

Volume 4 Número 49, Edição Especial

Outubro/Dezembro 2020 ISSN: 1981-3759



idp

REVISTA

CADERNO VIRTUAL

TRIBUNAIS SUPERIORES
E TUTELA DE DIREITOS:
UMA ANÁLISE CRÍTICA

**Caderno Virtual, Brasília, v. 4, n.
49, Outubro/Dezembro 2020**

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
Prof^o. Daniel Falcão, IDP
Prof^o. Leonardo Estrela, IDP
Prof^o. Leandro Gobbo, IDP
Prof^o. Ivan Allegretti, IDP
Prof^a. Lahis da Silva Rosa, IDP
Prof^o. Flávio José Roman, IDP
Prof^o. Paulo Castro, IDP
Prof^o. Mathias Schneid Tessmann, IDP
Prof^o. Rodrigo Becker, IDP
Prof^o. Milton de Souza Mendonça Sobrinho, IDP
Prof^o. Alessandro De Oliveira Gouveia Freire, IDP

Comitê Executivo

Alessandro Freire
Renan Silveira Holtermann
Matheus Brito Fachine

REVISTA

**CADERNO
VIRTUAL**

SUMÁRIO

Carta Editorial

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

Artigos Acadêmicos

REFLEXÃO CRÍTICA AO INSTITUTO DAS AUDIÊNCIAS DE CUSTÓDIA À LUZ DA JURISPRUDÊNCIA DO STF

Carlos Eduardo Pinto Rosa Camboim

EXTRADIÇÃO MUTILADA DE DOIS ATOS
O CASO CLAUDIA HOERIG

Alexandre Negreiros

MAGISTRATURA E EQUIDADE NOS JUÍZOS CRIMINAIS: ESTUDO EMPÍRICO DA PRESENÇA DE MAGISTRADAS NO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO DISTRITO FEDERAL E DOS TERRITÓRIOS

Daniele Feitosa de Albuquerque Lima Ramos

Victória Sousa Cagliari Hernandez

INCIDENTE DE RESOLUÇÃO DE DEMANDAS REPETITIVAS SUSCITADO EM PROCESSO NO ÂMBITO DOS JUIZADOS ESPECIAIS

Regina Celia Soares de Araújo

O PATRIMÔNIO CULTURAL ENQUANTO DIREITO FUNDAMENTAL: uma análise à luz da Constituição Federal de 1988

Hugo Pereira Matos

ACORDO DE LENIÊNCIA ANTITRUSTE
POSSÍVEIS IMPACTOS DA DECISÃO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL
(HABEAS CORPUS (HC) 166.373/PR) NO CONTRADITÓRIO DOS PROCESSOS
ADMINISTRATIVOS DECORRENTES DE ACORDO DE LENIÊNCIA NO CADE

Leonardo Freire de Melo

O EXCESSO DE LEIS NO BRASIL E O FENÔMENO DA EXISTÊNCIA, VALIDADE
E EFICÁCIA

Vanessa Rayelli Moura Costa

O USO INDISCRIMINADO DO HABEAS CORPUS NOS TRIBUNAIS SUPERIORES

Isabela Reple do Nascimento

MÉTODOS ADEQUADOS DE SOLUÇÃO DE CONFLITOS: UMA REFLEXÃO À
LUZ DO CONSTITUCIONALISMO FRATERNAL MEDIANTE A ANÁLISE DE
SUA APLICABILIDADE NOS CEJUSCs DO DISTRITO FEDERAL

Jemima Martins e Silva

DECISÕES ADITIVAS COMO REPRESENTAÇÃO DO ATIVISMO JUDICIAL?
UMA ANÁLISE DA ADO 26

Elias Cândido da Nóbrega Neto

REVISTA CADERNO VIRTUAL

Carta Editorial

A presente edição da revista Caderno Virtual (CV) - publicação oficial do Instituto Brasileiro de Ensino, Desenvolvimento e Pesquisa (IDP) - traz aos seus leitores um conjunto de artigos produzidos por acadêmicos integrantes de programas nacionais de graduação, pós-graduação, mestrado e doutorado, aprovados pelo sistema *duplo blind review* com o tema: "Tribunais Superiores e Tutela de Direitos: uma análise crítica".

A última edição do ano apresenta trabalhos desenvolvidos no âmbito do Programa de Iniciação Científica – ProIC por alunos do Curso de Direito do IDP orientados pelos professores da instituição.

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.

A revista Caderno Virtual conta, ainda, com uma edição anual especial, que em 2020 foi a de número 47, com o tema "Aspectos Jurídicos da Pandemia causada pelo COVID-19", firmando-se como um espaço de diálogo acadêmico de assuntos da atualidade.

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 a 49ª 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.

Profª. Janete Ricken Lopes de Barros

Profª. Ariadne Moreira Basílio de Oliveira

Profª. Eduarda Toscani Gindri

Editoras Chefes

REFLEXÃO CRÍTICA AO INSTITUTO DAS AUDIÊNCIAS DE CUSTÓDIA À LUZ DA JURISPRUDÊNCIA DO STF

Carlos Eduardo Pinto Rosa Camboim¹

RESUMO: O presente artigo tem como objetivo a análise crítica das Reclamações Constitucionais n. 24.536/AM, n. 26.053/PI, n. 31.067/MG, n. 27.757/SC, à luz do instituto constitucional da audiência de custódia. Para isso, recorreu-se às mencionadas reclamações constitucionais, bem como à ADPF n. 347/DF. Não só a crítica será objeto deste artigo, mas também os contornos sociais das decisões em comento, fazendo-se, por conseguinte, um apanhado crítico da estrutura judiciária à luz da ADPF n. 347/DF (Estado Inconstitucional de Coisas). Este trabalho propõe uma crítica-reflexiva, no sentido da defesa do instituto como forma de contenção de arbitrariedades no âmbito da prisão provisória no Brasil.

Palavras-chave: Audiência de custódia. Crítica. Análise. Prisão provisória.

CRITICAL REFLECTION TO THE INSTITUTE OF CUSTODY HEARINGS IN THE LIGHT OF STF JURISPRUDENCE

ABSTRACT: This article aims to critically analyze Constitutional Claims n. 24,536 / AM, n. 26.053 / PI, n. 31.067 / MG, n. 27,757 / SC, in the light of the constitutional institute for the custody hearing. To this end, the aforementioned constitutional complaints were used, as well as ADPF no. 347 / DF. Not only the criticism will be the object of this article, but also the social contours of the decisions under review, making, therefore, a critical overview of the judicial structure in the light of ADPF n. 347 / DF (Unconstitutional State of Things). This work proposes a reflexive criticism, in the sense of defending the institute as a way of containing arbitrariness in the context of provisional detention in Brazil.

Keywords: Custody hearing. Criticism. Analyze. Provisional arrest.

INTRODUÇÃO

Em fevereiro do ano de 2015, o Conselho Nacional de Justiça (CNJ), em parceria com o Ministério da Justiça e com o Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo (TJ-SP),

¹ Bacharel em Direito pelo UniCEUB, Especialização em Direito Penal e Processual Penal, pelo Instituto Brasiliense de Direito Público (IDP). Email: eduardoelam@hotmail.com

lançou o projeto “Audiências de custódia”², com inspiração em pactos e em tratados internacionais ratificados pelo Brasil, como o Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos (BRASIL, 1992) e a Convenção Interamericana de Direitos Humanos (BRASIL, 1969), conhecida como Pacto de San Jose da Costa Rica.

Referido projeto buscou supedâneo fático nos supracitados documentos internacionais e foi implementado por força da Resolução n. 213, de 15 de dezembro de 2015, do Conselho Nacional de Justiça (BRASIL, 2015a), à época sob a Presidência do Ministro Ricardo Lewandowski.

Como regra, a pessoa presa deve ser conduzida, em um prazo de até 24 horas, à autoridade judiciária competente, que avaliará a legalidade da prisão. Diga-se, por oportuno, que o instituto da audiência de custódia encontra fundamento constitucional no art. 5º, inciso LXII, CF/88, que é clara: “A prisão de qualquer pessoa deve ser comunicada imediatamente ao juiz competente” (BRASIL, 1988).

Após cinco anos de ser implementado em nível nacional, ainda há muitos problemas para a execução do projeto em todas as comarcas e, sobretudo, problemas em relação ao respeito às finalidades da audiência de custódia. Tais descumprimentos podem ser observados em análise de casos levados ao Supremo Tribunal Federal, como, por exemplo, nas Reclamações n. 24.536/AM, n. 26.053/PI, n. 31.067/MG e n. 27.757/SC, o que contraria a decisão paradigma, exarada na ADPF n. 347/DF (Estado Inconstitucional de Coisas), do Rel. Min. Marco Aurélio, de 9 setembro de 2015.

O presente trabalho tem por objetivo analisar esses casos, no sentido de investigar as causas do descumprimento dos preceitos definidos pelo próprio STF como fundamentais, no âmbito das audiências de custódia, para a análise de legalidade da prisão e para a discussão das possibilidades de prevenção e de combate à tortura no Brasil.

Assim, este trabalho subdivide-se em três momentos. No primeiro, será feita uma abordagem crítica-analítica das reclamações constitucionais citadas, objeto da delimitação temática aqui proposta.

Em momento posterior, a pesquisa fará um breve esboço analítico, tendo como norte o instituto das audiências de custódia à luz dos Direitos Humanos.

Por fim, será apresentado um apanhado crítico da ADPF n. 347/DF (Estado Inconstitucional de Coisas).

² BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. **Resolução n. 213**, de 15 de dezembro de 2015.

1 BREVE HISTÓRICO DA ADPF N. 347/DF

As quatro reclamações constitucionais ajuizadas frente ao Supremo Tribunal Federal, objetos do presente trabalho, versam sobre a mesma problemática. As causas de pedir em ambas retroagem, a fim de alcançar a decisão paradigma, qual seja, a tese firmada pela ADPF n. 347/DF, ajuizada pelo Partido Socialismo e Liberdade (PSOL), em que se firmou entendimento da obrigatoriedade de se apresentar a pessoa privada de liberdade em até 24 horas ao juiz competente, para este decidir sobre tal prisão (BRASIL, 2015b). Nada obstante em relação ao afirmado, poder-se-ia perguntar oportunamente se a tese firmada na ADPF n. 347/DF já prenuncia o reconhecimento do Estado Inconstitucional de Coisas e se já estaria em curso, por meio do instituto da audiência de custódia, um panorama constitucional das prisões. Uma resposta possível a essa indagação encerra-se na atual possibilidade de um controle jurisdicional pré-processual, ante a manutenção da segregação cautelar, para posterior controle jurisdicional, sem, no entanto, ater-se a qualquer aferição prévia das condições pessoais e das circunstâncias jurídicas da prisão em flagrante.

A partir dessa constatação, é possível vislumbrar-se um panorama constitucional da prisão. Esse controle exercido aprioristicamente pela autoridade judiciária se amolda ao texto constitucional de 1988 (art. 5º, inciso LXII) e ao Pacto de Direitos Civis e Políticos das Nações Unidas (Brasil, 1992, art. 9º, item 3).

Ponto central quando se vislumbra um prisma constitucional da prisão é o fundamento constitucional de que a liberdade é a regra. E a segregação, ainda que cautelar, é a exceção, tendo o Estado o poder-dever de readequar toda a sistematização penal, a fim de conferir tratamento constitucional ao encarceramento em massa.

O texto constitucional, no sentido de proteção à liberdade, é claro. E encerra em si a regra, quando se extrai do texto, no sentido de garantir a não privação de liberdade enquanto durar o devido processo legal, corroborado pela presunção de não culpabilidade até sobrevir sentença penal condenatória.

2 RECLAMAÇÃO CONSTITUCIONAL N. 26.053/PI – CRÍTICA I

A Reclamação Constitucional n. 26.053/PI (BRASIL, 2016d) apresenta como objeto da demanda constitucional a suspensão das audiências de custódia durante o recesso natalino no estado do Piauí. O Presidente do Tribunal de Justiça do Estado do Piauí e o Corregedor de Justiça, em ato conjunto, exararam o Provimento Conjunto n. 13, de 13 de dezembro de 2016, que assim dispõe: “Suspender, em caráter excepcional, a realização das audiências de custódia no período de 17 de dezembro de 2016 a 8 de janeiro de 2017” (BRASIL, 2016c).

Logo, percebe-se não só o descaso do Poder Judiciário para com as pessoas privadas de liberdade, mas também fica evidente o quanto o sistema de justiça penal está envolto em inconstitucionalidades. O que mais deveria importar em um sistema constitucional normal é o direito fundamental à liberdade, em especial das pessoas privadas de tal direito. Com esse nível de preocupação das autoridades em relação à massa excluída e impopular da sociedade, o prisma constitucional da prisão torna-se mais longínquo, uma vez que é incontestável país afora, salvo raríssimas exceções, que tudo funciona igual.

Referida reclamação, sob a relatoria do Ministro Edson Fachin, indica o fundamento do instituto das audiências de custódia, a saber:

Tal ato normativo, além de desrespeitar a autoridade de decisão proferida na ADPF nº 347, compromete a observância dos artigos 9.3 do Pacto dos Direitos Civis e Políticos (ONU) e 7.5 da Convenção Interamericana sobre os Direitos Humanos (OEA).³

Resta, portanto, incontestável a violação dos dispositivos mencionados acima. Não obstante, violado dispositivo constitucional, esculpido no art. 5º, inciso LXII, CF/88, reza que: “A prisão de qualquer pessoa e o local onde se encontre serão comunicados imediatamente ao juiz competente e a família do preso ou a pessoa por ele indicada” (BRASIL, 1988).

Embora afirme-se que o instituto da audiência de custódia encontra fundamento no Pacto de Direitos Civis e Políticos e no Pacto de San Jose da Costa Rica, internalizados pelos Decretos n. 678/92 e n. 592/92, com força supralegal, tem-se a convicção de que o

³ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Medida Cautelar na Reclamação Constitucional n. 26.053/PI**. Relator: Ministro Edson Fachin. 20 de dezembro de 2016.

fundamento do instituto advém, também, da Carta da República de 1988, que está no topo da hierarquia das leis no Brasil.

Em brevíssima síntese, a Reclamação n. 26.053/PI buscava, em caráter liminar, suspender os efeitos do Provimento do TJ-PI, que ordenou a suspensão da realização das audiências de custódia na comarca de Teresina, no período natalino, pleito este que foi de pronto deferido pelo STF, em sede de medida cautelar. Chama a atenção o fato de o relator remeter-se à ADPF n. 347/DF, a fim de esposar o já decidido, qual seja: que, a partir do julgado, que reconhece o Estado Inconstitucional de Coisas do sistema penitenciário brasileiro, o prazo para a apresentação da pessoa presa ocorre em no máximo 24 horas, contadas a partir da prisão. Mesmo implementado, o instituto não garante a celeridade dessa apresentação, que pode se estender para muito além dessas 24 horas. A falta de pessoal especializado e a logística para as audiências também dificultam essa apresentação à autoridade judicial, restando prazo peremptório à tomada das providências cabíveis do Estado, o que, na melhor sorte, deve levar a um incremento na sistemática das audiências.

É possível afirmar que o sistema não padece de um mal em si. Ele pode e deve ser, dia após dia, pensado e aperfeiçoado, a fim de se excluir a peça mal encaixada e de encaixar-se outras no seu lugar. Dessa forma, constata-se e enfrenta-se possíveis e aceitáveis problemas sistemáticos, desde que eles não fujam ao controle do que se pretende, como é o caso da não realização das audiências de custódia.

O papel das audiências de custódia, em ditos encaixes, é o reconhecimento da legitimidade do instituto pelos atores incumbidos da persecução penal, visto que, para a plena implementação, demandar-se-á esforços no sentido de uma grande e rigorosa articulação, a fim de concretização plena do instituto. Nesse sentido, Luiz Flavio Gomes e Valério de Oliveira Mazzuoli (2010, p. 33) entendem que:

Não somente por disposições legislativas podem os direitos previstos na Convenção Americana restar protegidos, senão também por medidas “de outra natureza”. Tal significa que o propósito da Convenção é a proteção da pessoa, não importando se por lei ou outra medida estatal qualquer (v.g., um ato do Poder Executivo ou do Judiciário etc.) Os Estados têm o dever de tomar todas as medidas necessárias, a fim de evitar que um direito não seja eficazmente protegido.⁴

⁴ GOMES, Luiz Flávio; MAZZUOLI, Valério de Oliveira. **Comentários à Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de San José da Costa Rica)**. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

Apesar das críticas que o instituto gera na sociedade, os números revelam um controle maior do uso da prisão preventiva e do controle da alegação de violência policial no Brasil. Dados estatísticos atualizados em 31/12/2016, passados quase dois anos da institucionalização das audiências de custódia pelo CNJ, mostram a necessidade do instituto: Total de audiências realizadas: 174.242; conversão do flagrante em prisão preventiva: 93.734 (53%); concessão de liberdade provisória: 80.508 (47%); alegação de violência policial: 8.300 (5%) (OLIVEIRA, 2017, p. 90)⁵.

Resta claro que ao menos duas finalidades do instituto vêm sendo alcançadas: readequar o processo penal ao prisma dos direitos e das garantias fundamentais, e, não obstante, o contato físico do juiz com o preso, o que propicia uma redução do uso da prisão provisória e um maior controle da violência estatal.

3 RECLAMAÇÃO CONSTITUCIONAL N. 24.536/AM – CRÍTICA II

A Reclamação n. 24.536/AM (BRASIL, 2016b) insurge contra ato do juiz auditor da 12ª Circunscrição Judiciária Militar em Manaus/AM, em razão da não realização da audiência de custódia. É importante transcrever trecho da ADPF n. 347/DF, da lavra do Ministro Marco Aurélio, que assim sintetiza a pretensão constitucional:

CUSTODIADO – INTEGRIDADE FÍSICA E MORAL – SISTEMA PENITENCIÁRIO – ARGUIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL – ADEQUAÇÃO. Cabível é a arguição de descumprimento de preceito fundamental considerada a situação degradante das penitenciárias no Brasil. **SISTEMA PENITENCIÁRIO NACIONAL – SUPERLOTAÇÃO CARCERÁRIA – CONDIÇÕES DESUMANAS DE CUSTÓDIA – VIOLAÇÃO MASSIVA DE DIREITOS FUNDAMENTAIS – FALHAS ESTRUTURAIS – ESTADO DE COISAS INCONSTITUCIONAL – CONFIGURAÇÃO.** Presente quadro de violação massiva e persistente de direitos fundamentais, decorrente de falhas estruturais e falência de políticas públicas e cuja modificação depende de medidas abrangentes de natureza normativa, administrativa e orçamentária, deve o sistema penitenciário nacional ser caracterizado como “estado de coisas inconstitucional”. **FUNDO PENITENCIÁRIO NACIONAL – VERBAS CONTINGENCIAMENTO.** Ante a situação precária das penitenciárias, o interesse público direciona à liberação das verbas do Fundo Penitenciário Nacional. **AUDIÊNCIA DE CUSTÓDIA – OBSERVÂNCIA OBRIGATÓRIA. Estão obrigados juízes e**

⁵ OLIVEIRA, Jorge Falcão Marques de. **A implementação da audiência de custódia no Brasil e as consequências jurídicas da sua não realização.** 2017. Dissertação (Mestrado em Desenvolvimento no Estado Democrático de Direito) - Faculdade de Direito de Ribeirão Preto, Universidade de São Paulo, Ribeirão Preto, 2017.

tribunais, observados os artigos 9.3 do Pacto dos Direitos Civis e Políticos e 7.5 da Convenção Interamericana de Direitos Humanos, a realizarem, em até noventa dias, audiências de custódia, viabilizando o comparecimento do preso perante a autoridade judiciária no prazo máximo de 24 horas, contado do momento da prisão. (ADPF 347 MC, Rel. Min. MARCO AURÉLIO, Tribunal Pleno, julgado em 09.09.2015, grifo nosso) (BRASIL, 2015b, p. 3).

Em outro trecho dessa reclamação, afirma o relator, o Ministro Edson Fachin, ser a realização da audiência de custódia direito subjetivo do preso (BRASIL, 2015b). Contrário a isso, fundamento maior é trazido pela Carta de 1988, nada obstante em relação aos diplomas estrangeiros já devidamente internalizados e ratificados pelo Brasil. Conclui-se, assim, tratar-se de direito objetivo da pessoa privada de liberdade, uma vez que o mandamento constitucional se insere no capítulo dos direitos e das garantias fundamentais. Pode-se perguntar, por oportuno, como uma garantia fundamental da pessoa privada de liberdade não configura direito objetivo, já que o mandamento constitucional goza de eficácia plena, o que é corroborado pelo art. 5º, § 1º, do texto constitucional, que diz: “As normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata” (BRASIL, 1988).

Se fosse direito subjetivo, o preso poderia renunciar ao direito à audiência de custódia, o que o ordenamento jurídico e a sistemática do instituto não permitem.

O subjetivismo da norma encontra guarida no ordenamento, quando não cogente, ou seja, quando não é uma garantia fundamental, e sim um juízo de conveniência e oportunidade processual, o que, com clareza, não pode ser visto, tratando-se de garantia que goza de fundamentalidade e de imediatidade.

Sustenta o autor da reclamação que a não realização da audiência de custódia viola o Pacto de San Jose da Costa Rica, e, não obstante, como já decidido na ADPF n. 347 MC/DF, pleiteia, por oportuno, a nulidade da segregação (BRASIL, 2015b).

Referenciado na decisão paradigma exarada pelo Supremo Tribunal Federal na ADPF n. 347/DF, o Min. Rel. Edson Fachin decide dar provimento à reclamação, determinando ao juízo *a quo* que realize a audiência em até 24 horas, nos termos do já decidido pela Corte, no bojo da ADPF n. 347/DF (BRASIL, 2015b).

Um ponto é comum a todas as reclamações em comento: a não realização da audiência de custódia em até 24 horas. Merece destaque a Reclamação do Estado do Amazonas, pois a segregação indevida se deu com um agente público militar, e não com

um civil, como nas demais reclamações aqui discutidas. Note-se que o descumprimento do instituto permeia toda a seara da persecução penal, e não atinge apenas a clientela preferencial do sistema punitivo.

O instituto da custódia percorre ao menos três vias constitucionais. No tocante à prisão, a retirada do controle da legalidade da autoridade policial – que, diga-se de passagem, até a implementação das audiências de custódia, lhe incumbia o mencionado controle, o qual era exercido sem amparo constitucional – proporcionou ao preso o contraditório e a ampla defesa, ainda que pré-processuais, e trouxe à autoridade judiciária o controle do abuso de autoridade e, como consequência, o combate à tortura e aos maus-tratos, quando da efetivação do flagrante delito.

Outro aspecto relevante legitimador do instituto da audiência de custódia refere-se à superação, ainda que embrionária, da sistemática inquisitiva do processo penal. Tal sistematização faz, às vezes, emergir a sistemática acusatória, uma vez que o instituto visa resguardar direitos e garantias fundamentais do acusado. Para isso, retira parcela da carga probatória do juiz prevento da fase de inquérito. Indubitavelmente, essa gestão, ainda que minimamente compartilhada da prova, evita prisões desnecessárias no curso processual. Assim, alcança-se o tão almejado processo penal constitucional, o que corrobora para a regra do *status libertatis* do acusado.

4 RECLAMAÇÃO CONSTITUCIONAL N. 27.757/SC – CRÍTICA III

É certo que, em todas as reclamações constitucionais ajuizadas ao Supremo Tribunal Federal, a controvérsia é a mesma, qual seja, a conversão do flagrante delito em medida de segregação cautelar, sem o crivo constitucional da audiência de custódia. O mesmo ocorre no terceiro caso, que é a Reclamação n. 27.757/SC (BRASIL, 2017a).

Ajuizada pela Defensoria Pública do Estado de Santa Catarina, que alega, em síntese, o descumprimento de norma, por parte do juízo da Unidade de Apuração de Crimes praticados por Organizações Criminosas da Comarca da Capital/SC, que convertera o flagrante (presumido) em segregação preventiva sem a realização da audiência de apresentação. De relatoria do Ministro Gilmar Mendes, a reclamação determinou a apresentação do custodiado em até 24 horas, contadas da notificação da decisão (BRASIL, 2017a).

Nota-se que estamos diante de descumprimento de instituto de direito constitucional, uma vez que a via eleita para dirimir tal pleito foi a reclamação constitucional (BRASIL, 1988, art. 103-A). Quanto a isso, o mandamento da Carta da República é claro: “A prisão de qualquer pessoa e o local onde se encontre serão comunicados imediatamente ao juiz competente [...]” (BRASIL, 1988, art. 5º, inciso LXII). Diante disso, é possível concluir que, sem a apresentação imediata do preso em flagrante à autoridade judiciária, é impossível realizar um juízo eloquente da legalidade da prisão, o que confere ao instituto da audiência de custódia alta carga de constitucionalidade. É dizer: é norma de eficácia plena.

A conjugação constitucional dos mencionados incisos, esculpidos no rol de direitos e garantias fundamentais, só é possível com o respeito e com a observância ao instituto de audiências de custódia. Do contrário, é tornar letra morta o texto constitucional, não sem antes ultrajar os mencionados incisos constitucionais, que se complementam homogeneamente, pois um dá causa ao outro.

Diante do exposto, afirma-se que o instituto da audiência de custódia encontra indubitavelmente suporte fático constitucional. No âmbito formal, extrai-se do próprio texto magno; e, no âmbito material, está posto como supedâneo fático do Estado Democrático de Direito. Assim, materializa-se o texto constitucional à medida que se implementa o instituto em comento. Dessa forma, é obrigatória a observância a tal instituto por todos os atores do Judiciário.

Não sendo possível, deve-se aplicar um juízo discricionário, por parte das diversas autoridades incumbidas da persecução penal, quando da escolha conveniente pela realização da audiência de custódia. Isso conduz a uma segregação ilegal. Assim, deve-se impetrar ordem de *habeas corpus*, para só então ensejar a devida realização do controle flagrancial. Em outras palavras, a mera não realização da audiência de custódia já torna a prisão ilegal e deve o custodiado ser posto em liberdade até a audiência de custódia ou passar por ela de imediato. Esse é o panorama constitucional da prisão em flagrante.

A ADPF n. 347/DF (BRASIL, 2015b) torna o instituto da audiência de custódia obrigatório. E, se não fosse no Brasil, nem precisaria de tal imposição da corte suprema do país, pois, como já afirmado neste trabalho, o instituto goza de constitucionalidade. Isso está com clarividência tipificado no texto constitucional. Note-se que os tratados de San Jose da Costa Rica e o Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos que

internalizaram o instituto após ser ratificado têm força equiparada às emendas constitucionais, pois ambos os diplomas versam sobre direitos humanos. No entanto, uma emenda ao texto e o núcleo de fundamentalidade do texto são definições diferentes. Portanto, a Constituição da República (BRASIL, 1988) teria preferência quanto a essa observância, pois encontra-se no topo da hierarquia legal e, inclusive, por já dispor de dispositivo similar aos internalizados pelos diplomas legais.

Ao que parece, a Resolução n. 213/2015, do Conselho Nacional de Justiça (BRASIL, 2015a), buscou tão somente a publicidade do instituto da audiência de custódia, pois, como já exposto, ele existe desde a promulgação do texto constitucional. O que não havia era uma legislação que o instituísse e lhe oferecesse suporte prático, visto que o suporte constitucional é indubitável.

Nessa esteira, é possível inferir que o panorama constitucional dos direitos dos presos e apenados é extraído da ADPF n. 347/DF (Estado Inconstitucional de Coisas) (BRASIL, 2015b), mas não só dela. É crível deduzir que a superlotação carcerária é objeto do instituto das audiências de custódia, que visa, a um só passo, controlar a legalidade das prisões, como evitar o estrangulamento carcerário, ainda mais na atualidade, em que as facções criminosas comandam as cadeias. Faz-se urgente, dessa forma, uma triagem minuciosa dos futuros presos, sendo certa a segregação carcerária medida excepcional, visto a maioria dos crimes não ter violência ou não ter grave ameaça à pessoa, quando não famélicos. Caracteriza-se, portanto, o mencionado instituto como política pública penitenciária, e não somente como uma medida processual.

5 RECLAMAÇÃO CONSTITUCIONAL N. 31.067/MG – CRÍTICA IV

Na reclamação mineira (BRASIL, 2019), logo nas primeiras linhas da decisão, afirma o relator, o Ministro Edson Fachin, que a Primeira Vara Criminal da comarca de Sete Lagoas/MG ignorou a realização da audiência de custódia.

Em outro trecho da decisão, afirma o relator não ser possível a concessão do relaxamento imediato da prisão, como explica com clareza:

Por fim, consigno que, ao contrário da explicação do STJ, ao meu sentir, a conversão da prisão em flagrante em preventiva não prejudica a alegação em apreço. Isso porque, desde o início, o impetrante rechaça a validade da prisão preventiva em razão da inobservância de norma

cogente que compreende indispensável à legitimação e validade da formação do ato construtivo e cujos efeitos permaneceram acometendo o estado de liberdade do paciente. Outrossim, inexistente notícia de que o paciente tenha comparecido pessoalmente em juízo, circunstância apta a alcançar a finalidade perseguida pela audiência de apresentação. Não há por tanto, alteração do quadro processual a induzir prejudicialidade. Não se trata, nessa perspectiva, de reduzir a audiência de apresentação a ato direcionado à enunciação meramente formal da observância procedimental da prisão em flagrante. **Ao contrário, a presença pessoal do preso tem como supedâneo otimizar, sob a ótica dos direitos fundamentais, a avaliação judicial quanto as providências descritas no art. 310 do Código de Processo Penal, de modo que conversão da prisão em flagrante em preventiva sem tal proceder traduz a irregularidade da decisão proferida.** Por outro lado, a aferição da ilegalidade não acarreta imediata soltura, tendo em vista que o juízo de necessidade e adequação de eventuais medidas cautelares gravosas consubstancia tema a ser enfrentado, originariamente, pelo juiz natural (HC 133.992, Min. Edson Fachin, Primeira Turma, julgado em 11.10.2016, grifo nosso). (BRASIL, 2019, p. 3-4)⁶.

A partir desse fragmento, é possível tecer algumas críticas. O Ministro Relator deixa claro, na passagem grifada, que a não realização da audiência de custódia em até 24 horas configura clara irregularidade, pois a finalidade da apresentação tem natureza constitucional, ao passo que afirma tratar-se de juízo que amplia a ótica da incidência de direitos fundamentais aos custodiados. É dizer que, uma vez não realizada a audiência de apresentação, que é de observância cogente, e não só isso, tem o escopo de auferir a legalidade da prisão em flagrante e fazer incidir direitos e garantias fundamentais. Daí é possível afirmar a legitimidade do relaxamento da prisão, ainda que este juízo de cognição fique a cargo do juiz natural, a um só tempo, viabilizou a implementação das audiências de apresentação, ao passo que o reconhecimento dos direitos fundamentais da carta maior seria viabilizado.

A reclamação constitucional data de 2019, ou seja, quatro anos depois da decisão paradigma que torna obrigatória as audiências de custódia, ADPF n. 347/DF, de 2015⁷. Ressalta-se que, na mencionada ADPF, fora dado prazo de 90 dias para a implementação do instituto. E o que vemos é que, passados 4 anos, ainda não foram implementadas as audiências de custódia em muitas comarcas brasileiras.

⁶ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Reclamação Constitucional nº 31.067/MG**. Relator: Ministro Edson Fachin. 22 de maio de 2019.

⁷ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 347 MC/DF**. Relator: Ministro Marco Aurélio. 9 de setembro de 2015.

6 BREVE ESBOÇO DO INSTITUTO DA CUSTÓDIA À LUZ DOS DIREITOS HUMANOS

Ao sair da crítica *stricto sensu*, propriamente dita, como as feitas em relação às reclamações constitucionais, passa-se a uma crítica *lato sensu*, em que será lançada luz ao instituto das audiências de custódia como um todo, analisando nuances ainda pouco debatidas.

Nota-se, por exemplo, que o estado de São Paulo, desde fevereiro de 2015, já vinha implementando as audiências de apresentação, por meio do Provimento Conjunto n. 3/2015, da Presidência do Tribunal de Justiça de São Paulo e da Corregedoria-Geral de Justiça do Estado de São Paulo (BRASIL, 2015c). É dizer, ainda que tardiamente, os Diplomas Supralegais ratificados pelo estado brasileiro, e nada obstante o já decidido liminarmente na ADPF n. 347/DF – dito expediente legal, ou supralegal, ou, melhor ainda, constitucional –, foram objeto de impugnação frente ao Supremo Tribunal Federal, por meio da Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 5.240/SP, oposta pela Associação dos Delegados de Polícia do Brasil. Afirmar que quem faz a prisão quer decidir pela legalidade dela parece contraditório e antijurídico, para não dizer inconstitucional. Dito isso, na inicial da citada ADI, reclamava a classe que o instituto de custódia carecia de previsão normativa ordinária que conferisse ao instituto legitimidade, e ainda arguia que só a União poderia legislar sobre matéria processual penal. Diante disso, uma pergunta é cabível: o Pacto de Direitos Civis e Políticos (PIDCP) fora recepcionado pelo Estado brasileiro pelo Decreto n. 592, de 6 de julho de 1992, e como tal providência do egrégio TJ-SP poderia padecer de supedâneo legislativo?

Na Carta da República consta tal supedâneo legislativo, e assim diz o já mencionado art. 5º, inciso LXII: “A prisão de qualquer pessoa e o local onde se encontre serão comunicados imediatamente ao juiz competente e à família do preso ou à pessoa por ele indicada” (BRASIL, 1988).

Tal dispositivo constitucional não demanda muitos esforços interpretativos. Com isso, afirma-se que o instituto das audiências de custódia é consectário lógico da Carta da República. Portanto, fazem exatos 32 anos de sua legitimação jurídico-político.

Quando a Constituição da República traz no texto o já exaustivamente mencionado dispositivo fixado no art. 5º, inciso LXII, capítulo I, Dos direitos e das

garantias fundamentais, fica claro que os direitos ali elencados são normas de direitos humanos, referências para o convívio social e democrático (BRASIL, 1988).

Nesse sentido, resume, com clareza, Robert Alexy (2014, p. 94), de que se trata de direitos humanos em imersão social:

[...] Os direitos humanos são definidos por cinco características. A primeira é a sua universalidade. Todo ser humano enquanto ser humano é portador ou possuidor de direitos humanos [...] A segunda característica dos direitos humanos é o caráter fundamental do seu objeto. Os direitos humanos não protegem todas as fontes e condições imagináveis do bem-estar, mas somente interesses e necessidades fundamentais. A terceira característica diz respeito ao objeto dos direitos humanos. É a abstração. Pode-se rapidamente concordar que todos possuem um direito à saúde, mas sobre o que isso significa em um caso concreto pode ocorrer uma longa disputa. A quarta e quinta característica não dizem respeito aos portadores, aos destinatários e nem ao objeto dos direitos humanos, mas sim à validade. Os direitos humanos possuem, enquanto tais, somente uma validade moral. A quarta característica dos direitos humanos é, assim, seu caráter moral. Um direito vale moralmente se ele pode ser justificado em relação a todo aquele que admite uma fundamentação racional. A validade dos direitos humanos é a sua existência. A existência dos direitos humanos consiste, por essa razão, em sua fundamentalidade e nada mais.⁸

Por certo, há uma indagação que deve ser analisada friamente. Existe uma retórica difusa no ambiente jurídico-penal desencarceradora. Há uma crise carcerária, e não é de hoje. Logo, a razão legislativa do instituto da custódia deve ser encarada como mecanismo de defesa pré-processual, garantidora de direitos humanos, dos direitos fundamentais do indivíduo privado de liberdade.

7 APANHADO CRÍTICO DA ADPF N. 347/DF (ESTADO INCONSTITUCIONAL DE COISAS)

Ao iniciar a “análise crítica” da ADPF n. 347, ajuizada pelo Partido Socialismo e Liberdade – PSOL perante a Suprema Corte Brasileira, alguns esclarecimentos são necessários.

Na página 2 da peça inicial, o autor intitula como “dantesca” a situação dos cárceres brasileiros e reconhece que nem todos são iguais (BRASIL, 2015b). A partir de

⁸ ALEXY, Robert. **Teoria discursiva do direito**. Organização, tradução e estudo introdutório de Alexandre Travessoni Gomes Trivisonno. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2014.

tal afirmação, é possível inaugurar um diálogo franco com o chamado “Estado de Coisas Inconstitucional”, objeto da ADPF mencionada. De pronto, pergunta-se: onde estão as prisões brasileiras em melhores condições? E por que estão em melhores condições?

É possível concluir que a legalidade, em sentido *lato sensu*, em alguma medida, está sendo observada. No entanto, é consectário lógico dessa afirmação que a falha não é sistêmica, e sim de peças do sistema. O sistema penal é complexo e heterogêneo. E é senso comum que a observância sistemática da lei em sentido *lato sensu* é minimamente eficaz, a fim de reedificar não só as prisões, mas também os atores envolvidos na persecução prisional, muito pelo poder-dever de *backup* a que é possível de se chegar para readequar práticas administrativas e extirpar outras. É claro que este é um parecer apriorístico, e não conclusivo.

Quando se chega a essa conclusão, percebe-se que o correto manejo do conjunto de leis e de políticas públicas oferece um razoável caminho a ser percorrido intrinsecamente pelo sistema de persecução penal, o qual deve ser analisado pelo plano horizontal da política encarceradora, que é: ser um meio, e não um fim em si mesmo, reedificando minimamente o apenado. É, em suma, afirmar: mudemos as práticas dos atores, e não o sistema como um todo; busquemos aperfeiçoá-lo.

Em outra passagem da petição (BRASIL, 2015b), na qual o autor dá nome aos males do cárcere, faz-se referência à cumplicidade do Poder Público no Estado de Coisas Inconstitucional, quando se reafirma a cumplicidade com facções criminosas que loteiam as cadeias brasileiras. Isso não é fenômeno novo. Há algumas décadas, o cárcere é loteado e hoje parece ser privativo das facções criminosas, pois, se agentes públicos disputam “lotes”, são facções também. Só existe legitimidade na persecução penal e no encarceramento com o intuito de obter a concretização da finalidade pública, a ressocialização.

Aspecto analítico relevante para a criminologia é abordado por meio de números, os quais deixam claro o estrato social predominante da massa carcerária. 51,3% dos presos possuem nível fundamental incompleto, segundo dados do Infopen (BRASIL, 2017b, p. 34). Dito isso, chama a atenção o fato de que presos com menos escolaridade, ou seja, analfabetos e alfabetizados, são minoria: apenas 3,4% e 5,8%, respectivamente (BRASIL, 2017b, p. 34).

A partir desses dados, discute-se o fato de a maior parcela da massa encarcerada no país possuir escolarização muito baixa. Ou seria isso mera coincidência? É nesse ponto da presente análise que o argumento de mera coincidência não é, de pronto, aceito. Assim, é possível a seguinte inferência: esta escolarização mínima teria criado uma visão ideológica superficial, capaz de criar no futuro apenas uma espécie de ressentimento que lhe permita concluir pela potencial falência das instituições, como escola, hospital, moradia, saneamento básico etc.

A partir dessa falência, é possível fazer um *link* com outro ponto incontroverso do sistema penal, que é a indiferença do Estado para com a massa carcerária. O Estado é de direitos difusos, que deve abarcar todos, ricos e pobres. No entanto, a falência das instituições conduz a coisas inconstitucionais, produto estatal.

Já o sistema de persecução penal demonstra certo vigor seletivamente recrudescido com a “ralé”, criada pela falência das instituições. O processo de criminalização inicia-se bem cedo. Em outras palavras: a falência das instituições alimenta o encarceramento brasileiro.

Imagine essa retroalimentação estatal que encarcera os desvalidos e os oferece tratamento animalesco. Há a imposição de pena que sequer é prevista no conjunto do ordenamento jurídico pátrio, não fosse um dos sustentáculos do sistema político. É possível concluir que o dito Estado de coisas inconstitucionais seria tragado pela onda da vergonha estatal. Sem falar na ressocialização do preso, que tornar-se-á impossível. Neste momento, é notório que a única finalidade do cárcere refere-se ao processo de deslegitimação do “sistema”, o que já levou há tempos ao Estado Inconstitucional de Coisas.

Corrobora com esses argumentos o número de presos provisórios, que é de 32,39% (BRASIL, 2017b, p. 8). O manejo da prisão preventiva parece ser padrão quando se trata dos desvalidos, e convenientemente interpretado pelo magistrado quando, a muito custo, chega à persecução penal um indivíduo que diverge do padrão construído pelo sistema, nas palavras de Vera Andrade (2006, p. 171): “[...] E não pode porque sua função real é construir seletivamente a criminalidade e a função real da prisão é fabricar os criminosos”.

Caminhando na análise da petição inicial, é feita uma menção aos direitos fundamentais das minorias. Logo indaga-se acerca do papel contra majoritário, não só da

Suprema Corte, que tem obrigação moral quanto à observância desse relevante papel, mas também convocando a prestar tal serviço os juízes e tribunais. Como esses atores poderiam abster-se de desempenhar esse papel sem, minimamente, comprometer-se moralmente com a causa do sistema penal? É de comprovada obviedade a omissão, para dizer o mínimo, estatal e, principalmente, do Poder Judiciário, por ser este o responsável pela tomada de decisões a contento do próprio sistema.

Dentre os muitos papéis do Poder Judiciário, encontra-se o de contra majoritário. Justo aí reside a altivez, o poder-dever de zelar pelos direitos das minorias. Daí extrai-se a fundamentalidade dos direitos, ainda mais quando se trata de direitos “fundamentais” das minorias.

É direito fundamental porque é de minorias, de quem tem menos, de quem é impopular, repugnado pela sociedade, como os apenados, mas ainda assim tem direitos. Daí percebe-se a relevância dos mutirões carcerários, sem olvidar que são possíveis por meio de articulações e de esforços de alguns atores do sistema de persecução penal, que acabam desempenhando uma tarefa contra majoritário, não sendo incomuns críticas de parcela da sociedade.

Outro ponto discutido na petição (BRASIL, 2015b) diz respeito ao aspecto jurídico legal do cabimento do instituto do Estado Inconstitucional de Coisas frente ao ordenamento jurídico brasileiro. E remete o autor ao direito comparado, o que não seria necessário por um motivo simples: o conjunto de normas – constitucionais, infraconstitucionais e administrativas – traz no bojo mandamentos, regras de conduta de observância necessárias para a funcionalidade do Estado de Direito. E esse conjunto de normas não está sendo observado, salvo raras exceções, e de direitos se trate. Então, o instituto é compatível com o sistema jurídico-constitucional. Se não fosse compatível com o ordenamento pátrio, estar-se-ia legitimando o produto inconstitucional do Estado.

Assim, volta-se à discussão da importância do papel contra majoritário do Poder Judiciário, quando o dever é garantir direitos fundamentais de minorias. Nota-se que, agora, ele é minoria frente aos outros poderes, que também devem participar da reestruturação do Estado Inconstitucional. Não se vislumbra indevida interferência na necessária independência e harmonia entre os poderes constituídos. O objetivo claro é superar o produto inconstitucional do Estado. Em outras palavras, é reconhecer a

inconstitucionalidade das coisas, mais precisamente do sistema de persecução penal, e o gerenciamento forçado das medidas impostas para a readequação do sistema.

O sistema de harmonia não se vislumbra comprometido por motivo óbvio. Todos os poderes almejam o Estado Constitucional de Coisas, o que impõe dever ético de superação do Estado Inconstitucional, sendo tão somente a Suprema Corte o exegeta originário da Constituição.

A superação se dará pela interação entre os poderes, por meio de diálogo institucional e de cooperação constitucional, ou seja, os atores estarão em contato constante, a fim de exercer o *check and balances*, de extrema necessidade entre os poderes da República. Não obstante as interações estatais, se faz necessária a interação com a sociedade civil, ou seja, dar ouvidos aos que diretamente são afetados pelas coisas inconstitucionais: aos próprios apenados, por meio de alguma associação de ex-detentos, por exemplo, e/ou de parentes de apenados, APACS, associações comunitárias, pastoral carcerária, dentre outros atores sociais.

A superação do Estado Inconstitucional se vislumbra possível. O instrumento jurídico da ADPF n. 347 é meio idôneo para o desencadeamento do processo de reversão por meio da Suprema Corte, que, por sua vez, usaria legitimamente e constitucionalmente o poder-dever de coercitividade. Isso impulsionaria a necessária interação entre os poderes, com fiscalização rigorosa intra-poderes, para trazer a si a gerência da superação do estado de coisas, dando ampla publicidade de todos os atos praticados. Em outras palavras, a superação do Estado Inconstitucional significa a ruptura com o Brasil Colônia.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Destaca-se a fundamentalidade do instituto constitucional da audiência de custódia, a fim de conferir maior garantia à pessoa privada do direito fundamental à liberdade. E extrai-se do texto constitucional o fundamento de validade, nada obstante os diplomas supralegais. É um direito objetivo do custodiado ser apresentado com presteza à presença do juiz competente e, a partir desse prisma, desenvolver-se um sistema constitucional de persecução penal.

