarance. **O processo penal constitucional**. 6. ed. São Paulo. Revista dos Tribunais. 2010.

KELSEN, Hans. **Teoria pura do Direito**. Traduzido por João Baptista Machado. São Paulo: Martins Fontes. 1996.

LIMA de CARVALHO, Márcia Dometila. **Fundamentação Constitucional do Direito Penal**. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris. 1992.

LOPES JUNIOR, Aury. **Direito Processual Penal**. 4. ed. São Paulo: Saraiva. 2013.

MARCON, Adelino. **O princípio do juiz natural no processo penal**. Curitiba: Juruá. 2011.

MARMELSTEIN, Jorge. **Curso de Direitos Fundamentais**. São Paulo: Atlas. 2009.

MARQUES, Jader. **Tribunal do Júri**: Considerações críticas à Lei 11.689/08. Porto Alegre: Livraria do Advogado. 2008.

MARQUES, José Frederico. **A instituição do Júri**. Campinas: Bookseller. 1997.

MARREY, Adriano. **Teoria e Prática do Júri**. 6.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais. 1997.

MIRABETE, Julio Fabbrini. **Processo Penal**. 16. ed. São Paulo: Atlas. 2004

MITTERNAIER, C.J.A **Tratado da prova em matéria criminal**. Campinas: Bookseller. 2008.

MORAES, Maurício Zanoide de. **Presunção de inocência no Processo Penal Brasileiro**: análise de sua estrutura normativa para a elaboração legislativa e para a decisão judicial. Rio de Janeiro: Lumem Juris. 2010.

MOSSIN, Antônio Heráclito. **Júri**: Crimes e processo. São Paulo: Atlas. 1999.

NUCCI, Guilherme de Sousa. **Tribunal do Júri**. 6. ed. Rio de Janeiro: Forense. 2015.

PACELLI, Eugênio. **Curso de Processo Penal**. 18. ed. São Paulo: Atlas. 2012.

RANGEL, Paulo. **Direito Processual Penal**. 6. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris. 2002.

SANTOS, Márcio Gil Tostes. **Ponderação de interesses entre princípios processuais constitucionais**. 2006. 203 f. Dissertação (Mestrado em Direito) Faculdade de Direito, Universidade Vale do Rio Verde, Três Corações, 2006.

STEINMETZ, Wilson Antônio. **Colisão de Direitos Fundamentais e princípio da proporcionalidade**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

SZNICK, Valdir. **Liberdade, Prisão Cautelar e Temporária**. São Paulo: Universitária de Direito. 1994.

VILELA, Alexandra. **Considerações acerca da presunção de inocência em Direito Processual Penal**. Coimbra: Coimbra. 2000.