É possível afirmar que muito já foi feito com a implementação das audiências de custódia. No entanto, ainda está em curso a aplicação prática dos fundamentos de um sistema constitucional atinente ao encarceramento em massa e a consequente superação do Estado Inconstitucional do sistema punitivo. E, como analisado neste artigo, o descumprimento de realização das audiências de custódia se dá em toda a seara jurisdicional e abrange, inclusive, clientes não preferenciais do sistema de persecução penal brasileiro.

Desse modo, é necessária a união de esforços de todos os atores, não só do Judiciário, mas do conjunto da sociedade, no sentido do reconhecimento da legitimidade jurídico-constitucional do instituto, para ensejar a aplicação prática do sistema constitucional de persecução penal.

REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. **Teoria discursiva do direito**. Organização, tradução e estudo introdutório de Alexandre Travessoni Gomes Trivisonno. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2014.

ANDRADE, Vera Regina Pereira. Minimalismos, abolicionismos e eficientismo: a crise do sistema penal entre a deslegitimação e a expansão. **Revista Sequência**, n. 52, p. 163-182, jul. 2006. Disponível em:

<https://www.researchgate.net/publication/47426979_Minimalismos_abolucionismos_e_eficientismo_a_crise_do_sistema_penal_entre_a_deslegitimacao_e_a_expansao>.

Acesso em: 2 fev. 2020.

BARATTA, Alessandro. Princípios do direito penal mínimo para uma teoria dos direitos humanos como objeto e limite da lei penal. *Doctrina penal. Teoria e pratica em lãs ciências penais*. **Revista Doutrina Penal**, Buenos Aires, Argentina: Depalma, n. 10-40, p. 623-650. 1987. Disponível em:

https://www.academia.edu/8937504/alessandro_baratta_princ%C3%8Dpios_do_direito_penal_m%C3%8Dnimo_para_uma_teor%C3%8Dria_dos_direitos_humanos_como_objeto_e_limite_da_lei_penal_doctrina_penal_teor%C3%8Dria_e_pr%C3%8Dtica_em_l%C3%8Ds_ci%C3%8Dncias_penais Acesso em: 2 fev. 2020.

BATISTA, Nilo. **Introdução crítica ao direito penal brasileiro**. 5. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2001.

BRASIL. Decreto 678. **Promulgação da Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de São Jose da Costa Rica), de 22 de novembro de 1969**.

Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/D0678.htm>. Acesso em: 5 out. 2020.

_____. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Senado Federal. 1988. Disponível em:
<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 12 fev. 2020.

_____. **Decreto n. 592, de 6 de julho de 1992**. Disponível em:
<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/D0592.htm>. Acesso em: 5 out. 2020.

_____. Conselho Nacional de Justiça. **Resolução n. 213, de 15 de dezembro de 2015**. 2015a. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/dl/resolucao-audiencias-custodia-cnj.pdf>>. Acesso em: 7 ago. 2020.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 347 MC/DF**. Relator: Ministro Marco Aurélio. 9 de setembro de 2015b. Disponível em:
<<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10300665>>. Acesso em: 12 fev. 2020.

_____. Presidência do Tribunal de Justiça e Corregedoria Geral da Justiça. **Provimento Conjunto n. 03/2015**. 2015c. Disponível em:
<<http://www.tjsp.jus.br/Download/CanaisComunicacao/PlantaoJudiciario/Provimento-Conjunto-0003-2015.pdf>>. Acesso em: 5 out. 2020.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 5.240/SP**. 25 de março de 2015d. Disponível em:
<<https://www.jusbrasil.com.br/diarios/documentos/177573307/andamento-do-processo-n-5240-do-dia-30-03-2015-do-stf?ref=feed>>. Acesso em: 5 out. 2020.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Medida Cautelar na Reclamação Constitucional n. 26.053/PI**. Relator: Ministro Edson Fachin. 20 de dezembro de 2016a. Disponível em:
<<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoPeca.asp?id=311018328&tipoApp=.pdf>>. Acesso em: 12 fev. 2020.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Reclamação Constitucional n. 24.536/AM**. Relator: Ministro Edson Fachin. 30 de junho 2016b. Disponível em:
<<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoPeca.asp?id=309859738&tipoApp=.pdf>>. Acesso em: 12 fev. 2020.

_____. Tribunal de Justiça do Estado do Piauí e Corregedoria Geral da Justiça. **Provimento Conjunto n. 13, de 13 de dezembro de 2016**. 2016c. Disponível em:
<<http://www.tjpi.jus.br/corregedoria/uploads/atos/2439.pdf>>. Acesso em: 5 out. 2020.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Reclamação n. 26.053/PI**. Relator: Ministro Edson Fachin. 20 de dezembro de 2016d. Disponível em:
<<http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5113735>>. Acesso em: 5 out. 2020.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Medida Cautelar na Reclamação Constitucional n. 27.757/SC**. Relator: Ministro Gilmar Mendes. 16 de outubro de 2017a. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoPeca.asp?id=312309656&tipoApp=.pdf>>. Acesso em: 12 fev. 2020.

_____. Ministério da Justiça e Segurança Pública. **Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias**. Infopen. jun., 2017b. Disponível em: <<https://www.gov.br/depen/pt-br/sisdepen/mais-informacoes/relatorios-infopen/relatorios-sinteticos/infopen-jun-2017.pdf>>. Acesso em: 5 out. 2020.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Reclamação Constitucional n. 31.067/MG**. Relator: Ministro Edson Fachin. 22 de maio de 2019. Disponível em: <<http://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=15340248577&ext=.pdf>>. Acesso em: 12 fev. 2020.

FERREIRA, Carolina Costa. Audiências de custódia: instituto de descarcerização ou de reafirmação de estereótipos? | *Custody hearings: institute of downcarcerization or reaffirmation of stereotypes?*. **Revista Justiça do Direito**, maio/ago, v. 31, n. 2, 2017, p. 279-303. Disponível em: <<https://doi.org/10.5335/rjd.v31i2.7153>>. Acesso em: 27 mar. 2020.

GOMES, Luiz Flávio; MAZZUOLI, Valério de Oliveira. **Comentários à Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de San José da Costa Rica)**. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 33.

OLIVEIRA, Jorge Falcão Marques de. **A implementação da audiência de custódia no Brasil e as consequências jurídicas da sua não realização**. 2017. 236 f., Dissertação (Mestrado em Ciências - Área de Concentração: Desenvolvimento no Estado Democrático de Direito) - Faculdade de Direito de Ribeirão Preto da Universidade de São Paulo, Ribeirão Preto, 2017.

EXTRADIÇÃO MUTILADA DE DOIS ATOS O CASO CLAUDIA HOERIG

Alexandre Negreiros¹

RESUMO: O presente artigo tratou do tema da cooperação jurídica internacional em matéria penal com foco no direito da nacionalidade e nos pressupostos da extradição. O objetivo central do trabalho foi analisar o fundamento da decisão no julgamento da Extradição nº 1.462/STF a fim de responder à pergunta: Diante da vedação constitucional à extradição de brasileiro nato, teria o Supremo Tribunal Federal (STF) inovado no ordenamento jurídico pátrio ao permitir a extradição passiva da carioca Claudia Hoerig para os Estados Unidos da América? Adotou-se como metodologia de pesquisa o estudo do caso concreto utilizando os métodos de revisão bibliográfica da doutrina e de procedimento de análise do direito comparado e do conteúdo do processo nos tribunais superiores e instâncias administrativas. Os objetivos específicos do trabalho foram sistematizar a possibilidade de perda da nacionalidade originária em vista do decidido no acórdão que permitiu a medida de cooperação, descrever os requisitos extradicionais estabelecidos por lei e identificar se tais requisitos foram atendidos, considerando os procedimentos realizados pelas autoridades norte-americanas. Concluiu-se que o STF não inovou na extradição, mas renovou na perda da nacionalidade, sem saber de vício de procedimento na aquisição da nacionalidade derivada da extraditanda, que poderia ter impedido a declaração de perda da nacionalidade de origem.

Palavras-chave: Cooperação jurídica internacional em matéria penal. Brasileiro nato. Extradição passiva. Claudia Hoerig.

AN EXTRADITION IN TWO ACTS: The Maimed Case of Claudia Hoerig.

ABSTRACT: This article delved into the matter of international criminal cooperation with a view on nationality rights and the requirements of extradition. The main objective of this work was to analyze the legal grounds for the decision made in the Extradition n. 1,462/STF, in order to answer the following question: Considering the constitutional fence to the extradition of born Brazilians, has the Supreme Federal Court (STF) innovated in the national legal order by allowing the passive extradition of Brazilian-born Claudia Hoerig to the United States of America? The research methodology was the study of the actual case using the methods of bibliographic review of the doctrine and analysis of comparative law and the content of the case file in the higher courts and administrative bodies. The specific objectives of the work were to systematize the possibility of loss of original nationality in view of the Court's final judgment, that allowed the cooperation

¹ Delegado de Polícia do Distrito Federal. Bacharel em Comunicação Social pela PUC-RJ com especialização pela New York University. Pós-Graduado em Direito e Jurisdição pela Escola da Magistratura do Distrito Federal. Oficial de ligação da Polícia Federal na *Immigration and Customs Enforcement (ICE)* em Miami (EUA) de 2011 a 2013

measure; describe the extradition requirements established by law and identify whether such requirements were met considering the procedures carried out by the US authorities. In the end, the conclusion was that the Supreme Court did not innovate pertaining the extradition, yet renewed an old understanding regarding the loss of nationality, unaware of a procedural glitch in the naturalization process abroad that should have prevented the declaration of loss of Claudia's born nationality by the Brazilian officials.

Key words: International legal cooperation in criminal matters. Born Brazilian. Passive extradition. Claudia Hoerig.

INTRODUÇÃO

No plano internacional não existe autoridade superior nem milícia permanente. Os Estados se organizam horizontalmente, e prontificam-se a proceder de acordo com normas jurídicas na exata medida em que estas tenham constituído objeto de seu consentimento. (REZEK, 2000, p. 1)

A cooperação jurídica internacional em material penal é imprescindível para a segurança pública mundial contemporânea. Em tempos de sociedade global, as fronteiras nacionais são relativizadas pela tecnologia - que permite a movimentação de pessoas, instrumentos e capitais de forma quase imediata - e esmaecidas pela diplomacia, na forma de tratados de integração regional, como o Espaço Schengen² e o Mercosul. Todavia, apesar dessa direção integradora, que parecia apontar o “fim da história” nos termos propostos pelo filósofo liberal Francis Fukuyama³, os Estados seguem juridicamente soberanos no seu Direito, resguardando seus nacionais e seu território.

Nesse contexto, o interesse recíproco dos países impõe que suas fronteiras não sejam pretexto para a impunidade de atos criminosos. Por consequência, faz-se necessária medida de cooperação penal internacional para reprimir o crime e garantir a paz social. Nesse sentido, por princípio de justiça, quando o agente de um delito se encontra em território submetido a jurisdição alheia, vem a proscênio o instituto da extradição como manifestação de solidariedade. Aceito pela maioria dos Estados para se alcançar licitamente o agente que, de outra forma, subtrair-se-ia às consequências das infrações

² Acordo de livre fronteira entre 26 países europeus.

³ Cientista político e acadêmico norte-americano, autor do controverso artigo “O Fim da História?” (*The End of History?*), publicado no verão de 1989 na revista *The National Interest*, em que propôs que forças integradoras da globalização tornariam cada vez menos nítidas as fronteiras entre as civilizações e homogeneizariam as instituições políticas e econômicas nos países mais avançados do mundo.

penais praticadas, consiste na entrega soberana de um indivíduo pelo Estado onde se encontra a outro Estado, a pedido deste, para fins de processo penal perante o juiz natural.

Não obstante essa esperada e necessária cooperação jurídica para se evitar a proteção deficiente (*Untermassverbot*), a atual Constituição da República Federativa do Brasil (CR/88) proíbe sem exceções a extradição do brasileiro nato para responder por crimes no exterior (art. 5º, LI, CR/88). Segundo a Carta Magna de 1988, apenas o brasileiro naturalizado é passível de extradição e, mesmo assim, apenas “em caso de crime comum praticado antes da naturalização ou de comprovado envolvimento em tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins na forma da lei”.

Logo, é de se perquirir a constitucionalidade da decisão da Suprema Corte brasileira ao autorizar a extradição da carioca Claudia Hoerig, a pedido dos Estados Unidos da América (EUA), para responder por homicídio no território norte-americano. Teria nosso Tribunal Constitucional permitido extradição vedada constitucionalmente? A decisão do Supremo Tribunal no caso é um divisor de águas em matéria de extradição.

Considerando as normas de nosso ordenamento jurídico constitucional-penal, tem-se por hipótese que, apesar do que foi amplamente divulgado em reportagens jornalísticas, o que houve não foi a extradição passiva de cidadã brasileira nata, mas, sim, a extradição passiva de cidadã norte-americana nascida brasileira. Entendeu o STF que a extraditanda deixara de ser brasileira, por vontade própria, para tornar-se unicamente cidadã norte-americana, antes da data do fato pelo qual viria a ser extraditada, sendo a perda da nacionalidade originária apenas declarada *a posteriori*.

Para confirmar - ou infirmar - tal hipótese, procederei ao estudo do caso mediante os métodos de revisão bibliográfica da doutrina, *clipping* dos meios de comunicação, análise da legislação norte-americana pertinente e análise documental do processo nos tribunais superiores e nas instâncias administrativas, com o objetivo central de analisar o fundamento da decisão na Extradição nº 1.462 e avaliar a construção argumentativa por trás da perda da nacionalidade da extraditanda.

Com esse fim, os objetivos específicos serão sistematizar a possibilidade de perda da nacionalidade originária e descrever os requisitos extradicionais estabelecidos pelo ordenamento jurídico brasileiro, identificando se foram atendidos no caso em estudo. Assim, no primeiro capítulo, apresentarei o direito à nacionalidade, em vista de sua eventual relação de prejudicialidade com a extradição no ordenamento jurídico brasileiro;

no segundo, tratarei da extradição e suas possibilidades no contexto nacional; e, no terceiro, finalmente, detalharei o caso Claudia Hoerig discutindo o direito imposto.

1 DIREITO DE NACIONALIDADE: FUNDAMENTOS

No fim da Idade Média, a Paz de Westfália (1648) pôs fim a trinta anos de guerras religiosas entre os nascentes Estados europeus (Guerra dos Trinta Anos) e deu à luz o Estado moderno (SILVA; GONÇALVES, 2005, p. 73). Constituído por povo, território, soberania e finalidade (DALLARI, 2000, p. 72, 118)⁴, o novo conceito de Estado-Nação tornou realidade o sistema internacional de poder baseado em nações soberanas por governo exclusivo sobre um território precisamente delimitado. Passaram as pessoas e coisas a serem submetidas à jurisdição do Estado em virtude de dois vínculos possíveis, concomitantes ou exclusivos: pela mera situação de nele estarem ou por serem seus nacionais (SOARES, 2002, p. 313-314).

Nesse palco, a nacionalidade é o que faz do indivíduo um componente do povo, dimensão pessoal do Estado (POSSIDONIO, 2019, p. 2), diferenciando, assim, povo de população, número de pessoas que se encontram em um dado território em determinado momento, quer sejam estrangeiros ou nacionais (SILVA NETO, 2006, p. 570).

Também, nacionalidade não se confunde com naturalidade, que indica apenas o local (cidade) onde a pessoa efetivamente nasceu (MAZZUOLI, 2019, p. 604) ou, por opção no registro civil, o município de residência da genitora ao tempo do nascimento do registrando, desde que seja em território brasileiro (art. 54, § 4º, da Lei nº 6.015/73 – Lei de Registros Públicos), inovação legal promovida pela Lei nº 13.484/2017 e apelidada de naturalidade socioafetiva.

Conceitualmente, nacionalidade é definida como “vínculo jurídico-político entre determinada pessoa, denominada nacional, e um Estado, pelo qual são estabelecidos direitos e deveres recíprocos” (RAMOS, 2019, p. 858). No dizer de Leila Arruda Cavallieri, um vínculo que apresenta concessão de direitos e exigência de deveres (2017, p. 131). Contudo, apesar de estabelecer “direitos e deveres recíprocos”, “trata-se de direito que o estado exerce soberanamente, em geral de conformidade com a sua Constituição” (ACCIOLY *et al.*, 2016, p. 524). E o Brasil não se fez exceção nessa seara.

⁴ A doutrina diverge quanto aos elementos do Estado. Parcela significativa, como, por exemplo, REZEK, entende que são apenas três: povo, território e governo soberano.

Em nosso País, a nacionalidade tem tratamento na Constituição em seu “Capítulo III”, intitulado “Da Nacionalidade”, no “Título II”, que trata dos direitos e garantias fundamentais. Ou seja, a mera localização topográfica na Carta Magna já indica que se trata de direito fundamental, que, sendo ontologicamente individual, é de ser considerado cláusula pétrea, conforme art. 60, § 4º, IV, CR/88: “Não será objeto de deliberação a proposta de emenda tendente a abolir: (...) IV – os direitos e garantias individuais.”

Nesse sentido, atualmente se entende a nacionalidade como espécie de direito humano (SILVA NETO, 2006, p. 569). De acordo com o princípio da atribuição estatal da nacionalidade, cada Estado é livre para legislar sobre a nacionalidade de seus indivíduos, sem que haja qualquer relevância a vontade pessoal ou os interesses privados destes (MAZZUOLI, 2019, p. 603). Mas a mudança da soberania dos monarcas da Idade Moderna para a soberania do povo na Idade Contemporânea acabou por provocar crescente questionamento da soberania nacional no século XXI. No Estado constitucional contemporâneo a soberania reside no povo - *We the people* é a expressão de abertura da Constituição norte-americana, a mais antiga constituição escrita em vigor, datada de 1787 –, e os direitos fundamentais têm base de validade independentemente do Estado. São direitos naturais inalienáveis, que cabem à pessoa humana em virtude do seu ser-pessoa (MICHAEL; MORLOK, 2016, p. 53). Com isso, no século XX, a nacionalidade passa também a ser considerada direito essencial, consolidado em normas internacionais pós-Segunda Guerra Mundial (RAMOS, 2019, p. 859).

Hoje, tem-se, então, uma soberania humanitária – ilimitada em seu poder de autodeterminação, mas condicionada em respeito aos direitos humanos -, sustentada na Declaração Universal dos Direitos Humanos da Organização das Nações Unidas (DUDH-ONU, 1948) em seu artigo XV: “todo homem tem direito a uma nacionalidade”. E, similarmente, na Convenção Americana sobre Direitos Humanos – CADH (Pacto de São José da Costa Rica, 1969), promulgada no Brasil em 1992:

ARTIGO 20

Direito à Nacionalidade

1. Toda pessoa tem direito a uma nacionalidade.
2. Toda pessoa tem direito à nacionalidade do Estado em cujo território houver nascido, se não tiver direito à outra.
3. A ninguém se deve privar arbitrariamente de sua nacionalidade nem do direito de mudá-la.

Atente-se que nacionalidade é atributo da pessoa humana. As coisas ou pessoas jurídicas não gozam de nacionalidade senão por extensão (MENDES; BRANCO, 2013, p. 666). Seus vínculos não são políticos, mas apenas jurídico, no caso das pessoas jurídicas, em razão do lugar de fundação ou sede, e meramente de sujeição administrativa, no caso das coisas, mutável ao sabor da compra e venda (REZEK, 2000, p. 171).

Fundamentada, assim, a nacionalidade, faz-se mister, ainda, não a confundir com cidadania. Cidadão é o nacional (brasileiro nato ou naturalizado) ou o quase nacional (português equiparado a brasileiro naturalizado na forma do § 1º do art. 12 da CR/88: “Aos portugueses com residência permanente no País, se houver reciprocidade em favor de brasileiros, serão atribuídos os direitos inerentes ao brasileiro, salvo os casos previstos nesta Constituição.”) no gozo dos direitos políticos e participante da vida do Estado (MORAES, 2002, p. 214; MAZZUOLI, 2019, p. 608). Resumidamente, é aquele que possui capacidade eleitoral ativa. Por exemplo, o conscrito é nacional, mas não é cidadão (art. 14, § 2º, CR/88: “Não podem alistar-se como eleitores os estrangeiros e, durante o período do serviço militar obrigatório, os conscritos.”). Logo, todo cidadão é nacional, ou quase nacional, mas nem todo nacional é cidadão (SILVA NETO, 2006, p. 570; RAMOS, 2019, p. 864). A filósofa alemã Hannah Arendt conceituou cidadania como “o direito a ter direitos” (*apud* BITTAR; ALMEIDA, 2005, p. 384), e, modernamente, a ambiência de solidariedade necessária ao desenvolvimento da cidadania é fornecida pelo Estado-Nação⁵ (RUBENSTEIN; ADLER, 2000, p. 6).

Com essa perspectiva, adentra-se o regramento de aquisição e de perda da nacionalidade brasileira tendo em vista o caso em estudo.

1.1 AQUISIÇÃO DA NACIONALIDADE BRASILEIRA

As hipóteses de aquisição da nacionalidade brasileira encontram-se elencadas no art. 12 da Constituição, abaixo:

CAPÍTULO III

DA NACIONALIDADE

Art. 12. São brasileiros:

I - natos:

- a) os nascidos na República Federativa do Brasil, ainda que de pais estrangeiros, desde que estes não estejam a serviço de seu país;

⁵ Tradução livre do inglês “(...) the sense of solidarity required for the development of modern citizenship is provided by the nation state.”

b) os nascidos no estrangeiro, de pai brasileiro ou mãe brasileira, desde que qualquer deles esteja a serviço da República Federativa do Brasil;

c) os nascidos no estrangeiro de pai brasileiro ou de mãe brasileira, desde que sejam registrados em repartição brasileira competente ou venham a residir na República Federativa do Brasil e optem, em qualquer tempo, depois de atingida a maioridade, pela nacionalidade brasileira; ([Redação dada pela Emenda Constitucional nº 54, de 2007](#))

II - naturalizados:

a) os que, na forma da lei, adquiram a nacionalidade brasileira, exigidas aos originários de países de língua portuguesa apenas residência por um ano ininterrupto e idoneidade moral;

b) os estrangeiros de qualquer nacionalidade, residentes na República Federativa do Brasil há mais de quinze anos ininterruptos e sem condenação penal, desde que requeiram a nacionalidade brasileira. ([Redação dada pela Emenda Constitucional de Revisão nº 3, de 1994](#))

Depreende-se do texto constitucional duas espécies:

a) originária (também designada primária ou atribuída), prevista no inciso I; ou

b) derivada (também designada secundária ou de eleição), prevista no inciso II.

Alguns doutrinadores de escol chamam a nacionalidade derivada de “adquirida”, mantendo a nomenclatura do gênero “aquisição” (ACCIOLY *et al.*, 2016, p. 524). A meu sentir, se se considera “aquisição” como gênero, ambas as espécies hão de ser consideradas adquiridas, e não apenas uma delas. Se assim não for, o gênero – que a ambas se refere - não deve ser chamado “aquisição”, como bem o faz Valério Mazzuoli.

Dar-se-á atenção à espécie de nacionalidade (brasileira) de Claudia Hoerig.

1.1.1 Nacionalidade Originária

A nacionalidade originária é o que define o *status* de brasileiro nato – ou seja, é nato aquele que detém a nacionalidade brasileira desde sua origem (nascimento), independentemente de qualquer outra. O termo “nato” significa “nascido” (MAZZUOLI, 2019, p. 621), e há dois critérios preponderantes para a atribuição desta nacionalidade originária (RAMOS, 2019, p. 860):

a) territorial (*jus soli*); e

b) hereditário (*jus sanguinis*).

O critério do *jus soli* (direito do solo) determina a nacionalidade de um indivíduo em razão de seu país de nascimento, independentemente da filiação, sendo comumente utilizado por países de imigração a fim de povoar seu território.

Já o critério do *jus sanguinis* (direito de sangue) determina a nacionalidade de um indivíduo atribuindo-lhe a mesma nacionalidade de seu(s) genitor(es) ao tempo do nascimento, sendo, por isso, mais utilizado por países de emigração para evitar o despovoamento (MAZZUOLI, 2019, p. 616), lembrando que nem sempre o povo de determinado Estado encontra-se no seu território.

Tais critérios podem interagir, concebendo um critério misto - o que é, na realidade jurídica atual dos países, até mais comum do que o uso exclusivo de apenas um dos critérios - e sofrer condicionantes, como sói ocorrer nas três hipóteses taxativas (*numerus clausus*) de aquisição da nacionalidade primária previstas na Carta Magna (MAZZUOLI, 2019, p. 621; SILVA NETO, 2006, p. 571).

Logo na primeira hipótese (alínea “a”), que prevê que “são brasileiros natos os nascidos na República Federativa do Brasil, ainda que de pais estrangeiros, desde que estes não estejam a serviço de seu país”, tem-se o enquadramento do vínculo de nacionalidade de Claudia Hoerig com o Brasil. O critério é o do *jus soli*, condicionado a que pelo menos um dos genitores não seja estrangeiro ou, sendo-o ambos, que nenhum deles esteja no Brasil a serviço de seu país de nacionalidade (MAZZUOLI, 2019, p. 624). Mas esse vínculo pode ser rompido.

1.2 PERDA DA NACIONALIDADE BRASILEIRA

O brasileiro está sujeito a perder a nacionalidade brasileira, o que se dá, geralmente, em razão da aquisição de outra nacionalidade por meio de naturalização no exterior (ACCIOLY *et al.*, 2016, p. 526). A doutrina elenca possibilidades várias de se perder a nacionalidade que não só pela naturalização, tais como: pelo casamento, por cessão ou anexação territorial, por mudança de nacionalidade, por algum ato incompatível com a qualidade de nacional, pela renúncia pura e simples, pela presunção de renúncia em consequência de residência prolongada em país estrangeiro sem intenção de regresso (POSSIDONIO, 2019, p. 5), por defeito no próprio procedimento de naturalização, como, por exemplo, existência de vício de consentimento (MORAES, 2002, p. 228).

Historicamente, a perda da nacionalidade tem sua origem na quebra do princípio da aligeância (vassalagem ou sujeição perpétua), segundo o qual cada membro do povo ligava-se ao Estado por laço de sujeição perpétua, devendo fidelidade e obediência ao suserano imediato e lealdade perpétua ao suserano superior (MAZZUOLI, 2019, p. 635). Com o recente fenômeno da globalização, todavia, intensificado após a queda do Muro

de Berlim (1989), que transformou o concerto das nações em um mundo de polaridades indefinidas, há uma crescente aceitação de identidades múltiplas e lealdades para com dois ou mais Estados ou organizações internacionais, sendo sensível a tendência de se proteger a existência da dupla nacionalidade (VEDOVATO, 2012, p. 54).

Aparentemente, a globalização atingiu políticas de Estado sobre nacionalidade e imigração (VEDOVATO, 2012, p. 62). Não obstante, os países ainda mantêm regras diferentes para a retirada da condição de nacional de seus membros (VEDOVATO, 2012, p. 49). No caso do Brasil, as hipóteses de perda da nacionalidade são taxativamente previstas pela Constituição em parágrafo do art. 12 (MORAES, 2002, p. 228):

- § 4º - Será declarada a perda da nacionalidade do brasileiro que:
- I - tiver cancelada sua naturalização, por sentença judicial, em virtude de atividade nociva ao interesse nacional;
 - II - adquirir outra nacionalidade, salvo nos casos: [\(Redação dada pela Emenda Constitucional de Revisão nº 3, de 1994\)](#)
 - a) de reconhecimento de nacionalidade originária pela lei estrangeira; [\(Incluído pela Emenda Constitucional de Revisão nº 3, de 1994\)](#)
 - b) de imposição de naturalização, pela norma estrangeira, ao brasileiro residente em estado estrangeiro, como condição para permanência em seu território ou para o exercício de direitos civis.

A primeira hipótese de perda da nacionalidade brasileira, chamada de perda-punição, prevê o cancelamento da naturalização por sentença judicial em razão de atividade nociva ao interesse nacional, não sendo hipótese aplicável ao caso em estudo. Todavia é interessante notar que a atual lei de regência, a Lei de Migração (LM), de 2017, só a ela faz referência. A seção que trata da perda da nacionalidade resume-se ao artigo 75, e a LM revogou expressamente a Lei nº 818, que disciplinava a perda da nacionalidade, assim como o Estatuto do Estrangeiro (EE), que tratava da extradição:

- Art. 124. Revogam-se:
- I – a [Lei nº 818, de 18 de setembro de 1949](#); e
 - II – a [Lei nº 6.815, de 19 de agosto de 1980 \(Estatuto do Estrangeiro\)](#).

A perda-punição depende de Ação de Cancelamento de Naturalização movida pelo Ministério Público Federal (Art. 6º, IX, da Lei Complementar nº 75/1993), imputando ao naturalizado a prática de alguma atividade que entenda nociva à Nação brasileira, tendo a sentença judicial que decreta a perda da nacionalidade efeitos *ex nunc* (MORAES, 2002, p. 229). Para André de Carvalho Ramos, a perda da nacionalidade por

punição deve ter interpretação restritiva, uma vez que já há resposta estatal contra a prática de crimes, que é a sanção penal (2019, p. 867).

O parágrafo único do art. 75 impõe considerar que o cancelamento da naturalização não gere para o indivíduo a condição de apátrida (*heimatlos*⁶), trazendo para a lei a orientação internacional corrente de combate à apatridia, conforme a Convenção da ONU para a Redução dos Casos de Apatridia, de 1961, ratificada e incorporada pelo Brasil, que determina, em seu art. 8º, § 1º, que os Estados não podem privar uma pessoa de sua nacionalidade se essa privação deixá-la apátrida (RAMOS, 2019, p. 867), parecendo confirmar a nacionalidade como direito humano fundamental, na linha dos instrumentos mencionados anteriormente - DUDH e CADH.

Defeito no procedimento de naturalização por fraude à lei, como, por exemplo, vício de consentimento, pode ensejar o cancelamento da naturalização (MORAES, 2002, p. 228). Também nesse caso, entende o STF que a perda da nacionalidade deve se dar por decisão judicial (RMS 27.840/DF, rel. Min. Ricardo Lewandowski, Plenário, 7/02/2013).

A segunda e última hipótese de perda da nacionalidade brasileira se dá em razão da aquisição de outra nacionalidade (art. 12, § 4º, II, CR/88) e alcança tanto o brasileiro naturalizado quanto o nato (DEL'OLMO, 2016, p. 165):

§ 4º - Será declarada a perda da nacionalidade do brasileiro que: (...)
II - adquirir outra nacionalidade, (...):

Essa espécie é chamada pela doutrina de perda-mudança (DEL'OLMO, 2016, p. 165; MAZZUOLI, 2019, p. 636; MORAES, 2002, p. 229; RAMOS, 2019, p. 866) e tem como requisitos a voluntariedade da conduta, a capacidade civil do interessado e a aquisição da nacionalidade estrangeira (MORAES, 2002, p. 229).

Logo, ainda que a naturalização em outros Estados possa se dar de forma tácita (a exemplo da aquisição da nacionalidade *ipso facto* pelo casamento com estrangeiro), para dar ensejo à perda da nacionalidade brasileira, a naturalização no exterior deve ser fruto de conduta ativa e específica (REZEK, 2000 p. 180). Somente por meio de declaração expressa do interessado em naturalizar-se voluntariamente em outro país é que ele poderá vir a perder a nacionalidade brasileira (MAZZUOLI, 2019, p. 636).

⁶ Termo em alemão, frequente em discussões sobre nacionalidade, que significa, em tradução livre, “apátrida”. *Heimat* não tem tradução exata para o português, mas seu conceito consubstancia a ideia de “pátria”, enquanto *los* significa “sem” (Fonte: Deutsche Welle. Disponível em: <<https://www.dw.com/pt-br/heimat-e-seus-v%C3%A1rios-significados/a-42590724>>. Acesso em: 15/04/2020)

Diz-se “poderá”, porque a perda não ocorrerá se a aquisição de nacionalidade estrangeira for fruto do “reconhecimento de nacionalidade originária” ou “de imposição de naturalização, pela norma estrangeira, ao brasileiro residente em Estado estrangeiro, como condição para permanência em seu território ou para o exercício de direitos civis”, conforme excepciona a Constituição nas alíneas “a” e “b”:

§ 4º - Será declarada a perda da nacionalidade do brasileiro que:

I – (...);

II – (...), salvo nos casos: [\(Redação dada pela Emenda Constitucional de Revisão nº 3, de 1994\)](#)

a) de reconhecimento de nacionalidade originária pela lei estrangeira; [\(Incluído pela Emenda Constitucional de Revisão nº 3, de 1994\)](#)

b) de imposição de naturalização, pela norma estrangeira, ao brasileiro residente em estado estrangeiro, como condição para permanência em seu território ou para o exercício de direitos civis. [\(Incluído pela Emenda Constitucional de Revisão nº 3, de 1994\)](#)

Para alguns, como Valerio Mazzuoli, que entendem “aquisição” como forma de obtenção de nacionalidade derivada, haveria impropriedade técnica na redação da alínea “a”, pois, se a lei estrangeira reconhece a nacionalidade originária do indivíduo, não se trataria de “aquisição” de outra nacionalidade por parte dele, mas, tão só, de documentar-se no estrangeiro para fazer prova da (dupla) nacionalidade originária (2019, p. 638).

No caso da alínea “b”, a emenda constitucional pretendeu evitar a escolha trágica que os brasileiros tinham de fazer para exercer atividades profissionais ou residirem em países que limitam ou negam tais possibilidades se o interessado for estrangeiro (MAZZUOLI, 2019, p. 638). Por isso, André de Carvalho Ramos propugna que a interpretação dessa última exceção deve ser generosa. A “imposição de naturalização pela norma estrangeira” não deve ser interpretada literalmente, pois o importante é saber se o brasileiro foi levado a adquirir a nova nacionalidade para permanecer, trabalhar ou exercer “outros direitos” (*sic*) legalmente no território estrangeiro (2019, p. 867).

Nesse sentido foi a posição adotada pelo governo brasileiro na decisão do processo de perda da nacionalidade movido em desfavor da brasileira Heloísa Guimarães Rapaport, conforme parecer da Secretária de Justiça, integralmente adotado pelo Ministro da Justiça no Despacho nº 172, de 4/08/1995, que negou a perda da nacionalidade brasileira por entender que a norma constitucional procura:

(...) preservar a nacionalidade brasileira daquele que, por motivos de trabalho, acesso aos serviços públicos, fixação de residência etc.,

praticamente se vê obrigado a adquirir a nacionalidade estrangeira, mas que, na realidade, jamais teve a intenção ou a vontade de abdicar de cidadania originária. (...) a perda só deve ocorrer nos casos em que a vontade do indivíduo é de, efetivamente, mudar de nacionalidade, expressamente demonstrada. (Proc. nº 08000.009836/93-08 - MJ)

Até então, o consulado brasileiro tinha como procedimento acompanhar todos os pedidos de naturalização voluntária para provocar a perda da nacionalidade do brasileiro naturalizado no exterior. O caso Heloísa Rapaport constituiu uma guinada substancial na jurisprudência administrativa. A partir dele, diante da dificuldade de se saber qual teria sido a real motivação daqueles brasileiros para se naturalizarem no exterior, em vez de decretar a perda e posteriormente ouvir os casos de reaquisição, o Estado brasileiro, seguindo o entendimento do parecer supra, tornou-se passivo em relação à perda da nacionalidade - assim, desde então, passou a caber a o interessado provocar a perda da sua nacionalidade brasileira (FREITAS, 2018, p. 7).

Não obstante essa interpretação “generosa”, pela letra constitucional, os direitos almejados no outro país que permitem a naturalização do brasileiro no exterior sem perder o vínculo com o Brasil são apenas os civis, incluindo o direito de permanecer (residência). Há, entretanto, que se fazer um exercício de hermenêutica para saber se estaria abarcado nessa interpretação jurídico-estruturante⁷ o brasileiro no exterior que pode exercer os direitos civis como residente, mas não em sua plenitude.

Depreende-se que há imposição, mesmo que tácita, da naturalização no país estrangeiro quando o brasileiro nele se naturaliza para exercer direitos civis que ele não usufruiria como *ádvena*, tais como ocupar certos cargos, obter salários mais altos, ter direito de herdar, adquirir direitos para seus dependentes, como acesso ao serviço público de saúde e de educação. Entretanto a necessidade material, ainda que indireta, não pode ser confundida com mera conveniência e oportunidade para a obtenção de benefícios, tais como, não necessidade de renovar visto de permanência ou eventual redução do ônus tributário (DEL’OLMO, 2016, p. 166-167).

⁷ Método de interpretação constitucional desenvolvido por Friedrich Müller em que a norma tem sua estrutura composta pelo somatório do seu programa normativo (texto) com o domínio normativo (realidade social em que incide). Em suma, o intérprete não pode prescindir da realidade social para realizar sua tarefa hermenêutica (MENDES; BRANCO, 2013, p. 93).

A lei não faz menção a essa espécie de perda da nacionalidade brasileira. *Per saltum*, seu tratamento vai da Constituição direto para o Decreto nº 9.199/2017 e a Portaria Interministerial nº 11/2018, que regula a hipótese sem detalhar seu conteúdo:

Seção II

Da perda da nacionalidade de ofício

Art. 26. O procedimento de perda da nacionalidade brasileira de ofício será instaurado por meio de ato do Secretário Nacional de Justiça, em caso de recebimento de comunicação oficial na qual seja informada ocorrência de hipótese prevista no inciso II do § 4º do art. 12 da Constituição Federal.

Parágrafo único. Serão garantidos o contraditório e a ampla defesa no procedimento previsto no caput, devendo-se apurar:

I - a eventual incidência das exceções dispostas nas alíneas "a" e "b" do inciso II do § 4º do art. 12 da Constituição; e

II - cessação da causa que poderia ensejar a perda da nacionalidade.

Art. 27. Da decisão que decretar a perda da nacionalidade caberá o recurso, no prazo de dez dias, contado da data do recebimento da notificação.

Parágrafo único. A notificação se dará preferencialmente por meio eletrônico.

Seção III

Da perda da nacionalidade por solicitação do interessado

Art. 28. O requerimento de perda de nacionalidade brasileira será endereçado ao Ministério da Justiça, podendo ser apresentado:

I - por meio do protocolo físico ou eletrônico, diretamente no Ministério da Justiça; ou

II - nas repartições consulares brasileiras no exterior.

Diferentemente da perda-punição, na perda-mudança não há necessidade de processo judicial com sentença transitada em julgado (MORAES, 2002, p. 229). Nesta, a perda da nacionalidade será decidida pelo Ministro da Justiça, por delegação do Presidente da República, em processo administrativo movido de ofício ou por solicitação do interessado (MAZZUOLI, 2019, p. 637). Note-se, todavia, que a doutrine diverge quanto à natureza jurídica e aos efeitos dessa decisão.

Para uns, trata-se de decisão declaratória, portanto de efeito *ex tunc* (retroativo), considerando que a perda-mudança se dá no momento da mudança, ou seja, no momento que se obtém a naturalização no exterior. Provada a naturalização em outro país, a autoridade brasileira apenas declara perdido o vínculo jurídico-político do indivíduo com o Brasil desde a data da aquisição da nova nacionalidade. Nesse sentido, Francisco Rezek, Gilmar Mendes, Valerio Mazzuoli (2000, p. 180; 2013, p. 670; 2019, p. 637).

Para outros, trata-se de decisão constitutiva (negativa) que decreta com efeito *ex nunc* (não retroativo) a perda da nacionalidade brasileira em vista do novo vínculo de lealdade, atingindo a relação jurídica indivíduo-Estado brasileiro só após sua edição. Nesse sentido, Alexandre de Moraes, Florisbal Del’Olmo (2002, p. 229; 2016, p. 167).

Considerando a literalidade do respectivo dispositivo constitucional, em que se lê que será “declarada” a perda da nacionalidade brasileira, assim como, o texto do artigo 250 do decreto regulamentar (Dec. nº 9.199/17), que dispõe que “A **declaração** da perda de nacionalidade brasileira se efetivará por ato do Ministro de Estado da Justiça e Segurança Pública, (...)” - portanto indicando a natureza meramente declaratória da decisão -, parece ter melhor razão a corrente anterior.

Entretanto, o texto da Lei nº 818, que regulava a matéria desde 1949, dispunha que a perda da nacionalidade seria “decretada” – o que indica decisão de natureza (des)constitutiva -, sendo que, revogada pela Lei de Migração em 2017 - que nada acrescentou em termos -, foi seguida pela regulamentação infralegal da Portaria Interministerial nº 11, de 2018, que manteve o mesmo verbo, em seu art. 27, referente à perda-mudança, que giza “Da decisão que **decretar** a perda da nacionalidade (...)”, dando azo, portanto, ao atual conflito doutrinário na matéria.

Finalmente, sendo a nacionalidade direito humano fundamental, renúncia ao vínculo com o Estado, que consiste no direito de autoexpatriação, é condicionada a que o renunciante tenha outra nacionalidade, para se evitar a apatridia (RAMOS, 2019, p. 868).

2 PANORAMA JURÍDICO DA EXTRADIÇÃO NO DIREITO BRASILEIRO

Extradição é espécie de cooperação jurídica em matéria penal em que certo Estado requer a outro Estado a entrega de determinado indivíduo para ser julgado criminalmente (extradição instrutória) ou para cumprir pena criminal (extradição executória) no país requerente (MAZZUOLI, 2019, p. 665; RAMOS, 2019, p. 774).

Preliminarmente, “entrega” aqui não se confunde com a entrega simplificada existente entre países da União Europeia em função do Mandado de Detenção Europeu (MDE)⁸ nem com aquela prevista no âmbito do Tribunal Penal Internacional (TPI), na Haia, por crimes de genocídio, de guerra, de agressão ou contra a humanidade, conforme Estatuto de Roma de 1998, abaixo. São institutos diferentes (MAZZUOLI, 2019, p. 665).

Artigo 102

Termos Usados

Para os fins do presente Estatuto:

- a) Por "entrega", entende-se a entrega de uma pessoa por um Estado ao Tribunal nos termos do presente Estatuto.
- b) Por "extradição", entende-se a entrega de uma pessoa por um Estado a outro Estado conforme previsto em um tratado, em uma convenção ou no direito interno. (Estatuto de Roma)

O atual regramento da extradição encontra-se na Lei nº 13.445 (Lei de Migração), que, em 2017, revogou o Estatuto do Estrangeiro (Lei nº 6.815 de 1980 - EE), que regulava a espécie ao tempo do julgamento do caso em estudo. O regulamento infralegal se encontra no Decreto nº 9.199, do mesmo ano da LM (2017). Mas, é de se notar que, com fulcro no princípio da especialidade (art. 1º, I, do Código de Processo Penal - CPP), a legislação geral atua de modo complementar quando houver tratado de extradição⁹. Quando não houver tratado, exige-se promessa de reciprocidade (RAMOS, 2019, p. 777).

Observa-se que a novel legislação não alterou substancialmente o tratamento dado ao processo de extradição no Brasil. Na maior parte dos respectivos dispositivos, o que fez o novo diploma foi atualizar a redação legal e incorporar a jurisprudência que já era praxis da Corte Constitucional, tornando-o (mais) consentâneo com o atual arcabouço da cooperação jurídica internacional e a nova visão do regime geral dos direitos humanos. Significativamente para o caso em estudo, os requisitos do art. 82 da LM, que serão vistos mais adiante, permaneceram os mesmos do antigo art. 77 do EE, apenas alterada a redação dos incisos I e VII para conformá-los ao que a Constituição já dispunha, atualizado o *quantum* do inciso IV para conformá-lo à dogmática dos crimes de menor potencial ofensivo e acrescentada a proibição de extradição de refugiado ou asilado conforme já

⁸ Existe análoga previsão no âmbito do Mercosul (Mandado Mercosul de Captura - MMC), mas o acordo, aprovado pelo Decreto legislativo n. 138, de 2018, resta pendente de promulgação e publicação.

⁹ O Brasil tem em efeito 29 tratados de extradição bilaterais, 3 multilaterais específicos e 5 multilaterais subsidiários (Fonte: Ministério Público Federal. Disponível em: <<http://www.mpf.mp.br/atuacao-tematica/sci/normas-e-legislacao/tratados/tratados-de-extradicao>>. Acesso em: 2/04/2020)

era, aquele, previsto em lei especial (nº 9.474/97) e adotado no STF (v. PPE nº 654, rel. Min. Cármen Lúcia, j. 13/03/2012).

Mas, se, dogmaticamente, mudou-se para permanecer como estava, ontologicamente não se pode dizer o mesmo. O conjunto da obra, ou seja, o próprio instituto da extradição mudou conceptualmente: passou de medida de retirada compulsória do indivíduo do território nacional, como era classificado pelo Estatuto do Estrangeiro, juntamente com deportação e expulsão, para uma das três medidas de cooperação previstas na Lei de Migração, juntamente com a transferência de execução da pena (arts. 100 a 102) e a transferência de pessoa condenada (arts. 103 a 105). A princípio, pode parecer simples filigrana redacional, mas a localização topográfica do instituto na lei é instrumental. Na extradição, não se retira alguém do país por interesse nacional, mas, sim, por interesse estrangeiro. Vê-se na própria definição formulada pela Lei nº 13.445/17 que extradição é medida de cooperação, e, não, de punição:

Art. 81. A extradição é a medida de cooperação internacional entre o Estado brasileiro e outro Estado pela qual se concede ou solicita a entrega de pessoa sobre quem recaia condenação criminal definitiva ou para fins de instrução de processo penal em curso.

Sobre a natureza jurídica da extradição, Valerio Mazzuoli ensina que “a extradição configura o ponto alto da cooperação penal entre Estados para a repressão internacional de crimes”. De acordo, seria mesmo de efetuar seu estudo em Direito Internacional Público, visto que se insere na relação jurídica entre dois Estados soberanos que pretendem cooperar para a repressão internacional de crimes (2019, p. 668).

Pode ser de duas espécies, a depender do sentido. Ativa, no caso de ser o Brasil o Estado requerente, ou passiva, no caso de o Brasil ser o Estado requerido (RAMOS, 2019, p. 774). Quando ativa, se não houver tratado, tramita-se o pedido na forma do art. 88 da LM, e observa-se a *lex diligentiae*¹⁰, ou seja, a execução do pedido será feita de acordo com a lei do Estado requerido. Quando passiva, deverão ser atendidos requisitos e condições legais, assim como, observadas vedações constitucionais, sem prejuízo de outros previstos em eventual acordo ou convenção (RAMOS, 2019, p. 775).

¹⁰ Princípio positivado no art. 13 da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro (LINDB)

Compete ao Supremo Tribunal Federal julgar, em processo de contenciosidade limitada (MENDES; BRANCO, 2013, p. 674-675), se estão presentes tais pressupostos autorizativos da extradição (passiva), conforme art. 102, I, g, CR/88:

Art. 102. Compete ao Supremo Tribunal Federal, precipuamente, a guarda da Constituição, cabendo-lhe:

I - processar e julgar, originariamente: (...)

g) a extradição solicitada por Estado estrangeiro;

2.1 *CHECK-LIST* DA EXTRADIÇÃO

O juízo de delibação do STF na extradição passiva consiste tão somente em avaliação do cumprimento formal dos requisitos constitucionais, convencionais e legais que autorizam a extradição. O Supremo não julga se o extraditando é culpado ou não pelo crime que ensejou a persecução penal ou pelo qual foi condenado, pois, na Corte Constitucional, trata-se de mero contencioso de legalidade, no qual a defesa não pode alegar mais do que eventuais ausências de requisitos formais no procedimento extradicional, conforme art. 91, § 1º, da LM.

Tais requisitos extradicionais estão dispostos na Constituição e no tratado de extradição a ser cumprido, eventualmente complementado pela lei interna no que lhe for omissa (LOPES, 2018, p. 42). Caso não haja tratado, os requisitos infraconstitucionais serão aqueles da lei interna (MAZZUOLI, 2019, p. 670).

De plano, as vedações constitucionais ao poder de extraditar pairam sobranceiramente sobre todos os demais requisitos.

A primeira delas é a proibição absoluta de extraditar o nacional nato e, relativa, se naturalizado, constituindo princípio geral de inextraditabilidade do brasileiro (RAMOS, 2019, p. 775), expresso no art. 5º, LI, da CR/88:

LI - nenhum brasileiro será extraditado, salvo o naturalizado, em caso de crime comum, praticado antes da naturalização, ou de comprovado envolvimento em tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins, na forma da lei;

Como se vê, em hipótese alguma se admite a extradição do brasileiro nato, sendo que o naturalizado poderá ser extraditado por tráfico de drogas ou se, por outro delito, o crime se deu antes da naturalização brasileira.

Atualmente, doutrina majoritária entende anacrônica a proibição de extradição do nacional, mas a maior parte dos países ainda segue aplicando tal vedação (DEL'OLMO,

2016, p. 170), devendo, em contrapartida, em respeito ao princípio *aut dedere aut iudicare*¹¹ (art. 345 do Código de Bustamante¹²), processar o agente em seu próprio território, para evitar a impunidade (MAZZUOLI, 2019, p. 682).

Em seguida, a Constituição proíbe a extradição por crime político ou de opinião, sem definir o que seja crime político:

LII - não será concedida extradição de estrangeiro por crime político ou de opinião;

Tem adotado o STF a teoria mista, em que crime político é aquele realizado com objetivo político de um lado (elemento subjetivo) e, de outro, com lesão real ou potencial a valores fundamentais da organização política do Estado (elemento objetivo) (RAMOS, 2019, p. 776), sendo que a lei excepciona essa vedação se “o fato constituir, principalmente, infração à lei penal comum ou quando o crime comum, conexo ao delito político, constituir o fato principal” (art. 82, § 1º, da LM). Mazzuoli, todavia, pensa ser inconstitucional essa ressalva legal (2019, p. 681).

Vencido o filtro Magno, há que se verificar se há tratado de extradição aplicável ao caso, pois disposições no tratado prevalecem sobre a lei no que lhe for distinto (MORAES, 2002, p. 118). Nesses casos, os tratados seriam normas específicas, e a Lei de Migração, lei geral (RAMOS, 2019, p. 777), aplicando-se o princípio da especialidade para resolver o conflito aparente de normas (*lex specialis derogat generali*¹³).

Em caso de extradição requerida pelos Estados Unidos da América (EUA), como o deste estudo, existe tratado de extradição em vigor entre o Brasil e os EUA, promulgado pelo Decreto nº 55.750 de 1965. Atualmente, considerando a nova ordem constitucional dada em 1988 - que trouxe as vedações vistas nos parágrafos anteriores -, a especificidade relevante desse acordo que o diferencia da lei geral, a determinar requisito extradicional convencional que estreita o alcance da lei, é a limitação da possibilidade de cooperação tão somente aos delitos previstos no artigo II do tratado - o qual elenca 32 crimes em rol exaustivo (*numerus clausus*), começando pelo homicídio doloso.

Se o crime instruendo não estiver entre aqueles previstos no tratado, não se admitirá a extradição. Pelo menos, não com base nesse tratado. Mas poderá haver a

¹¹ Do latim “extradite ou processe”

¹² Convenção de Direito Internacional Privado de 1928

¹³ Do latim “lei especial derroga lei geral”

colmatagem por outro acordo, multilateral subsidiário ou mesmo bilateral específico, sabendo que países de *common law*, como os EUA, tradicionalmente não admitem promessa de reciprocidade (*no extradition without treaty*) (ARAS, 2019, p. 429).

Na sequência, em complemento ao tratado ou, em caso de promessa de reciprocidade, na falta dele, há que se verificar os requisitos legais gerais.

Por razões de atualidade, descrever-se-ão tais requisitos com base na lei em vigor (Lei de Migração), de 24 de maio de 2017, até porque, há continência dos requisitos gizados no Estatuto do Estrangeiro, acima comentada. Mas, não obstante, ressalva-se que o julgamento do caso em estudo se deu sob a égide da Lei nº 6.815/80, em 28 de março de 2017, contudo o processo seguiu, com o compromisso do Estado requerente, e findou, com a efetiva entrega da extraditanda, já sob a vigência da Lei nº 13.445/17.

Repetindo as vedações constitucionais, o art. 82 da Lei nº 13.445/17 (correspondente ao antigo art. 77 do EE), assim como os principais tratados de extradição, acrescenta os seguintes requisitos à extradição:

a) Dupla tipicidade ou dupla incriminação. Requisito também conhecido como modelo do crime hipotético ou paralelismo (RAMOS, 2019, p. 777), significa que a conduta praticada pelo extraditando há que ser considerada, ao tempo da ação ou da omissão, crime no Estado requerente e crime no Brasil. Não se exige o mesmo *nomen juris* (mesma denominação), mas, sim, o enquadramento do fato a tipo legal previsto na legislação dos dois países no momento de sua prática. Por exemplo, o delito de estelionato em Portugal se denomina burla (art. 217 do CP português), mas o que importa para a tipificação para fins de extradição é a conduta efetivamente praticada (art. 82, II, da LM).

b) Dupla punibilidade. Não pode ter havido extinção da punibilidade do extraditando em nenhum dos dois ordenamentos jurídicos envolvidos. Ou seja, não pode ter havido a prescrição da conduta do agente nem no Estado requerente nem no Estado requerido, de acordo com as respectivas legislações (art. 82, VI, da LM);

c) Incompetência da jurisdição penal nacional. Não será concedida extradição caso o Brasil seja competente, segundo suas leis, para julgar o crime imputado ao extraditando (art. 82, III, da LM);

d) Imputação de crime de maior potencial ofensivo. Só será concedida extradição se a lei brasileira previr para o crime pena de prisão igual ou superior a dois anos (art. 82, IV, da LM). Na lei anterior, este patamar era de apenas um ano (art. 77, IV, do EE);

e) *Ne bis in idem*. Não será concedida a extradição, caso o extraditando esteja a responder a processo ou já houver sido condenado ou absolvido no Brasil pelo mesmo fato em que se fundar o pedido (art. 82, V, da LM);

f) Proibição de juízo de exceção. Não se concede extradição caso o extraditando haja de responder, no Estado requerente, perante tribunal ou juízo de exceção. Essa proibição positiva na lei a jurisprudência do STF, que, na Ext 633-9, de 1996, de relatoria do Ministro Celso de Mello, já havia considerado requisito constitucional implícito a observância de devido processo legal no Estado requerente (art. 82, VIII, da LM);

g) Não ter o extraditando o *status* de refugiado ou asilado no Brasil. Requisito acrescentado pela LM. Apesar de, quanto ao refugiado, já constar proibição expressa na lei que trata do refúgio no Brasil (Lei n. 9.474/97), havia controvérsia doutrinária e jurisprudencial sobre a possibilidade de extradição do asilado (art. 82, IX, da LM).

Ultrapassado o rol do art. 82, apresenta o art. 83 (repaginando o antigo art. 78 do EE), duas condições gerais para a extradição, sem prejuízo de outras em tratado: ter sido o crime cometido no território do Estado requerente ou serem aplicáveis ao extraditando as leis penais desse Estado e estar o extraditando respondendo a processo investigatório ou a processo penal ou ter sido condenado pelas autoridades judiciárias do Estado requerente a pena privativa de liberdade superior a dois anos (MAZZUOLI, 2019, p. 668).

Julgado preenchidos os requisitos anteriores pelo Pretório Excelso, a entrega do extraditando é condicionada a compromisso do Estado requerente de:

a) Especialidade. O Estado requerente deve se comprometer a só processar ou punir o extraditando pelo crime indicado no pedido de extradição. Isto é, não poderá submeter o extraditando a imputação por fato anterior diverso do exposto, salvo se aditado pedido de extensão da extradição devidamente autorizado pelo Brasil (art. 96, I, da LM);

b) Detração. Computar o tempo de prisão preventiva para extradição (PPE) cumprido no Brasil (art. 96, II, da LM);

c) Comutação e humanização da(s) pena(s). Mais um exemplo de absorção da jurisprudência do STF pela lei, dessa feita, determinando a necessidade de comutação da pena corporal, perpétua ou de morte, a que o extraditando eventualmente poderia estar submetido pela lei do Estado requerente, e estipulando o limite máximo de 30 anos para o cumprimento da pena privativa de liberdade. Com relação a esse limite temporal, note-se que, na véspera do Natal de 2019, a Lei nº 13.964 (Pacote Anticrime) alterou o limite máximo de cumprimento de pena privativa de liberdade no Brasil de 30 para 40 anos (art.

75 do Código Penal). Ademais, o Estado requerente não poderá submeter o extraditando a tortura ou outros tratamentos ou penas cruéis, desumanos ou degradantes. A fiscalização do cumprimento desses deveres do Estado requerente incumbe ao Estado brasileiro, nas suas relações diplomáticas (art. 96, III e VI, da LM);

d) Não reextradição. Não encaminhar o extraditado para outro Estado, materializando extradição camuflada para terceiro, nem agravar a pena por motivo político (art. 96, IV e V, da LM).

Por fim, importante ressaltar que o fato de o extraditando ter esposa ou filhos brasileiros não impede a extradição (Súmula 421 do STF). O desconhecimento popular costuma confundir a situação extradicional com casos de expulsão, medida de retirada compulsória do estrangeiro em que a presença da família imediata, a princípio, impede a retirada do ádvena do território nacional (Súmula 1 do STF; art. 55, II, “a” e “b”, da LM).

2.1.1 Decisão final

Por fim, consideradas adimplidas as exigências normativas (art. 90 da LM), o STF autoriza o Poder Executivo a prosseguir (art. 92 da LM). Isto é, é do Poder Executivo, leia-se Presidente da República (RAMOS, 2019, p. 779), a legitimidade ativa, atualmente delegada ao Secretário Nacional de Justiça, pelo art. 11 da Portaria nº 217 de 2018 do Ministério da Justiça e Segurança Pública, para, caso autorizado pela Suprema Corte, decidir se entrega ou não o extraditando ao Estado requerente, concretizando a extradição.

Parte da doutrina entende que, quando houver tratado, o Presidente estaria obrigado a cumprir a extradição aprovada em juízo, em razão do compromisso firmado (MENDES; BRANCO, 2013, p. 679). Esse parece ser o melhor entendimento. Afinal, é norma fundamental (*Grundnorm*) de direito internacional o princípio de que os pactos devem ser cumpridos (*pacta sunt servanda*), o qual, como se não bastasse há muito consubstanciar fonte de direito com base no costume (art. 38 do Estatuto da Corte Internacional de Justiça - CIJ), em prol da segurança jurídica, foi explicitado no art. 26 da Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados (CVDT) de 1969, internalizada no Brasil pelo Decreto nº 7.030 em 2009:

Art. 26 *Pacta sunt servanda* Todo tratado em vigor obriga as partes e deve ser cumprido por elas de boa fé.

3. O CASO CLAUDIA HOERIG

Tendo em mente o direito de nacionalidade e o instituto da extradição vistos nos tópicos anteriores, o caso Claudia Hoerig colocou os dois em confronto.

Trata-se do processo de extradição nº 1.462, instaurado em 15/06/2016, por meio da Nota Verbal nº 436/2016, do Governo dos Estados Unidos da América (EUA), para a extradição passiva de Claudia Cristina Hoerig, julgado pelo Supremo Tribunal em 28 de março de 2017, a fim de dar continuidade à perseguição criminal movida nos EUA em desfavor da extraditanda, pela acusação de homicídio doloso, praticado contra seu então marido, Karl Hoerig, condecorado major-aviador da Força Aérea norte-americana em batalhas no Afeganistão e no Iraque (foto ao final, em anexo).

Consta que a ré nasceu Cláudia Cristina Sobral Alves Barbosa, em 23 de agosto de 1964, no Rio de Janeiro. Entrou nos Estados Unidos em 1989 com visto de turista e, em 1990, casou-se com o médico nova-iorquino Thomas Bolte. Graças à união, em 1992, obteve o visto de permanência para viver e trabalhar nos EUA (*United States Permanent Resident Card*), conhecido como *Green Card*. Na sequência, tornou-se contadora no país e, mesmo com *status* migratório de estrangeira residente (*legal alien*), requereu voluntariamente a naturalização norte-americana com base em cônjuge (SANCHES; ALVIM, 2018; STF, MS nº 33.864).

Em 1999, já divorciada de Bolte, concluiu o processo de naturalização e adquiriu a nacionalidade norte-americana (SANCHES; ALVIM, 2018), recebendo o número de naturalização A02978994 (*United States Immigration Naturalization No.*).

Em 2005, casou-se com Karl Hoerig, à época, piloto comercial, e o casal foi morar em Newton Falls, cidade natal de Karl, no estado de Ohio, nordeste dos EUA.

Em 15 de março de 2007, o corpo de Karl foi encontrado na residência do casal com perfurações de projéteis de arma de fogo na cabeça e nas costas. Nesse mesmo dia, Claudia embarcou para o Brasil, deixando diversos pertences pessoais para trás.

A investigação da polícia de Ohio apurou que Karl fora alvejado por munição de calibre compatível com revólver que Claudia havia comprado cinco dias antes da descoberta do corpo da vítima. Ao mesmo tempo, testemunhas afirmaram ter visto Claudia praticando tiro ao alvo com a arma suspeita, e um vizinho do casal afirmou que vira Claudia deixar o lar apressadamente três dias antes de o corpo de Karl ser encontrado (PANNUNZIO, 2011; SANCHES; ALVIM, 2018).

Na sequência, mandado de prisão foi expedido em desfavor de Claudia pela Justiça do Condado de Trumbull (Ohio), e, a pedido dos EUA, a Interpol publicou a respectiva difusão vermelha¹⁴ para sua captura internacional (anexo B).

3.1 ATO 1 - DA NACIONALIDADE

Localizada no Brasil, em dezembro de 2009, Claudia teve sua prisão preventiva para fins de extradição pleiteada pela Embaixada dos EUA em Brasília (Nota Verbal nº 466). Em resposta, em fevereiro de 2010, a Divisão de Medidas Compulsórias (DMC) do Ministério da Justiça informou ao Itamaraty que Claudia era brasileira nata e perquiriu o interesse norte-americano em formalizar pedido de persecução criminal no Brasil.

O caso gerou notável comoção nos EUA, onde Karl era tido como herói nacional, e autoridades eleitas passaram a ser pressionadas por eleitores de sua *constituency*¹⁵ para conseguirem o retorno de Claudia. Com forte campanha na mídia norte-americana envolvendo promotores e deputados (MELIM JR., 2018, p. 37), em abril de 2010, as autoridades norte-americanas responderam da seguinte forma, na Nota Verbal nº 145:

Durante o curso dos últimos dois anos, em várias reuniões entre oficiais dos Estados Unidos e autoridades de alto escalão do Brasil de vários setores do governo, os participantes discutiram se, por razão da lei brasileira, Claudia C. Hoerig deveria ter sua cidadania brasileira considerada perdida, em consonância com as disposições da Constituição, ao se naturalizar nos Estados Unidos.

Em vista do novo elemento apresentado pelo Estado requerente, em agosto, o Departamento de Estrangeiros do Ministério da Justiça (MJ) comunicou ao Itamaraty, por meio do ofício nº 283, que instaurara procedimento administrativo para apurar o fato informado pelo Estado estrangeiro e, se confirmada a hipótese do art. 12, § 4º, II, da *Lex Legum*, estaria viabilizado, em tese, o acolhimento do pedido de cooperação. Em réplica,

¹⁴ Instrumento de direito penal internacional expedido pela Organização Internacional de Polícia Criminal (Interpol) que solicita cooperação de país-membro para fins de extradição. Em inglês, *red notice*. Outras difusões há, classificadas com outras cores, para outros fins. Assim como também há instrumento diverso, por vezes confundido por ser falso cognato, chamado “notícia”, em inglês, *diffusion* (NEGREIROS, 2009)

¹⁵ Termo em inglês, traduzido livremente por círculo ou distrito eleitoral, a significar certo eleitorado do candidato/representante nos EUA, onde o sistema político eleitoral é distrital puro e, em regra, autoridades policiais locais e ministeriais públicas estaduais são eleitas (Fonte: CORREIO, Diaulas *et al.* Ministério Público dos Estados Unidos da América. In: RDIET, Brasília, V. 11, nº 2, p. 119-151 Jul-Dez, 2016; DANTAS, George Felipe. Conheça o Sistema de Segurança Pública dos Estados Unidos. Disponível em: <<http://www.dpi.policiacivil.pr.gov.br/modules/noticias/article.php?storyid=2335>>. Acesso em: 2/04/2020)

em novembro, o Itamaraty enviou o ofício nº 676 ao MJ manifestando dúvida quanto à possibilidade jurídica da declaração de ofício da perda da nacionalidade brasileira por naturalização no exterior. O expediente propugnava a imprescindibilidade de manifestação expressa do interessado para a declaração da perda de sua nacionalidade brasileira, conforme entendimento firmado no caso Heloísa Rapaport (v. item 1.2).

Então, em dezembro de 2010, a Divisão de Pareceres do Departamento de Estrangeiros respondeu que Claudia levara a cabo juramento de lealdade consciente e voluntário aos EUA, e a perda da nacionalidade brasileira representa peremptoriamente a vontade do Estado em punir aquele que voluntariamente adquire outra nacionalidade, concluindo que, ao se naturalizar norte-americana em 1999, Claudia perdera tacitamente a nacionalidade brasileira (STF, MS nº 33.864).

Já em 2011, em aditamento ao Ofício nº 676, o Itamaraty informou ao MJ que Tim Ryan, deputado de Ohio, apresentara projeto de lei a fim de suspender assistência norte-americana ao Brasil até que Claudia fosse extraditada, e, no mesmo ano, o tema foi incluído na agenda do presidente Barak Obama no Brasil (PANNUNZIO, 2011). Em 12 de setembro de 2011, a Divisão de Nacionalidade e Naturalização do MJ instaurou, de ofício, o processo administrativo nº 08018.011847/2011-01 para a perda de nacionalidade de Claudia Hoerig com base no art. 12, § 4º, II, da CR/88.

Em fevereiro de 2013, Claudia apresentou sua defesa no processo administrativo, opondo-se à perda de sua nacionalidade brasileira, em que alegou, dentre outras razões, que o Ministério da Justiça não poderia tratar desigualmente brasileiros em condições iguais, aduzindo que havia milhares de brasileiros na mesma condição da defendente, e, em desfavor desses, não teriam sido deflagrados processos da mesma natureza.

Em março de 2013, o Ofício nº 117 do Itamaraty noticiou que:

3. Em declaração à imprensa após obter a aprovação da referida emenda, o Deputado Ryan informou que “a assassina do Major Hoerig deve ser entregue aos Estados Unidos para ser julgada e devemos mandar uma mensagem ao Brasil de que sua conduta [recusa em extraditar Claudia Hoerig] não será tolerada”. Acrescentou, ainda, que “isso vai ficar cada vez mais doloroso para o Governo do Brasil até que Claudia Hoerig seja extraditada”

Em maio de 2013, o Departamento de Estrangeiros rechaçou a defesa de Claudia, alegando que “percebe-se nitidamente que a Constituição Federal veda a chamada dupla nacionalidade, admitindo-a apenas em raríssimas exceções” e que a defendente já

usufruí dos direitos civis nos EUA, aduzindo ainda que não haveria ofensa à isonomia pois “Sempre que a Administração toma conhecimento da aquisição, por um brasileiro, de outra nacionalidade, instaura procedimento semelhante a este, independentemente de o indivíduo demonstrar interesse, ou não, (...)”. Com isso, em julho, o Ministro da Justiça confirmou a perda da nacionalidade originária de Claudia:

PORTARIA Nº 2.465, DE 3 DE JULHO DE 2013

O MINISTRO DE ESTADO DA JUSTIÇA, usando da atribuição conferida pelo art. 1º do Decreto nº 3.453, de 9 de maio de 2000, publicado no Diário Oficial da União de 10 de maio do mesmo ano, tendo em vista o constante dos respectivos processos administrativos que tramitaram no âmbito do Ministério da Justiça, resolve:

DECLARAR a perda da nacionalidade brasileira da pessoa abaixo relacionada, nos termos do art. 12, §4º, inciso II, da Constituição, por ter adquirido outra nacionalidade na forma do art. 23, da Lei nº 818, de 18 de setembro de 1949:

CLAUDIA CRISTINA SOBRAL, que passou a assinar CLAUDIA CRISTINA HOERIG, natural do Estado do Rio de Janeiro, nascida em 23 de agosto de 1964, filha de Antonio Jorge Sobral e de Claudette Claudia Gomes de Oliveira, adquirindo a nacionalidade norte-americana.

Irresignada, em 18 de julho de 2013, Claudia entrou com pedido administrativo de revogação da perda da nacionalidade e, pouco mais de um mês depois, judicializou a causa. Em 29 de agosto de 2013, ajuizou no Superior Tribunal de Justiça (STJ) o Mandado de Segurança (MS) nº 20.439/DF, com pedido liminar, atacando o ato do Ministro da Justiça que declarou a perda da sua nacionalidade e pleiteando a revogação da Portaria nº 2.465. A liminar foi concedida.

3.2 ATO 2 – DA EXTRADIÇÃO

Após a portaria que determinou a perda da nacionalidade de Claudia, os EUA reiteraram o pedido de Prisão Preventiva para fins de Extradicação mediante a Nota Verbal nº 617, mas, em função da liminar concedida pelo STJ suspendendo os efeitos da perda da nacionalidade, em setembro de 2013, o STF indeferiu o pedido de prisão temporariamente até julgamento da questão prejudicial (PPE nº 694, Rel. Min. Barroso).

Um ano depois, o Procurador-Geral da República (PGR) peticionou ao STJ solicitando que declinasse a análise do *mandamus* para o STF em vista da sua relação de prejudicialidade com a matéria extradicional e, em meados de 2015, ajuizou Reclamação Constitucional no STF reclamando competência do STF para o julgar o *writ*.

Em setembro, o STJ declinou a competência para julgar a perda da nacionalidade de Claudia para o STF sob o fundamento de se tratar de mandado de segurança contra ato do Presidente da República, que seria competência do STF (art. 102, I, “d”, CR/88).

No STF, o MS foi renumerado, passando a ser identificado como Mandado de Segurança nº 33.864, e distribuído, em 29 de outubro de 2015, por prevenção, ao ministro relator da causa extradicional, que, em julgamento da Primeira Turma por três votos a dois, em 19 de abril de 2016, denegou a segurança, afirmando a perda da nacionalidade de Claudia, sob a fundamentação de que não houvera necessidade de a impetrante ter se naturalizado norte-americana para permanência e gozo dos direitos civis nos EUA, pois o *green card* de que era titular já era suficiente para tanto e, sendo assim, ao adquirir a nacionalidade norte-americana, automaticamente, renunciou à brasileira.

Vencida a questão prejudicial, no dia seguinte, 20 de abril de 2016, foi cumprida a PPE nº 694 com a prisão de Claudia por agentes federais, em Brasília, onde se encontrava residindo, e teve seguimento o processo extradicional nº 1.462, mediante Nota Verbal nº 436, com interrogatório da extraditanda em junho.

Em março de 2017, a Primeira Turma, por maioria, autorizou a extradição. O acórdão reconheceu expressamente que a extraditanda não mais ostentava a nacionalidade brasileira, citando o MS nº 33.864/STF, o qual transitou em julgado em 11 de maio de 2017. A Corte considerou preenchidos os requisitos formais da lei então vigente, Lei nº 6.815/80 (Estatuto do Estrangeiro), e convencionais do Tratado de Extradicação Brasil-Estados Unidos e deferiu a medida de extradição sob a condição de o Estado requerente assumir o compromisso de: a) não aplicar pena vedada pelo ordenamento brasileiro, perpétua ou capital; b) observar o tempo máximo de 30 anos de cumprimento de pena, conforme o então art. 75 do CP; e c) detrair o tempo de prisão cumprido no Brasil.

A defesa embargou em julho e teve os embargos de declaração rejeitados em agosto, por falta de ambiguidade, obscuridade, contradição ou omissão da decisão. Em setembro, a defesa opôs novos embargos, reiterando a impugnação, os quais, em novembro, foram considerados manifestamente protelatórios pelo relator, que pronunciou o trânsito em julgado, retrospectivamente, em 18 de setembro de 2017.

A essa altura, a Lei de Migração já havia sido publicada, em 24 de maio de 2017, e sua *vacatio legis*, de 180 dias, estava próxima do fim, em 21 de novembro de 2017. A assunção do compromisso norte-americano se deu sob a égide da nova lei. Mediante a Nota Verbal nº 34, de 12 de janeiro de 2018, a Embaixada dos EUA assumiu os

compromissos dispostos no art. 96 da LM, que é em si deveras mais abrangente do que o demandado no acórdão do Supremo, incluindo, além das três condições impostas anteriormente, o dever de respeito à especialidade, a proibição da reextradição e a proibição de agravante por motivo político.

Com isso, em 17 de janeiro de 2018, às 13h30, no aeroporto de Brasília, as autoridades norte-americanas receberam a extraditanda e embarcaram-na para o aeroporto de Akron (Ohio) em jato Gulfstream particular, conforme plano de voo submetido pelo Serviço de Segurança Diplomática da Embaixada dos Estados Unidos, consumando-se, assim, a extradição de Claudia Hoerig.

Custodiada na *Dayton Correctional Institution*, em Dayton (Ohio), em 9 de maio de 2019, Claudia, com nova representação jurídica, ajuizou ação rescisória no Supremo Tribunal Federal (AR nº 2.742) a fim de desconstituir o MS nº 33.864, e, ao cabo, reverter a perda da nacionalidade brasileira. Esse mesmo *writ* já havia sido alvo de ação rescisória (AR nº 2.630) manejada pelos primeiros advogados da impetrante. Dessa feita, alegou em juízo rescindendo que nunca teve a intenção de renunciar à nacionalidade brasileira e que dera entrada no processo de naturalização estadunidense com requerimento preenchido por outrem durante seu divórcio litigioso de Thomas Bolte por medo de ser deportada, visto que Bolte, segundo a autora, teria comunicado ao *Federal Bureau of Investigation (FBI)*¹⁶ que ela (Claudia) estaria traficando drogas para o território norte-americano em concurso com dois outros brasileiros domiciliados no Brasil (AR nº 2.742 AgR).

Em 22 de maio de 2019, a Ministra Cármen Lúcia, relatora em razão de ocupar a Presidência do Tribunal à época, em decisão monocrática, negou seguimento à ação rescisória por manifesta inadmissibilidade. A autora interpôs agravo regimental, que foi negado por unanimidade em sessão virtual finda em 24 de abril de 2020.

3.3 ASSIM É (SE LHE PARECE)

A extradição de Claudia Hoerig foi noticiada nos meios de comunicação de massa e discutida no mundo jurídico como se extradição de brasileira (nata) tivesse sido:

Brasileira extraditada é condenada a 28 anos de prisão por assassinato do marido nos EUA (*Gazeta Brazilian News* de 13/02/2019);
1ª Turma do Supremo autoriza extradição de brasileira nata acusada de homicídio (*Consultor Jurídico* em 28/03/2017)

¹⁶ Homólogo da Polícia Federal nos EUA

Assim é, se lhe parece. Da análise dos autos judiciais (MS 33.864/DF e EXT 1.462/DF), vem à tona que a extradição de Claudia Hoerig teve o devido processo legal em seu juízo natural, o Supremo Tribunal Federal, atendendo à competência dada pela Constituição da República (art. 102, I, g) com ampla defesa e contraditório, conforme se viu na oportunização de interrogatório - efetivamente realizado em 28 de junho de 2016 - e na apreciação de recursos (EDs, AgRs) e ações autônomas de impugnação (MSs, ARs).

Sob o pálio da Constituição, o Supremo Tribunal enfrentou o pedido de extradição nº 1.462 à luz do Tratado de Extradição Brasil-EUA e da lei então vigente - inicialmente o Estatuto do Estrangeiro e, ao cabo, a Lei de Migração – e julgou atendidos os requisitos extradicionais, em julgamento de 28 de março de 2017.

De acordo com o acórdão de julgamento, a Corte verificou que se tratava de extradição instrutória devidamente munida dos documentos referentes ao Processo-crime 07-CR-269 movido no Tribunal Distrital do Condado de Trumbull (Ohio) contra Claudia Hoerig por homicídio qualificado, incluindo descrição dos fatos, identificação da extraditanda, mandado de prisão e cópias dos textos legais relativos aos delitos e à prescrição, documentos bastantes e necessários à instrução do processo extradicional, de acordo com o art. 9º do Tratado e condições gerais da lei (art. 78 do EE; art. 83 da LM).

A seguir, embasou o acórdão que a conduta imputada à extraditanda encontrava-se devidamente tipificada na Seção 2903.01 (A) e (F) do Código Revisado de Ohio, a qual encontra tipicidade no Brasil no art. 121, § 2º, IV, do Código Penal (CP), correspondendo assim ao item 1 do rol exaustivo do art. II do Tratado e preenchendo o requisito da dupla tipicidade (art. 77, II, do EE; art. 82, II da LM).

Continuando, foi detalhado na decisão que tal crime é imprescritível no ordenamento dos EUA e, no Brasil, prescreve em 20 anos, o que se daria a contar de 12 de março de 2007. Logo, não teria ocorrido prescrição nem nos EUA nem no Brasil. Atendido, pois, o requisito da dupla punibilidade (art. 77, VII, do EE; art. 82, VI da LM).

Ainda no mesmo capítulo do julgado, fundamentou o relator que, conforme regular processo administrativo pacificado no MS nº 33.864/STF, a extraditanda não era mais brasileira, prejudicando o argumento de que se trataria de extradição de nacional e preenchendo, assim, o requisito negativo do art. 77, I, do EE (art. 82, I, da LM). Ato contínuo, observou a existência do tratado para a extradição (art. 76 do EE) prevendo pena máxima privativa de liberdade superior a um ano. Portanto preenchido o requisito

do art. III do Tratado (art. 77, IV, do EE substituído normativamente pelo art. 82, IV, da LM, que elevou o patamar para dois anos).

Nessa toada, a decisão observou que a prisão no estrangeiro foi decretada por juiz competente do Estado requerente, adimplindo a condição geral do art. 78, II, do EE (art. V, 4, do Tratado) e, não sendo a extraditanda brasileira, o Brasil não seria competente para julgamento do crime instruendo (art. 77, III, do EE; art. 82, III, da LM), o qual não configurou crime político (art. 77, VII, do EE; art. 82, VII, da LM).

O *decisum* rebateu ainda a alegação de que não fora apresentada tradução juramentada dos documentos que instruíram o processo. Esclareceu o julgado que a locução “tradução oficial”, gizada no art. 80 do EE, “refere-se à tradução cuja autenticidade é certificada pelas autoridades do Estado requerente e que seu encaminhamento se dê por órgãos oficiais”, conforme art. IX do Tratado e jurisprudência da Corte (Ext. 1.100, Rel. Min. Marco Aurélio; Ext. 1.171, Rel. Min. Celso de Mello), e, no caso dos autos, a tradução foi certificada pelo Departamento de Estado¹⁷ dos EUA e encaminhada pela via diplomática e ministerial.

Por fim, o acórdão deferiu o pedido sob condição de haver o compromisso formal do Estado requerente de não aplicar penas de morte ou interditas no direito brasileiro (art. 5º, XLVII, da CR/88), observar o tempo máximo de cumprimento de pena no ordenamento brasileiro, previsto no art. 75 do CP – que, à época, era de 30 anos – e efetuar a detração da pena cumprida preventivamente pela extraditanda no Brasil, esclarecendo em *obiter dictum* ser o compromisso condição suspensiva para a entrega da extraditanda, o que significa que é de ser assumido pelo Estado requerente não antes do julgamento, mas antes da entrega (art. 91 do EE; art. 96 da LM). Com isso, viram-se atendidos todos os requisitos extradicionais do ordenamento jurídico brasileiro à época.

Assim foi. Mas a peculiaridade do caso não foi a extradição. Para julgar plenamente atendidos os requisitos autorizadores da extradição, o Pretório Excelso teve de, em decisão antecedente, considerar a extraditanda não-brasileira.

Para tanto, em setembro de 2014, o Procurador-Geral da República (PGR) provocou o STJ a declinar a competência para o STF julgar o Mandado de Segurança nº 20.439/DF, que tramitava no STJ com liminar deferida contra a decisão do Ministro da Justiça que declarara a perda da nacionalidade brasileira de Claudia Hoerig na Portaria nº

¹⁷ Ministério das Relações Exteriores dos EUA

2.465 de 2013. Alegou o PGR que o objeto do *mandamus* envolvia matéria extradicional e, por isso, a competência seria do Supremo, baseando sua alegação no HC nº 81.113/DF, rel. Min. Celso de Mello. O PGR reiterou a provocação em janeiro e em maio de 2015, até que, em julho do mesmo ano, entrou com a Reclamação Constitucional nº 21.329 no STF alegando afronta do STJ a precedente do STF ao proferir decisão (liminar) nos autos.

Em 23 de setembro de 2015, após, em agosto, haver inicialmente declinado e se retratado logo depois, o STJ declinou definitivamente a competência do *mandamus* para o STF, justificando, curiosamente, não com base no argumento do PGR, mas que se tratava de mandado de segurança contra ato do Presidente da República - cuja competência para julgamento é do STF, conforme art. 102, I, “d”, da CR/88 -, indo de encontro à Súmula 510 do STF: “Praticado o ato por autoridade, no exercício de competência delegada, contra ela cabe o mandado de segurança ou a medida judicial”.

No caso, a declaração da perda da nacionalidade contra a qual a paciente se insurgira fora praticada pelo Ministro da Justiça por delegação do Presidente da República. Portanto, o mandado de segurança era de ser impetrado – como o foi - contra o Ministro da Justiça, e mandado de segurança contra Ministro da Justiça, por determinação constitucional, é de competência do STJ (art. 105, I, “b”, da CR/88).

Não obstante, a Primeira Turma do STF, por maioria, considerou-se competente para julgar o *writ*, entendendo o mandado de segurança como “impetrado contra ato do Ministro da Justiça em matéria extradicional (HC 83.113/DF, Rel. Min. Celso de Mello)”. A defesa se opôs, sob o fundamento de que o objeto do *mandamus* era o ato do Ministro da Justiça, e, não, o pedido de extradição (MS nº 33.864). Nesse ponto, razão à defesa.

A segurança pleiteada no *writ*, qual seja, a manutenção do vínculo de nacionalidade com o Brasil, não era matéria de extradição. Nem de cooperação penal internacional. Era questão prejudicial. Conforme o Min. Luiz Fux na abertura de seu voto: “Realmente, aqui se põe uma questão prejudicial, (...)”. Mais adiante, o Ministro, de origem processualista, detalhou: “Aqui, o que que ocorre? Ocorre uma conexão por prejudicialidade”. O novo Código de Processo Civil (CPC), adotando a teoria materialista, admitiu a conexão por prejudicialidade em seu art. 55, § 3º, mas esta é incapaz de alterar competência absoluta (STJ. 4ª Turma. REsp 1.221.941-RJ, Rel. Min. Luis Felipe Salomão, j. em 24/2/2015). No caso, a competência era constitucionalmente do STJ em razão da pessoa (*ratione personae*), portanto absoluta (ROCHA, 2004, p. 155).

Ademais, quando observados os termos da jurisprudência utilizada para justificar o deslocamento de competência, vê-se que o HC nº 83.113, impetrado em favor de Fátima Felgueiras, polipátrida brasileira e portuguesa, diferentemente do MS nº 20.439, fora manejado a fim de trancar o próprio processo extradicional, com base na nacionalidade, e, não, para discutir a nacionalidade. Portanto, o HC nº 83.113 combatia diretamente a possibilidade de deferimento da extradição, competência do STF:

*HABEAS CORPUS - IMPETRAÇÃO CONTRA O MINISTRO DA JUSTIÇA - WRIT QUE OBJETIVA IMPEDIR O ENCAMINHAMENTO, AO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, DE PEDIDO EXTRADICIONAL FORMULADO POR GOVERNO ESTRANGEIRO – INAPLICABILIDADE DO ART. 105, I, "C", DA CONSTITUIÇÃO – COMPETÊNCIA ORIGINÁRIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL – PEDIDO CONHECIDO. - Compete ao Supremo Tribunal Federal processar e julgar, originariamente, pedido de habeas corpus, quando impetrado contra o Ministro da Justiça, se o writ tiver por objetivo impedir a instauração de processo extradicional contra súdito estrangeiro. É que, em tal hipótese, a eventual concessão da ordem de *habeas corpus* poderá restringir (ou obstar) o exercício, pelo Supremo Tribunal Federal, dos poderes que lhe foram outorgados, com exclusividade, em sede de extradição passiva, pela Carta Política (CF, art. 102, I, "g"). Conseqüente inaplicabilidade, à espécie, do art. 105, I, "c", da Constituição (...) (HC nº 81.113, Rel. Min. Celso de Mello, j. 26/06/2003)*

Em que pese a distinção (*distinguishing*¹⁸) entre o MS nº 20.439/STJ e o HC nº 81.113, o STF conheceu o *writ* declinado, renumerando-lhe MS nº 33.864, e, em abril de 2016, denegou a segurança, ao mesmo tempo em que revogou a liminar concedida no STJ, julgando hígido o processo administrativo nº 08018.011847/2011-01, que findou com a perda da nacionalidade de Claudia Hoerig declarada na Portaria de 2013.

Em consonância com o entendimento administrativo, a Primeira Turma, por 3 x 2, vencidos os ministros Marco Aurélio e Edson Fachin, considerou que Claudia perdera a nacionalidade brasileira quando optou pela nacionalidade norte-americana. Segundo o relator, ela não se enquadrava em qualquer das exceções constitucionais, incluindo a do art. 12, § 4º, II, “b”, da CR/88, quando, “por livre e espontânea vontade, adquiriu a nacionalidade americana, o que importa na automática renúncia à nacionalidade brasileira, que deve ser decretada de, ofício, pelo Ministro da Justiça”, esclarecendo que a impetrante já detinha, muito antes de 1999, o *green card*, que lhe permitia exercer os

¹⁸ Diferença entre casos em vista de hipótese fática distinta ou, mais raramente, questão jurídica não examinada (NEVES, Daniel Amorim. Código de Processo Civil Comentado. Ed. Juspodivm, 2018, p. 1560)

direitos alegados para se naturalizar norte-americana, quais sejam, morar e trabalhar nos EUA, e renunciou fidelidade a qualquer Estado em juramento formal para a naturalização.

Imediatamente após a denegação da segurança, o Pretório Excelso deu andamento ao pleito extradicional, deferindo o pedido de Prisão Preventiva para fins de Extradição (PPE). A defesa embargou o *writ* e protestou nos autos da extradição contra o seguimento do processo extradicional antes do trânsito em julgado do mandado de segurança.

Nesse ponto, ressalta-se que é do âmago da prisão preventiva, espécie de prisão cautelar, não demandar coisa julgada (GOMES FILHO *et al.*, 2018, p. 578). Pelo contrário, a segregação cautelar se dá com base em indícios para, entre outros, permitir o resultado útil do processo (objetivos endoprocessuais), *vide* a possibilidade de prisão preventiva por receptação qualificada (TJ-SC HC 44175 SC 2003.004417-5), que pode se dar sem que tenha havido trânsito em julgado do crime antecedente (NUCCI, 2013, p. 913). No caso, o desfecho do processo de extradição, com a entrega da extraditanda em janeiro de 2018, ocorreu após o trânsito em julgado do *writ*, transitado em maio de 2017.

No mérito do recurso, a Turma não viu ambiguidade, obscuridade, contradição ou omissão no acórdão de julgamento e rejeitou os embargos. Ao fim e ao cabo, tanto no processo administrativo quanto no *writ*, após variados argumentos, alguns caracteristicamente formais ou protelatórios, destacaram-se duas teses defensivas juridicamente substanciais, que provocaram maior debate nos autos: Uma, o eventual enquadramento de Claudia na exceção constitucional que permite aquisição de outra nacionalidade quando for requisito para a permanência e o exercício de direitos civis na nova pátria; e, outra, a necessidade de manifestação inequívoca de vontade do nacional brasileiro de/para romper o vínculo político-jurídico com o Brasil.

Primeiramente, quanto à possibilidade constitucional de naturalização no exterior para o exercício de direitos, no caso, destaca-se excerto do voto do relator no julgamento dos embargos: “(...) o tão-só fato de que a Impetrante vivia e trabalhava nos EUA há mais de 10 anos, quando de sua naturalização, já revela a desnecessidade da mencionada obtenção de nacionalidade norte-americana, (...)” (ED no MS 33.864, Rel. Min. Barroso).

Em interpretação literal, parece terem razão as autoridades administrativas e judiciárias brasileiras. A exceção constitucional pretendida pela defesa para a manutenção da nacionalidade brasileira (art. 12, § 4º, II, “b”, da CR/88) é expressamente limitada aos casos de necessidade de aquisição de nacionalidade secundária para o exercício de direitos civis, incluindo o direito de permanência. Direitos civis, seguindo o Código Civil,

dizem respeito a direitos de personalidade, de propriedade (das coisas), de contratar, de ter família, de herdar (Lei nº 10.406/02). O visto de permanência (*green card*), que Claudia titularizava desde o casamento anterior, já lhe agraciava tais direitos, tornando despicienda a naturalização para o exercício de direitos de que já gozava. Assim, “Parece razoável a interpretação de que, caso seja possível ao estrangeiro permanecer no território do país, residindo e trabalhando, ao amparo de visto de residência permanente, não haveria necessidade premente de se cogitar a naturalização” (DEL’OLMO, 2016, p. 166).

Contudo, interpretação literal da Constituição não esclarece, nem norma infraconstitucional estabelece, critérios objetivos definindo o sentido e o alcance desses direitos civis (DEL’OLMO, 2016, p. 166). E se o brasileiro no exterior puder exercer qualitativamente os mesmos direitos civis que os nacionais do Estado em que se encontra, mas não tão amplos quantitativamente?

A defesa aduziu no remédio constitucional impetrado que a aquisição da nacionalidade norte-americana teve como objetivo “exercer na **plenitude** seus direitos civis em um País onde há enorme preconceito contra latinos” (grifo nosso). No acórdão de julgamento da extradição, relatou-se que a defesa sustentara que o *green card* não permitia o exercício pleno da carreira de contadora, profissão de Claudia, alegando que os empregos de contador nos EUA são destinados apenas aos nacionais norte-americanos, restando aos imigrantes residentes tão somente vagas como auxiliar contábil, pelo que recebem um quinto do valor que recebe um contador pleno.

Então, diante da atual abertura normativa, parece fundamental que o interessado esclareça a magnitude dos direitos pretendidos com a aquisição da nova nacionalidade. Exemplificando a diferença substantiva, em 18 de abril de 2017, o presidente dos EUA expediu decreto fomentando maiores salários e oportunidades para trabalhadores nacionais estadunidenses (*Buy American and Hire American Executive Order*¹⁹).

No caso, a Turma rejeitou essa tese da defesa sem se referir nos acórdãos de julgamento, nem no da segurança nem no da extradição, ao componente quantitativo dos direitos civis, ou seja, à verticalidade (profundidade) de cada direito eventualmente debatido, restando sem fundamentação a rejeição do argumento da impossibilidade de plenitude da carreira profissional nos EUA sem naturalização. Ressalta-se que foi pela mesma razão profissional - ocupar certo cargo ou emprego - que a advogada Heloísa

¹⁹ Em tradução livre, “Ordem Executiva Compre Americano e Contrate Americano”

Rapaport se naturalizou norte-americana – para seguir a carreira de promotora assistente -, e nem por isso perdeu a nacionalidade brasileira.

Considerando o processo administrativo, foi também aduzido pela defesa o direito a voto e o direito de sair do país por prazo indeterminado como não amparados pelo *green card*, tendo sido, ainda, mencionado o excesso de tributação sobre herança de herdeiro estrangeiro (MELIM JR., 2018, p., 35). Tais, mesmo com a interpretação generosa sugerida por André de Carvalho Ramos, não constituem direitos civis. O primeiro é direito político, de acordo com o próprio Ramos (2019, p. 870) e com o art. 14 da CR/88 (“Dos direitos políticos”), e o segundo, assim como redução de tributos, mera conveniência para obtenção de outros benefícios, conforme Del’Olmo no tópico 1.2 retro.

Quanto à necessidade de manifestação inequívoca de vontade do nacional brasileiro em se desnacionalizar, a defesa aduziu que a naturalização norte-americana da impetrante “jamais implicou no desejo de quebrar seus laços com o Brasil”. Em contrapartida, o STF, esposando fundamentação adotada no processo administrativo, rejeitou a tese da defesa com o argumento de que a impetrante manifestou vontade inequívoca de adquirir outra nacionalidade.

Aqui, de início, parece incompleta a fundamentação da Corte: manifestação inequívoca de vontade de se nacionalizar (naturalizar) não é a mesma coisa que manifestação inequívoca de vontade de se desnacionalizar. A primeira é dirigida ao Estado cobiçado; a última, ao Estado abandonado. Os destinatários são diferentes. As vontades são diferentes. E as consequências são diferentes. Portanto, a fundamentação pareceu-me omissa nesse ponto. A vontade da impetrante de renunciar à nacionalidade brasileira foi concluída pelas autoridades brasileiras, administrativas e judiciárias, a partir da conduta de Cláudia e, não, concretizada em manifestação de vontade da titular de romper o vínculo de nacionalidade com o Brasil.

Não obstante a aparente incompletude da fundamentação, o entendimento da matéria parece ter sido acertado. A Constituição determina que a perda da nacionalidade do brasileiro que se naturaliza no exterior “será declarada”, sem condicionar tal declaração a qualquer outro requisito que não a aquisição da nacionalidade secundária por parte do brasileiro. Logo, a regra é a perda da nacionalidade do brasileiro que se naturaliza no exterior. Não demanda a *Lex Legum*, para tanto, manifestação do indivíduo junto ao Governo brasileiro para que ocorra essa perda. Pelo contrário, sendo a regra, espera-se a atuação de ofício do Governo de forma a atender o mandamento constitucional

de desnacionalização. A manutenção da nacionalidade brasileira é que é exceção e, como tal, passível de comprovação do preenchimento dos requisitos excepcionais, quando forem alegados pelo interessado.

Nesse sentido, pareceu correto o fundamento adotado no acórdão quanto à atuação de ofício da autoridade brasileira na declaração da perda da nacionalidade da impetrante. Afinal, a interessada requereu a nacionalidade norte-americana voluntariamente e, para obtê-la, renunciou expressamente a qualquer outra nacionalidade mediante Juramento de Lealdade (*Oath of allegiance*²⁰) ao governo dos EUA, conforme os termos abaixo:

I hereby declare, on oath, that I absolutely and entirely renounce and abjure all allegiance and fidelity to any foreign prince, potentate, state, or sovereignty, of whom or which I have heretofore been a subject or citizen; that I will support and defend the Constitution and laws of the United States of America against all enemies, foreign and domestic; that I will bear true faith and allegiance to the same; that I will bear arms on behalf of the United States when required by the law; that I will perform noncombatant service in the Armed Forces of the United States when required by the law; that I will perform work of national importance under civilian direction when required by the law; and that I take this obligation freely, without any mental reservation or purpose of evasion; so help me God (8 CFR § 337.1)

Então, atendendo o art. 12, § 4º, II, “b”, da Constituição, apresentou-se de acordo com o art. 23 da Lei nº 818/49, lei de regência à época, a perda da nacionalidade, declarada em 3 de julho de 2013, após processo administrativo do Ministério da Justiça, conforme a lei, movido de ofício, com ampla defesa e contraditório, de efeitos meramente declaratórios (*ex tunc*). Corroborou e adotou a Primeira Turma o entendimento, conforme o núcleo verbal da Constituição, de que Claudia deixara de ser brasileira em 28 de setembro de 1999, quando se tornou norte-americana. Assim, quando praticou o crime em tese, entre 10 e 12 de março de 2007, a impetrante já era norte-americana e não mais

²⁰ Em tradução livre, Juramento de lealdade. Constitui o ato final do procedimento de naturalização nos EUA, que se dá em cerimônia coletiva perante a autoridade norte-americana, em que o naturalizando declara os seguintes termos: “Declaro, sob juramento, que renuncio absoluta e totalmente e abjuro toda lealdade e fidelidade a qualquer príncipe, potentado, estado ou soberania estrangeiro, de quem ou que eu já tenha sido sujeito ou cidadão; que apoiarei e defenderei a Constituição e as leis dos Estados Unidos da América contra todos os inimigos, estrangeiros e domésticos; que eu carregarei verdadeira fé e lealdade ao mesmo; que portarei armas em nome dos Estados Unidos quando exigido por lei; que prestarei serviço não combatente nas Forças Armadas dos Estados Unidos quando exigido por lei; que executarei um trabalho de importância nacional sob a direção civil, quando exigido por lei; e que eu assumo essa obrigação livremente, sem qualquer reserva mental ou propósito de evasão; então, olhai por mim, Deus.”

brasileira. Esse entendimento parece ter sido positivado no § 3º do art. 82 da LM, apesar da truncada redação legal.

O problema é que, desde a decisão no Caso Heloísa Rapaport, em 1995, a Administração tinha entendimento *contra legem* expresso e consolidado de não atuar de ofício nesses casos. Os casos de perda da nacionalidade dependiam de pedido do próprio interessado, que, se quisesse, deveria fazer a solicitação ao Ministério da Justiça, diretamente ou por meio da legação brasileira no exterior, apresentando, dentre outros documentos, requerimento dirigido ao Ministro da Justiça expondo a aquisição voluntária da nacionalidade estrangeira e o desejo de perder a brasileira (DEL'OLMO, 2016, p. 168).

Pois, a confirmação da validade da Portaria nº 2.465/2013 do Ministério da Justiça provocou abalo sísmico na segurança jurídica do nacional que se naturaliza no exterior. Principalmente, porque, como visto no capítulo um, atualmente, “é sensível a tendência de se proteger a existência da dupla nacionalidade” (VEDOVATO, 2012, p. 54).

Ademais, a instauração de ofício do procedimento administrativo que levou à declaração da perda da nacionalidade brasileira de Claudia foi fruto de provocação externa por interesse estatal alheio, desafiando, assim, o princípio da impessoalidade, que expressamente rege a Administração Pública, de acordo com o art. 37, *caput*, da Carta Magna. Desde sua promulgação, em 5 de outubro de 1988, a Constituição Cidadã impõe que o tratamento dispensado pelo Estado brasileiro a seus administrados e jurisdicionados seja isonômico. No entanto, a renúncia de Claudia foi pinçada dentre milhares.

Em 2018, mais de dez mil brasileiros se naturalizaram norte-americanos. Especificamente, 10.538 (EUA, 2018 *Yearbook of Immigration Statistics*, Table 21). Desde então, só Carlos Wanzeler, acusado de pirâmide financeira (“*Ponzi scheme*”) nos EUA, perdeu a nacionalidade de ofício (Ofício nº 81/2018/DNN_Administrativo/DNN/DEMIG/SNJ-MJ, *apud* MELIM JR., 2018, p. 35), coincidentemente também sob interesse dos EUA, que, na sequência, tiveram atendido seu pedido de prisão preventiva para extradição de Wanzeler, que aguarda o desfecho preso em Bangu 8, no Rio de Janeiro (PPE nº 904, Rel. Min. Ricardo Lewandowski).

Por fim, independentemente de tudo o que foi dito nos dois atos em palco brasileiro, entende-se que Claudia não poderia ter perdido sua nacionalidade brasileira não pelos motivos alegados no Brasil, mas por ter sido inobservado o fato de que, pela legislação estadunidense, ela não poderia ter concluído com sucesso o procedimento de

naturalização norte-americana. Logo, como se rechaça a apatridia, sem nacionalidade americana, Claudia não poderia ter renunciado à brasileira.

Esclarecendo, ela deu entrada no pedido de naturalização estadunidense em razão de ser casada com Thomas Bolte. A união conjugal com Bolte era o que constituía a base legal para Claudia requerer com êxito a nacionalidade nos EUA, e seu requerimento de naturalização se deu, então, com base em cônjuge. Todavia ao longo do processo desfez-se a *affectio maritalis* e, em 1999, quando findou o processo de naturalização, Claudia já se encontrava divorciada (Exordial da Ação Rescisória nº 2.742/DF, Rel. Min. Carmen Lucia, j. em 22/05/2019; SANCHES; ALVIM, 2018).

Ocorre que a lei norte-americana que rege o respectivo procedimento (*Immigration and Nationality Act - INA*²¹), prevê que, em caso de dissolução do vínculo conjugal, antes ou depois de iniciado o procedimento com base em cônjuge, a naturalizanda perde o direito à nacionalidade norte-americana, mesmo que, após, venha a casar novamente, com outro cidadão estadunidense (*US Code Title 8 Chapter I 319.1*):

Loss of Marital Union—(i) Divorce, death or expatriation. A person is ineligible for naturalization as the spouse of a United States citizen under section 319(a) of the Act if, before or after the filing of the application, the marital union ceases to exist due to death or divorce, or the citizen spouse has expatriated. Eligibility is not restored to an applicant whose relationship to the citizen spouse terminates before the applicant's admission to citizenship, even though the applicant subsequently marries another United States citizen.

(ii) Separation—(A) Legal separation. Any legal separation will break the continuity of the marital union required for purposes of this part.²²

Assim, o pedido de naturalização de Claudia nos EUA deveria ter sido indeferido.

Logo, quando as autoridades norte-americanas no Brasil provocaram a ação de ofício do Ministério da Justiça, Claudia não poderia ter perdido a nacionalidade brasileira, porque a nacionalidade norte-americana não era válida - já que concedida em desacordo com a lei de regência. Assim sendo, o Brasil deixou Claudia sem nacionalidade válida no concerto das nações ao destituí-la da nacionalidade brasileira, infirmando, assim, o

²¹ Tradução livre: Lei de Imigração e Nacionalidade.

²² Tradução livre: “*Perda da União Conjugal* —(i) *Divórcio, morte ou expatriação*. Uma pessoa é inelegível para a naturalização como cônjuge de um cidadão dos Estados Unidos sob a seção 319(a) da Lei se, antes ou depois da protocolização do pedido, a união conjugal deixar de existir devido a morte ou divórcio, ou o cônjuge cidadão for expatriado. A elegibilidade não é restaurada a um requerente cuja relação com o cônjuge cidadão termina antes da admissão do requerente à cidadania, mesmo que o requerente posteriormente se case com outro cidadão dos Estados Unidos. (ii) *Separação* —(A) *Separação legal*. Qualquer separação legal quebrará a continuidade da união conjugal necessária para fins desta parte.”

compromisso internacional de repúdio à apatridia, assumido na Convenção de Nova Iorque de 1961, da qual, estrategicamente, os EUA não fazem parte (ONU, 2020). Apesar da aparente produção de efeitos (eficácia) da naturalização de Claudia nos EUA, esses são precários, pois, conforme *INA 316 e 340*, pelo vício do consentimento, a nacionalidade secundária de Claudia sujeita-se, imprescritivelmente, a cancelamento em processo judicialiforme federal com efeitos *ex tunc* (*denaturalization*) - o qual vem sendo fomentado como política de governo nos EUA (*American Immigration Lawyers Association*, 2020) –, o que, na falta de outra nacionalidade, submete a ex-brasileira a ficar sem qualquer proteção diplomática, uma vez que, em razão da soberania, os efeitos retroativos do eventual cancelamento da nacionalidade norte-americana só aos EUA podem se referir.

Conclusão

Segue intacta a proibição de extradição de brasileiro nato. Entendeu-se que o Brasil não admitiu, e continua não admitindo, em nenhuma hipótese, a extradição do nacional originário. Confirmando a hipótese inicial, concluiu-se que não se extraditou uma brasileira (nata), mas, sim, uma cidadã norte-americana, que nascera brasileira.

Todavia, no caso, para se preencherem os requisitos da extradição passiva, foi necessária uma atuação oficial bipartida, de forma a, antes, decidir sobre a perda da nacionalidade originária da extraditanda. Nesse primeiro ato, entendeu-se que o STF usurpou a competência do STJ para julgar o mandado de segurança que combatia a declaração do Ministro da Justiça de perda da nacionalidade da impetrante.

Na sequência, a decisão que revogou a liminar e denegou a segurança considerou corretamente a qualidade dos direitos (civis) de que já dispunha a impetrante nos EUA, mas, pelo caminhar do mundo, a diversificar direitos em dimensões nunca d'antes vistas, bem merecia o permissivo constitucional debate mais democrático e aprofundado sobre o conteúdo dos direitos civis a que alude. Seguindo a ideia de Peter Häberle de uma sociedade aberta de intérpretes da Constituição, fez falta a voz de representantes dos emigrantes como amigos da corte nesse debate que não houve. Em 2020, há cerca de três milhões e meio de brasileiros vivendo em outros países.

A instauração de ofício pelo Ministério da Justiça do procedimento administrativo para declarar a perda da nacionalidade brasileira de Claudia, alvo do *writ*, abalou a segurança jurídica e não observou o princípio da impessoalidade. Até então, era entendimento expresso que o próprio indivíduo deveria dar entrada no pedido de perda

(renúncia) da sua nacionalidade brasileira. Esse entendimento era, e é, *contra legem*, mas restava consolidado desde 1995. Em 2011, por legítimo interesse externo, as autoridades administrativas promoveram o respectivo processo apenas no caso de Claudia, e, mais recentemente, de Carlos Wanzeler, permanecendo inertes perante milhares de outros brasileiros que se naturalizam no exterior nas mesmas condições.

De qualquer forma, Claudia não poderia ter perdido a nacionalidade brasileira nem que quisesse. Quando obteve a nacionalidade norte-americana, ela já estava divorciada, e a lei estadunidense proíbe que o procedimento de naturalização com base em cônjuge prossiga em caso de separação dos cônjuges. Portanto, há vício de origem na nacionalidade secundária de Claudia, que, se observado fosse, implicaria a manutenção compulsória de sua nacionalidade brasileira, para não a deixar *heimatlos* diante do compromisso brasileiro de repúdio à apatridia.

REFERÊNCIAS

ACCIOLY, Hildebrando *et al.* **Manual de Direito Internacional Público**. 22ª ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

AILA (AMERICAN IMMIGRATION LAWYERS ASSOCIATION). **Featured Issue: Denaturalization Efforts by USCIS**. Disponível em: <<https://www.aila.org/advo-media/issues/all/featured-issue-denaturalization-efforts-by-uscis>>. Acesso em: 1º/08/2020.

ARAS, Vladimir. **Direito probatório e cooperação jurídica internacional**. In: SALGADO, Daniel de Resende; QUEIROZ, Ronaldo Pinheiro de (orgs.). A Prova no Enfrentamento à Macrocriminalidade. 3ª ed. Salvador: Juspodivm, 2019, p. 423-469.

BEEAMAN, Richard. *The Penguin guide to the United States Constitution: a fully annotated Declaration of Independence, U.S. Constitution and amendments, and selections from the Federalist Papers*. Penguin Books: London (England), 2010.

BITTAR, Eduardo C. B.; ALMEIDA, Guilherme Assis de. **Curso de Filosofia do Direito**. 4ª ed. São Paulo: Atlas, 2005.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**, de 5 de outubro de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 10/07/2019.

_____. Decreto nº 8.501, de 18 de agosto de 2015. **Promulga a Convenção para a Redução dos Casos de Apatridia, firmada em Nova Iorque, em 30 de agosto de 1961**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/ato2015-2018/2015/decreto/D8501.htm>. Acesso em: 1º/08/2020.

_____. Decreto nº 9.199, de 20 de novembro de 2017. **Regulamenta a Lei nº 13.445, de 24 de maio de 2017, que institui a Lei de Migração.** Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2017/Decreto/D9199.htm>. Acesso em: 20/04/2020.

_____. Decreto nº 18.871, de 13 de agosto de 1929. **Promulga a Convenção de direito internacional privado, de Havana.** Disponível em: <<https://www2.camara.leg.br/legin/fed/decret/1920-1929/decreto-18871-13-agosto-1929-549000-publicacaooriginal-64246-pe.html>>. Acesso em: 2/04/2020.

_____. Decreto nº 55.750, de 11 de fevereiro de 1965. **Promulga o Tratado de Extradicação com os Estados Unidos da América e respectivo Protocolo Adicional.** Disponível em: <<https://www2.camara.leg.br/legin/fed/decret/1960-1969/decreto-55750-11-fevereiro-1965-396067-publicacaooriginal-1-pe.html>>. Acesso em: 3/04/2020

_____. Decreto Legislativo nº 138, de 9 de agosto de 2018. **Aprova o texto do Acordo sobre Mandado Mercosul de Captura e Procedimentos de Entrega entre os Estados Partes do Mercosul e Estados Associados, assinado na XL Reunião Ordinária do Conselho do Mercado Comum, realizada em Foz do Iguaçu, Paraná, em 16 de dezembro de 2010.** Disponível em: <<https://www2.camara.leg.br/legin/fed/decleg/2018/decretolegislativo-138-9-agosto-2018-787060-acordo-156145-pl.html>>. Acesso em: 2/04/2020.

_____. Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940. **Código Penal.** Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm>. Acesso em: 13/02/2020.

_____. Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941. **Código de Processo Penal.** Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689.htm>. Acesso em: 13/02/2020.

_____. Ministério da Justiça. **Despacho n. 172**, de 4 de agosto de 1995. Min. Nelson Jobim. Disponível em: <<https://www.26notas.com.br/blog/?p=10947>>. Acesso em: 25/04/2020.

_____. Lei nº 6.815, de 19 de agosto de 1980. **Define a situação jurídica do estrangeiro no Brasil, cria o Conselho Nacional de Imigração.** Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l6815.htm>. Acesso em: 15/07/2019.

_____. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. **Institui o Código Civil.** Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406compilada.htm>. Acesso em: 14/03/2020.

_____. Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015. **Código de Processo Civil.** Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13105.htm>. Acesso em: 14/03/2020.

_____. Lei nº 13.445, de 24 de maio de 2017. **Institui e Lei de Migração**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/ato2015-2018/2017/lei/l13445.htm>. Acesso em: 10/07/2019.

_____. Lei Complementar nº 75, de 20 de maio de 1993. **Dispõe sobre a organização, as atribuições e o estatuto do Ministério Público da União**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lcp/lcp75.htm>. Acesso em: 12/04/2020.

_____. Ministério das Relações Exteriores (MRE). Portal Consular. **Solicitando assistência**. Disponível em: <<http://www.portalconsular.itamaraty.gov.br/solicitando-assistencia>>. Acesso em: 18/05/2020.

_____. Portaria nº 217, de 27 de fevereiro de 2018. **Regulamenta os procedimentos relativos aos pedidos de extradição passiva e ativa e de prisão cautelar para fins de extradição passiva e ativa**. Disponível em: <http://www.in.gov.br/materia/-/asset_publisher/Kujrw0TZC2Mb/content/id/4712381/do1-2018-02-28-portaria-n-217-de-27-de-fevereiro-de-2018-4712377>. Acesso em: 10/04/2020.

_____. Portaria Interministerial nº 11, de 3 de maio de 2018. **Dispõe sobre os procedimentos para solicitação de naturalização, de igualdade de direitos, de perda, de reaquisição de nacionalidade brasileira e de revogação da decisão de perda da nacionalidade brasileira e dá outras providências**. Disponível em: <http://www.in.gov.br/materia/-/asset_publisher/Kujrw0TZC2Mb/content/id/12936945/do1-2018-05-04-portaria-interministerial-n-11-de-3-de-maio-de-2018-12936941>. Acesso em: 13/04/2020.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Ação Rescisória nº 2.742/DF**. Rel. Min^a. Cármen Lúcia. J. 22/05/2019. Disponível em: <<http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5692506>>. Acesso em: 6/05/2020.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Extradição nº 1.462/DF**. Rel. Min. Luís Roberto Barroso. J. 28/03/2017. Disponível em: <<http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5002140>>. Acesso em: 10/07/2019.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Prisão Preventiva para Extradição nº 694**. Rel. Min. Luís Roberto Barroso. J. 20/04/2016. Disponível em: <<http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=4462534>>. Acesso em: 19/11/2019

_____. Supremo Tribunal Federal. **Mandado de Segurança nº 33.864/DF**, Rel. Min. Luís Roberto Barroso. J. 19/04/2016. Disponível em: <<http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=4875308>>. Acesso em: 10/09/2019.

CAVALLIERI, Leila Arruda. **Direito fundamental a uma nacionalidade**. Em Cadernos de Direito, Piracicaba, v. 17(33), p. 125-155, jul-dez/2017.

DALLARI, Dalmo de Abreu. **Elementos de Teoria Geral do Estado**. 21^a ed. São Paulo: Saraiva, 2000.

DEL'OLMO, Florisbal de Souza. **A releitura da perda da nacionalidade brasileira nata à luz do caso Claudia Hoerig**. In: RAMOS, André de Carvalho (org.). Direito internacional privado: questões controvertidas. Belo Horizonte: Arraes Editores, 2016, p. 164-175.

ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. **8 Code of Federal Regulations**. §319 e §337.1. Disponível em: <https://gov.ecfr.io/cgi-bin/text-idx?SID=e11858b9a113ee453c84d1f154135e99&mc=true&node=se8.1.319_11&rgn=div8> e <https://www.ecfr.gov/cgi-bin/text-idx?SID=fea8573056c993b6561dc6bdc23f4da4&mc=true&node=se8.1.337_11&rgn=div8>. Acesso em: 31/03/2020.

_____. U. S. Citizenship and Immigration Services (USCIS). **Citizenship Through Naturalization**. Disponível em: <<https://www.uscis.gov/us-citizenship/citizenship-through-naturalization>>. Acesso em: 31/03/2020.

_____. U. S. Citizenship and Immigration Services (USCIS). **Policy Manual**. Volume 12. Part L **Revocation of Naturalization**. Disponível em: <<https://www.uscis.gov/policy-manual/volume-12-part-l>>. Acesso em: 1º/08/2020.

_____. Department of Homeland Security (DHS). **2018 Yearbook of Immigration Statistics**. Table 21. *Persons Naturalized by Country of Birth: Fiscal Years 2016 to 2018*. Disponível em: <<https://www.dhs.gov/immigration-statistics/yearbook/2018/table21>>. Acesso em: 21/04/2020.

EUROPEAN JUSTICE. Cooperação em matéria penal. **Mandado de Detenção Europeu**. Disponível em: <https://e-justice.europa.eu/content_european_arrest_warrant-90-pt.do>. Acesso em 24/02/2020.

FREITAS, Jessica Fontenelle *et al.* Org.: VARGAS, Daniela Trejos. **Perda e Reaquisição da Nacionalidade Brasileira: Os Efeitos do Caso Cláudia Hoerig**. Departamento de Direito. PUC-RJ. Rio de Janeiro: [s.n.], 2018. Disponível em: <http://www.puc-rio.br/pibic/relatorio_resumo2018/relatorios_pdf/ccs/DIR/DIR_Jessica_Fontenelle.pdf>. Acesso em: 28/02/2020.

GALLI, Marcelo. **1ª Turma do Supremo autoriza extradição de brasileira nata acusada de homicídio**. Consultor Jurídico. 28/03/2017. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2017-mar-28/turma-stf-autoriza-extradicao-brasileira-acusada-homicidio>>. Acesso em: 7/05/2020.

GAZETA Brazilian News. **Brasileira extraditada é condenada a 28 anos de prisão por assassinato do marido nos EUA**. Deerfield/FL (EUA), 13/02/2019. Disponível em: <<https://gazanews.com/brasileira-extraditada-condenada-a-28-anos-de-prisao-por-assassinato-do-marido-nos-eua/>>. Acesso em: 7/05/2020.

GOMES FILHO, Antonio Magalhães; TORON, Alberto Zacharias; BADARÓ, Gustavo Henrique. **Código de Processo Penal Comentado**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2018.

LOPES, Guilherme Aresi Madruga. **Extradição passiva e nacionalidade**. 99 f. Monografia (Graduação) – Curso de Ciências Jurídicas e Sociais da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, 2018.

MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. **Curso de Direito Internacional Público**. 12ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2019.

MELIM JR., Juci. **Polipatria e o Direito Brasileiro: Uma Análise da Emenda Constitucional de Revisão nº 3 e o Caso Claudia Hoerig**. 65 f. Monografia (Bacharelado) – Faculdade de Direito da Universidade de Brasília (UnB), Brasília, 2018.

MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. 8ª ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

MICHAEL, Lothar; MORLOK, Martin. **Direitos Fundamentais**. Trad. SOUSA, Antonio Francisco de. FRANCO, Antonio. São Paulo: Saraiva, 2016.

MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**. 11ª ed. São Paulo: Atlas, 2002.

NEGREIROS, Alexandre. **Eficácia da difusão vermelha da Interpol para a prisão para extradição**. 106 f. Monografia (Especialização) – Pós-graduação em Direito e Jurisdição, Escola da Magistratura do Distrito Federal (ESMA/DF), Brasília, 2009.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Código Penal Comentado**. 13ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS (ONU). **Declaração Universal dos Direitos Humanos**. Adotada e proclamada pela Assembleia Geral das Nações Unidas (Resolução 217[III]A) em 10 de dezembro de 1948.

_____. *Treaty collection. Chapetr V. 4. Convention on the Reduction of Statelessness*. Disponível em: https://treaties.un.org/pages/ViewDetails.aspx?src=TREATY&mtdsg_no=V-4&chapter=5&clang=en. Acesso em: 1º/08/2020.

ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS (OEA). **Convenção Americana sobre Direitos Humanos**. Assinada na Conferência Especializada Interamericana sobre Direitos Humanos, San José, Costa Rica, em 22 de novembro de 1969. Disponível em: https://www.cidh.oas.org/basicos/portugues/c.convencao_americana.htm Acesso em: 4/02/2020.

PANNUNZIO, Fábio. **Um Assassinato na Agenda que Obama Vem Cumprir no Brasil**. Blog do Pannunzio. 15/03/2011. Disponível em: <http://www.pannunzio.com.br/archives/7770>. Acesso em: 31/03/2020.

POSSIDONIO, Carine Teresa Lopes de Sousa. **Perda de nacionalidade brasileira - breves comentários sobre o caso Cláudia Cristina Sobral**. *Conteúdo Jurídico*, Brasília/DF: 17 de outubro de 2019. Disponível em: <<https://conteudojuridico.com.br/consulta/Artigos/52346/perda-de-nacionalidade-brasileira-breves-comentarios-sobre-o-caso-claudia-cristina-sobral>>. Acesso em: 17/out/2019.

RAMOS, André de Carvalho. **Curso de direitos humanos**. 6ª ed. São Paulo: Saraiva, 2019.

REZEK, J. F. **Direito Internacional Público**. 8ª ed. São Paulo: Saraiva, 2000.

ROCHA, José de Albuquerque. **Teoria Geral do Processo**. 7ª ed. São Paulo: Atlas, 2004.

RUBENSTEIN, Kim and ADLER, Daniel. **International Citizenship: The Future of Nationality in a Globalised World**. *Indiana Journal of Global Legal Studies*, Spring 2000. Available at SSRN: <https://ssrn.com/abstract=231675> or <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.231675>

SANCHES, Mariana; ALVIM, Mariana. **Carioca acusada de assassinar marido americano é extraditada em decisão histórica do Brasil**. BBC News Brasil. 18/01/2018. Disponível em: <<https://www.bbc.com/portuguese/brasil-42727904>>. Acesso em: 10/07/2019.

SILVA, Guilherme A.; GONÇALVES, Williams. **Dicionário de Relações Internacionais**. Barueri, SP: Manole, 2005.

SILVA NETO, Manoel Jorge e. **Curso de Direito Constitucional**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

SOARES, Guido Fernando Silva. **Curso de Direito Internacional Público**. São Paulo: Atlas, 2002.

TRIBUNAL PENAL INTERNACIONAL. **Rome Statute of the International Criminal Court**. Assinado em Roma (Itália) em 17 de julho de 1998 e adotado em 1º de julho de 2002. Disponível em: < <https://www.icc-cpi.int/NR/rdonlyres/ADD16852-AEE9-4757-ABE7-9CDC7CF02886/283503/RomeStatutEng1.pdf>>. Acesso em: 1º/03/2020.

VEDOVATO, Luís Renato. **Ingresso do estrangeiro no território do estado sob a perspectiva do Direito Internacional Público**. 2012. 213 f. Tese (Doutorado em Direito Internacional) – Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo, 2012.

ANEXO A – FOTO



KARL E CLÁUDIA HOERIG

ANEXO B – ALERTA INTERPOL



[WANTED PERSONS](#)
[MISSING PERSONS](#)
[INTERPOL WORLDWIDE](#)

[HOME](#) [ABOUT INTERPOL](#) [NEWS AND MEDIA](#) [MEMBER COUNTRIES](#) [INTERPOL EXPERTISE](#) [CRIME AREAS](#)

[Back to Search result](#)



2007/28727 HOERIG CLAUDIA

HOERIG, CLAUDIA
WANTED BY THE JUDICIAL AUTHORITIES OF UNITED STATES FOR PROSECUTION / TO SERVE A SENTENCE

IDENTITY PARTICULARS

Present family name: **HOERIG**
Forename: **CLAUDIA**
Sex: **Female**
Date of birth: **23/09/1964 (49 years old)**
Place of birth: **RIO DE JANEIRO, Brazil**
Language spoken: **English, Portuguese**
Nationality: **Brazil, United states**

PHYSICAL DESCRIPTION

Height: **1.575 meter**
Weight: **49.5 Kg**
Colour of hair: **Brown**
Colour of eyes: **Brown**

CHARGES Published as provided by requesting entity

Charges: **AGGRAVATED MURDER**

MAGISTRATURA E EQUIDADE NOS JUÍZOS CRIMINAIS – estudo empírico da presença de magistradas no Tribunal de Justiça do Distrito Federal e dos Territórios

Daniele Feitosa de Albuquerque Lima Ramos¹

Victória Sousa Cagliari Hernandez²

RESUMO: Os estudos sobre a representatividade de gênero na magistratura têm se intensificado nos últimos anos, trazendo novos dados e ramificações temáticas acerca do número de mulheres dentro de uma carreira tradicionalmente vista como masculina. Uma vez que as magistradas tomam posse, há dificuldades internas enfrentadas por elas para atuação em determinadas áreas? Identificadas possíveis dificuldades, isso ocorre com maior intensidade no âmbito do Direito Penal? Este trabalho apresenta uma análise quantitativa acerca da presença de magistradas nos juízos criminais do Tribunal de Justiça do Distrito Federal e dos Territórios, de modo a verificar se há discrepância significativa entre a quantidade de juizes e juízas e se há menos espaço para aquelas que atuam na área criminal. Foram utilizados dois métodos: revisão bibliográfica do histórico da magistratura feminina; e análise descritiva de dados quantitativos referentes à representatividade do gênero masculino e feminino no Tribunal. Os resultados revelam que há uma diferença percentual considerável na proporção entre os gêneros quando analisados determinados fatores externos e internos, levando-nos a considerar hipóteses que explicam as taxas de representatividade feminina na atuação com matéria criminal e uma possível identificação com determinadas áreas e tipos de juízos. Juntamente à pesquisa quantitativa, também demonstramos que ainda se faz necessária a continuidade de estudos acerca do tema, para que possamos compreender melhor as escolhas das magistradas em seguir na carreira especializando-se nos ramos do Direito Penal.

Palavras-chave: Magistratura. Gênero. Equidade. Direito Penal. Juízo Criminal. Magistradas. Distrito Federal.

JUDICIARY AND EQUITY IN THE CRIMINAL COURTS - empiric study of the presence of female judges in the Justice Court of the Federal District and Territories

Abstract: Studies about gender representativity in the judiciary have been intensified in the past few years, bringing new data and thematic ramifications regarding the increase in the number of women in a traditionally male-dominated career. However, once the

¹ Graduada em Engenharia Civil pela Universidade de Fortaleza (Unifor) e graduanda em Direito pelo Instituto Brasiliense de Direito Público (IDP).

² Graduada em Línguas Estrangeiras Aplicadas na Universidade de Brasília (UnB), pós-graduada em Desenvolvimento Internacional no Centennial College e graduanda em Direito pelo Instituto Brasiliense de Direito Público (IDP).

female judges take office, do they face internal obstacles? Once identified these obstacles, do they occur more persistently in the Criminal Law field? This research paper presents a quantitative analysis of the presence of female judges in the criminal court of the Justice Court of the Federal District and Territories, aiming to verify if there is a significant difference between the number of active male and female judges and if there is limited space to women in the criminal field. We have used two methods: bibliographic review and a descriptive analysis of descriptive data referring to male and female judges in the criminal courts of the Justice Court of the Federal District. The results reveal that there is a considerable percentual discrepancy in the proportion between genders, leading us to consider hypothesis that explain the numbers of female representativeness in criminal judiciary practice e a possible identification with determinate areas and types of courts. Along with the quantitative analysis, we have also demonstrated the need to proceed with studies on the topic, for a better understanding of factors that lead female magistrates to follow a career and specialize in fields of Criminal Law.

Keywords: Judiciary. Gender. Equity. Criminal Law. Criminal Courts. Female Judges. Federal District.

1. INTRODUÇÃO

Não faz ainda um século que Auri Moura Costa começou a carreira de magistrada no Tribunal de Justiça do Estado do Ceará, primeiro do Brasil a aceitar o ingresso de uma mulher na carreira, em 1939. Parece um longo tempo, mas ao considerarmos o fato de que o Poder Judiciário tem início ainda no Brasil colonial, percebemos que é pouco. É menos ainda quando consideramos, também, que essa chegada das mulheres à carreira não foi pacífica e nem isenta de duras críticas em seus primeiros anos. A magistratura se firmou como um ambiente masculino quando as mulheres ainda não possuíam sequer o status de cidadãs, o que mostra que essa chegada à qual nos referimos não foi o final de um trajeto, mas, sim, o início dele.

Os estudos acerca da feminização da magistratura vêm crescendo ao longo dos anos, numa demonstração de que pesquisadoras e pesquisadores desejam entender o motivo da discrepância persistente entre o número de juízes e juízas atuantes. O Conselho Nacional de Justiça (CNJ), em 2018, também buscou respostas para essa pergunta ao elaborar relatório sobre a participação feminina no Poder Judiciário, posteriormente à edição da Resolução nº 225/2018, que buscava maiores incentivos à participação feminina no Poder.

A revisão bibliográfica exposta nesta pesquisa, revela que a participação feminina vem aumentando no Poder Judiciário, entretanto, o número de mulheres ainda

é consideravelmente menor que o de homens e sua distribuição varia conforme os campos de atuação.

Esse trabalho tem como objetivo geral apresentar uma análise quantitativa acerca da atuação das magistradas nos juízos criminais do Tribunal de Justiça do Distrito Federal e dos Territórios (TJDFT). Serão apresentados dados de gênero associados a outros parâmetros para melhor compreensão da representatividade feminina nos juízos que lidam com matérias criminais. Assim, são objetivos específicos a análise do gênero correlacionando 4 (quatro) eixos temáticos: **(i)** localidade, **(ii)** tempo de titularização no TJDFT e no juízo atual, e **(iii)** competência.

2. BREVES APONTAMENTOS ACERCA DO PODER JUDICIÁRIO

O início da Poder Judiciário brasileiro remete ao período colonial, quando o sistema judicante era concentrado nas mãos dos senhores de terras e dos poucos letrados da sociedade daquela época. As vantagens concedidas à carreira da magistratura como hoje a conhecemos, porém, iniciam-se no período republicano, com o advento das Constituições de 1891, 1934 e 1946 (Comparato, 2016). Estas trouxeram uma série de novas características à carreira, e a jurisdição pátria e aos poucos, foi se afirmando sua importância para o cenário político-jurídico brasileiro.

O golpe militar de 1964 extirpou os poderes dos magistrados ao decretar o Ato Institucional nº 5, mas, após esse período, e com a elaboração da Constituição Federal de 1988, o Poder Judiciário ganhou contornos inéditos e muito mais amplos do que em todas as Cartas anteriores. Um evento de significância, decorrente das mudanças trazidas pelo novo ordenamento pátrio, foi a criação da Associação Juízes para a Democracia, em 1991, que marcou uma nova tentativa do Poder Judiciário de deixar de lado seus traços mais conservadores e buscar reforçar o Estado Democrático de Direito, bem como sua própria democratização interna. Essa busca de modernização terá reflexos na participação feminina, como se pode depreender a partir dos trabalhos citados ao longo deste artigo.

2. MAGISTRATURA E GÊNERO: UMA BUSCA EM EVOLUÇÃO

Beauvoir (1949), em sua histórica obra “O Segundo Sexo”, coloca uma interessante observação acerca das dinâmicas de poder entre os gêneros: “no momento em que as mulheres começam a tomar parte na elaboração do mundo, esse mundo é

ainda um mundo que pertence aos homens” (p. 19). Alicerçada às definições biológicas, históricas e míticas do papel feminino frente à hegemonia masculina, que coloca a mulher como o “Outro Sexo”, a autora discorre, ao longo da obra, sobre como esse ciclo de dominação se perpetuava através da própria história.

Um dos aspectos colocados é o de que o processo de dominação entre grupos em situação de enfrentamento precisa ser legitimado para produzir efeitos, devendo estar alicerçado em alguma justificativa que o consolide enquanto absoluto. Assim, a teologia, a filosofia e o próprio direito foram algumas das ciências que desempenharam esse papel legitimador e cujas consequências foram se perpetuando através dos séculos, ainda que de formas menos ou mais sutis.

Desde os primórdios dos códigos Romanos, é feita diferenciação clara entre a situação da mulher naquela sociedade, frente à do homem, em referências como “imbecilidade, a fragilidade do sexo”. Anos mais tarde, para que fosse mantida sob a tutela marital na gestão de seus bens, é tida por Santo Agostinho como “animal que não é nem firme nem estável” (apud Beauvoir, 1970, p.16). Montagne, também citado por Beauvoir (1949) compreende a arbitrariedade da situação que lhes é imposta: “não carecem de razão as mulheres quando recusam as regras que introduziram no mundo, tanto mais quanto foram os homens que as fizeram sem elas”.

Com a Revolução Industrial, quando começaram a ser, de fato, vistas como concorrência no mercado laboral por aceitarem desempenhar o mesmo tipo trabalho até então monopolizado pelos homens, ainda que condicionadas a salários mais baixos, todos esses antigos regramentos, consolidados pelas supracitadas ciências humanas – e respaldados pela biologia - voltam à tona como justificativa para que não pudessem ocupar um lugar que, originalmente, não lhes pertencia.

Assim, Pinho (2018) coloca-nos um ponto deveras pertinente ao tratar do processo de elaboração e consolidação de uma norma e sobre qual seria seu papel em definir o posicionamento de determinados grupos dentro de uma sociedade. Diz: “as normas também nascem na sociedade. Antes de serem postas, elas são pressupostas: pensadas, sentidas e desejadas pela sociedade [...]” (Pinho, 2018, p. 149). A elaboração da norma, então, reflete o pensamento dominante da sociedade e se harmoniza com um sentimento comum do que é justiça para determinado grupo, fluindo conforme uma variação histórico-cultural definidora da normalidade corrente. Assim, os grupos que

detêm o poder têm a faculdade de legitimá-lo, como já o vem fazendo há séculos, da forma como lhes aprouver.

Esse processo de consolidação da norma acaba por explicar-nos sobre o pensamento corrente em determinadas culturas, bem como mostra os motivos pelos quais determinados grupos são inferiorizados em relação a outros. Sobre esse enfrentamento de categorias humanas, Beauvoir (1949) diz: “se uma das duas é privilegiada, ela domina a outra e tudo faz para mantê-la na opressão” (p. 89). Eis por que o tratamento dispendido à mulher e a quaisquer outras categorias que hoje percebemos como marcadas pela necessidade de ações afirmativas para ganharem a chance de participar minimamente de espaços de poder – vide as cotas femininas no Poder Legislativo - varia de acordo com os valores reforçados pelos grupos dominantes destes. A própria evolução do Direito Constitucional pátrio nos possibilita entender as motivações das diferenças de tratamento entre homens e mulheres enquanto cidadãos – status que, por muito tempo, sequer pertencia à mulher.

Kahwage e Severi (2019) apontam para o sistema jurídico de cada país como motivador da maior ou menor inclusão de magistradas no Poder Judiciário, indicando que o processo de seleção dos países de *civil law* difere consideravelmente do processo nos países de *common law*. Enquanto nos países que adotam o primeiro sistema o ingresso na carreira se dá por meio de certames e análise de títulos, naqueles que adotam o segundo sistema, depende largamente de nomeações e processos “pouco transparentes e sem critérios bem definidos, razão pela qual, em tais países, o ingresso de mulheres na magistratura foi menor” (Kahwage e Severi, 2019, p. 56).

O Brasil adota o *civil law*, de forma que as oportunidades de ingresso na primeira instância são bastante justas no que concerne à forma de acesso. As autoras ressaltam, porém, que, para ascender às instâncias seguintes, a Lei Orgânica da Magistratura Nacional define os critérios de antiguidade e merecimento. Destacam, também, que é possível que nos critérios de ingresso e promoção “estejam presentes espaços de discricionariedade que causam desigualdades entre os gêneros no interior da carreira e na composição de gênero dos tribunais de justiça no país” (Kahwage e Severi, 2019, p. 57). Como cada Tribunal de Justiça estabelece seus próprios critérios no provimento de cargos, é possível que mecanismos sutis sejam utilizados para prevenir a ascensão de mulheres.

Pinho (2018) destaca que é recente o acesso feminino às carreiras jurídicas, especialmente ao recordarmos o fato de que estas existem desde que o Brasil era colônia portuguesa. Aqui, a primeira advogada, Myrthes Gomes Campos, consegue autorização para exercer a profissão apenas em 1906, embora tenha obtido o título de bacharel em Direito em 1898. A primeira magistrada foi Auri Moura Costa, nomeada em 1939, e cujos registros revelam que conseguiu sua nomeação em razão da dubiedade de seu nome: a banca examinadora acreditou tratar-se de um homem (Tessler, 2013).

O pioneirismo destas e de tantas outras que, posteriormente, vieram a conquistar posições no âmbito jurídico abriu precedentes para que o ingresso da mulher começasse a ser aceito - embora não fosse exatamente tido como natural - em cargos de alta relevância. Houve progresso, mas, segundo Fragale *et al* (2015), ainda “nota-se a predominância de um paradigma masculino no exercício profissional que impõe às magistradas posturas profissionais mais rígidas e a necessidade constante – ainda hoje – de afirmação para o cargo”.

Sánchez-Apellániz (1997), citado por Gómez-Bahillo, Elboj-Saso e Marcén-Muño (2016), distingue três barreiras influenciadoras na ascensão profissional feminina, sendo a primeira delas a barreira interna, aquela relacionada com a identidade social de gênero. Esta se formaria desde a infância, com a exposição exacerbada a meios de comunicação, ambientes e discursos que reforçam a diferenciação entre homens e mulheres e encorajam a ideia de que há papéis e funções mais adequados a um ou outro gênero.

As barreiras internas, então, seriam vinculadas à própria cultura organizacional e ao seu vínculo com estereótipos de gênero, no que designa cargos e funções diferenciadas a homens e mulheres, de acordo com supostas aptidões. As barreiras derivadas são as advindas do próprio ambiente familiar, no qual espera-se uma maior atuação feminina nos afazeres domésticos, o que acaba por impor mais restrições de disponibilidade às mulheres que aos homens.

Campos (2016) destaca que a ocupação feminina no Judiciário não desacelerou nos últimos anos, o que pode ser interpretado como um bom sinal, embora a parcela de magistradas ainda seja consideravelmente pequena em relação a de magistrados. Não obstante, evidências estatísticas apontam para um aumento na heterogeneidade da composição da carreira, com o aumento da diversidade racial, socioeconômica e geracional. Esse movimento, porém, seria algo externo ao Judiciário, resultante de

políticas afirmativas presentes em outros âmbitos, e não de uma iniciativa do próprio Poder. É um indício de que

a retranca patriarcal que constituía a instituição teve que ser atacada de fora para dentro, já que nunca houve estímulo interno à sua feminização, pois ela tanto implicaria na perda de um espaço de poder tradicionalmente masculino, cuja reserva de mercado é extremamente importante, quanto poderia conduzir à uma suposta queda de status advinda de des-homogeneização da categoria (p. 21).

Bonelli (2010), citada por Campos, fez um estudo do Tribunal de Justiça de São Paulo (TJSP), destacando que tribunais como este, que integram o grupo dos mais antigos do país, são formados por verdadeiras dinastias familiares da área do Direito. Inclusive, destacou que o TJSP adiou o máximo de tempo possível o ingresso de mulheres na magistratura, por acreditar que o judiciário francês houvera perdido grande parte do seu prestígio ao autorizar o acesso feminino às suas carreiras.

Campos (2010) aponta como um dos problemas o fato de que os seres humanos são diferentemente socializados de acordo com seu “gênero ideal”, como já exploramos acima ao citar as possíveis barreiras que impediriam um maior acesso de mulheres ao mercado de trabalho. Dessa forma, coloca-se o questionamento sobre como isso influenciaria, também, na prática da justiça e, ainda, sobre como os reflexos dessa socialização influenciariam nas decisões acerca de processos e, mais além, sobre se uma maior diversidade de gênero poderia trazer melhoras à prática da magistratura.

As constatações acerca dessas possíveis dificuldade de acesso se desdobram nos resultados de pesquisas recentes acerca da presença feminina na magistratura, bem como na tentativa de buscar ações afirmativas para aumento da diversidade de gênero na magistratura. A Resolução nº 255, publicada em 2018 pelo Conselho Nacional de Justiça (CNJ), institui a Política Nacional de Incentivo à Participação Institucional Feminina no Poder Judiciário, reconhecendo, em suas considerações iniciais, que os dados coletados pelo órgão acerca do tema revelavam uma assimetria na ocupação de cargos no Poder Judiciário. Em 2019, o órgão publica o “Diagnóstico da participação feminina no Poder Judiciário”, revelando alguns avanços em áreas isoladas, mas reconhecendo, igualmente, as disparidades que ainda precisam ser desfeitas.

Para que se possa fazer comparações entre os números, é necessário saber, primeiramente, que, segundo os dados do Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE) utilizados no relatório, a população brasileira é formada por 51,6% de mulheres

e 48,4% de homens. O primeiro dado relevante trata da totalidade de magistrados em atividade, dos quais somente 38,8% são mulheres. Houve alguma evolução em relação ao ano de 1988, quando esse percentual era de 24,6%, mas, como destaca o relatório, o crescimento vem ocorrendo lentamente. Em relação aos Tribunais Superiores, houve diminuição do percentual de juízas no período de 10 anos, a contar do ano de 2008, com uma queda de 23,6% para 19,6% de magistradas em atividade.

Já na Justiça Estadual, a um aumento considerável, sendo que havia 21,9% de magistradas atuando em 1988, frente a 37,4% em 2018. Os cargos de presidente, vice-presidente e corregedor nessa mesma esfera se mantiveram em patamar médio abaixo dos 23% entre 2008 e 2018 (CNJ, p. 14)³.

A partir das conclusões contidas no relatório do CNJ, é possível observar, em termos quantitativos, que ainda há uma predominância masculina nas áreas da magistratura, de forma que, nas próximas seções, buscaremos analisar como essa tendência se reflete, especificamente, na área da magistratura criminal.

2.1 JUÍZAS NA MAGISTRATURA CRIMINAL: ATUAL CONJUNTURA E DESAFIOS

É importante pontuar que estudos brasileiros sobre a presença de profissionais do campo jurídico nas áreas de atuação relativas às ciências criminais ainda são escassos, especialmente no campo da magistratura. Em pesquisa informal, percebemos um crescimento gradual do interesse das juristas em abordar o tema através de artigos de opinião ou depoimentos pessoais, mas a busca por dados científicos se mostrou um desafio.

Kahwage e Severi (2019) aludem a essa dificuldade ao colocarem que práticas discriminatórias e imposição de barreiras são fatores que resultam de percepções pessoais e que se baseiam nas trajetórias individuais de cada indivíduo. Seria este, então, um dos fatores que tornam desafiador analisar a persistência das desigualdades entre homens e mulheres nas relações laborais. Ainda assim, as autoras se utilizam de

³ O relatório do CNJ registra que na Justiça Federal houve diminuição em relação ao quantitativo de magistradas, com uma representação de 34,6% em 2008 para 31,2% em 2018. Quanto à média deste mesmo período, a ocupação do cargo de Juiz Substituto por mulheres aumentou 6,5% em 2018 (CNJ, p. 17). A Justiça do Trabalho teve aumento exponencial no período em análise, pois as mulheres representaram 50,5% do total de magistrados ativos em 2018. Por outro lado, as Justiças Eleitoral e Militar ficaram abaixo da média, sendo que aquela passou de 33,6% para 31,3% nos 10 anos analisados, e esta contempla apenas 3,7% de magistradas.

dados estatísticos e evidências históricas para construir sua argumentação em torno do tema, evidenciando alguns pontos comuns encontrados nas pesquisas de países nos quais o tema já foi estudado. O ponto comum gira em torno dos seguintes elementos: segregação horizontal, segregação vertical e concentração de mulheres em determinados cargos.

A segregação horizontal trata da relação da mulher com seu campo de atuação de forma ampla, ou seja, é uma definição intrínseca e baseada em estereótipos sobre que funções devem ou não ser exercidas por homens e mulheres da área jurídica. Assim, as mulheres acabam sendo vistas como mais adequadas a determinados campos de atuação, enquanto os homens seriam melhor designados para outros. Esse impedimento de acesso é denominado por alguns autores como “parede de cristal” (Estelles-Miguel, Ribeira e Pérez, 2009 *apud* Kahwage e Severi, 2016). Já a segregação vertical trata da sub-representação feminina em cargos de alto escalão.

As pesquisas demonstram que, embora as diferenças de qualificações entre os gêneros masculino e feminino na área jurídica sejam poucas, as mulheres parecem ter mais dificuldade em ascender a postos mais altos. É o denominado “teto de vidro”, uma metáfora para “barreiras sutis e imperceptíveis, mas suficientemente sólidas que impedem a ascensão profissional e obstam oportunidades nas carreiras de mulheres” (p. 55). Colocam, ainda, um terceiro fator de segregação, que é a concentração de mulheres em cargos públicos da administração de justiça. Esta seria relacionada, segundo Bergallo (2007, *apud* Kahwage e Severi) com problemas de tempo e horário, e pela interferência das demandas do trabalho em casa ou a presença de demandas familiares no trabalho, fatores que fazem com que as mulheres busquem profissões com jornadas menos exaustivas e que lhes garantam estabilidade familiar.

Em relação à segregação horizontal, as autoras a destacam no sentido de explicar a concentração de mulheres em ramos tidos como adequados ao gênero feminino. Citam, inclusive, o informe *Iguales en Méritos, Desiguales en Oportunidades: Acceso de Mujeres a los Sistemas de Administración de Justicia*, que apresenta uma pesquisa acerca do acesso feminino a sistemas de administração da justiça. Dentre os homens respondentes dos seis países consultados, quando perguntados sobre em qual área jurídica as mulheres tinham melhor desempenho, 53% responderam que seria no Direito de Família.

Quando feita a mesma pergunta em relação ao desempenho dos homens atuantes na área jurídica, tanto a maioria de homens quanto de mulheres respondeu que eles seriam mais aptos ao Direito Penal. Ainda, em pesquisa realizada por Duarte, Fernando, Gomes e Oliveira (2014, *apud* Kahwage e Severi, 2016) com parcela representativa da população de Portugal, os entrevistados, ao serem perguntados sobre em quais ramos acreditavam que as magistradas teriam maior habilidade, 56% concordaram que seria em casos relacionados à família e crianças.

Benedito e Gastiazoro (2013) realizaram um estudo visando comparar o processo de feminização da magistratura na Argentina – especificamente em Córdoba, com o do Brasil, analisando o Tribunal de Justiça de São Paulo. Assim como no Brasil, predomina o gênero masculino na magistratura Argentina, situação que só começa a mudar em meados do século XX. As magistradas entrevistadas na pesquisa também relatam que os obstáculos a serem superados no âmbito interno eram muitos. Uma delas relata que por anos, as juízas eram referidas como “senhor juiz” até mesmo nos documentos oficiais.

Utilizando-se do conceito de segregação horizontal, também citam relatos de entrevistadas que contam que as mulheres não eram admitidas e nem desejadas em áreas específicas da magistratura, como o direito penal ou do trabalho, matérias estas reservadas aos homens. Dessa forma, por questões de gênero, as juízas foram excluídas dos âmbitos de trabalho considerados pouco adequados para elas, pois estes não seriam condizentes com o que seria uma personalidade tida como feminina.

Os tribunais criminais, por serem um espaço de exercício do poder de coerção física, eram um destes espaços. Uma das justificativas apresentadas para impedir que as magistradas trabalhassem ali era que os tipos de crimes tratados as afetariam sobremaneira, especialmente aqueles que tratavam da integridade sexual. A consequência dessa exclusão, então, era a de que a punição para estes delitos dos quais as vítimas seriam, majoritariamente, mulheres, estavam em mãos de magistrados do gênero masculino, o que causava um distanciamento da realidade da vítima de violência sexual. As juízas eram, então, comumente enviadas para os foros que tratavam do direito civil ou de infância. Hoje, embora não haja restrição atual para o ingresso de mulheres no foro penal, a quantidade de homens continua maior.

3. HISTÓRICO E ESTRUTURA DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO DISTRITO FEDERAL E DOS TERRITÓRIOS

Por suas peculiaridades em termos de organização judiciária, optamos por tecer algumas considerações prévias acerca do Tribunal de Justiça do Distrito Federal e dos Territórios (TJDFT), de forma a auxiliar na correta compreensão dos dados levantados na pesquisa.

Quadro 1 – Circunscrições Judiciárias do Distrito Federal

CIRCUNSCRIÇÃO JUDICIÁRIA	JUÍZOS
Águas Claras	Vara Criminal e Tribunal do Júri, Juizado Especial Criminal e Juizado de Violência Doméstica e Familiar Contra a Mulher
Brasília	8 Varas Criminais, Tribunal do Júri, Vara de Execuções das Penas e Medidas Alternativas do DF (VEPEMA), Vara de Execuções Penais do DF (VEP), Vara de Execuções das Penas em Regime Aberto (VEPERA), 03 Juizados Especiais Criminais, 03 Juizados de Violência Doméstica e Familiar Contra a Mulher, e 04 Varas de Entorpecentes
Brazlândia	Vara Criminal e Tribunal do Júri, Juizado Especial Cível e Criminal e Juizado de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher
Ceilândia	04 Varas Criminais, Juizado Especial Criminal, Tribunal do Júri e 02 Juizados de Violência Doméstica e Familiar Contra a Mulher
Gama	02 Varas Criminais, 02 Juizados Especiais Cíveis e Criminais, Juizado de Violência Doméstica e Familiar Contra a Mulher, e Tribunal do Júri e Vara dos Delitos de Trânsito
Guará	Vara Criminal e Tribunal do Júri, Juizado Especial Criminal e Juizado de Violência Doméstica e Familiar Contra a Mulher
Itapoã	Vara Criminal, Juizado Especial Cível e Criminal, e Juizado de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher
Núcleo Bandeirante	Vara Criminal e Tribunal do Júri, Juizado Especial Cível e Criminal, e Juizado de Violência Doméstica e Familiar Contra a Mulher
Paranoá	Vara Criminal, Juizado Especial Cível e Criminal, Tribunal do Júri, e Juizado de Violência Doméstica e Familiar Contra a Mulher
Planaltina	02 Varas Criminais e Juizados Especiais Criminais, Juizado de Violência Doméstica e Familiar Contra a Mulher e Tribunal do Júri
Recanto das Emas	Vara Criminal e Tribunal do Júri, Juizado Especial Cível e Criminal, e Juizado de Violência Doméstica e Familiar Contra a Mulher
Riacho Fundo	Vara Criminal e Tribunal do Júri, Juizado Especial Cível e Criminal, e Juizado de Violência Doméstica e Familiar Contra a Mulher
Samambaia	02 Juizados Especiais Cíveis e Criminais, 02 Varas Criminais, Tribunal do Júri, e Juizado de Violência Doméstica e Familiar Contra a Mulher
Santa Maria	02 Juizados Especiais Cível e Criminal, Tribunal do Júri, Vara Criminal, e Juizado de Violência Doméstica e Familiar Contra a Mulher
São Sebastião	Juizado Especial Cível e Criminal, Vara Criminal e Tribunal do Júri e Juizado de Violência Doméstica e Familiar Contra a Mulher
Sobradinho	02 Juizados Especiais Cível e Criminal, Vara Criminal, Tribunal do Júri e Delitos de Trânsito, e Juizado de Violência Doméstica e Familiar Contra a Mulher
Taguatinga	3 Varas Criminais, Juizado Especial Criminal e Juizado de Violência Doméstica e Familiar Contra a Mulher

Fonte: Elaborado pelas autoras a partir de dados coletados no sítio eletrônico do TJDFT

4. METODOLOGIA DE PESQUISA E PREMISSAS

Primeiramente, foram analisados os dados da representatividade dos gêneros masculino (M) e feminino (F) em todo o Tribunal, comparando a presença de magistradas nos juízos cíveis e nos juízos criminais, a fim de verificar se a

representatividade de juízas é consideravelmente mais baixa ou não em função desses dois grandes ramos do direito em que atuam os magistrados.

A partir do resultado dessa primeira verificação, foi feita a correlação dos gêneros com a localidade, considerada a hipótese de que a escolha das magistradas para atuar em determinado juízo criminal possa estar associada à maior ou menor distância em relação ao Plano Piloto. Ainda, cada circunscrição tem estrutura organizacional de juízos criminais que buscam atender a respectiva demanda processual, a população da região administrativa e respectivos índices de criminalidade (Quadro 1).

Face à diversidade de estruturas do juízos criminais nas diversas circunscrições judiciárias, foram eleitos, para fins de análise, agrupamentos que considerassem a complexidade das matérias criminais e a dinâmica de cada juízo, da seguinte forma: **(i)** Tribunais do Júri, **(ii)** Varas Criminais, **(iii)** Juizados Criminais, **(iv)** Juizados de Violência Doméstica e Familiar contra a mulher⁴ e **(v)** Varas de Execução Penal e Varas de Entorpecentes. Esses agrupamentos buscam entender se a representatividade feminina na magistratura varia em função da complexidade e dinâmica de cada área temática criminal.

Posteriormente, os dados obtidos foram associados ao tempo de titularização no juízo e no TJDF, de forma a verificar se o tempo no exercício do cargo de juiz titular é relevante para a opção da magistrada em responder por juízos de maior ou menor complexidade.

Quanto ao tempo no juízo, há que se considerar a obrigatoriedade de permanência, por pelo menos dois anos como titular, para a possibilidade de remoção para juízos vagos, de forma que foram desconsiderados no estudo dos eixos temáticos os magistrados com tempo de titularização inferior a dois anos na lotação atual.

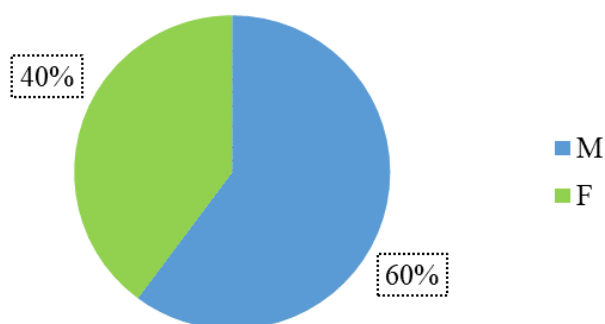
Ressaltamos que a pesquisa se delimita pela análise dos dados atualizados até 09/07/2020, data em que ocorreram as últimas nomeações para quatro juízos criminais no DF que se encontravam vagos.

5. RESULTADOS DA PESQUISA

⁴ Os Juizados de Violência Doméstica e Familiar Contra a Mulher são unidades judicantes criadas para julgar especificamente casos de violência doméstica segundo a Lei nº 11.340/2006, batizada como "Lei Maria da Penha".

No TJDFT atuam 231 juizes de direito, excluindo-se desse quantitativo os juizes substitutos de 1º grau. Desse total, 11 juizes atuam nas Turmas Cíveis e Criminais como substitutos de Desembargadores no 2º grau. Esses juizes estão contabilizados no número geral, pois acumulam a substituição com a titularidade de seus juízos. Do total de 231 juizes, 84 atuam com matéria criminal no 1º Grau, o que representa 36,6% do total de juízos. Quanto à representatividade de gênero, 139 são magistrados e 92 são magistradas, o que representa uma proporção de 60,17% e 39,43%, respectivamente.

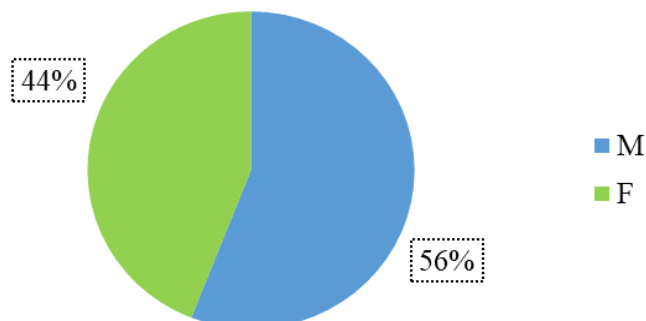
Gráfico 01 – Taxa de representatividade de gênero dos juizes de 1º Grau



Fonte: Elaborado pelas autoras a partir de dados coletados no sítio eletrônico do TJDFT

Essa proporção tende a se manter, se considerados apenas os juízos de matéria não criminal, registrando-se uma diferença de aproximadamente 3% a mais para (M) e, conseqüentemente, 3% a menos para (F), o que representa 62,59% de magistrados e 37,41% de magistradas.

Gráfico 02 – Taxa de representatividade de Gênero dos juizes de 1º Grau que atuam na área criminal



Fonte: Elaborado pelas autoras a partir de dados coletados no sítio eletrônico do TJDFT

Por outro lado, quando analisada a representatividade de gênero nos juízos que lidam com matéria criminal, verifica-se um aumento na representatividade de mulheres e diminuição na de homens, na proporção de 55,95% para o gênero (M) e 44,05% para o gênero (F).

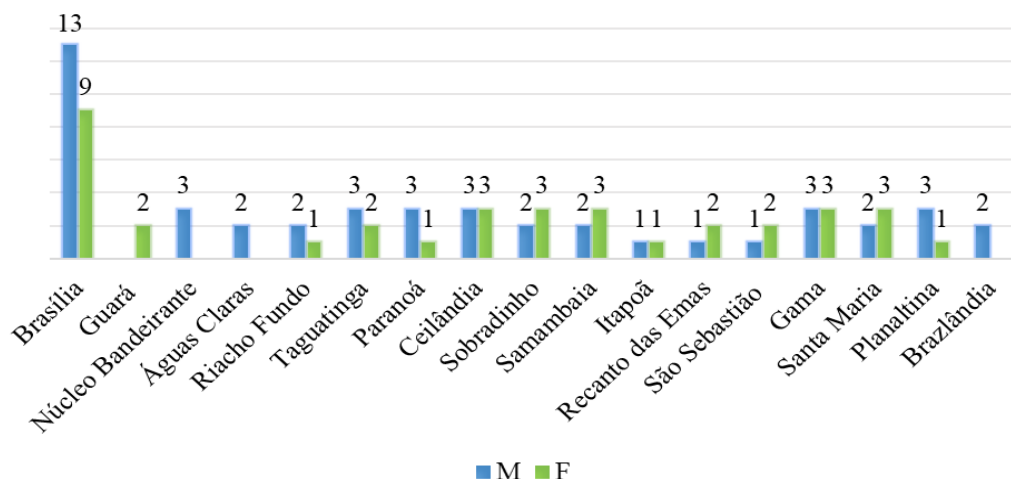
A partir da representatividade feminina encontrada nos juízos criminais do DF, serão analisados os dados referentes aos eixos temáticos selecionados.

5.1. LOCALIDADE

Outra hipótese que poderia ser relevante na decisão da magistrada de assumir determinado juízo seria a localidade. Partindo-se da hipótese de que a maior parte dos magistrados se interessaria por trabalhar em Fóruns do Plano Piloto, isto é, Fórum de Brasília ou circunscrições judiciárias mais próximas, considerando-se fatores como residência, escola dos filhos, proximidade a familiares, dentre outros, é de verificar se há um número de juízas maior nos juízos menos distantes.

O gráfico 03 separa e quantifica a presença de magistrados em cada localidade, considerando as circunscrições existentes e sua distância em relação à Sede do TJDF. Os Fóruns mais distantes do Plano Piloto são também os que estão mais ao final da lista, da esquerda para a direita. Com exceção do próprio Fórum de Brasília, que demanda maior número de juízos, não se observa uma tendência de diminuição do número de magistradas na medida em que nos afastamos do Fórum de Brasília. Portanto, se a distância em relação ao Plano Piloto é um fator considerado na hora da opção pelo juízo em aberto para remoção, isso ocorre de forma pontual, e não há um indício claro de que a localidade seja um fator determinante para a opção do juiz ou juíza.

Gráfico 03 – Quantitativo de Gênero Masculino (M) e Feminino (F) nos juízos criminais nas circunscrições judiciárias do DF



Fonte: Elaborado pelas autoras a partir de dados coletados no sítio eletrônico do TJDFT

5.2 TEMPO MÉDIO DE TITULARIZAÇÃO NO TJDFT E NOS JUÍZOS ATUAIS

Outra análise essencial para a compreensão da representatividade de gênero na magistratura criminal é o tempo de titularização. Foi feita uma comparação entre tempo de titularização no TJDFT e tempo de titularização no juízo atual, de forma que se possa observar o perfil das magistradas em relação ao critério de antiguidade. O tempo foi calculado em fração de anos, considerando-se os atos normativos de nomeação de cada magistrado para o cargo de juiz titular e ao juízo atual⁵.

O gráfico 04 indica o tempo médio dos juízes e juízas como titulares no TJDFT e como titulares no juízo atual. Verifica-se que o tempo médio de titularidade dos gêneros (M) e (F) é semelhante quando considerado o juízo atual. Todavia, ao se analisar o tempo médio de exercício como juiz titular no Tribunal, os juízes são, em média, mais antigos que as juízas.

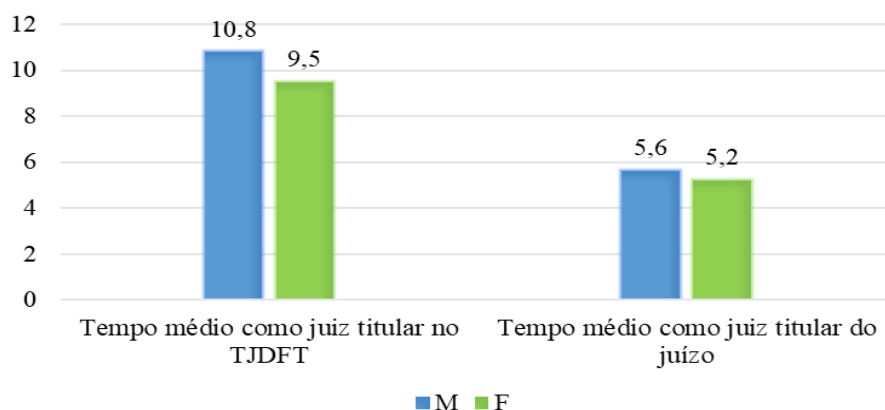
De forma a melhor compreender a opção das magistradas pela área criminal, optou-se por analisar o tempo de titularização descartando-se magistrados e magistradas que contam com menos de dois anos no cargo de juiz titular do TJDFT⁶. Como ainda não completaram o tempo mínimo obrigatório, ainda não puderam solicitar a remoção para outros juízos. Acreditamos que estes dados possam influenciar na análise, pois buscamos entender a baixa representatividade feminina na área criminal considerando

⁵ Portarias da Presidência do TJDFT acessadas no sítio eletrônico do órgão.

⁶ Foram desconsiderados 5 (cinco) juízos: Tribunal do Júri e Vara Criminal de Águas Claras, 3ª. e 4ª. Varas Criminais de Ceilândia, Vara Criminal e Tribunal do Júri do Núcleo Bandeirante e Juizado Especial Cível e Criminal do Riacho Fundo.

uma escolha feita pela própria magistrada, e não pelo Tribunal quando da promoção de substitutos para ocuparem juízos vagos.

Gráfico 04 – Representatividade de Gênero e tempo médio de titularização



Fonte: Elaborado pelas autoras a partir de dados coletados no sítio eletrônico do TJDFT

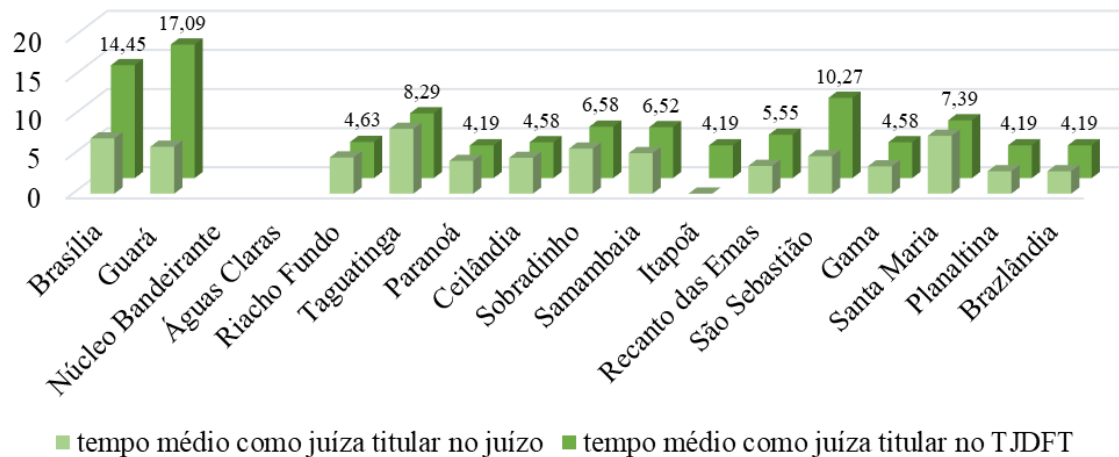
O gráfico 05 ilustra o tempo médio do gênero (F) em cada juízo, por circunscrição judiciária, estas sequenciadas horizontalmente da mais próxima à mais distante do Fórum de Brasília. Nota-se que os juízos criminais localizados em Brasília e Guará contam com as magistradas com maior tempo de atuação no TJDFT⁷.

Em São Sebastião observa-se também uma média elevada do tempo de titularização em comparação às demais circunscrições judiciárias por haver, ali, uma juíza titular no Tribunal há mais de 14 anos. Cabe ressaltar que nessa circunscrição há apenas 3 juízes na área criminal, dois deles com titulares do gênero feminino (F), posto que o Tribunal do Júri acumula competência de Vara Criminal e tem como titular um juiz do gênero masculino (M).

Dados semelhantes são verificados ao se analisar os valores referentes ao gênero masculino (M). Observou-se que, em regra, os juízes mais antigos, em comparação aos demais, estão lotados nas circunscrições mais próximas de Brasília, a exemplo de Núcleo Bandeirante e Águas Claras, cujos tempos médios de titularização do TJDFT é 15,35 e 16,46, respectivamente.

Gráfico 05 –Gênero Feminino (F) e tempo médio de titularização no juízo e no TJDFT

⁷ Tempo médio de titularização no TJDFT de juízas que atuam na área criminal em juízos localizados em Brasília e no Guará: 14,45 e 17,09, respectivamente.



■ tempo médio como juíza titular no juízo ■ tempo médio como juíza titular no TJDF

Fonte: Elaborado pelas autoras a partir de dados coletados no sítio eletrônico do TJDF

Deve-se ressaltar que na análise do tempo de titularização nos juízos criminais do DF não foram consideradas as diferentes datas de inauguração dos juízos. Por essa razão, ao se estudar esse campo temático nas diferentes circunscrições judiciárias, é mais prudente verificar o tempo do magistrado como juiz titular no TJDF e, não, apenas no juízo atual.

5.3. COMPETÊNCIA

Para análise da representatividade feminina da magistratura no campo temático da competência do juízo, elaboramos cinco grupos baseados nas peculiaridades de cada juízo, a saber:

- i. Tribunais do Júri: total de 13 juízos, incluindo 5 exclusivos⁸, além daqueles que acumulam a competência de delitos de trânsito (2) e de vara criminal (6)⁹;
- ii. Varas criminais: total de 22 juízos, incluindo 21 varas com competência exclusiva, além de uma que acumula a competência de Juizado Criminal¹⁰;
- iii. Juizados Especiais Criminais e Juizados Especiais Cíveis e Criminais: total de 17 juízos, sendo 5 exclusivos criminais e 12 que acumulam a competência criminal com a cível¹¹;

⁸ Juízos de competência exclusiva: Nomenclatura utilizada para classificar juízos com apenas uma competência.

⁹ Do total de 8 Tribunais do Júri com Vara Criminal no mesmo juízo, 2 foram excluídos da análise por serem conduzidos por magistrados com menos de dois anos no exercício do cargo de juiz titular.

¹⁰ Foram excluídos da análise dois juízos conduzidos por magistrado com menos de dois anos no exercício do cargo de juiz titular e uma vara sem titular.

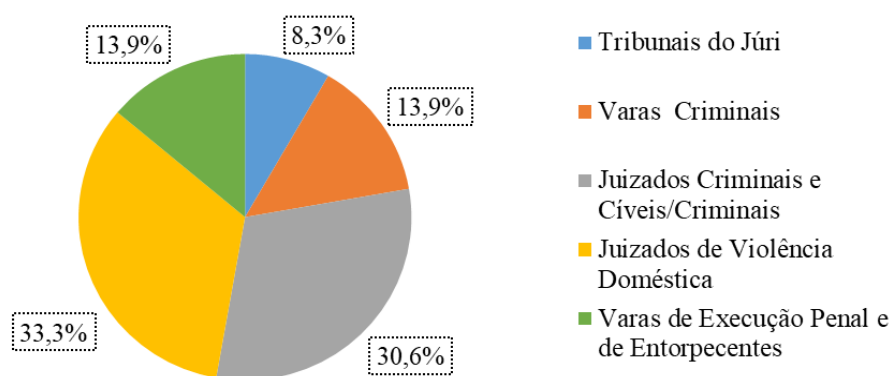
¹¹ Desconsiderado um juízo com magistrado com menos de dois anos no exercício do cargo de juiz titular.

- iv. Juizados de violência doméstica e familiar contra a mulher: total de 20 juízos, incluindo 2 juízos que acumulam a competência com cível e criminal, e 2 juízos com criminal;
- v. Varas de execução penal e de Entorpecentes: total de 7 (sete) juízos, sendo 4 (quatro) Varas de Entorpecentes, 1 Vara de execução de penas em regime aberto, 1 Vara de execução penal do DF, e 1 Vara de execução de penas e medidas alternativas do DF.

Do universo total de 85 juízos, e considerando apenas os casos em que pode ser feita a inscrição em lista de remoção para juízos vagos, foram excluídos da análise os titulares que contam com menos de 2 anos no TJDF no cargo de juiz titular, a fim de que não influenciem na média, assim como feito na análise do tempo médio de titularização. Dos juízos desconsiderados, apenas a titularidade da 3ª Vara criminal de Ceilândia foi ocupada por uma juíza. Nos demais, todos são juízes.

Também foi excluída a 1ª Vara Criminal do Fórum de Samambaia, único juízo ainda vago até a data de finalização desta pesquisa, o que reduziu o universo de análise para 79 juízos. Desses juízos, 36 deles têm mulheres como titulares, o que representa 45,6% do total de magistrados. O gráfico 06 mostra a proporção de magistradas distribuídas de acordo com as competências dos juízos.

Gráfico 06 – Taxa de representatividade de Gênero Feminino de acordo com as competências

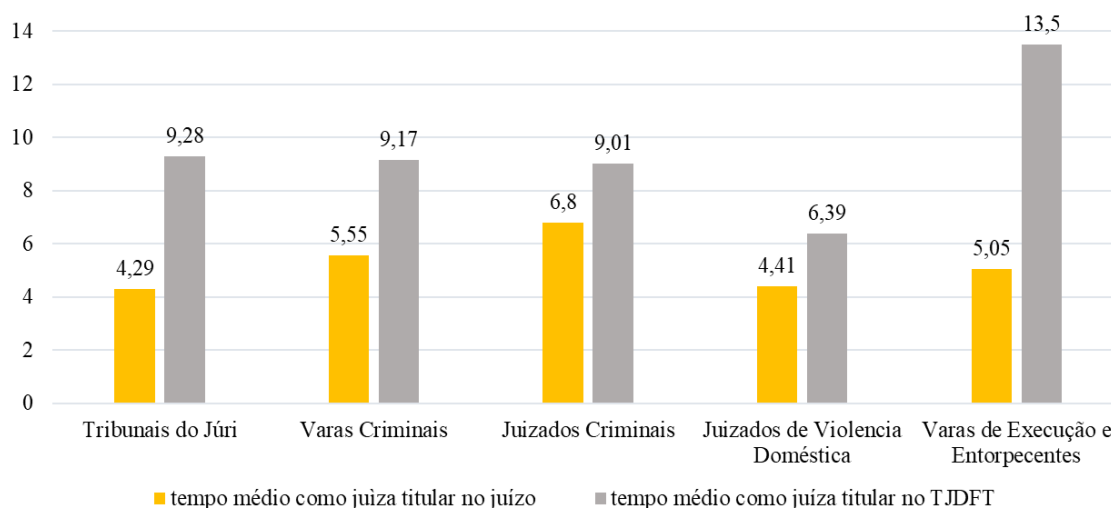


Fonte: Elaborado pelas autoras a partir de dados coletados no sítio eletrônico do TJDF

No que concerne à análise dos grupos de competência associado ao tempo de titularização, o gráfico 07 mostra a distribuição para o gênero (F). Percebe-se que as magistradas que atuam nas Varas de Execução e Entorpecentes fazem parte das mais

antigas da área criminal. Já nos juizados criminais, estão as juízas com maior tempo médio de exercício da titularidade do juízo.

Gráfico 07 – Tempo médio de titularidade no juízo e no TJDFT das magistradas que atuam na área criminal



Fonte: Elaborado pelas autoras a partir de dados coletados no sítio eletrônico do TJDFT

5.3.1. TRIBUNAL DO JÚRI

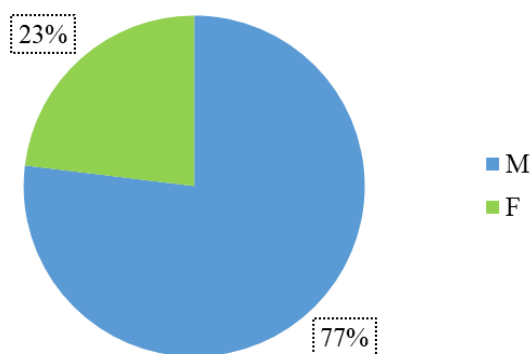
O Tribunal do Júri é o juízo que conta com o menor número de mulheres: apenas 3, de um total de 13 juízos considerados, o que representa menos de 10% do total de mulheres atuantes na magistratura criminal (gráfico 06).

Há fatores relevantes e que precisam ser compreendidos, pois podem ser de enorme influência na decisão de determinadas magistradas ao optarem por atuar como juíza titular na área criminal. Os tribunais do júri, que lidam com os crimes dolosos contra a vida, funcionam, por vezes, em horários diversos do horário convencional dos demais juízos, em função das particularidades inerentes às suas sessões de julgamento. Nesses juízos há menor flexibilização de horários em relação aos demais. Outro ponto relevante a se considerar é o próprio papel do magistrado, que atua como condutor dos trabalhos do júri sem, contudo, condenar ou absolver o réu, já que quem decide são os jurados.

Destacamos, ainda, que todos os tribunais do júri exclusivos (Brasília, Ceilândia, Paranoá, Planaltina e Samambaia) têm juízes como titulares.

A representatividade de gênero está indicada no gráfico 08, que demonstra haver apenas 23% de mulheres ocupando a titularidade de Tribunais do Júri (Fórum do Gama e Fórum de Sobradinho), sendo que em um dos juízos trata-se da primeira titularização da magistrada¹².

Gráfico 08 – Taxa da representatividade de Gênero Masculino (M) e Feminino (F) nos Tribunais do Júri

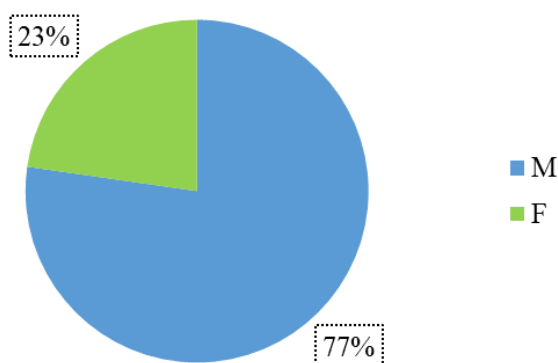


Fonte: Elaborado pelas autoras a partir de dados coletados no sítio eletrônico do TJDF

5.3.2. VARAS CRIMINAIS

Quanto às Varas Criminais, num total de 22 juízos considerados, em conformidade com os parâmetros estabelecidos na presente pesquisa, apenas 5 (cinco) titulares são do gênero feminino (F), o que representa 23% do total.

Gráfico 09 – Taxa de representatividade de Gênero Masculino (M) e Feminino (F) nas Varas Criminais (elaborado pelas autoras)



Fonte: Elaborado pelas autoras a partir de dados coletados no sítio eletrônico do TJDF

¹² Para essa análise foram excluídos dois juízos, conduzidos por magistrado e uma magistrada, com menos de dois anos no exercício do cargo de juiz titular.

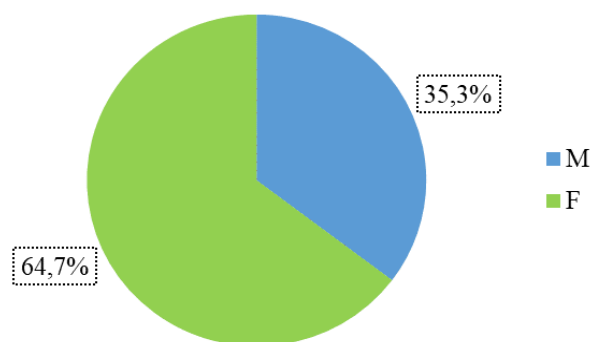
Como mencionado na classificação das competências, nesse grupo estão incluídas as duas Varas Criminais de Planaltina, que também funcionam como juizados especiais criminais. Não estão incluídas nesse universo as varas criminais que funcionam com o Tribunal do Júri, em face às peculiaridades do funcionamento das audiências e julgamentos dos crimes dolosos contra a vida. Assim como nas outras análises de competência, foram excluídos da contagem titulares com menos de dois anos no exercício do cargo de juiz.

As varas criminais, depois dos tribunais do júri, fazem parte do agrupamento de juízos com as menores taxas de representatividade feminina. Considerando o total de magistradas do gênero feminino (F), a taxa equivale a 13,9%. Se considerado o universo de varas criminais desse estudo, a taxa de (F) equivale a 25%, conforme observado no gráfico 09.

5.3.3. JUIZADOS ESPECIAIS CRIMINAIS E JUIZADOS ESPECIAIS CÍVEIS E CRIMINAIS

Ao analisar os dados do agrupamento dos Juizados Criminais, exclusivos ou não, verifica-se uma inversão na taxa de representatividade de gênero (M) e (F). Nos agrupamentos anteriores, se observava uma taxa de (M) sempre superior à (F).

Gráfico 10 – Taxa de representatividade de Gênero Masculino (M) e Feminino (F) nos Juizados Especiais Criminais e Juizados Especiais Cíveis e Criminais



Fonte: Elaborado pelas autoras a partir de dados coletados no sítio eletrônico do TJDFT

Nos Juizados, a proporção se inverte e o quantitativo de magistradas passa a ser maior do que os de magistrados, com taxa de aproximadamente 65% de (F), conforme se observa no gráfico 10.

É importante esclarecer que os juizados possuem características peculiares, pois tratam de crimes de menor potencial ofensivo e com procedimentos mais céleres do processo. Todavia, se por um lado a complexidade da matéria é teoricamente menor, por outro lado a demanda processual dos juizados é, em média, superior quando comparada a dos demais juízos em matéria criminal.

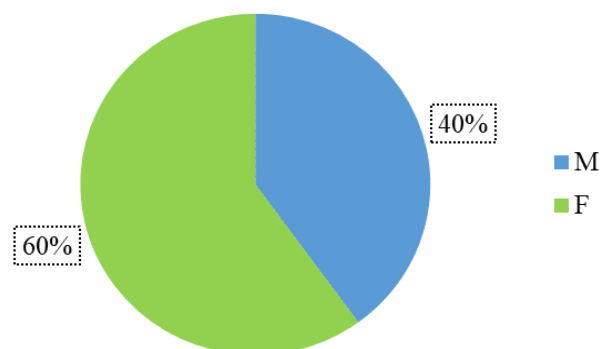
Cabe, portanto, levantar a hipótese de que as juízas tendem a optar por juízos criminais com menor complexidade da matéria, e que envolvam, conseqüentemente, menor risco à sua integridade física, do que optar por juízos com demanda processual baixa, mas que lidam com a prática de crimes de maior potencial ofensivo. Registre-se, que das 11 (onze) juízas titulares nos juizados, mais da metade nunca permutou ou foi para outro juízo a pedido, apesar de preencherem o tempo mínimo para inscrição em lista de remoção.

5.3.4. JUIZADOS DE VIOLÊNCIA DOMÉSTICA E FAMILIAR CONTRA A MULHER

De acordo com o gráfico 11, as juízas representam 60% do total de mulheres atuando na área de violência doméstica no Distrito Federal, uma exceção aos demais juizados em análise, onde os juízes são maioria. Nesse agrupamento, de um total de 12 magistradas, 7 delas nunca permutaram ou foram lotadas em outro juízo a pedido, apesar de preencherem o tempo mínimo para inscrição em lista de remoção.

Apenas duas magistradas têm menos de 3 anos como titulares no TJDF, e estão ocupando a titularidade do primeiro juízo na carreira.

Gráfico 11 – Taxa de representatividade de Gênero Masculino (M) e Feminino (F) nos Juizados de Violência Doméstica



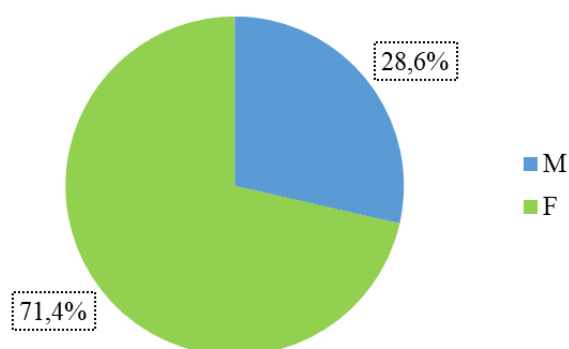
Fonte: Elaborado pelas autoras a partir de dados coletados no sítio eletrônico do TJDF

Colocamos, também, a hipótese de que a identificação com a matéria da violência doméstica pode ser um dos fatores que influenciam na opção por permanecer ou solicitar remoção para juízos desse agrupamento. Porém, ressaltamos que apenas um estudo qualitativo que contemple entrevistas com as juízas é que poderá responder a essa pergunta.

5.3.5. VARAS DE EXECUÇÃO PENAL E ENTORPECENTES

Esse agrupamento de juízos, analisados em conjunto por terem competência em todo o Distrito Federal, contemplam as magistradas mais antigas que atuam na área criminal do TJDF, em média, de acordo com as competências aqui delineadas. O gráfico 12 ilustra que a taxa de (F), assim como nos juizados criminais e nos juizados de violência doméstica, é superior à taxa de (M), representando mais de 70% dos juízos.

Gráfico 12 – Taxa de representatividade de Gênero Masculino (M) e Feminino (F) nas Varas com competência em todo o DF



Fonte: Elaborado pelas autoras a partir de dados coletados no sítio eletrônico do TJDF

Apenas dois magistrados fazem parte desse grupo, sendo que um deles, o juiz titular da Vara de Execução Penal em Regime Aberto (VEPERA), titularizou no juízo. O outro magistrado, responsável pela Vara de Execuções da Penas e Medidas Alternativas do Distrito Federal (VEPEMA), conta com aproximadamente 15 anos de exercício no cargo de juiz titular do TJDF, e sempre atuou na área criminal.

A Vara de Execução Penal (VEP) é conduzida por uma magistrada com mais de dezenove anos de titularidade no Tribunal. Trata-se de um dos juízos mais complexos da justiça criminal no DF, em função de sua abrangência e exclusividade.

Quanto às Varas de Entorpecentes, após a última remoção para esse agrupamento, todos os quatro juízos contam com magistradas em sua condução. A juíza com menor tempo de titularização na Vara exerce o cargo de titular na magistratura do DF há mais de doze anos.

Com base nesses dados, pode-se verificar que as Varas de Entorpecentes e de Execução Penal, em regra, são conduzidas por magistrados com maior tempo em exercício, se comparadas aos demais juízos criminais analisados na pesquisa.

6. CONSIDERAÇÕES FINAIS

A pesquisa desenvolvida neste artigo nos permitiu traçar um panorama acerca da representatividade feminina na área criminal da magistratura do TJDF. Foi possível constatar que as taxas de representatividade de gênero no âmbito criminal do Tribunal são de aproximadamente 60% para o gênero masculino e 40% para o gênero feminino, dado semelhante ao identificado pelo CNJ em toda a magistratura local. As análises nos campos temáticos tempo de titularização, localidade e competências puderam revelar dados interessantes no que concerne a essa representatividade.

Primeiramente, quanto ao tempo de titularização, os dados obtidos com base nas portarias de nomeação e remoção do Tribunal indicaram que os magistrados de matéria criminal são, em média, mais antigos no Tribunal do que as magistradas. Por outro lado, quando considerados o tempo de permanência nas lotações atuais, a antiguidade média é bastante aproximada, fruto, a nosso ver, da crescente representatividade feminina na carreira nos últimos anos.

Com exceções pontuais de algumas circunscrições judiciárias, observamos que os juízos mais próximos do Plano Piloto são conduzidos por juízas mais antigas no exercício do cargo. Considerando a antiguidade como o primeiro critério para eleição do magistrado em processo de remoção, os dados da pesquisa demonstram que as juízas tendem a solicitar remoção para as localidades mais próximas de Brasília à medida em que progridem na carreira.

As informações quantitativas mais relevantes foram identificadas quando da análise do eixo temático de competência dos juízos. Do total de mulheres que atuam na magistratura criminal do TJDF, apenas 8,3% optam pela remoção ou permanência em tribunais do júri, ao passo que mais de 60% das juízas estão lotadas em juizados criminais ou juizados de violência doméstica. Nesse ponto, os dados permitiram

levantar as hipóteses de identificação com a matéria do combate à violência doméstica, bem como a opção por juízos que lidam com crimes de menor potencial ofensivo. No entanto, uma pesquisa qualitativa poderá fornecer novos dados quanto a esses aspectos, de forma a verificar a existência de possíveis estereótipos relacionados à atuação de juízas em matéria criminal.

Ao analisarmos as taxas de representatividade dos juizados, verificou-se que a proporção do gênero feminino em relação ao masculino aumenta consideravelmente se comparada às proporções encontrados para os Tribunais do Júri e para as Varas Criminais.

Dado interessante também foi encontrado nos juízos com competência em todo o DF, como as 04 Varas de Entorpecentes, todas atualmente conduzidas por juízas. Se por um lado identificamos maior representatividade feminina na magistratura em juízos que lidam com crimes de menor potencial ofensivo, por outro a condução por mulheres do combate ao tráfico de drogas no Judiciário local pode exemplificar a busca constante por desafios na carreira da magistratura, outrora impensáveis.

Cabe ressaltar que a pesquisa não buscou esgotar o tema. Pelo contrário, se propôs a abrir possibilidades para outros estudos quantitativos e qualitativos, a fim de que trabalhos acadêmicos semelhantes possam servir de incentivo à supressão de quaisquer barreiras internas e externas que dificultem o alcance de uma maior representatividade do gênero feminino na magistratura criminal.

7. REFERÊNCIAS

BEAUVOIR, Simone de. **O Segundo Sexo – vol. 1**. Edição integral. São Paulo: Círculo do Livro S.A, 1949. 321 p.

BONELLI, Maria da Gloria. **Ideologias do profissionalismo em disputa na magistratura paulista**. Sociologias, Porto Alegre, n. 13, p. 110-135, junho 2005. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1517-45222005000100005&lng=en&nrm=iso>. Acesso em: 25 de julho de 2020.

BRASIL. **Resolução nº 255 de 04 de setembro de 2018**. Institui a Política Nacional de Incentivo à Participação Institucional Feminina no Poder Judiciário. Diário de Justiça Eletrônico do Conselho Nacional de Justiça nº 167. Brasília, DF, 5 de set. de 2018. Disponível em: <https://atos.cnj.jus.br/files/resolucao_255_04092018_05092018143313.pdf>. Acesso em: 25 de julho de 2020.

CAMPOS, Veridiana P. Parahyba. **A chegada das Meretíssimas**: um estudo sobre as relações entre agência individual, ocupação feminina de um espaço de poder e mudança social. 2015. 285 f. Tese (Doutorado em Sociologia) – PPGS/UFPE, Recife, 2015.

COMPARATO, Fábio Konder. **O Poder Judiciário no Brasil**. Revista de Estudos Institucionais [online]. 2016, v. 2, n. 1, pp. 117 – 139. Disponível em: <<https://estudosinstitucionais.com/REI/article/view/37/46>>

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. **Diagnóstico da Participação Feminina no Poder Judiciário**. Brasília: 2019.

GOMEZ-BAHILLO, Carlos; ELBOJ-SASO, Carmen; MARCEN-MUNIO, Celia. **Feminización de la judicatura española**. Convergencia, Toluca, v. 23, n. 70, p. 199-226, abr. 2016. Disponível em: <http://www.scielo.org.mx/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1405-14352016000100199&lng=es&nrm=iso>. Acesso em: 25 de julho de 2020.

KAHWAGE, Tharuell Lima; SEVERI, Fabiana Cristina. **Para além de números: uma análise dos estudos sobre a feminização da magistratura**. Revista de Informação Legislativa: RIL, Brasília, DF, v. 56, n. 222, p. 51-73, abr./jun. 2019. Disponível em: <http://www12.senado.leg.br/ril/edicoes/56/222/ril_v56_n222_p51>. Acesso em: 25/07/2020>

ARAÚJO, Dafne; BONELLI, Maria da Glória. **As mulheres na magistratura: comparações entre Argentina e Brasil**. In: Bonelli, Maria da Gloria; Landa, Martha Diaz Villegas de. **Sociologia e Mudança Social no Brasil e na Argentina**. São Carlos: Compacta Gráfica e Editora, 2013. Disponível em: <<http://www.ppgs.ufscar.br/SociologiaeMudancaSocialnoBrasilenaArgentina.pdf>>

PINHO, Leda de Oliveira. **Igualdade de gênero e poder: uma análise sob a perspectiva da representatividade da mulher na magistratura**. In: Pimenta, Clara Mota; Suxberger, Rejane Jungbluth; Veloso, Roberto Carvalho. **Magistratura e Equidade**. 1ª ed. Belo Horizonte: Editora D'Plácido, 2018. Disponível em: <http://www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/documentacao_e_divulgacao/doc_biblioteca/bibli_servicos_produtos/BibliotecaDigital/BibDigitalLivros/TodosOsLivros/Magistratura-Equidade.pdf>. Acesso em: 25/07/2020.

Roberto Fragale Filho, Rafaela Selem Moreira e Ana Paula de O. Sciammarella. **Magistratura e gênero: um olhar sobre as mulheres nas cúpulas do judiciário brasileiro**. *e-cadernos CES* [Online] Coimbra, v. 24, dez/2015. Disponível em: <<https://journals.openedition.org/eces/1968#quotation>>. Acesso: 25 de maio de 2020.

TESSLER, Marga Inge Barth. **O papel da mulher no Poder Judiciário**. Revista de Doutrina da 4ª Região, Porto Alegre, n. 53, abr. 2013. Disponível em: <http://www.revistadoutrina.trf4.jus.br/artigos/edicao053/Marga_Tessler.html>. Acesso em: 25 de julho de 2020.

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO DISTRITO FEDERAL E DOS TERRITÓRIOS. Composição de 1ª instância. Disponível em: <<https://www.tjdft.jus.br/institucional/composicao/1a-instancia>>. Acesso em: 31 de julho de 2020.

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO DISTRITO FEDERAL E DOS TERRITÓRIOS. Página de Publicações Oficiais. Disponível em: <https://www.tjdft.jus.br/publicacoes/publicacoes-oficiais/search_publicacoes>. Acesso em: 31 de julho de 2020.

INCIDENTE DE RESOLUÇÃO DE DEMANDAS REPETITIVAS SUSCITADO EM PROCESSO NO ÂMBITO DOS JUIZADOS ESPECIAIS

Regina Celia Soares de Araújo¹

RESUMO: O presente estudo visa analisar a compatibilidade do incidente de resolução de demandas repetitivas, criado pelo Código de Processo Civil de 2015, com o regramento dos juizados especiais. Para isso, cumpre analisar o modelo atual de resolução de casos repetitivos, em comparação com o modelo anterior de tutela coletiva de direitos, pontuando-se os direitos fundamentais que nortearam o surgimento do microssistema de demandas repetitivas. Além disso, será explorada a natureza jurídica do IRDR, desvendando-se as controvérsias existentes quanto à adoção da sistemática de causa-piloto ou procedimento-modelo pelo ordenamento jurídico brasileiro. Outrossim, será estudado o fenômeno da objetivação dos processos, que tem se ampliado nos tribunais, em busca da uniformização da prestação judicial, para além do julgamento do conflito subjetivo. Por fim, serão confrontados os resultados obtidos a partir do estudo da natureza jurídica do incidente e dos motivos que fundamentaram o seu surgimento, com os dispositivos que regulam o IRDR na legislação processual e o regramento dos juizados especiais. Para tanto, será utilizada a metodologia de estudo de caso de julgados recentes sobre o tema e, principalmente, do julgamento da Suspensão em IRDR nº 09 pelo Superior Tribunal de Justiça.

PALAVRAS-CHAVE: Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas. Juizados Especiais. Princípios Constitucionais. Uniformização da Jurisprudência.

INCIDENT FOR THE RESOLUTION OF REPETITIVE DEMANDS REQUIRED IN THE PROCESS WITHIN THE SPECIAL JUDGES

ABSTRACT: The following study aims to analyze the compatibility between the incident of repetitive claims resolution, created by the Code of Civil Procedure from 2015, with the Special Court's rules. For this purpose, it is necessary to analyze the current model of resolution of repetitive cases, in comparison with the previous model of collective jurisdiction of rights, as well as the fundamental rights that guided the emergence of the micro-system of repetitive claims. In addition, the legal nature of the IRDR will be explored, revealing the existing controversies regarding the adoption of the system of pilot-cause or model-procedure by the Brazilian legal system. Also, the phenomenon of "objectification" of the process will be studied, as it has been expanded in the courts, with the purpose to standardize the judicial performance, beyond the judgment of the subjective conflict. Finally, the results obtained from the study of the legal nature of the incident and the reason for its occurrence will be confronted with the provisions that regulate the IRDR in the procedural legislation and in the

¹ Graduada em Direito pelo Instituto Brasileiro de Ensino, Desenvolvimento e Pesquisa (IDP). Advogada em Brasília.

rule from Special Courts. The methodology used on the subject was case study, particularly, recent jurisprudence of the Superior Court of Justice.

KEY-WORDS: Incident of Repetitive Claims Resolution. Special Courts. Constitutional Principles. Standardization of the Jurisprudence.

INTRODUÇÃO

Até a entrada em vigor do novo Código de Processo Civil, em março de 2016, a realidade brasileira foi amplamente impactada por transformações sociais, econômicas, políticas e culturais, que culminaram na multiplicação das interações na sociedade, bem como no aumento da conscientização dos indivíduos quanto aos seus direitos.

O crescimento significativo do número de demandas judiciais decorrentes da litigiosidade de massa refletiu a insuficiência da legislação processual anterior na proteção integral das relações jurídicas, impondo-se a necessidade de criação de uma solução legislativa que viabilizasse a prestação jurisdicional efetiva para as questões jurídicas repetitivas.

Dentre as técnicas processuais criadas pelo novo marco regulatório com o intuito de racionalizar o julgamento de casos seriados está o incidente de resolução de demandas repetitivas (IRDR).

O objeto do presente estudo consiste, pois, em verificar a compatibilidade entre o IRDR e os juizados especiais, tendo em vista a elevada quantidade de demandas de massa que sobrecarregam esses sistemas.

Para isso, inicialmente será contextualizada a criação do incidente, enquanto técnica de julgamento de litígios de massa, apontando-se tanto as fragilidades e insuficiências das tradicionais ações coletivas na concretização da tutela coletiva de direitos, quanto os direitos fundamentais que nortearam o desenvolvimento dessa nova técnica processual.

Em seguida, apresentaremos a divergência existente quanto à natureza jurídica do instituto, se de procedimento-modelo ou de caso-piloto, bem como realizaremos um estudo comparativo do controle abstrato de constitucionalidade do direito constitucional com o fenômeno recente da objetivação dos processos, indicando sua relação com o IRDR.

Ainda, abordaremos os motivos que fomentaram a criação dos juizados especiais no Brasil, pontuando os elementos de convergência entre as suas finalidades e as previstas para o incidente. Por fim, analisaremos os dispositivos legais que regulamentam o IRDR, bem como

examinaremos o posicionamento mais recente do Superior Tribunal de Justiça sobre a compatibilização do incidente com os juizados especiais.

1. FUNDAMENTOS PARA O SURGIMENTO DE NOVAS TÉCNICAS PROCESSUAIS VOLTADAS À LITIGIOSIDADE DE MASSA

A forma como a nova legislação processual civilista regulamenta o microssistema de demandas repetitivas²⁻³ – com a finalidade de efetivar os princípios constitucionais de tempestividade, isonomia e segurança jurídica – é de extrema relevância para a contextualização da criação do incidente de resolução de demandas repetitivas enquanto técnica de julgamento de litígios de massa, bem como para o estabelecimento de seus fundamentos jurídicos.

O presente capítulo tem como objetivo, assim, apontar as mudanças operadas no Código de Processo Civil de 2015⁴ ante a expansão da litigiosidade de massa e indicar quais os direitos fundamentais que nortearam o desenvolvimento dessas técnicas processuais.

1.1. CONSIDERAÇÕES INICIAIS SOBRE O MICROSSISTEMA DE CASOS REPETITIVOS

Com vistas a iniciar a investigação acerca do conceito de incidente de resolução de demandas repetitivas e estabelecer os elementos básicos estruturantes de um microssistema de casos repetitivos, cumpre, inicialmente, tecer alguns comentários a respeito das tradicionais ações coletivas para entender as fragilidades do sistema brasileiro de proteção coletiva de direitos que geraram a necessidade de desenvolvimento de uma técnica processual específica aos problemas relacionados à litigiosidade repetitiva.

A insuficiência e inadequação do tradicional sistema processual civil, consubstanciado na resolução de demandas individuais, sobressaiu-se a partir da multiplicação das interações em sociedade, bem como da consequente litigiosidade, impondo-se a necessidade de adoção,

² ANDRADE, Ana Karenina Silva Ramalho. **O IRDR e o Juizado Especial: são conciliáveis?** In: WAMBIER, Luiz Rodrigues. **Código de processo civil no STF e no STJ: estudos sobre os impactos e interpretações**. Salvador: Juspodivm, 2018. p. 48.

³ O microssistema de demandas repetitivas é composto pelos recursos especiais e extraordinários repetitivos e pelo incidente de resolução de demandas repetitivas. BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. REsp nº 1.846.109 - SP (2019/0216474-5). Disponível em: <https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=201902164745&dt_publicacao=13/12/2019> Acesso em: 28 out. 2020.

⁴ BRASIL. Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015, “Código de Processo Civil”. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13105.htm>. Acesso em: 27 out. 2020.

pelos agentes jurisdicionais, de técnicas que não só melhorassem o acesso à justiça, como também priorizassem o desfecho democrático e uniforme dos conflitos.

Tal fenômeno foi detectado por Mauro Cappelletti, tendo por base a realidade do sistema jurídico norte-americano. O autor identificou que a tradicional conjectura do processo civil não lograva abranger a defesa dos direitos difusos⁵, uma vez que o processo estava restrito à solução do conflito intersubjetivo das partes da própria demanda. Nesse modelo, os direitos pertencentes à coletividade em geral, ou a grupos específicos, não eram bem contemplados⁶.

A partir de 1965, com a promulgação da Lei da Ação Popular⁷, deu-se a introdução, no ordenamento jurídico brasileiro, do microssistema processual coletivo⁸. Referido microssistema foi ampliado e fortalecido com a vigência da Lei da Ação Civil Pública em 1985⁹, seguida da Constituição de 1988¹⁰, e do Código de Defesa do Consumidor em 1990¹¹, diplomas que aperfeiçoaram os meios processuais para a tutela dos direitos coletivos.

Não obstante tenham sido criadas para solucionar a litigiosidade de massa, as ações coletivas não obtiveram êxito, eis que, normativamente, não abrangeram uma série de situações conflituosas, como é o caso das questões comuns extraídas de demandas heterogêneas, além de se mostrarem inaptas à integral tutela dos direitos individuais homogêneos¹²⁻¹³.

⁵ Nos dizeres de Mauro Cappelletti e Bryan Garth, os direitos difusos correspondem aos direitos coletivos ou grupais. (CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryan. **Acesso à Justiça**. Tradução Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1988. p. 49-50).

⁶ CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryan. **Acesso à Justiça**. Tradução Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1988. p. 49-50.

⁷ BRASIL. Lei nº 4.717, de 29 de junho de 1965, que “regula a ação popular”. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L4717.htm>. Acesso em: 27 out. 2020.

⁸ CAVALCANTI, Marcos de Araújo. **Incidente de resolução de demandas repetitivas (IRDR)**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016. p. 203.

⁹ BRASIL. Lei nº 7.347, de 24 de julho de 1985, que “disciplina a ação civil pública de responsabilidade por danos causados ao meio-ambiente, ao consumidor, a bens e direitos de valor artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico, e dá outras providências”. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L7347orig.htm>. Acesso em: 27 out. 2020.

¹⁰ BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 27 out. 2020.

¹¹ BRASIL. Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990, que “dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências”. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8078.htm>. Acesso em: 27 out. 2020.

¹² ANDRADE, Ana Karenina Silva Ramalho. Op. Cit. p. 47.

¹³ O Código de Defesa do Consumidor traz, no artigo 81, parágrafo único, as definições do que se entende por direitos difusos, direitos coletivos e direitos individuais homogêneos, quais sejam: “I - interesses ou direitos difusos, assim entendidos, para efeitos deste código, os transindividuais, de natureza indivisível, de que sejam titulares pessoas indeterminadas e ligadas por circunstâncias de fato; II - interesses ou direitos coletivos, assim entendidos, para efeitos deste código, os transindividuais, de natureza indivisível de que seja titular grupo, categoria ou classe de pessoas ligadas entre si ou com a parte contrária por uma relação jurídica base; III - interesses ou direitos individuais homogêneos, assim entendidos os decorrentes de origem comum”.

Dentre as deficiências existentes no sistema processual coletivo de defesa de direitos individuais homogêneos, Sofia Temer ressalta a restrição em relação às matérias que poderiam ser objeto de tais ações, a restrição de legitimação ativa da pessoa natural, bem como a falta de critérios para aferir e controlar, concentradamente, a adequação da representatividade. Aponta, ainda, a inadequada restrição da atuação de associações, o ineficiente sistema de comunicação da propositura da ação coletiva aos interessados, a condenação genérica e a necessidade de execução individual. O sistema de extensão dos efeitos da coisa julgada, a falta de uma cultura associativa e a tendência à propositura de processos individuais, além da ausência de formas adequadas para flexibilização do procedimento e adequação do conflito também são apontados como fatores deficitários desse sistema¹⁴.

Heitor Sica, por sua vez, aponta como possíveis causas para insuficiência dos mecanismos de tutela coletiva a elevada chance de o jurisdicionado ignorar a existência do processo coletivo cuja sentença poderia beneficiá-lo individualmente, assim como a possibilidade de o jurisdicionado sair vencedor da demanda individual a despeito da improcedência do processo coletivo e o comprometimento da celeridade na tramitação do feito, em razão da amplitude do contraditório no processo coletivo e de alguns entraves técnicos e econômicos¹⁵.

Diante desse cenário, o artigo 928 do Código de Processo Civil de 2015 cria um microssistema de casos repetitivos, a fim de suprir a lacuna normativa anterior quanto à proteção das pretensões heterogêneas, e, também, para sanar as deficiências existentes na prestação da tutela de direitos individuais homogêneos. Referido microssistema é formado por técnicas que buscam contingenciar as demandas recorrentes, dentre as quais se encontra o incidente de resolução de demandas repetitivas (IRDR)¹⁶.

Nesse contexto, as demandas repetitivas podem ser definidas como processos que contêm questões jurídicas homogêneas¹⁷, independentemente da existência de grande quantidade de processos, desde que gerem o risco de ofensa à isonomia e à segurança jurídica,

¹⁴ TEMER, Sofia. **Incidente de resolução de demandas repetitivas**. Salvador: Juspodivm, 2020. p. 32.

¹⁵ SICA, Heitor. **Congestionamento viário e congestionamento judiciário**. Revista de Processo. Vol. 236, out/2014. Disponível em: < <https://bdjur.stj.jus.br/jspui/handle/2011/83159> > Acesso em: 27 out. 2020.

¹⁶ “Art. 928. Para os fins deste Código, considera-se julgamento de casos repetitivos a decisão proferida em:

I - incidente de resolução de demandas repetitivas;

II - recursos especial e extraordinário repetitivos.

Parágrafo único. O julgamento de casos repetitivos tem por objeto questão de direito material ou processual”.

¹⁷ TEMER, Sofia. Op. Cit. p. 43.

não havendo restrição quanto às matérias de direito passíveis de gerar a instauração do incidente¹⁸⁻¹⁹.

O microssistema de casos repetitivos e as tradicionais ações coletivas distinguem-se entre si, porquanto aquele está voltado à formação de precedente vinculante, no qual o julgado tem o condão de formar um padrão decisório para os casos presentes e futuros, com alcance para além das partes envolvidas no litígio, não havendo restrição de matérias. Nas ações coletivas, por sua vez, o julgado fica adstrito às partes da ação e não há formação de coisa julgada sobre a questão seriada²⁰.

A despeito de possuírem estruturas bastante distintas, o microssistema processual coletivo e o microssistema de casos repetitivos regulamentam conjuntamente a tutela jurisdicional coletiva de direitos, sendo certo que ambos os institutos devem conviver no ordenamento jurídico brasileiro a fim de concretizar o pleno acesso à Justiça.

1.2. O PRINCÍPIO DA IGUALDADE: IGUALDADE DIANTE DE DECISÕES JUDICIAIS

A Constituição Federal, ao prever em seu artigo 5º, *caput*²¹, que “todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza”, atribui ao princípio da igualdade o status de direito fundamental e, como tal, elemento indissociável do Estado Democrático de Direito, devendo ser observado por todos os particulares, bem como pelo próprio Estado.

Nesse sentido, ao Poder Judiciário incumbe a garantia de tratamento igualitário das partes do processo, o que importa reconhecer que referido princípio deve recair não somente sobre os aspectos formais do processo como também sobre o provimento jurisdicional em si.

A respeito do princípio da igualdade perante à jurisdição, Luiz Guilherme Marinoni pontua:

Se há uma definição judicial de direito fundamental, ou mesmo acerca do significado de uma lei federal, todos devem ser tratados igualmente perante

¹⁸ Enunciado 87 do Fórum Permanente de Processualistas Civis: “A instauração do incidente de resolução de demandas repetitivas não pressupõe a existência de grande quantidade de processos versando sobre a mesma questão, mas preponderantemente o risco de quebra da isonomia e de ofensa à segurança jurídica”. Disponível em: <<http://fpprocessualistascivis.blogspot.com.br/>>. Acesso em: 27 out. 2020.

¹⁹ Enunciado 88 do Fórum Permanente de Processualistas Civis (art. 976; art. 928, parágrafo único): “Não existe limitação de matérias de direito passíveis de gerar a instauração do incidente de resolução de demandas repetitivas e, por isso, não é admissível qualquer interpretação que, por tal fundamento, restrinja seu cabimento”. Disponível em: <<http://fpprocessualistascivis.blogspot.com.br/>>. Acesso em: 27 out. 2020.

²⁰ ANDRADE, Ana Karenina Silva Ramalho. Op. Cit. p. 48.

²¹ “Art. 5º. Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: [...]”.

elas. A menos, é claro, que se admita que a jurisdição possa e deva conviver com vários significados de um mesmo direito fundamental ou de uma mesma lei federal, o que eliminaria qualquer possibilidade de se ter uma elaboração teórica racionalmente capaz de explicar a legitimidade de uma decisão que afirma direito fundamental e deixaria sem qualquer razão de ser as normas constitucionais que consagram as funções jurisdicionais de uniformização da interpretação da lei federal e de atribuição de sentido à Constituição, além de, obviamente, violar a ideia imprescindível de igualdade perante a jurisdição²².

Em consonância com a previsão constitucional, o artigo 976 do Código de Processo Civil²³ estabelece como balizas à instauração do IRDR a existência simultânea de efetiva repetição de processos que contenham controvérsia sobre a mesma questão unicamente de direito, bem como o risco de ofensa à isonomia e à segurança jurídica.

O princípio da igualdade esculpido no mencionado dispositivo se refere, assim, à busca pela adoção de soluções jurídicas similares a casos semelhantes, mediante tratamento uniforme das questões comuns, de modo a assegurar que a mesma questão jurídica obtenha idêntica interpretação e aplicação²⁴.

O IRDR surge como importante técnica de uniformização dos julgamentos ao concentrar a resolução de questões comuns, reduzindo, assim, a possibilidade de pronunciamentos antagônicos. Contribui, portanto, para a consolidação de um sistema jurisdicional mais equitativo e congruente.

De fato, a existência de pronunciamentos jurisdicionais antagônicos quanto à mesma questão de direito constitui atualmente uma das mais graves violações ao princípio da isonomia. Nesse cenário, o estabelecimento de uma decisão única que fixe tese jurídica sobre determinada controvérsia de direito reiterada em múltiplas lides concretiza o direito fundamental à igualdade, ao ensejar expectativas de segurança jurídica para a sociedade, reduzindo o risco de prestação jurisdicional heterogênea a casos análogos.

²²MARINONI, Luiz Guilherme. **Precedentes Obrigatórios**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016. Disponível em: <https://www.academia.edu/218490/O_Precedente_na_Dimens%C3%A3o_da_Igualdade> Acesso em: 27 out. 2020.

²³ “Art. 976. É cabível a instauração do incidente de resolução de demandas repetitivas quando houver, simultaneamente: I - efetiva repetição de processos que contenham controvérsia sobre a mesma questão unicamente de direito; II - risco de ofensa à isonomia e à segurança jurídica”.

²⁴ TEMER, Sofia. Op. Cit. p. 39.

1.3. O PRINCÍPIO DA SEGURANÇA JURÍDICA: PREVISIBILIDADE E ESTABILIDADE DAS DECISÕES JUDICIAIS

Além do risco de ofensa à isonomia, o risco à segurança jurídica constitui mais um dos fundamentos norteadores da aplicação do incidente, o qual está intrinsecamente ligado ao princípio da igualdade das decisões judiciais e, assim como este, possui expressa proteção constitucional.

Muito embora o *caput* do artigo 5º da Constituição Federal se restrinja a prever a segurança como um direito fundamental de todos, sem tecer nenhuma referência ao termo “jurídica”, é inconteste que a segurança jurídica também está contemplada no texto constitucional e, quando aplicada ao processo civil, traduz-se nas ideias de certeza, de previsibilidade, de confiabilidade e de coerência das decisões judiciais²⁵.

Esse princípio se relaciona ao princípio da igualdade diante das decisões judiciais, porquanto a isonomia se configura a partir do momento em que é conferido tratamento uniforme às mesmas questões de direito, gerando para a sociedade justas expectativas de segurança jurídica ao estabelecer uma diretriz sobre a conduta a ser adotada de modo a respeitar a norma legal²⁶.

A segurança jurídica corresponde, assim, tanto à previsibilidade das decisões judiciais proferidas pelo Poder Judiciário, como à estabilidade dessas decisões, pois, se por um lado é necessário a consolidação de um posicionamento jurisdicional que permita a adoção de comportamentos determinados frente ao texto normativo, de outro se impõe a exigência por parte dos cidadãos, de convicção e indubitabilidade em relação aos efeitos jurídicos dos atos normativos.

Não fosse assim, a quantidade de decisões distintas, liminares e definitivas, do Poder Judiciário resultaria na diminuição da credibilidade da própria função judicante, o que ensejaria enorme insegurança jurídica para a sociedade civil. Ademais, estar-se-ia abrindo portas para a arbitrariedade estatal, inclusive por parte do juiz, ao permitir interpretações de regras jurídicas diferenciadas das já aceitas de modo estável pelos jurisdicionados.

A despeito da necessidade de previsibilidade e estabilidade das decisões judiciais, não se está aqui a dizer que a interpretação conferida à determinada norma jurídica deva

²⁵ CAVALCANTI, Marcos de Araújo. Op. Cit. p. 161.

²⁶ MERELES, Edilton. **Do incidente de resolução de demandas repetitivas no processo civil brasileiro**. In: DIDIER JR., Fredie. **Julgamento de Casos Repetitivos**. Coleção Grandes Temas do Novo CPC, v.10. Salvador: Juspodivm, 2017. p. 92.

permanecer conservada indefinidamente, mas tão somente que, em havendo mudança de entendimento, essa modificação deve ocorrer de modo uniforme para todos.

O Código de Processo Civil de 2015 prestigia, desse modo, o princípio da segurança jurídica e, ao mesmo tempo, confere efetividade à necessidade de uniformização jurisprudencial dos tribunais²⁷, ao prever que, independentemente do resultado do julgamento de mérito do IRDR, a tese jurídica fixada será aplicada obrigatoriamente a todos os processos repetitivos que abordem questões comuns de direito²⁸.

Nesse sentido é o Enunciado 323 do Fórum Permanente de Processualistas Civis: “A formação dos precedentes observará os princípios da legalidade, da segurança jurídica, da proteção da confiança e da isonomia”²⁹.

1.4. RAZOÁVEL DURAÇÃO DO PROCESSO E ECONOMIA PROCESSUAL

O último pilar do incidente de resolução de demandas repetitivas a ser tratado no presente artigo é a razoável duração do processo, princípio previsto no artigo 5º, inciso LXXVIII³⁰, da Constituição Federal, o qual foi introduzido no ordenamento jurídico a partir da Emenda Constitucional nº 45/2004³¹, constituindo direito fundamental das partes do processo. Em consonância com a previsão constitucional, o novo Código de Processo Civil dispôs, em seu artigo 4º, tipificação equivalente³².

Apesar de não integrar um dos requisitos necessários à instauração do incidente de resolução de demandas repetitivas, referido princípio é consequência direta da aplicação do instituto, ao possibilitar a diminuição do tempo de duração dos processos judiciais por meio da aplicação da tese jurídica fixada a todos os processos em que há questão comum de direito.

²⁷ “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; (...)”.

²⁸ “Art. 985. Julgado o incidente, a tese jurídica será aplicada: I - a todos os processos individuais ou coletivos que versem sobre idêntica questão de direito e que tramitem na área de jurisdição do respectivo tribunal, inclusive àqueles que tramitem nos juizados especiais do respectivo Estado ou região; II - aos casos futuros que versem idêntica questão de direito e que venham a tramitar no território de competência do tribunal, salvo revisão na forma do art. 986”.

²⁹ Enunciado 323 do Fórum Permanente de Processualistas Civis. Disponível em: <<http://fpprocessualistascivis.blogspot.com.br/>>. Acesso em: 27 out. 2020.

³⁰ “Art. 5º [...] LXXVIII - a todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação”.

³¹ BRASIL. Emenda Constitucional nº 45, de 30 de dezembro de 2004, que “altera dispositivos dos arts. 5º, 36, 52, 92, 93, 95, 98, 99, 102, 103, 104, 105, 107, 109, 111, 112, 114, 115, 125, 126, 127, 128, 129, 134 e 168 da Constituição Federal, e acrescenta os arts. 103-A, 103B, 111-A e 130-A, e dá outras providências”. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/emendas/emc/emc45.htm>. Acesso em: 27 out. 2020.

³² “Art. 4º As partes têm o direito de obter em prazo razoável a solução integral do mérito, incluída a atividade satisfativa”.

Assim, para além de limitar a rediscussão do tema, permitindo que o aplicador do direito se detenha mais nitidamente à solução da controvérsia e reduzindo número de processos repetidos que são analisados pelo Judiciário, o IRDR permite, ainda, a resolução concentrada das demandas repetitivas, viabilizando a desobstrução da máquina forense³³.

Com efeito, conforme será tratado adiante, uma vez julgado o incidente, ter-se-á a formação de precedente que vinculará as decisões de todos os processos já distribuídos que tramitem na área de jurisdição do respectivo tribunal, sejam eles processos individuais ou coletivos. Essa vinculação tem o potencial de abreviar o tempo de duração dos processos em trâmite, eis que o magistrado poderá utilizar o precedente em primeiro ou segundo grau de jurisdição, aplicando o resultado do IRDR às causas em curso e aos casos futuros que versem sobre idêntica questão de direito.

Ademais, o Código de Processo Civil prevê a possibilidade de improcedência liminar do pedido por afronta a julgamento de IRDR³⁴, o que corrobora e dá concretude ao princípio da razoável duração do processo na medida em que o processo não precisa percorrer todas as fases previstas para o julgamento tradicional, quais sejam: defesa do réu, saneamento e organização do processo, audiência de instrução e julgamento, seguida de conclusão confirmando a decisão proferida no incidente. Daí porque se falar que essa técnica privilegia a economia processual ao diminuir os custos da litigiosidade repetitiva³⁵.

Seguindo esse mesmo entendimento, Gustavo Osna destaca que muito se ganharia em recursos humanos e materiais ao se reunir, em um só processo, demandas que seriam julgadas por inúmeros magistrados, pois o órgão julgador poderia dedicar mais tempo ao litígio e evitar que vários julgadores tivessem que decidir sucessivamente sobre casos afins³⁶.

Outrossim, a consolidação do direito à razoável duração do processo por meio do ajuizamento de apenas uma demanda representativa dá concretude ao princípio da economia processual, porquanto tem o condão de conferir celeridade à resolução dos conflitos repetitivos, diminuindo os custos da massificação dos litígios. Prestigia-se, desse modo, a prestação da atividade jurisdicional com o intuito de produzir o máximo de resultados com o mínimo de esforços³⁷.

³³ TEMER, Sofia. Op. cit. p. 40-41.

³⁴ “Art. 332. Nas causas que dispensem a fase instrutória, o juiz, independentemente da citação do réu, julgará liminarmente improcedente o pedido que contrariar: [...] III - entendimento firmado em incidente de resolução de demandas repetitivas ou de assunção de competência; [...]”.

³⁵ TEMER, Sofia. Op. cit. p. 41.

³⁶ OSNA, Gustavo. **Direitos individuais homogêneos. Pressupostos, fundamentos e aplicação no processo civil**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. p.101.

³⁷ CAVALCANTI, Marcos de Araújo. Op. cit. p. 167.

2. O INCIDENTE DE RESOLUÇÃO DE DEMANDAS REPETITIVAS

Não obstante a ampla previsão legal sobre o assunto, ainda há grande incerteza quanto aos limites para aplicação do IRDR, principalmente no que diz respeito à definição de sua natureza jurídica, tendo em vista que essa delimitação influencia diretamente na produção dos efeitos jurídicos da decisão. Ademais, deve-se atentar para a crescente tendência dos tribunais em conferir contornos objetivos ao processo, o que sinaliza uma provável inclinação dos posicionamentos doutrinários e jurisprudenciais sobre a matéria ao denominado procedimento modelar.

Neste diapasão, o tópico seguinte busca apresentar a divergência existente a respeito da natureza jurídica do IRDR – se de procedimento-modelo destinado a produzir eficácia pacificadora de múltiplos litígios³⁸, ou se de caso-piloto, tal qual ocorre nos Recursos Especial e Extraordinário representativos de controvérsia –, e demonstrar, por meio de um estudo comparativo com controle abstrato de constitucionalidade do direito constitucional, como o fenômeno da objetivação do processo é passível de ser aplicado ao incidente de resolução de demandas repetitivas³⁹.

2.1. NATUREZA JURÍDICA DO IRDR

A discussão existente sobre a natureza jurídica do IRDR cinge-se a compreender se o instituto, uma vez instaurado, teria o condão de conferir poderes ao tribunal para resolver o caso concreto a partir da fixação de tese jurídica, ou se o incidente teria apenas a função de fixar a tese em abstrato, devendo o processo retornar para julgamento pelo órgão jurisdicional primitivo que o suscitou.

Em outras palavras, o debate se refere à adoção da sistemática “causa-piloto” ou “procedimento-modelo” pelo ordenamento jurídico brasileiro na instauração do incidente de resolução de demandas repetitivas⁴⁰.

A propósito da natureza jurídica adotada para litigiosidade repetitiva, Daniel Amorim Assumpção esclarece que, no direito estrangeiro, há duas espécies de tratamento procedimental para a solução de processos repetitivos: a causa-piloto e o procedimento-modelo. O primeiro sistema é caracterizado por ser meio processual no qual, para além da

³⁸ THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Curso de Direito Processual Civil**. Volume 3. 53. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2020. p. 893.

³⁹ Abordaremos a questão da objetivação do incidente de resolução de demandas repetitivas no subcapítulo 2.2, quando tratarmos da tendência dos tribunais superiores à objetivação dos recursos e sua relação com o IRDR.

⁴⁰ TEMER, Sofia. Op. cit. p. 67.

fixação de tese jurídica, há também o julgamento do caso concreto, aplicando-se a tese nele firmada às demais demandas com a mesma matéria jurídica, modelo que é adotado na Inglaterra, por meio do *Group Litigation Order*, e na Áustria, por meio do *Pilotverfahren*. Por sua vez, o segundo sistema opera uma cisão cognitiva e decisória no processo, de forma a criar um incidente pelo qual somente se fixa a tese jurídica a ser aplicada em todo os processos repetitivos, inclusive aquele no qual o incidente foi suscitado, sem analisar as particularidades do caso concreto, modelo que é adotado na Alemanha por meio do *Mustverfahren*⁴¹.

Parte da doutrina caracteriza o IRDR como causa-piloto utilizando-se, como respaldo, do parágrafo único do artigo 978 do Código de Processo Civil. De acordo com essa concepção, o incidente somente poderia ser instaurado a partir de processo em curso no âmbito dos tribunais, isto é, haveria a necessidade de pendência no tribunal competente de julgamento de causa abrigando questão repetitiva⁴², o que viabilizaria, para além da solução da controvérsia quanto à questão de direito, a decisão para o caso concreto a ser proferida pelo próprio tribunal.

Seguindo essa linha, Alexandre Câmara sustenta que se trata de verdadeira causa-piloto, devendo o processo em que ocorreu a instauração do IRDR ser afetado para julgamento por órgão a que se tenha especificamente atribuído a competência para conhecer do incidente, que também deverá julgar o caso concreto, servindo a decisão como precedente para outros casos, pendentes ou futuros⁴³.

Marcos Cavalcanti, igualmente defensor da sistemática de causa-piloto, aponta que a exigência de causa pendente no tribunal decorre da própria Constituição da República, pois, caso contrário, estar-se-ia atribuindo competência originária ao tribunal, o que não poderia ser feito exclusivamente por lei ordinária⁴⁴.

Fredie Didier e Leonardo Cunha acrescentam, ainda, que as disposições previstas para julgamento de recursos extraordinários e especial repetitivos, relativamente à presunção de existência de um deles no âmbito do tribunal superior, aplicam-se à instauração do incidente de resolução de demandas repetitivas, uma vez que esse instituto, ao lado dos recursos

⁴¹ NEVES, Daniel Amorim Assumpção. **Novo Código de Processo Civil Comentado artigo por artigo**. 5ª ed. Salvador: JusPodivm, 2020. p. 1710.

⁴² Relativamente ao tema, Marcos Cavalcanti pondera: “são três os pressupostos de admissibilidade do IRDR: caráter não preventivo do IRDR, a restrição do objeto do incidente à questão unicamente de direito e a necessidade de pendência de julgamento de causa repetitiva no tribunal competente.” (CAVALCANTI, Marcos de Araújo. Op. cit. p. 416).

⁴³ CÂMARA, Alexandre Freitas. **O novo processo civil brasileiro**. 6 ed. São Paulo: Atlas, 2020. p. 482.

⁴⁴ CAVALCANTI, Marcos de Araújo. Op. cit. p. 226.

extraordinário e especial repetitivos, formam o microssistema de solução de demandas repetitivas, devendo suas normas de regência ser interpretadas conjuntamente⁴⁵.

Por outro lado, há parcela da doutrina que defende que o incidente adota a sistemática do procedimento-modelo, cuja finalidade seria apenas a de fixar a tese jurídica sobre a questão de direito comum controversa, não adentrando no julgamento do conflito subjetivo⁴⁶.

Dierle Nunes perfilha esse entendimento, defendendo que a técnica de procedimento-modelo tem como finalidade auxiliar no dimensionamento da litigiosidade repetitiva mediante uma cisão da cognição, em que são apreciadas somente questões comuns a todos os casos similares, incumbindo a decisão de cada caso concreto ao juízo do processo originário, que deverá aplicar o padrão decisório em consonância com as peculiaridades fático-probatórias de cada caso⁴⁷.

Ainda, ao tratar do procedimento-modelo idealizado no Projeto de novo Código de Processo Civil, Aluisio Mendes e Roberto Rodrigues apontam que este se reveste da natureza de processo objetivo, uma vez que tem por escopo não a resolução da lide individual na qual surge, mas sim a elaboração de uma “decisão-quadro”, de uma tese jurídica aplicável às questões de direito comuns que dão origem à multiplicidade de demandas idênticas⁴⁸.

Para os defensores dessa técnica de procedimento-modelo, enquanto o tribunal estaria incumbido de julgar todas as questões de direito comuns, objeto do incidente, o órgão judiciário que o suscitou seria competente para julgar o processo originário, observando suas peculiaridades, e tomando como base a decisão adotada no incidente para a definição das demais questões tratadas no processo, em atenção às garantias fundamentais do contraditório e da ampla defesa.

Um dos principais fundamentos encontrados no Código de Processo Civil a justificar esse modelo é a possibilidade de exame do mérito do incidente mesmo nos casos de desistência ou abandono do processo do qual se originou o referido incidente⁴⁹, conferindo-

⁴⁵ DIDIER JR., Fredie; CUNHA, Leonardo Carneiro. **Curso de Direito Processual Civil**. v. 3. 17ª. ed. Salvador: Juspodivm, 2020. p. 772 e 803.

⁴⁶ TEMER, Sofia. Op. cit. p. 68.

⁴⁷ NUNES, Dierle José Coelho. **O IRDR do novo CPC: este “estranho” que merece ser compreendido**. In: Revista Justificando. Disponível em: <<http://justificando.com/2015/02/18/o-irdr-novo-cpc-este-estranho-que-merece-ser-compreendido/>>. Acesso em: 27 out. 2020.

⁴⁸ MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro; RODRIGUES, Roberto de Aragão Ribeiro. **Reflexões sobre o incidente de resolução de demandas repetitivas previsto no projeto de novo código de processo civil**. Revista de Processo, vol. 211, set/2012, versão digital. Disponível em: <<https://bdjur.stj.jus.br/jspui/handle/2011/79535>>. Acesso em: 27 out. 2020.

⁴⁹ “Art. 976 [...] § 1º A desistência ou o abandono do processo não impede o exame de mérito do incidente”.

lhe, dessa forma, uma feição objetiva⁵⁰. Corrobora com tal reflexão as previsões existentes também nos Regimentos Internos dos Tribunais Regionais Federais, que autorizam a tramitação do incidente de resolução de demandas repetitivas, independentemente da pendência de processo nos referidos tribunais⁵¹.

Sofia Temer acrescenta que, pelo fato de haver expressa previsão no Código no sentido de o incidente resolver apenas questões de direito, não seria possível o julgamento da demanda, porquanto a cognição restaria limitada por não haver análise da causa de pedir e do pedido⁵². De fato, pensar de modo diverso importaria reconhecer a possibilidade de segmentação do julgamento do incidente entre questões comuns das causas afetadas e questões individuais que nada tenham a ver com as demandas repetitivas sobrestadas.

Outrossim, quanto à regra posta no parágrafo único do artigo 978 da legislação processual civilista, essa corrente doutrinária entende que se trata de regra de prevenção do juízo e não como obrigatoriedade de existência de causa pendente no tribunal. Eduardo Cambi e Mateus Vargas Fogaça entendem que a regra do parágrafo único do artigo 978 deve ser interpretada de modo que, uma vez julgado o incidente, o órgão colegiado fique prevento para o julgamento de recursos decorrentes dos processos nos quais os juízes de primeiro grau aplicaram a tese jurídica definida no incidente, bem como na remessa necessária e no processo de competência originária que versem sobre a mesma questão de direito⁵³.

Daí porque entendermos que o IRDR teria a natureza de procedimento-modelo, tendo em vista que seu escopo não é a resolução de uma lide individual, mas a elaboração de uma tese jurídica aplicável às questões de direito comuns que dão origem à multiplicidade de demandas repetitivas.

2.2. OBJETIVAÇÃO DOS RECURSOS E SUA RELAÇÃO COM O IRDR

Em termos de sistemática processual, a natureza objetiva parece ser a mais adequada para viabilizar a aplicação da tese jurídica firmada às demandas fundadas na mesma questão de direito. À vista disso, entendemos que, uma vez delimitado o posicionamento no incidente

⁵⁰ Por ora, basta afirmar que independência do incidente no caso de desistência ou abandono é um dos elementos que o aproxima aos meios processuais que tutelam o direito objetivo.

⁵¹ O regimento interno do Tribunal Regional Federal da 1ª Região prevê: “Art. 358. [...] § 2º A desistência ou o abandono do processo não impedem o exame de mérito do incidente, que se processa em autos apartados.” Nesse mesmo sentido é a disposição do regimento interno do Tribunal Regional Federal da 5ª Região: “Art. 94. [...] § 1º A desistência ou o abandono do processo não impede o exame de mérito do incidente que, neste caso, será instrumentalizado por cópia das peças necessárias extraídas do feito onde foi suscitado o incidente.”

⁵² TEMER, Sofia. Op. cit. p. 71.

⁵³ 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. p. 751.

em abstrato, este deve ser tomado como um padrão decisório a ser observado pelo órgão julgador em conjunto com as especificidades do caso concreto.

Dito de outro modo, compreendemos que, quanto às questões comuns, há a fixação de tese jurídica isoladamente de casos concretos e especificidades dos direitos subjetivos alegados, restando a decisão a respeito das demais questões que não forem objeto do incidente incumbida aos juízes dos processos primitivos.

A feição objetiva do incidente aqui defendida, configurada pela cisão cognitiva e decisória, encontra respaldo na legislação processual civilista a partir da previsão contida no §1º do artigo 976, a qual autoriza o exame de mérito do incidente, ainda que as partes optem por desistir ou abandonar o processo⁵⁴. Sobre esse tema, Sofia Temer infere que o prosseguimento do incidente nesses casos demonstra que, no momento da instauração, o incidente “descola-se” do processo originário, ocorrendo uma dessubjetivação necessária para fixação da tese jurídica⁵⁵.

A autonomia – no caso de desistência do incidente – evidencia que o objetivo primário do instituto não é o de satisfazer a pretensão das partes, mas fixar um entendimento uno a respeito da questão comum de direito, o qual deverá ser respeitado pelo próprio tribunal e órgãos julgadores inferiores.

Inclusive os autores que defendem ser o incidente instituto voltado à resolução dos conflitos subjetivos entendem que na hipótese de desistência do incidente o procedimento assume caráter objetivo, afastado de casos concretos e alegações de direitos subjetivos específicos⁵⁶.

O caráter objetivo ora mencionado é termo emprestado do direito constitucional, principalmente no que tange à seara do controle de constitucionalidade. No Brasil, o controle de constitucionalidade divide-se, quanto ao modo de controle, em concreto (incidental) ou abstrato (principal), e, quanto ao órgão que exerce o controle jurisdicional, em difuso ou concentrado⁵⁷.

No controle incidental, a inconstitucionalidade é arguida no bojo de um processo ou ação judicial, em que a questão da inconstitucionalidade configura uma questão prejudicial que deve ser decidida pelo Judiciário. O controle abstrato, por sua vez, permite que a questão

⁵⁴ “Art. 976. [...] § 1o A desistência ou o abandono do processo não impede o exame de mérito do incidente”.

⁵⁵ TEMER, Sofia. Op. cit. p. 75.

⁵⁶ CABRAL, Antonio do Passo. **Comentários aos arts. 976 a 987**. In: CABRAL, Antonio do Passo; CRAMER, Ronaldo. **Comentários ao Novo Código de Processo Civil**. Rio de Janeiro: Forense, 2016. p. 1422.

⁵⁷ MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. 15. ed. São Paulo: Saraiva, 2020. p. 1181-1182.

constitucional seja suscitada autonomamente em um processo ou ação principal, cujo objeto é a própria inconstitucionalidade da lei⁵⁸.

Nos dizeres de Fredie Didier Jr., chama-se de controle concreto, porque feito *a posteriori*, à luz das peculiaridades do caso, se contrapondo ao controle abstrato, em que a inconstitucionalidade é examinada em tese, *a priori*⁵⁹.

O controle concentrado e o difuso de constitucionalidade, por sua vez, dizem respeito à atribuição para o julgamento das questões. Assim, se a atribuição for conferida a um órgão jurisdicional superior ou a uma Corte Constitucional, estar-se-á diante de um controle concentrado de normas. Por outro lado, caso essa função seja assegurada a qualquer órgão judicial, estaremos em face de um controle de constitucionalidade difuso⁶⁰.

Além disso, as decisões proferidas em sede controle difuso estão voltadas tradicionalmente à defesa de posições exclusivamente subjetivas, isto é, produzem efeito *inter partes*, enquanto as decisões proferidas em sede de controle concentrado produzem eficácia contra todos e efeito vinculante, relativamente aos demais órgãos do Poder Judiciário e à administração pública direta e indireta⁶¹, ao que se denomina efeito *erga omnes*.

Há, no Brasil, uma tendência de se correlacionar o controle incidental ao difuso e o controle abstrato ao concentrado, em razão da própria forma processual desses dois modelos⁶². Geralmente, o controle abstrato é feito de forma concentrada no Supremo Tribunal Federal por intermédio da Ação Direta de Inconstitucionalidade, Ação Declaratória de Constitucionalidade ou Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental, enquanto o controle concreto se dá no contexto de tutela de direitos subjetivos específicos.

Não obstante essa correlação comumente feita, não há nada que impeça um controle de constitucionalidade que seja difuso e abstrato ao mesmo tempo, como é o caso da instauração do incidente de arguição de inconstitucionalidade perante os tribunais. Aqui, a

⁵⁸ MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. 15. ed. São Paulo: Saraiva, 2020. p. 1181.

⁵⁹ DIDIER JR, Fredie. **O Recurso Extraordinário e a Transformação do Controle Difuso de Constitucionalidade no Direito Brasileiro**. Disponível em: <<https://ufba.academia.edu/frediedidier>>. Acesso em: 27 out. 2020.

⁶⁰ MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. Op. cit. p. 1182-1183.

⁶¹ “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”.

⁶² A esse respeito, Gilmar Mendes argumenta com autoridade: “Em geral, associa-se o controle incidental ao modelo difuso, tendo em vista a forma processual própria desse modelo derivado do sistema americano. Canotilho anota, porém, que o modelo português de controle de constitucionalidade admite o controle incidental exercido pela Corte Constitucional. No Brasil, essa possibilidade também se verifica nos julgamentos de processos subjetivos de competência originária do STF.” MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. Op. cit. p. 1181.

despeito de ser realizada em controle difuso, a análise é feita em tese e vincula o tribunal a adotar o mesmo entendimento em todos os casos semelhantes, a exemplo do que ocorre em processos objetivos como a ADI, ADC ou ADPF. Não por outro motivo, fica dispensada a instauração de um novo incidente para decidir questão que já fora resolvida anteriormente pelo mesmo tribunal ou pelo STF⁶³.

A objetivação do processo constitui, assim, uma desvinculação de um conflito subjetivo específico, ou seja, uma abstração em relação a casos concretos. A princípio, embora estivesse tradicionalmente adstrita ao controle abstrato de constitucionalidade de normas, essa tutela essencialmente marcada pela dessubjetivação vem sendo aplicada a outros casos da jurisdição constitucional, bem como fora dela⁶⁴.

Sobre o exame de constitucionalidade de lei em recurso extraordinário, cumpre pontuar relevante lição de Gilmar Ferreira Mendes:

A adoção de estrutura procedimental aberta para o processo de controle difuso (participação de *amicus curiae* e outros interessados), a concepção de recurso extraordinário de feição especial para os juizados especiais, o reconhecimento de efeito transcendente para a declaração de inconstitucionalidade incidental, a lenta e gradual superação da fórmula do Senado (art. 52, X), a incorporação do instituto da repercussão geral no âmbito do recurso extraordinário e a *desformalização* do recurso extraordinário com o reconhecimento de uma possível *causa petendi* aberta são demonstrações das mudanças verificadas a partir desse *diálogo* e *intercâmbio* entre os modelos de constitucionalidade positivados no Direito brasileiro. Pode-se apontar, dentre as diversas transformações detectadas, inequívoca tendência para ampliar a feição objetiva do processo de controle incidental entre nós⁶⁵.

Reforça esse entendimento, a percepção de Teori Zavascki de que as constantes modificações no sistema normativo culminaram em uma maior extensão e profundidade da

⁶³ “Art. 949. [...] Parágrafo único. Os órgãos fracionários dos tribunais não submeterão ao plenário ou ao órgão especial a arguição de inconstitucionalidade quando já houver pronunciamento destes ou do plenário do Supremo Tribunal Federal sobre a questão”.

⁶⁴ A título de exemplo, cumpre destacar o entendimento de Gilmar Ferreira Mendes, no Processo Administrativo n. 318.715/STF, que culminou na edição da Emenda n. 12 ao RISTF (Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal), publicada no DJ de 17.12.2003. Para ele, o recurso extraordinário “deixa de ter caráter marcadamente subjetivo ou de defesa de interesses das partes, para assumir, de forma decisiva, a função de defesa da ordem constitucional objetiva. Trata-se de orientação que os modernos sistemas de Corte Constitucional vêm conferindo ao recurso de amparo e ao recurso constitucional (Verfassungsbeschwerde). (...) A função do Supremo nos recursos extraordinários — ao menos de modo imediato — não é a de resolver litígios de fulano ou beltrano, nem a de revisar todos os pronunciamentos das Cortes inferiores. O processo entre as partes, trazido à Corte via recurso extraordinário, deve ser visto apenas como pressuposto para uma atividade jurisdicional que transcende os interesses subjetivos (DIDIER JR, Fredie. **O Recurso Extraordinário e a Transformação do Controle Difuso de Constitucionalidade no Direito Brasileiro**. Disponível em: <<https://ufba.academia.edu/FredieDidier>>. Acesso em: 27 out. 2020).

⁶⁵ MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. Op. cit. p. 1333.

força vinculativa conferida às decisões dos tribunais superiores, de modo a se confirmar um movimento de dessubjetivação dos julgamentos, revestidos de caráter sobremaneira objetivo⁶⁶.

Com efeito, observadas as devidas adequações, é possível constatar que, para além da jurisdição constitucional, o movimento crescente da tendência de se conferir contornos objetivos ao processo também é fortalecido pelo Código de Processo Civil de 2015, ao prever, por exemplo, a possibilidade de prosseguimento de técnicas para resolução de questões de direito e fixação de teses jurídicas mesmo quando houver desistência ou abandono do conflito subjetivo, tal como ocorre com o IRDR.

Quanto à semelhança entre o controle de constitucionalidade e o incidente de demandas repetitivas, Leonardo Carneiro da Cunha aponta justamente a existência do julgamento em abstrato da questão jurídica submetida ao crivo do tribunal, o qual deverá servir como paradigma para fundamentação das decisões dos casos repetitivos que tenham por fundamento a mesma tese jurídica⁶⁷.

Não se está a afirmar, porém, que haja objetivação integral do instituto. Apesar de haver cisão cognitivo-decisória no incidente, na origem o incidente é instaurado no contexto de um conflito subjetivo, devendo, portanto, atender às especificidades do caso concreto. Ocorre que a tutela do direito subjetivo se dá somente quando da aplicação da tese às situações subjetivas concretas, em um julgamento apartado e distinto do incidente⁶⁸.

O que se está a defender aqui, assim, é que o IRDR mais se aproxima do processo que tutela o direito objetivo do que do processo destinado a tutelar diretamente situações subjetivas concretas.

3. O IRDR E OS JUIZADOS ESPECIAIS

Intenso debate existe na doutrina quanto admissão do IRDR a partir de demanda oriunda dos juizados especiais. Nessa toada, o capítulo subsequente visa analisar se a instauração do incidente é compatível ou não com o regramento do juizado especial.

Para tanto, cumpre inicialmente abordar os motivos que fomentaram a criação dos juizados especiais no Brasil, pontuando os elementos de convergência entre as suas

⁶⁶ ZAVASCKI, Teori Albino. **Eficácia das sentenças na jurisdição constitucional**. 3ª Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. p. 50.

⁶⁷ CUNHA, Leonardo Carneiro da. **Anotações sobre o incidente de resolução de demandas repetitivas previsto no projeto do novo Código de Processo Civil**. Revista de Processo, vol.3, março/2011, versão digital. Disponível em: < <https://bdjur.stj.jus.br/jspui/handle/2011/81199> > Acesso em: 27 out. 2020.

⁶⁸ TEMER, Sofia. Op. cit. p. 88.

finalidades e as previstas para o IRDR. Ademais, serão analisados aspectos aparentemente divergentes entre a sistemática do microssistema dos juizados especiais e os dispositivos do Código de Processo Civil que regulamentam o incidente, tais como a autonomia dos juizados em relação aos tribunais de justiça estaduais e tribunais regionais federais, a estrutura de seus sistemas recursais próprios e o âmbito de circunscrição de cada um.

Ainda, ante o desafio de se delinear os limites objetivos de aplicação do incidente no âmbito dos juizados, será examinado o posicionamento mais recente do Superior Tribunal de Justiça sobre o tema, bem como, ao final, serão feitos comentários sobre as consequências práticas decorrentes da (não) adoção dessa técnica no âmbito dos juizados especiais.

3.1. (IN)COMPATIBILIDADE DO IRDR COM DEMANDAS SUSCITADAS NOS JUIZADOS ESPECIAIS

O surgimento dos juizados especiais no Brasil remonta ao ano de 1984, quando da edição da Lei 7.244⁶⁹, que previu a criação dos Juizados Especiais de Pequenas Causas, voltados preponderantemente ao julgamento de causas de reduzido valor econômico.

A introdução do referido regramento no ordenamento jurídico foi inspirada em discussões desenvolvidas no plano internacional sobre o acesso à justiça, principalmente a partir das ideias desenvolvidas por Mauro Cappelletti e Bryant Garth⁷⁰, e tinha como escopo superar os obstáculos dos custos do processo – vistos como barreiras ao acesso à justiça –, bem como conceber um procedimento mais concentrado e simplificado, comparativamente ao modelo tradicional.

Em 1988, com a promulgação da Constituição Federal, os novos direitos e a massificação das relações sociais associados a trâmites gradativamente mais lentos e inseguros revelaram a necessidade e importância do novo modelo mais célere de resolução de conflitos, o qual foi positivado no artigo 98 da Carta da República⁷¹, prevendo a criação dos juizados especiais no âmbito dos estados e do Distrito Federal e Territórios. Posteriormente,

⁶⁹ BRASIL. Lei nº 7.244, de 7 de novembro de 1984, que “dispõe sobre a criação e o funcionamento do Juizado Especial de Pequenas Causas”. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/1980-1988/L7244.htm>. Acesso em: 27 out. 2020.

⁷⁰ MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro. **Incidente de resolução de demandas repetitivas: sistematização, análise e interpretação do novo instituto processual**. Rio de Janeiro: Forense, 2017. p. 144.

⁷¹ “Art. 98. A União, no Distrito Federal e nos Territórios, e os Estados criarão: I - juizados especiais, providos por juízes togados, ou togados e leigos, competentes para a conciliação, o julgamento e a execução de causas cíveis de menor complexidade e infrações penais de menor potencial ofensivo, mediante os procedimentos oral e sumaríssimo, permitidos, nas hipóteses previstas em lei, a transação e o julgamento de recursos por turmas de juízes de primeiro grau;”.

por força da emenda constitucional nº 22/99⁷², essa previsão foi ampliada de forma a abranger também a Justiça Federal⁷³.

Atendendo ao comando constitucional, inicialmente foi editada a Lei 9.099/95⁷⁴, a qual regulamentou os juizados especiais cíveis no âmbito da justiça dos estados, do Distrito Federal e dos Territórios, seguida da Lei 10.259/01⁷⁵, que instituiu os Juizados Especiais Federais, e da Lei 12.153/09⁷⁶, que fixou a criação dos juizados especiais da Fazenda Pública, componentes da estrutura dos juizados especiais estaduais.

As Leis 9.099/95, 10.259/01 e 12.153/09 em conjunto são responsáveis, assim, por regulamentar os juizados especiais no Brasil, formando o que a doutrina denomina de *microsistema dos juizados especiais*⁷⁷, desenvolvido com o objetivo de proporcionar “um procedimento mais célere e econômico, primando pelo princípio da efetividade da jurisdição, no tratar de tantas lides idênticas que se avolumam nos gabinetes dos magistrados”⁷⁸.

Não foi diferente o fundamento que deu origem ao IRDR, o qual surgiu justamente com o objetivo de racionalizar a atividade do Poder Judiciário, conferindo tutela jurisdicional satisfatória aos direitos individuais homogêneos e às pretensões heterogêneas, bem como primando pelo atendimento dos princípios da segurança jurídica, da isonomia, da economia processual e da razoável duração do processo.

A divergência existente quanto à admissão do IRDR suscitado em demanda do juizado especial reside, assim, na interpretação conferida a um conjunto de artigos do Código de Processo Civil que estabelecem a competência do juiz para suscitar o incidente, a competência dos tribunais de justiça estaduais e regionais federais para julgá-lo, a eficácia do julgamento proferido extensível aos juizados, e a recorribilidade das decisões por meio de recurso especial e extraordinário.

⁷² BRASIL. Emenda Constitucional nº 22, de 18 de março de 1999, que “acrescenta parágrafo único ao art. 98 e altera as alíneas “i” do inciso I do art. 102 e “c” do inciso I do art. 105 da Constituição Federal”. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/emendas/emc/emc22.htm>. Acesso em: 27 out. 2020.

⁷³ “Art. 98. [...] § 1º Lei federal disporá sobre a criação de juizados especiais no âmbito da Justiça Federal”.

⁷⁴ BRASIL. Lei nº 9.099, de 26 de setembro de 1995, que “dispõe sobre os Juizados Especiais Cíveis e Criminais e dá outras providências”. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L9099.htm>. Acesso em: 27 out. 2020.

⁷⁵ BRASIL. Lei nº 10.259, de 12 de julho de 2001, que “dispõe sobre a instituição dos Juizados Especiais Cíveis e Criminais no âmbito da Justiça Federal”. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/LEIS_2001/L10259.htm>. Acesso em: 27 out. 2020.

⁷⁶ BRASIL. Lei nº 12.153, de 22 de dezembro de 2009, que “dispõe sobre os Juizados Especiais da Fazenda Pública no âmbito dos Estados, do Distrito Federal, dos Territórios e dos Municípios”. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Ato2007-2010/2009/Lei/L12153.htm>. Acesso em: 27 out. 2020.

⁷⁷ MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro. Op. cit. p. 148.

⁷⁸ DUARTE, Antonio Aurelio Abi-Ramia; BRASIL, Maria Eduarda de Oliveira. *Os Juizados Especiais Estaduais e o IRDR – por uma busca harmônica dos mesmos objetivos*. p. 6. Disponível em: <<http://www.tjrj.jus.br/documents/10136/1186838/ir-dr-juizados.pdf>>. Acesso em: 27 out. 2020.

Com efeito, partindo-se das premissas firmadas anteriormente, no sentido de que a natureza objetiva parece ser a mais adequada para viabilizar a aplicação da tese jurídica firmada às demandas fundadas na mesma questão de direito, ou seja, adotando-se a sistemática do procedimento modelar, cumpre analisar detalhadamente os dispositivos da legislação processual para, com isso, verificar a compatibilidade do incidente à estrutura dos juizados especiais.

Dentre os dispositivos aparentemente problemáticos do Código de Processo Civil está o artigo 977, o qual determina que o pedido de instauração do incidente de resolução de demandas repetitivas deve ser dirigido ao tribunal por um dos legitimados indicados nos incisos, dentre os quais se encontra o juiz da causa ou relator do recurso⁷⁹.

Por sua vez, o artigo 978 prevê a obrigatoriedade de que os regimentos internos dos tribunais atribuam a competência para conhecer e julgar o IRDR apenas àqueles órgãos que possuam função de uniformização da jurisprudência do respectivo tribunal, bem como confere ao órgão responsável pelo julgamento do incidente a competência para também julgar o recurso, remessa necessária ou processo de competência originária a partir do qual o incidente foi suscitado⁸⁰.

Quanto ao mérito, o artigo 985 estabelece que, uma vez realizado o julgamento do incidente, a tese jurídica será aplicada a todos os processos individuais ou coletivos que versem sobre idêntica questão de direito e que tramitem na área de jurisdição do respectivo tribunal, inclusive àqueles que tramitem nos juizados especiais do respectivo Estado ou região.

Por fim, o artigo 987 do Código de Processo Civil trata do cabimento de recurso extraordinário ou especial em face do julgamento do mérito do incidente⁸¹, o que a primeira vista poderia parecer incongruente, tendo em vista a vedação à interposição de recurso especial contra decisões dos juizados especiais, conforme os artigos 98 e 105 da Constituição Federal, e súmula 203 do Superior Tribunal de Justiça⁸².

É principalmente a partir da interpretação conferida a esses dispositivos que paira a discussão sobre a compatibilidade do IRDR com o microsistema de juizados especiais.

⁷⁹ “Art. 977. O pedido de instauração do incidente será dirigido ao presidente de tribunal: I - pelo juiz ou relator, por ofício; II - pelas partes, por petição; III - pelo Ministério Público ou pela Defensoria Pública, por petição”.

⁸⁰ “Art. 978. O julgamento do incidente caberá ao órgão indicado pelo regimento interno dentre aqueles responsáveis pela uniformização de jurisprudência do tribunal. Parágrafo único. O órgão colegiado incumbido de julgar o incidente e de fixar a tese jurídica julgará igualmente o recurso, a remessa necessária ou o processo de competência originária de onde se originou o incidente”.

⁸¹ “Art. 987. Do julgamento do mérito do incidente caberá recurso extraordinário ou especial, conforme o caso”.

⁸² Súmula 203 do Superior Tribunal de Justiça: “Não cabe recurso especial contra decisão proferida por órgão de segundo grau dos Juizados Especiais”.

Inicialmente, quanto ao artigo 977, inciso I, que trata da instauração do incidente pelo juízo singular, parece que a melhor interpretação a ser conferida é a que autoriza o juiz a suscitar o incidente a partir das demandas que está decidindo. Afinal, é ele que observa com mais clareza a repetição das questões de direito, e sua competência permaneceria preservada para o julgamento após a fixação da tese jurídica pelo tribunal.

A esse respeito, Luiz Henrique Volpe Camargo entende não haver razão para inadmitir que o juiz de primeiro grau suscite o incidente, sendo certo que ele tem mais facilidade em considerar a multiplicação de causas com a mesma questão jurídica, pois é a ele que as demandas de variados autores são dirigidas⁸³. Ainda, tendo em vista que só é dado ao tribunal conhecer da questão de direito repetitiva central da demanda, uma vez fixada a tese jurídica, os juízes de primeiro grau teriam poder decisório quanto a todos os aspectos das ações semelhantes⁸⁴.

Além do mais, quanto à imposição prevista pelo *caput*, no sentido de direcionar a instauração do incidente ao presidente do tribunal, conclui-se que a competência para julgamento do incidente de resolução de demandas repetitivas é dos tribunais de justiça estaduais ou dos tribunais regionais federais, não sendo permitida, portanto, a instauração do incidente para julgamento pelas Turmas Recursais.

O questionamento que surge a partir desse dispositivo diz respeito à possibilidade de um juiz vinculado a um juizado especial suscitar o incidente diretamente a um tribunal ao qual não está subordinado hierárquica e funcionalmente.

De fato, apesar de inexistir hierarquia entre os tribunais de segunda instância e os juzizados, entendemos quanto a este ponto que, por se tratar de procedimento modelar, não há empecilho a que o juiz do juizado especial suscite o incidente perante o tribunal e este decida a questão de direito repetitiva, devolvendo o processo para julgamento pelo juízo originário.

Quanto ao artigo seguinte, é importante lembrar o entendimento já defendido de que a norma posta no artigo 978 deve ser interpretada como regra de prevenção, e não como determinação da existência de causa pendente no tribunal.

Sobre o tema, Marinoni, Arenhart e Mitidiero entendem que a existência de multiplicação dos feitos com a mesma questão jurídica perante o Judiciário é suficiente para que o incidente seja viabilizado. Pontuam que, uma vez julgado o incidente, o órgão

⁸³ CAMARGO, Luiz Henrique Volpe. **O incidente de resolução de demandas repetitivas no projeto de novo CPC: a comparação entre a versão do Senado Federal e a da Câmara dos Deputados**. In: FREIRE, Alexandre et al (Orgs). **Novas tendências do processo civil**. Vol. III. Salvador: Juspodivm, 2014. p. 288.

⁸⁴ MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro; RODRIGUES, Roberto de Aragão Ribeiro. **Reflexões sobre o incidente de resolução de demandas repetitivas previsto no projeto de novo código de processo civil**. Revista de Processo, vol. 211, p. 191, set/2012.

remanesce competente para a análise de eventual recurso, reexame necessário ou ação de competência originária do processo de onde surgiu a questão de direito que foi enfrentada⁸⁵.

A controvérsia decorrente desse dispositivo concerne justamente à discussão sobre a natureza jurídica do incidente, se de procedimento-modelo ou causa-piloto. Apesar de a questão já ter sido objeto de amplo debate neste estudo – restando firmado o entendimento de que se trata de procedimento modelar –, a discussão é relevante porque pensar de modo contrário, adotando-se a sistemática da causa-piloto, inviabilizaria qualquer possibilidade de instauração do incidente pelos juizados especiais, criando uma “bolha” para os processos, que não lograriam atingir uniformização nacional. Além disso, estar-se-ia abrindo caminho para que a parte pudesse escolher um determinado entendimento, tendo em vista que em determinadas situações lhe é facultado optar pelo procedimento abreviado⁸⁶.

No tocante à extensão dos efeitos do incidente de resolução de demandas repetitivas aos juizados especiais, previsto no artigo 985, inciso I, não se vislumbra qualquer incompatibilidade⁸⁷, porquanto entendemos que o dispositivo deve ser interpretado de forma a conjugar os princípios da segurança jurídica e da igualdade previstos na própria Constituição⁸⁸.

A esse respeito, o Senador Vital do Rêgo, no parecer nº 956, de 2014 da comissão temporária do Código de Processo Civil, pontua:

Quanto ao art. 995 do SCD, que estende o alcance da tese jurídica fixada pelo pertinente Tribunal a toda área de sua jurisdição, com inclusão dos juizados especiais do respectivo estado ou região, é preciso reconhecer a sua adequação. De fato, contra a extensão dos efeitos do julgamento do incidente de demandas repetitivas aos Juizados Especiais, ergue-se a tese da inconstitucionalidade, que, em um primeiro momento, falsamente convence. Alega-se, em suma, que, como a Carta Magna não deferiu competência recursal aos Tribunais para decisões prolatadas no âmbito dos Juizados Especiais, seria inconstitucional estender os efeitos de julgamentos feitos por aqueles aos Juizados. No entanto, essa não é a melhor leitura da Carta Magna.

Em primeiro lugar, recorda-se que, no arranjo de competência desenhado pela Constituição Federal, com posterior esclarecimentos trazidos pelo Supremo Tribunal Federal (STF) e pela legislação ordinária, o Superior

⁸⁵ MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. **Novo curso de processo civil**. 6 ed. Vol. II. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2020. p. 613.

⁸⁶ TEMER, Sofia. Op. cit. p. 125.

⁸⁷ Nesse sentido, inclusive, é o enunciado nº 93 do Fórum Permanente de Processualistas Cíveis, o qual dispõe: “Admitido o incidente de resolução de demandas repetitivas, também devem ficar suspensos os processos que versem sobre a mesma questão objeto do incidente e que tramitem perante os juizados especiais no mesmo estado ou região” (TEMER, Sofia. Enunciado 93. In: PEIXOTO, Ravi (Coord.). **Enunciados Fórum Permanente de Processualistas Cíveis: organizados por assunto, anotados e comentados**. Salvador: JusPodivm, 2017).

⁸⁸ MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro. Op. cit. p. 161.

Tribunal de Justiça (STF) assumiu o papel de, em última instância, pacificar a interpretação da legislação infraconstitucional, ao passo que o STF, o de uniformizar a interpretação da Carta Magna. Causas provenientes dos juizados especiais desaguarão no STJ ou no STF para uniformização de teses jurídicas, seja por conta da reclamação (admitida pelo STF para os Juizados Especiais Estaduais), seja na forma da Lei nº 10.259, de 12 de julho de 2001 (para os Juizados Especiais Federais).

Esse fato demonstra que a intenção do legislador é a de garantir, ao máximo, que todos os brasileiros tenham acesso a uma resposta jurisdicional uniforme. O incidente de resolução de demandas repetitivas segue essa orientação constitucional.

Em segundo lugar, os Juizados Especiais e os Tribunais locais e regionais costumeiramente apreciam matérias jurídicas idênticas. Por exemplo, demandas de revisão de contratos bancários, com alegação de abusividade de taxa de juros, frequentam os Juizados Especiais e os Tribunais. A diferença é que, no âmbito dos Juizados, há valor de alçada. Nesses casos, diante de demandas multitudinárias, a Constituição Federal, prestigiando o princípio da duração razoável do processo, sediada no art. 5º, e reconhecendo a competência dos Tribunais para pacificar o Direito no Estado ou na Região, empresta seu irrestrito beneplácito a que os Tribunais possam, em sede de incidente de resolução de demandas repetitivas, garantir a solução de milhares de milhares de processos com teses idênticas de modo uniforme, com possibilidade de eventual provocação futura do STJ, corte incumbida da unificação nacional da interpretação da legislação infraconstitucional.

O princípio constitucional da duração razoável do processo e o desenho de competência jurisdicional feito pela Lei Maior com olhos na busca de uma tutela jurisdicional efetiva e uniforme aos brasileiros de cada estado ou região aplaudem a solução empregada pelo caput do art. 995 do SCD. Portanto, é forçosa a manutenção do seu teor, com os ajustes redacionais que haverão de ser explicitados⁸⁹.

De fato, não parece adequado permitir a existência de órgãos distintos, com competências muitas vezes sobrepostas, aptos a uniformizar a jurisprudência por meio do IRDR, uma vez que isso poderia resultar na quebra da isonomia que o incidente busca impedir.

Ademais, quanto ao cabimento de reclamação contra decisão que não observe a tese jurídica fixada no incidente, prevista no §1º do artigo 985⁹⁰, o Superior Tribunal de Justiça fixou entendimento, por meio da Resolução nº 3/2016⁹¹, no sentido de que é cabível às câmaras reunidas ou à seção especializada dos tribunais de justiça a competência para

⁸⁹ Parecer nº 956, de 2014 da comissão temporária do Código de Processo Civil, sobre o Substitutivo da Câmara dos Deputados (SCD) ao Projeto de Lei do Senado (PLS) nº 166, de 2010, que estabelece o Código de Processo Civil, p. 177-178. Disponível em:

<<https://legis.senado.leg.br/sdleg-getter/documento?dm=4202793&ts=1541502692906&disposition=inline>>.

Acesso em: 27 out. 2020.

⁹⁰ “Art. 985. [...] § 1º Não observada a tese adotada no incidente, caberá reclamação”.

⁹¹ Resolução STJ/GP n. 3, de 7 de abril de 2016, que “dispõe sobre a competência para processar e julgar as Reclamações destinadas a dirimir divergência entre acórdão prolatado por turma recursal estadual ou do Distrito Federal e a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça”. Disponível em: <https://bdjur.stj.jus.br/jspui/bitstream/2011/99321/Res%20_3_2016_PRE.pdf>. Acesso em: 27 out. 2020.

processar e julgar as reclamações destinadas a dirimir divergência entre acórdão prolatado por Turma Recursal Estadual e do Distrito Federal e a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, consolidada em incidente de resolução de demandas repetitivas. Assim, não se vislumbra óbice em se admitir a reclamação perante os Tribunais de Justiça estaduais ou Tribunais Regionais Federais quando do descumprimento de tese pelo juizado especial.

Por fim, quanto à recorribilidade das decisões prevista no artigo 987, entendemos que se refere à forma de uniformizar o tratamento da matéria em nível nacional. A hesitação que surge quanto a este ponto diz respeito a uma possível violação dos artigos 102, inciso II⁹², e 105, inciso III⁹³, da Constituição Federal, que dispõem que os recursos sejam interpostos contra causas decididas em única ou última instância.

Fábio Victor da Fonte Monnerat, ao comentar o enunciado 604 do Fórum Permanente de Processualistas Cíveis que trata sobre esse dispositivo, entende que a conclusão pela violação ao texto constitucional decorre da equiparação do termo “causa” à “resolução do litígio intersubjetivo” e revela uma compreensão da função jurisdicional como única e exclusivamente voltada a resolver a lide entre dois ou mais sujeitos⁹⁴.

Ocorre que, com a introdução do microssistema de precedentes vinculantes no ordenamento jurídico brasileiro, a atividade jurisdicional passou a ter como finalidade a produção de precedentes vinculantes, de modo a racionalizar e uniformizar a prestação judicial, para além de julgar o conflito subjetivo⁹⁵.

Seguindo esse entendimento, Sofia Temer pontua que as decisões proferidas em sede de incidente de resolução de demandas repetitivas não visam precipuamente ao julgamento de um caso concreto, de um litígio particular, mas, antes, o transcendem⁹⁶.

Partindo-se dessa premissa, verifica-se a impossibilidade de se fazer uma leitura restritiva do termo “causa decidida”, devendo ser adotada, ao invés disso, interpretação que abranja não só os processos em que proferida a decisão judicial, mas também aqueles que tão somente são selecionados para a fixação das teses jurídicas⁹⁷.

⁹² “Art. 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: [...]”.

⁹³ “Art. 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: [...]”.

⁹⁴ MONNERAT, Fábio Victor da Fonte. Enunciado 604. In: PEIXOTO, Ravi (Coord.). **Enunciados Fórum Permanente de Processualistas Cíveis: organizados por assunto, anotados e comentados**. Salvador: JusPodivm, 2017. p. 775.

⁹⁵ ANDRADE, Ana Karenina Silva Ramalho. Op. Cit. p. 62.

⁹⁶ TEMER, Sofia. Op. cit. p. 262.

⁹⁷ MONNERAT, Fábio Victor da Fonte. Enunciado 604. Op. cit. p.776.

Ainda sobre a matéria, Sofia Temer ressalta que, ao se adotar uma concepção limitada para a expressão “causa decidida”, estar-se-á a burlar o desígnio constitucional de conferir ao Supremo Tribunal Federal e ao Superior Tribunal de Justiça a atribuição de uniformização da Constituição Federal e das leis federais, o que é contrário aos próprios fundamentos que deram origem ao IRDR⁹⁸.

Parece-nos viável, portanto, admitir a instauração do incidente a partir de causa em trâmite no juizado especial, tendo em vista a premente necessidade de se uniformizar, em nível nacional, a jurisprudência existente no âmbito dos juzizados e dos tribunais de justiça e regionais federais.

Edilton Meireles também entende ser possível a instauração do incidente nas causas que correm perante os juzizados especiais. Para o autor, ante a regra que vincula os juzizados especiais ao que for decidido pelo tribunal estadual ou regional federal, maior razão existe para admitir a mesma vinculação a partir de causas em trâmite nos juzizados especiais⁹⁹.

Ademais, é esse o posicionamento da Escola Nacional de Formação e Aperfeiçoamento de Magistrados - ENFAM, consolidado no enunciado administrativo nº 21, com o seguinte teor: "O IRDR pode ser suscitado com base em demandas repetitivas em curso nos juzizados especiais"¹⁰⁰.

Aluisio Gonçalves de Castro Mendes assume uma posição intermediária, defendendo que, somente em se tratando de matérias inseridas na competência concorrente dos Juzizados Especiais e outro Tribunal, em sendo instaurado o incidente, deve se suspender a tramitação dos processos em curso nos juzizados especiais e turmas recursais respectivos, a estes se aplicando a tese jurídica definida no incidente. Ademais, defende a possibilidade de instauração do incidente no âmbito das Turmas Recursais, relativamente às matérias de sua competência exclusiva¹⁰¹.

Não obstante a previsão legal, há na doutrina quem controverta a aplicação do IRDR aos juzizados especiais. Nesse sentido, Daniel Amorim Assumpção aponta que a regra criada no artigo 978, parágrafo único, é vista como um impedimento legal para que seja instaurado o incidente no âmbito dos juzizados especiais¹⁰².

⁹⁸ TEMER, Sofia. Op. cit. p. 270.

⁹⁹ MEIRELES, Edilton. Do incidente de resolução de demandas repetitivas no processo civil brasileiro. In: DIDIER JR., Fredie (Org.). **Julgamento de Casos Repetitivos**. Coleção Grandes Temas do Novo CPC, v.10. Salvador: Juspodivm, 2016. p. 137.

¹⁰⁰ Disponível em: <<https://www.enfam.jus.br/wp-content/uploads/2015/09/ENUNCIADOS-VERS%C3%83O-DEFINITIVA-.pdf>>. Acesso em: 27 out. 2020. p. 2.

¹⁰¹ MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro. Op. cit. p. 167.

¹⁰² NEVES, Daniel Amorim Assumpção. Op. cit. p. 1735.

Em posição contrária está também Marcos de Araújo Cavalcanti, para quem não é possível aceitar que uma tese jurídica fixada em incidente processado e julgado em órgão jurisdicional estranho ao microssistema dos juizados especiais alcance vinculativamente os processos ali em tramitação¹⁰³. Para este autor, haveria violação à competência dos juizados especiais prevista constitucionalmente.

3.2. CONSEQUÊNCIAS PRÁTICAS DECORRENTES DA (NÃO) ADOÇÃO DO IRDR NO ÂMBITO DOS JUIZADOS ESPECIAIS

Para os defensores da tese de que o IRDR constitui causa-piloto, diversos obstáculos surgem para a aplicação do instituto a processos outros que não os que já possuam causa pendente no tribunal.

Para essa corrente doutrinária, a legitimidade do juiz na instauração do incidente prevista no artigo 977, inciso I, do Código de Processo Civil, não pode ser entendida de modo a se conferir uma interpretação expansiva, abrangendo todos juízes singulares da estrutura do poder judiciário.

Daniel Assumpção Neves, ao tratar do assunto, prevê ao menos três interpretações distintas existentes para o dispositivo legal: limitação do juiz à instauração do incidente somente nos processos por ele já julgados; forma de desatrelar a legitimidade do juiz ao processo no qual será instaurado o incidente, permitindo que qualquer juiz possa requerer a instauração do incidente em outro processo repetitivo em trâmite no tribunal; ou, até mesmo, como uma mera previsão de que o processo deve ter começado em primeiro grau e esteja em fase recursal ou aguardando julgamento de remessa necessária¹⁰⁴.

Seja qual for a interpretação adotada, a regra criada no artigo 977, somada à previsão do artigo 978, parágrafo único, segundo o qual o órgão colegiado incumbido de julgar o incidente e de fixar a tese jurídica deve julgar igualmente o recurso, a remessa necessária ou o processo de competência originária de onde se originou o incidente, são vistas como impedimentos legais para a instauração do incidente não só no âmbito dos juizados especiais, como também a partir do primeiro grau de jurisdição e nos tribunais superiores.

Além disso, o artigo 985, inciso I, da legislação processual, que determina que a tese jurídica posta no incidente deve ser aplicada aos processos que tramitam nos juizados especiais, é visto como inconstitucional, sob o argumento de não estarem os juizados subordinados judicialmente aos Tribunais de Justiça e aos Tribunais Regionais Federais,

¹⁰³ CAVALCANTI, Marcos de Araújo. Op. cit. p. 395.

¹⁰⁴ NEVES, Daniel Amorim Assumpção. Op. cit. p. 1733.

conforme dispõe o artigo 98, inciso I, da Constituição Federal¹⁰⁵, não sendo possível que uma norma infraconstitucional altere esse procedimento.

É igualmente vista como inconstitucional a possibilidade de interposição de recurso especial ou extraordinário contra julgamento em abstrato, derivado da decisão que fixa a tese jurídica do incidente, prevista no artigo 987 do dispositivo legal. O cabimento dos recursos mencionados restaria inviabilizado por violação aos artigos 102, inciso II, e 105, inciso III, da Constituição Federal, que dispõem que os recursos sejam interpostos contra causas decididas em única ou última instância, pelos Tribunais Regionais Federais ou pelos tribunais dos Estados, do Distrito Federal e Territórios. Assim, não seria possível a interposição dos recursos por ausência de causa decidida, mas apenas fixação de tese jurídica¹⁰⁶.

Por sua vez, para os defensores da sistemática de procedimento-modelo, a possibilidade de que o órgão a que se tenha especificamente atribuído a competência para conhecer do incidente julgue também o caso concreto em qualquer situação é vista como potencial afronta aos princípios do contraditório e do duplo grau de jurisdição.

Com efeito, caso o processo tenha começado em primeiro grau de jurisdição e esteja em fase recursal ou aguardando julgamento de remessa necessária, não há que se falar em violação aos princípios constitucionais, uma vez que a linha recursal terá sido devidamente atendida, seguindo seu curso normal.

O problema está na hipótese em que o juiz singular suscita o incidente a partir de demanda em que ainda não haja sentença proferida. Nesse caso, a depender da fase do processo em que o incidente tenha sido instaurado, a fixação da tese jurídica pelo tribunal, seguida do julgamento do caso concreto, estaria suprimindo o direito da parte de recorrer para que tenha lugar a revisão da decisão por tribunal superior, seja por meio de agravo de instrumento ou apelação.

Ademais, cumpre destacar que os dispositivos legais que buscam inserir, na dinâmica de julgamento de processos da competência dos Juizados Especiais Cíveis, órgãos jurisdicionais que não integram a estrutura desses juizados, em especial tribunais de segundo grau e Tribunais Superiores, se harmonizam com o regimento constitucional. Isso porque o próprio regimento dos Juizados Especiais Federais e dos Juizados Especiais da Fazenda Pública já preveem que o Superior Tribunal de Justiça integra os respectivos mecanismos de uniformização da jurisprudência¹⁰⁷.

¹⁰⁵ CAVALCANTI, Marcos de Araújo. Op. Cit. p. 395.

¹⁰⁶ Ibid. p. 396.

¹⁰⁷ MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro. Op. cit. p. 150.

A integração entre juizados especiais e os tribunais regionais federais e estaduais, bem como entre aqueles e o Superior Tribunal de Justiça se fazem presentes, por exemplo, por meio da previsão do artigo 14, § 4º, da Lei 10.259/01¹⁰⁸, que dispõe que, em havendo divergência entre o entendimento consolidado na Turma de Uniformização e a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, este poderá ser provocado a se manifestar e a dirimir a divergência quanto a questão de direito material controvertida. A lei 12.153/09, em seu artigo 18, §3º¹⁰⁹, traz previsão semelhante ao determinar que, no âmbito dos Juizados Especiais da Fazenda Pública, quando as Turmas Recursais de diferentes Estados derem a lei federal interpretações divergentes, ou quando a decisão proferida estiver em contrariedade com súmula do Superior Tribunal de Justiça, o pedido será por este julgado¹¹⁰.

Corroborando com esse movimento de integração entre juizados especiais e tribunais de segundo grau e Tribunais Superiores, o teor de algumas teses divulgadas pelo Superior Tribunal de Justiça, na edição nº 89 do Jurisprudência em Teses, que refletem o entendimento consolidado na corte sobre os juizados especiais¹¹¹.

Dentre as teses elaboradas, destaca-se a previsão de que a negativa de processamento do pedido de uniformização a ele dirigido enseja violação do artigo 18, § 3º, da Lei 12.153/2009 e usurpação da competência da Egrégia Corte, que pode ser preservada mediante a propositura da reclamação constitucional (artigo 105, I, “f”, da CF/88¹¹²).

Ademais, conforme a jurisprudência da Corte Superior de Justiça, admite-se a impetração de mandado de segurança perante os Tribunais de Justiça e os Tribunais Regionais Federais para o exercício do controle de competência dos juizados especiais estaduais ou federais, respectivamente, excepcionando a hipótese de cabimento da Súmula 376/STJ¹¹³.

Outra tese que merece destaque é a que estabelece a competência do Tribunal Regional Federal para decidir os conflitos de competência entre juizado especial federal e

¹⁰⁸ “Art. 14. [...]§ 4º Quando a orientação acolhida pela Turma de Uniformização, em questões de direito material, contrariar súmula ou jurisprudência dominante no Superior Tribunal de Justiça -STJ, a parte interessada poderá provocar a manifestação deste, que dirimirá a divergência”.

¹⁰⁹ “Art. 18. [...]§ 3º Quando as Turmas de diferentes Estados derem a lei federal interpretações divergentes, ou quando a decisão proferida estiver em contrariedade com súmula do Superior Tribunal de Justiça, o pedido será por este julgado”.

¹¹⁰ MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro. Op. cit. p. 150.

¹¹¹ Disponível em: http://www.stj.jus.br/internet_docs/jurisprudencia/jurisprudenciaemteses/Jurisprud%C3%Aancia%20em%20teses%2089%20-%20Juizados%20Especiais.pdf >. Acesso em: 27 out. 2020. p. 6.

¹¹² “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;”.

¹¹³ Súmula do Superior Tribunal de Justiça nº 376: “Compete à turma recursal processar e julgar o mandado de segurança contra ato de juizado especial”.

juízo federal da mesma seção judiciária, nos termos da súmula 428 do Superior Tribunal de Justiça¹¹⁴.

Para além dessas teses fixadas pelo Superior Tribunal de Justiça, a própria Constituição Federal prevê em seu artigo 108, inciso I, alínea “c”¹¹⁵, a competência dos Tribunais Regionais Federais o processamento e julgamento dos mandados de segurança e dos habeas data contra ato de juiz federal.

Outrossim, a súmula 640 do Supremo Tribunal Federal¹¹⁶ determina ser cabível recurso extraordinário contra decisão proferida por juiz de primeiro grau nas causas de alçada, ou por turma recursal de juizado especial cível e criminal.

Diante dessa análise, é possível concluir que, apesar da falta de precisão técnica do Código de Processo Civil no tocante à aplicação do IRDR no âmbito do juizado especial, mais óbices são encontrados quando se opta por adotar a sistemática da causa-piloto ao instituto.

Além do mais, a opção pela sistemática de procedimento-modelo não só aparenta ser a mais compatível com o objetivo do legislador na criação do incidente, como também tem o condão de conferir efetividade à necessidade de uniformização jurisprudencial dos tribunais, e de concretizar os princípios da isonomia, da segurança jurídica e da razoável duração do processo.

3.3. DIRETRIZES DE UNIFORMIZAÇÃO DE JURISPRUDÊNCIA: SUSPENSÃO EM INCIDENTE DE RESOLUÇÃO DE DEMANDAS REPETITIVAS ORIUNDO DE DEMANDA DO JUIZADO ESPECIAL

Em face do desafio que o Poder Judiciário possui de delinear os limites de aplicação dos artigos 976 e seguintes do Código de Processo Civil, faz-se imprescindível a análise do posicionamento mais recente do Superior Tribunal de Justiça sobre essa nova classe processual. Para tanto, atende aos fins do presente estudo a análise detalhada da Suspensão em Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas nº 09 – SC (2017/0080392-8),

¹¹⁴ Súmula do Superior Tribunal de Justiça nº 428: “Compete ao Tribunal Regional Federal decidir os conflitos de competência entre juizado especial federal e juízo federal da mesma seção judiciária”.

¹¹⁵ “Art. 108. Compete aos Tribunais Regionais Federais: I - processar e julgar, originariamente: [...] c) os mandados de segurança e os *habeas data* contra ato do próprio Tribunal ou de juiz federal;”.

¹¹⁶ Súmula do Supremo Tribunal Federal nº 640: “É cabível recurso extraordinário contra decisão proferida por juiz de primeiro grau nas causas de alçada, ou por turma recursal de juizado especial cível e criminal”.

decorrente do IRDR nº 5033207-91.2016.4.04.0000/SC, instaurado a partir de processo do Juizado Especial Federal da Seção Judiciária de Santa Catarina¹¹⁷.

Na origem, cuida-se de IRDR instaurado em processo movido em face da União Federal, na qual a parte pleiteou a averbação de tempo especial trabalhado como médico em serviço público federal, com as majorações legais pertinentes e com todos os reflexos que o direito lhe traz, tendo a parte expressamente renunciado a valores excedentes a 60 salários mínimos, o que teria o condão de tornar competente o Juizado Especial Federal para julgamento da sua demanda. Conforme será demonstrado a seguir, o que chama atenção nesse caso diz respeito mais a uma questão de cunho processual do que propriamente ao mérito do incidente instaurado.

O Tribunal Regional Federal (TRF) da 4ª Região, em decisão proferida pela Corte Especial, no dia 22 de setembro de 2016, admitiu o IRDR e definiu que a questão jurídica a ser apreciada se referia aos limites e efeitos da renúncia de valores para fins de fixação da competência do Juizado Especial Federal, em especial sobre a influência das parcelas vincendas.

No voto de admissibilidade do incidente, restou consignado que a submissão dos juizados ao decidido no incidente surge justamente para evitar tratamentos diversos para temas de direito por parte dos juizados especiais e da justiça ordinária. Ademais, tendo em vista que, por opção do legislador, a orientação do Tribunal deve ser aplicada a todos os processos que tramitem na sua área de jurisdição, inclusive àqueles que tramitem nos juizados especiais do respectivo Estado ou Região, não haveria razão para se excluir a possibilidade de instauração do incidente a partir de processos que tramitam nos juizados especiais.

Outro ponto registrado no voto foi o fato de que, apesar de o Tribunal Regional Federal não deter competência recursal para examinar eventual irresignação manifestada em processo do juizado, nada impediria que o tribunal se ativesse à questão jurídica nele travada, sobretudo considerando-se que inúmeras matérias podem ser debatidas tanto nas Turmas Recursais, quanto nos Tribunais Regionais Federais.

Com efeito, o requisito da efetiva repetição de processos com controvérsia sobre a mesma questão unicamente de direito restou preenchido por meio da demonstração das variadas decisões contraditórias de juízes acerca do valor a ser considerado para fins de

¹¹⁷ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. SIRDR n. 09. Disponível em: <<https://ww2.stj.jus.br/processo/pesquisa/?tipoPesquisa=tipoPesquisaNumeroRegistro&termo=201700803928&totalRegistrosPorPagina=40&aplicacao=processos.ea>>. Acesso em: 27 out. 2020.

fixação da competência dos Juizados Especiais Federais, isto é, se nele deveriam ou não ser computadas as parcelas vincendas e se estas poderiam ou não ser objeto de renúncia.

Os requisitos de risco de ofensa à isonomia e à segurança jurídica, por sua vez, também foram atendidos, vez que a questão suscitada no incidente diz respeito à definição da competência pelo valor da causa, o que poderia implicar na submissão da demanda a ritos processuais distintos – um disciplinado pelo Código de Processo Civil e outro, pelas Leis 9.099/95 e 10.259/2001 –, possibilitando, assim, que litígios iguais, inclusive no que diz respeito ao seu conteúdo econômico, pudessem ser analisados por órgãos diferentes, com sujeição dos interessados a procedimentos também variados.

Assim, ante a potencialidade de decisões conflitantes, a União requereu, com fundamento no artigo 982, §3º¹¹⁸ do CPC c/c art. 271-A¹¹⁹ do RISTJ, a suspensão de todos os processos individuais ou coletivos em curso no território nacional, inclusive, em trâmite nos Juizados Especiais Federais, que versassem sobre a tese afetada no incidente.

A despeito da previsão legal, o ministro Paulo de Tarso Sanseverino, Presidente da Comissão Gestora de Precedentes do Superior Tribunal de Justiça, indeferiu o pedido de suspensão, ao argumento de que seria possível identificar razoável margem interpretativa que permitisse concluir que o eventual e futuro recurso especial a ser interposto contra o acórdão proferido pela Corte Especial do TRF da 4ª Região no citado IRDR pudesse ser considerado inadmissível, uma vez que o incidente em comento fora admitido pela Corte Especial do Tribunal Regional Federal da 4ª Região com base no requerimento da parte autora de processo em tramitação no âmbito dos juizados especiais federais.

Acrescentou que se estaria violando parágrafo único do artigo 978 da legislação processual, que determina ao órgão colegiado incumbido de julgar o incidente o julgamento também do recurso, da remessa necessária ou do processo de competência originária de onde se originou o incidente, bem como aduziu que eventual recurso especial interposto poderia ser inadmitido no Superior Tribunal de Justiça, por não atender aos requisitos de admissibilidade previstos no inciso III do artigo 105 da Constituição Federal¹²⁰, de que haja causa decidida

¹¹⁸ “Art. 982. [...] § 3º Visando à garantia da segurança jurídica, qualquer legitimado mencionado no art. 977, incisos II e III, poderá requerer, ao tribunal competente para conhecer do recurso extraordinário ou especial, a suspensão de todos os processos individuais ou coletivos em curso no território nacional que versem sobre a questão objeto do incidente já instaurado”.

¹¹⁹ “Art. 271-A. Poderá o Presidente do Tribunal, a requerimento do Ministério Público, da Defensoria Pública ou das partes de incidente de resolução de demandas repetitivas em tramitação, considerando razões de segurança jurídica ou de excepcional interesse social, suspender, em decisão fundamentada, todos os processos individuais ou coletivos em curso no território nacional que versem sobre a questão objeto do incidente”.

¹²⁰ “Art. 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: a) contrariar tratado ou lei federal, ou negar-lhes vigência; b)

pelos Tribunais Regionais Federais ou pelos Tribunais de Justiça em única ou última instância.

Ainda, pontuou que o futuro recurso especial, 'imprescindível' para justificar a suspensão nacional de processos, a ser interposto contra o julgamento proferido no IRDR nº. 5033207-91.2016.4.04.0000/SC, devolveria à Corte Superior somente a matéria de direito decidida em tese pelo TRF da 4ª Região, sendo inviável a esse mesmo Tribunal julgar o processo subjetivo que lhe deu causa em razão de sua tramitação no âmbito dos juizados especiais federais.

Em sede de agravo interno, a União se insurgiu contra a decisão que indeferiu o pedido de suspensão nacional, aduzindo que no julgamento do incidente não se pretendia solucionar um caso concreto e, a partir dele, aplicar às demandas semelhantes o entendimento então firmado, o que era evidenciado pela leitura do artigo 985 da legislação processual, no qual há a previsão de aplicação da tese jurídica “a todos os processos individuais ou coletivos que versem sobre idêntica questão de direito e que tramitem na área de jurisdição do respectivo tribunal, inclusive àqueles que tramitem nos juizados especiais do respectivo Estado ou região”, bem como “aos casos futuros que versem idêntica questão de direito e que venham a tramitar no território de competência do tribunal”.

Ressaltou, também, a previsão do enunciado nº 605 do Fórum Permanente de Processualistas Civis, segundo o qual os juízes e as partes com processos no juizado especial podem suscitar a instauração do incidente de resolução de demandas repetitivas¹²¹, e rebateu que o juízo de antecipação quanto à admissibilidade, ou não, de eventual recurso especial interposto em face da decisão proferida pelo Tribunal Regional Federal que julgar o incidente, pudesse prejudicar o pedido de suspensão nacional das demandas que versam sobre a mesma matéria.

Aduziu que, no IRDR, o procedimento incidental e o principal distinguem-se entre si, passando a existir o processo originário e um procedimento específico para fixação da tese jurídica que há de ser aplicada a outros casos repetitivos. Assim, ao se separar a tese jurídica do processo, seria possível admitir que aquela, nas hipóteses advindas dos juizados, pudesse subir às Cortes, enquanto o processo originário seguiria para julgamento conforme a estrutura normativa dos juizados, através do recurso inominado.

julgar válido ato de governo local contestado em face de lei federal; c) der a lei federal interpretação divergente da que lhe haja atribuído outro tribunal”.

¹²¹ Enunciado 605 do Fórum Permanente de Processualistas Civis. Disponível em: <<http://fpprocessualistascivis.blogspot.com.br/>>. Acesso em: 27 out. 2020.

Ainda no Agravo, a União reforçou que entender de modo contrário significaria abrir espaço para um completo desvirtuamento do sistema adotado pelo Código de Processo Civil, notadamente no que tange às balizas do microssistema de formação e aplicação de precedentes e de gestão e julgamento de casos repetitivos.

Em decisão proferida em resposta ao Agravo Interno, o ministro reconsiderou a decisão anterior, consignando em suas razões que em julgamento ocorrido em 25 de outubro de 2017, a Primeira Seção do Superior Tribunal de Justiça concluiu que o rito do IRDR "não pressupõe a adoção de casos-piloto, tratando-se simplesmente de procedimento modelar", reconhecendo, dessa maneira, a possibilidade de o incidente ser admitido de forma desvinculada do processo subjetivo que ensejou a sua instauração.

Além disso, ressaltou a mudança de entendimento do Plenário do Supremo Tribunal Federal quanto a possibilidade do julgamento de recurso extraordinário, mesmo diante da perda superveniente do interesse de agir, em superação ao entendimento consolidado no enunciado nº 513 de sua Súmula, de forma a justificar o julgamento da tese jurídica, por transcender o interesse das partes envolvidas.

No decorrer da tramitação do pedido de suspensão, o IRDR foi julgado pelo TRF, com a fixação de três teses jurídicas, o que ensejou a interposição de Recurso Especial pela União, sob o nº 1.807.665/SC. Conforme acórdão publicado em 21/09/2019, a Primeira Seção do STJ, por unanimidade, afetou ao rito dos repetitivos o citado Recurso Especial e determinou a suspensão de todos os processos pendentes, individuais ou coletivos, que versassem sobre a matéria no território nacional, inclusive dos que tramitavam nos juizados especiais¹²².

Em sessão eletrônica realizada no dia 28/10/2020, transmitida ao vivo pelo Youtube¹²³, a Primeira Seção do STJ decidiu por unanimidade negar provimento ao recurso da União, fixando tese repetitiva no sentido de que, ao autor que deseje litigar no âmbito do juizado especial federal cível, é lícito renunciar, de modo expresso e para fins de atribuição de valor à causa, ao montante que exceda os 60 salários-mínimos previstos no artigo 3º, caput, da Lei nº 10259/2001, aí incluídas, sendo o caso, as prestações vincendas.

O citado processo, portanto, além da relevante matéria de direito, apresentou duas importantes questões relacionadas ao cabimento do recurso especial: a primeira, relacionada à possibilidade de se impugnar acórdão proferido em IRDR admitido de processo oriundo dos

¹²² BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. REsp n. 1.807.665/SC. Disponível em: <https://processo.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1869808&num_registro=201901071581&data=20191021&formato=PDF> Acesso em: 29 out. 2020.

¹²³ Primeira Seção. STJ. Disponível em: <https://www.youtube.com/watch?v=b_9lmKkT2XA> Acesso em: 28 out. 2020.

juizados especiais; a segunda, relativa à possibilidade de o STJ atuar como Corte uniformizadora de matéria processual de aplicação exclusiva no âmbito dos juizados especiais, a despeito da previsão do citado § 4º do art. 14 da Lei n. 10.259/2001, que restringe o cabimento do pedido de uniformização para o STJ a questões de direito material.

A partir do julgamento do REsp nº 1.807.665/SC (2019/0107158-1), é possível inferir que o STJ acolheu o entendimento segundo o qual se opera uma cisão cognitiva e decisória na demanda, cabendo ao tribunal apenas o julgamento da tese e remanescendo o julgamento do caso concreto ao juízo primitivo. Afinal, consoante decisão acima examinada, o STJ além de determinar a suspensão nacional das demandas idênticas, julgou o citado recurso especial em IRDR oriundo de demanda do juizado especial federal.

Apesar da atualidade dessa nova técnica processual e da existência de poucos julgados que tratam da recente mudança trazida pelo art. 976 do CPC/2015, merece ser frisado que, apesar da divergência existente¹²⁴, ao que tudo indica essa decisão do STJ deve mudar os rumos dos futuros posicionamentos jurisprudenciais sobre a matéria, inclinando-os à adoção do denominado procedimento modelar para o IRDR, tornando possível sua instauração a partir dos juizados especiais, bem como delimitando algumas fronteiras para a aplicação do instituto.

A título de demonstração, colaciona-se, a seguir, alguns julgados de Tribunais de Justiça que já adotavam o posicionamento ora defendido:

EMENTA: IRDR. DEMANDAS ORIGINÁRIAS DO JUIZADO ESPECIAL. SUSCITAÇÃO POSSÍVEL. ADMISSIBILIDADE. REQUISITOS PRESENTES. SUSPENSÃO DAS DEMANDAS AFETADAS. Para que o incidente de resolução de demandas repetitivas seja admitido, devem ser atendidos os requisitos elencados no Código de Processo Civil, art. 976 e ss. A efetiva repetição de processos que contenham controvérsia sobre a mesma questão unicamente de direito e que represente risco de ofensa à isonomia e à segurança jurídica, mesmo que em trâmite no Juizado Especial, pode ensejar a instauração do IRDR. A admissão do

¹²⁴ Incidente de resolução de demandas repetitivas - Acórdão de Turma Recursal - Inadmissibilidade. 1. O IRDR restringe-se aos processos de competência, recursal e originária, do Tribunal - RITJDFT 302. 2. Por outro lado, além de atender aos requisitos simultâneos do CPC 976, I, II e § 4º, deve ser suscitado antes do julgamento do recurso eventualmente interposto, sob pena de ser indevidamente transformado em instrumento de revisão do julgado. 3. No caso, o incidente é inadmissível, pois não se enquadra nas hipóteses legais. Brasil. Tribunal de Justiça do Distrito Federal e dos Territórios Acórdão 1036362, 20170020063529IDR, Relator: FERNANDO HABIBE, Câmara de Uniformização, data de julgamento: 24/7/2017, publicado no DJE: 7/8/2017. Pág.: 392-393).. Disponível em: <https://pesquisajuris.tjdft.jus.br/IndexadorAcordaos-web/sistj?visaoId=tjdf.sistj.acordaoeletronico.buscaindexada.apresentacao.VisaoBuscaAcordao&controladorId=tjdf.sistj.acordaoeletronico.buscaindexada.apresentacao.ControladorBuscaAcordao&visaoAnterior=tjdf.sistj.acordaoeletronico.buscaindexada.apresentacao.VisaoBuscaAcordao&nomeDaPagina=resultado&comando=abrirDadosDoAcordao&enderecoDoServlet=sistj&historicoDePaginas=buscaLivre&quantidadeDeRegistros=20&baseSelecionada=BASE_ACORDAOS&numeroDaUltimaPagina=1&buscaIndexada=1&mostrarPaginaSelecaoTipoResultado=false&totalHits=1&internet=1&numeroDoDocumento=1036362> Acesso em: 30 out 2020.

incidente de resolução de demandas repetitivas importa na suspensão dos processos pendentes, individuais ou coletivos, que tramitem no Estado e que versem sobre a matéria objeto da tese a ser fixada.

(TJMG - IRDR - Cv 1.0105.16.000562-2/001, Relator(a): Des.(a) Amauri Pinto Ferreira, 2ª Seção Cível, julgamento em 03/05/2017, publicação da súmula em 16/05/2017)¹²⁵

DIREITO PROCESSUAL CIVIL. INCIDENTE DE RESOLUÇÃO DE DEMANDAS REPETITIVAS - IRDR. MÉRITO. CONFLITO DE COMPETÊNCIA ENTRE JUÍZO DA FAZENDA PÚBLICA E JUIZADO ESPECIAL DA FAZENDA PÚBLICA. INTERPRETAÇÃO E APLICAÇÃO DA REGRA DE COMPETÊNCIA. DIVERGÊNCIA ENTRE AS 1ª E 2ª CÂMARAS CÍVEIS DESTA CORTE DE JUSTIÇA. FIXAÇÃO DE TESE JURÍDICA PARA UNIFORMIZAÇÃO DE JURISPRUDÊNCIA.

1. Diante da necessidade de se promover a unificação do entendimento jurisprudencial desta Corte de Justiça, quanto à competência dos Juizados Especiais da Fazenda Pública para processar e julgar demandas em que são rés as sociedades de economia mista do Distrito Federal, em razão da grande quantidade de demandas envolvendo o tema, bem como para assegurar o tratamento isonômico e a segurança jurídica, impõe-se estabelecer a tese jurídica a seguir disposta.

2. Não há como admitir interpretação extensiva da norma insculpida no inciso II do art. 5º da Lei n. 12.153/2009, por contemplar regra de competência absoluta, de caráter restritivo, cujas hipóteses foram taxativamente estabelecidas pelo legislador, não admitindo, por conseguinte, ampliação para incluir as sociedades de economia mista. Por esta razão, a competência para processar e julgar as ações em que tenham como rés as sociedades de economia mista é da Vara da Fazenda Pública do Distrito Federal, nos termos do inciso I do art. 26 da Lei de Organização Judiciária do Distrito Federal - LOJDF.

3. Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas provido. Fixada a tese jurídica para fins de uniformização de jurisprudência.

(Acórdão 1057916, 20170020119099IDR, Relator: NÍDIA CORRÊA LIMA, Câmara de Uniformização, data de julgamento: 23/10/2017, publicado no DJE: 8/11/2017. Pág.: 371)¹²⁶

Diante da realidade apresentada de incerteza quanto aos limites para a aplicação do instituto aos juizados especiais, este trabalho defende como posição mais acertada a inclusão dos juizados no sistema do IRDR, tendo em vista o escopo maior da legislação processual de conferir uniformidade às questões jurídicas em todas as esferas do Poder Judiciário.

¹²⁵ BRASIL. Tribunal de Justiça de Minas Gerais. IRDR n. 1.0105.16.000562-2/001. Rel. Des.(a) Amauri Pinto Ferreira, 2ª Seção Cível, julgamento em 03/05/2017, publicação da súmula em 16/05/2017. Disponível em: <<https://www5.tjmg.jus.br/jurisprudencia/pesquisaNumeroCNJEspelhoAcordao.do?numeroRegistro=1&totalLinhas=1&linhasPorPagina=10&numeroUnico=1.0105.16.000562-2%2F001&pesquisaNumeroCNJ=Pesquisar>> Acesso em 29 out. 2020.

¹²⁶ BRASIL. Tribunal de Justiça do Distrito Federal e dos Territórios. IRDR n. 20170020119099. Rel. Des.(a) Nídia Corrêa Lima, Câmara de Uniformização, data de julgamento: 23/10/2017, publicado no DJE: 8/11/2017. Pág.: 371 Disponível em: <<https://pesquisajuris.tjdft.jus.br/IndexadorAcordaos-web/sistj?visaoId=tjdf.sistj.acordaoeletronico.buscaindexada.apresentacao.VisaoBuscaAcordao&numeroDoDocumento=1057916&comando=abrirDadosDoAcordao&quantidadeDeRegistros=20&numeroDaUltimaPagina=1&internet=1>> Acesso em: 29 out 2020

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O microssistema de casos repetitivos foi criado a fim de suprir a lacuna normativa anterior quanto à proteção das pretensões heterogêneas, e, também, para sanar as deficiências existentes na prestação da tutela de direitos individuais homogêneos. A inaptidão das tradicionais ações coletivas para solucionar as demandas seriadas fomentaram, assim, a criação de novas técnicas processuais capazes de contingenciar as demandas recorrentes, dentre as quais se insere o IRDR.

Um dos pontos mais controvertidos quanto à aplicação do instituto diz respeito à sua natureza jurídica, a qual tem implicação direta na verificação de sua compatibilidade com o regramento dos juizados especiais.

Conforme restou amplamente retratado no presente estudo, entende-se que o IRDR detém natureza de procedimento modelar, porquanto seu escopo não é a resolução de uma lide individual, mas a elaboração de uma tese jurídica aplicável às questões de direito comuns que dão origem à multiplicidade de demandas repetitivas.

Ademais, vimos que a razão que deu origem ao IRDR se assemelha à que levou ao surgimento dos juizados especiais, eis que consiste em racionalizar a atividade do Poder Judiciário, conferindo tutela jurisdicional satisfatória aos direitos individuais homogêneos e às pretensões heterogêneas, e primando pelo atendimento dos princípios da segurança jurídica, da isonomia, da economia processual e da razoável duração do processo.

Daí por que se dizer que o procedimento-modelo também se aplica ao regramento dos juizados especiais, de modo a compatibilizar os microssistemas dos juizados especiais e do IRDR, tendo em vista que, por ser a tramitação dos processos nos juizados especiais mais célere, a probabilidade de que o risco de violação da isonomia e da segurança jurídica ocorra, primeiramente, no âmbito dos juizados é maior.

Por fim, não parece adequado permitir a existência de órgãos distintos, com competências muitas vezes sobrepostas, aptos a uniformizar a jurisprudência por meio do IRDR, uma vez que isso poderia resultar na quebra da isonomia que o incidente busca impedir. Assim, a inclusão dos juizados no sistema do IRDR aparenta ser a decisão mais acertada, tendo em vista o escopo maior da legislação processual de conferir uniformidade às questões jurídicas em todas as esferas do Poder Judiciário.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ANDRADE, Ana Karenina Silva Ramalho. **O IRDR e o Juizado Especial: são conciliáveis?** In: WAMBIER, Luiz Rodrigues. **Código de processo civil no STF e no STJ: estudos sobre os impactos e interpretações**. Salvador: Juspodivm, 2018.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Brasília, DF: Presidência da República, 2018. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm> . Acesso em: 27 out. 2020.

BRASIL. Emenda Constitucional nº 22, de 18 de março de 1999, que “acrescenta parágrafo único ao art. 98 e altera as alíneas "i" do inciso I do art. 102 e "c" do inciso I do art. 105 da Constituição Federal”. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/emendas/emc/emc22.htm>. Acesso em: 27 out. 2020.

BRASIL. Lei nº 4.717, de 29 de junho de 1965, que “regula a ação popular”. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L4717.htm>. Acesso em: 27 out. 2020.

BRASIL. Lei nº 7.244, de 7 de novembro de 1984, que “dispõe sobre a criação e o funcionamento do Juizado Especial de Pequenas Causas”. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/1980-1988/L7244.htm>. Acesso em: 27 out. 2020.

BRASIL. Lei nº 7.347, de 24 de julho de 1985, que “disciplina a ação civil pública de responsabilidade por danos causados ao meio-ambiente, ao consumidor, a bens e direitos de valor artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico e dá outras providências”. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L7347orig.htm>. Acesso em: 27 out. 2020.

BRASIL. Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990, que “dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências”. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8078.htm>. Acesso em: 27 out. 2020.

BRASIL. Lei nº 9.099, de 26 de setembro de 1995, que “dispõe sobre os Juizados Especiais Cíveis e Criminais e dá outras providências”. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L9099.htm>. Acesso em: 27 out. 2020.

BRASIL. Lei nº 10.259, de 12 de julho de 2001, que “dispõe sobre a instituição dos Juizados Especiais Cíveis e Criminais no âmbito da Justiça Federal”. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/LEIS_2001/L10259.htm>. Acesso em: 27 out. 2020.

BRASIL. Lei nº 12.153, de 22 de dezembro de 2009, que “dispõe sobre os Juizados Especiais da Fazenda Pública no âmbito dos Estados, do Distrito Federal, dos Territórios e dos Municípios”. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2007-2010/2009/Lei/L12153.htm>. Acesso em: 27 out. 2020.

BRASIL. Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015. Institui o Código de Processo Civil. Diário Oficial da União, Brasília, DF, 17 março 2015. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm>. Acesso em: 27 out. 2020.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. SIRDR n. 09. Disponível em: <<https://ww2.stj.jus.br/processo/pesquisa/?tipoPesquisa=tipoPesquisaNumeroRegistro&termo=201700803928&totalRegistrosPorPagina=40&aplicacao=processos.ea>>. Acesso em: 27 out. 2020.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Regimento Interno do STJ**, atualizada até a Emenda Regimental n. 30 de 22 de maio de 2018. Brasília: STJ, 2018. Disponível em: <<https://ww2.stj.jus.br/publicacaoinstitucional/index.php/Regimento/issue/view/1/showToc>>. Acesso em: 27 out. 2020.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. REsp nº 1.846.109 - SP (2019/0216474-5). Disponível em: <https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=201902164745&dt_publicacao=13/12/2019> Acesso em: 28 out. 2020.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Súmula 203**. Não cabe recurso especial contra decisão proferida por órgão de segundo grau dos Juizados Especiais. Disponível em: <http://www.stj.jus.br/docs_internet/SumulasSTJ.pdf>. Acesso em 27 out. 2020.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Súmula 376**. Compete à turma recursal processar e julgar o mandado de segurança contra ato de juizado especial. Disponível em: <http://www.stj.jus.br/docs_internet/SumulasSTJ.pdf>. Acesso em: 27 out. 2020.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Súmula 428**. Compete ao Tribunal Regional Federal decidir os conflitos de competência entre juizado especial federal e juízo federal da mesma seção judiciária. Disponível em: <http://www.stj.jus.br/docs_internet/SumulasSTJ.pdf>. Acesso em: 27 out. 2020.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Primeira Seção. Disponível em: <https://www.youtube.com/watch?v=b_9lmKkT2XA> Acesso em: 28 out. 2020.

BRASIL. Tribunal de Justiça de Minas Gerais. IRDR n. 1.0105.16.000562-2/001. Rel. Des.(a) Amauri Pinto Ferreira, 2ª Seção Cível, julgamento em 03/05/2017, publicação da súmula em 16/05/2017. Disponível em: <<https://www5.tjmg.jus.br/jurisprudencia/pesquisaNumeroCNJEspelhoAcordao.do?numeroRegistro=1&totalLinhas=1&linhasPorPagina=10&numeroUnico=1.0105.16.000562-2%2F001&pesquisaNumeroCNJ=Pesquisar>> Acesso em 29 out. 2020.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Distrito Federal e dos Territórios. IRDR n. 20170020119099. Rel. Des.(a) Nídia Corrêa Lima, Câmara de Uniformização, data de julgamento: 23/10/2017, publicado no DJE: 8/11/2017. Pág.: 371 Disponível em: <<https://pesquisajuris.tjdft.jus.br/IndexadorAcordaos-web/sistj?visaoId=tjdf.sistj.acordaoelettronico.buscaindexada.apresentacao.VisaoBuscaAcordao&numeroDoDocumento=1057916&comando=abrirDadosDoAcordao&quantidadeDeRegistros=20&numeroDaUltimaPagina=1&internet=1>> Acesso em: 29 out 2020

BRASIL. Tribunal Regional Federal da 1ª Região. Regimento Interno do TRF1. Publicado em 20/03/2017 com as alterações do novo Código de Processo Civil (Lei 13.105/2015). Disponível em: <<http://portal.trf1.jus.br/data/files/59/56/E2/92/64E5B51098A5C1B5052809C2/RI%20web.pdf>>. Acesso em: 27 out. 2020.

BRASIL. Tribunal Regional Federal da 5ª Região. Regimento Interno do TRF5. Disponível em: <http://portal.trf5.jus.br/downloads/regimento_interno_trf517032016.pdf>. Acesso em: 27 out. 2020.

CABRAL, Antonio do Passo. **Comentários aos arts. 976 a 987**. In: CABRAL, Antonio do Passo; CRAMER, Ronaldo. **Comentários ao Novo Código de Processo Civil**. Rio de Janeiro: Forense, 2016.

CÂMARA, Alexandre Freitas. **O novo processo civil brasileiro**. 6. ed. São Paulo: Atlas, 2020.

CAMARGO, Luiz Henrique Volpe. **O incidente de resolução de demandas repetitivas no projeto de novo CPC: a comparação entre a versão do Senado Federal e a da Câmara dos Deputados**. In: FREIRE, Alexandre et al (Orgs). **Novas tendências do processo civil**. Vol. III. Salvador: Juspodivm. 2014.

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; GARTH, Bryan. **Acesso à Justiça**. Tradução Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Ed. Fabris. 1988.

CAVALCANTI, Marcos de Araújo. **Incidente de resolução de demandas repetitivas (IRDR)**. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais. 2016.

CUNHA, Leonardo Carneiro da. **Anotações sobre o incidente de resolução de demandas repetitivas previsto no projeto do novo Código de Processo Civil**. Revista de Processo, vol.3, março/2011. versão digital. Disponível em: <<https://bdjur.stj.jus.br/jspui/handle/2011/81199>>. Acesso em: 27 out. 2020.

DIDIER JR., Fredie; CUNHA, Leonardo Carneiro. **Curso de Direito Processual Civil**. v. 3, 17. ed. Salvador: Jus Podivm. 2020.

DIDIER JR, Fredie. **O Recurso Extraordinário e a Transformação do Controle Difuso de Constitucionalidade no Direito Brasileiro**. Revista Páginas de Direito, Porto Alegre, ano 13, nº 1085, 09 de outubro de 2013.

DUARTE, Antonio Aurelio Abi-Ramia. e BRASIL, Maria Eduarda de Oliveira. **Os Juizados Especiais Estaduais e o IRDR – por uma busca harmônica dos mesmos objetivos**. Disponível em: <<http://www.tjrj.jus.br/documents/10136/1186838/irdr-juizados.pdf>>. Acesso em: 27 out. 2020.

ENUNCIADOS DO FÓRUM PERMANENTE DE PROCESSUALISTAS CIVIS, 2017, Florianópolis. Disponível em: < <http://fpprocessualistascivis.blogspot.com.br/>>. Acesso em: 27 out. 2020.

ENUNCIADOS DA ESCOLA NACIONAL DE FORMAÇÃO E APERFEIÇOAMENTO DE MAGISTRADOS, 2015. Disponível em: <<https://www.enfam.jus.br/wp-content/uploads/2015/09/ENUNCIADOS-VERS%C3%83O-DEFINITIVA-.pdf>>. Acesso em 27 out. 2020. p. 2.

JURISPRUDÊNCIA EM TESES, 2017. Juizados especiais. Disponível em: <http://www.stj.jus.br/internet_docs/jurisprudencia/jurisprudenciaemteses/Jurisprud%C3%Aancia%20em%20teses%2089%20-%20Juizados%20Especiais.pdf>. Acesso em 27 out. 2020. p. 6.

KOEHLER, Frederico A. L. **Incidente de resolução de demandas repetitivas e os juizados especiais**. Revista de Processo. Vol. 237, nov/2014. 2016.

MARINONI, Luiz Guilherme. **Precedentes Obrigatórios**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016. Disponível em: <https://www.academia.edu/218490/O_Precedente_na_Dimens%C3%A3o_da_Igualdade>. Acesso em: 27 out. 2020.

MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. **Novo curso de processo civil**. 6 ed. Vol. II. São Paulo: RT, 2020.

MEIRELES, Edilton. **Do incidente de resolução de demandas repetitivas no processo civil brasileiro**. In: DIDIER JR., Fredie (Org.). **Julgamento de Casos Repetitivos. Coleção Grandes Temas do Novo CPC, v.10**. Salvador: Juspodivm, 2017.

MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro. **Incidente de resolução de demandas repetitivas: sistematização, análise e interpretação do novo instituto processual**. Rio de Janeiro: Ed. Forense, 2017.

MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro; RODRIGUES, Roberto de Aragão Ribeiro. **Reflexões sobre o incidente de resolução de demandas repetitivas previsto no projeto de novo código de processo civil**. Revista de Processo, vol. 211, set/2012, versão digital. Disponível em: < <https://bdjur.stj.jus.br/jspui/handle/2011/79535>>. Acesso em: 27 out. 2020.

MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. 15. ed. São Paulo: Saraiva, 2020.

MONNERAT, Fábio Victor da Fonte. Enunciado 604. In: PEIXOTO, Ravi (Coord.). **Enunciados Fórum Permanente de Processualistas Civil: organizados por assunto, anotados e comentados**. Salvador: JusPodivm, 2017.

NEVES, Daniel Amorim Assumpção. **Novo Código de Processo Civil Comentado artigo por artigo**. 5ª ed. – Salvador: Ed. JusPodivm, 2020.

NUNES, Dierle José Coelho. **O IRDR do novo CPC: este “estranho” que merece ser compreendido**. In; Revista Justificando. Disponível em:

<<http://justificando.com/2015/02/18/o-ir-dr-novo-cpc-este-estranho-que-merece-ser-compreendido/>>. Acesso em: 27 out. 2020.

OSNA, Gustavo. **Direitos individuais homogêneos. Pressupostos, fundamentos e aplicação no processo civil**. São Paulo: São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

Parecer nº 956, de 2014 da comissão temporária do Código de Processo Civil, sobre o Substitutivo da Câmara dos Deputados (SCD) ao Projeto de Lei do Senado (PLS) nº 166, de 2010, que estabelece o Código de Processo Civil. p. 177-178. Disponível em:

<<https://legis.senado.leg.br/sdleg-getter/documento?dm=4202793&ts=1541502692906&disposition=inline>>. Acesso em: 27 out. 2020.

Resolução STJ/GP n. 3, de 7 de abril de 2016. Disponível em: <[https://bdjur.stj.jus.br/jspui/bitstream/2011/99321/Res%20 3 2016 PRE.pdf](https://bdjur.stj.jus.br/jspui/bitstream/2011/99321/Res%203%202016%20PRE.pdf)>. Acesso em: 27 out. 2020.

SICA, Heitor. **Congestionamento viário e congestionamento judiciário**. Revista de Processo. Vol. 236, out/2014. Disponível em: <<https://bdjur.stj.jus.br/jspui/handle/2011/83159>> Acesso em 27 out. 2020.

TEMER, Sofia. Enunciado 93. In: PEIXOTO. Ravi (Coord.). **Enunciados Fórum Permanente de Processualistas Civil: organizados por assunto, anotados e comentados**. Salvador: JusPodivm, 2017.

TEMER, Sofia. **Incidente de resolução de demandas repetitivas**. 4. ed. Salvador: Ed. Juspodivm, 2020.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Curso de Direito Processual Civil**. Volume 3. 53. ed. Rio de Janeiro. Ed: Forense, 2020.

ZAVASCKI, Teori Albino. **Eficácia das sentenças na jurisdição constitucional**. 3. ed. São Paulo: RT, 2014.

O PATRIMÔNIO CULTURAL ENQUANTO DIREITO FUNDAMENTAL: uma análise à luz da Constituição Federal de 1988.

Hugo Pereira Matos¹

RESUMO: O presente trabalho tem por escopo a análise do direito fundamental ao patrimônio cultural sob a ótica da Constituição Federal de 1988. Tem-se como objetivo central o exame dos meios de acautelamento desses bens e o estudo acerca dos institutos que atribuem competências e responsabilidades aos entes federados. Para tanto, adotou-se como metodologia de pesquisa a revisão bibliográfica, buscando assim, exprimir a relevância do assunto face a eminente necessidade de preservação dos bens de cunho histórico-cultural que perpetuam a memória pátria.

Palavras-chave: Direito constitucional. Direitos fundamentais. Patrimônio cultural. Acautelamento.

CULTURAL HERITAGE AS A FUNDAMENTAL RIGHT: a n analysis in light of the Brazilian Federal Constitution of 1988.

ABSTRACT: The present work aims at the analysis of the fundamental right to cultural heritage from the perspective of the Federal Constitution of 1988. Thus, the central objective is to review the means of caution of these assets, as well as the analysis of institutes that attribute competences and responsibilities to federal entities. To this end, the methodology was adopted as a bibliographic review, thus seeking to express the importance of the subject in the face of the eminent need for preservation of historical-cultural goods, that perpetuate the homeland memory.

Keywords: Constitutional law. Fundamental rights. Cultural heritage. Caution.

INTRODUÇÃO

O patrimônio cultural de um país é constituído pelo conjunto de bens materiais e imateriais que fazem referência à história e aos costumes dos diversos grupos que ao longo do tempo foram construindo a identidade nacional.

¹ Advogado. Graduado em Direito pela Universidade Tiradentes (2018); Pós-graduando em Direito Constitucional pelo Instituto Brasiliense de Direito Público (IDP); E-mail: hugopmatos@gmail.com.

Dessa forma, o presente trabalho tem como objetivo central a análise do direito fundamental ao patrimônio cultural, observando a evolução legislativa acerca da matéria, assim como, o seu processo de consolidação no ordenamento jurídico brasileiro com a promulgação Constituição Federal de 1988, que adotou medidas mais efetivas na distribuição de competências e na atribuição de responsabilidades aos entes federados e à sociedade como um todo.

Por conseguinte, será estudado no primeiro capítulo, a proteção ao patrimônio cultural no constitucionalismo brasileiro, analisando desde as primeiras manifestações de acautelamento, perpassando pela Carta de 1937, até o atual cenário inaugurado pela Constituição de 1988.

Em seguida, ainda estudando os institutos da Constituição de 1988, analisa-se a competência e a responsabilidade dos entes federados na preservação do patrimônio cultural, destacando a competência comum dos mesmos, que devem atuar em cooperação face a transcendência do direito em questão.

Por último, se dedica ao estudo do patrimônio cultural enquanto direito fundamental de terceira geração, mediante a sua relevância e o incontestável fato de que o acautelamento desses bens é de interesse da coletividade como um todo, tratando-se de um direito difuso, à medida que a preservação possibilita a perpetuação desses bens, permitindo assim, que as gerações futuras possam ter acesso ao espólio cultural material e imaterial pátrio.

1. CULTURA E DIREITOS CULTURAIS

Cultura é um termo de múltiplas acepções, porém cabe a esse estudo explorar o sentido antropológico da palavra, que de acordo com o dicionário Michaelis, trata-se do “conjunto de conhecimentos, costumes, crenças, padrões de comportamento, adquiridos e transmitidos socialmente, que caracterizam um grupo social”.²

Segundo o antropólogo britânico Edward Tylor, “a cultura é todo aquele complexo que inclui o conhecimento, as crenças, a arte, a moral, a lei, os costumes e todos os outros

² CULTURA. In: MICHAELIS moderno dicionário da língua portuguesa. São Paulo: Melhoramentos. Disponível em: <<https://michaelis.uol.com.br/moderno-portugues/busca/portugues-brasileiro/CULTURA/>>. Acesso em: 22 set. 2020.

hábitos e capacidades adquiridos pelo homem como membro da sociedade” (tradução nossa).³

Já os direitos culturais, de acordo com Patrice Meyer-Bisch:

Podem ser definidos como os direitos de uma pessoa, sozinha ou coletivamente, de exercer livremente atividades culturais para vivenciar seu processo nunca acabado de identificação, o que implica o direito de acender aos recursos necessários para isso. (...) São os direitos que autorizam cada pessoa, sozinha ou coletivamente, a desenvolver a criação de suas capacidades. Eles permitem a cada um alimentar-se da cultura como a primeira riqueza social; eles constituem a substância da comunicação, seja com o outro ou consigo mesmo, por meio das obras (MEYER-BISCH, 2011, p.42).

Nesse mesmo sentido, Cunha Filho entende que os direitos culturais são aqueles ligados às artes, à memória coletiva e ao repasse de saberes, que asseguram aos seus titulares o conhecimento e uso do passado, interferência ativa no presente e possibilidade de previsão e decisão de opções referentes ao futuro, visando sempre a dignidade da pessoa humana.⁴

O constitucionalista José Afonso da Silva entende que há uma distinção entre direito à cultura e direitos da cultura. O primeiro estaria relacionado a uma prestação do Estado por meio de ações positivas, fazendo referência às políticas de acesso aos programas que a promove, já o segundo, se refere à cultura como um arcabouço normativo que constitui um ramo do Direito.⁵

No plano internacional a tutela à cultura e aos direitos culturais se deu de forma inédita com a Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948, que trouxe expressamente a importância do acesso à cultura e aos meios de manifestação cultural pelos indivíduos:

Artigo XXII – Toda pessoa, como membro da sociedade, tem direito à segurança social e à realização, pelo esforço nacional, pela cooperação internacional e de acordo com a organização e recursos de cada Estado, dos direitos econômicos, sociais e culturais

³ TYLOR, Edward Burnett. Primitive culture : researches into the development of mythology, philosophy, religion, language, art, and custom. Robarts, University of Toronto: 1920. p.23.

⁴ CUNHA FILHO, Francisco Humberto. Direitos Culturais como Direitos Fundamentais no Ordenamento Jurídico Brasileiro. Brasília: Brasília Jurídica, 2000. p. 45-50.

⁵ SILVA, José Afonso da. Ordenação Constitucional da Cultura. São Paulo: Editora Malheiros, 2001. p. 50.

indispensáveis à sua dignidade e ao livre desenvolvimento da sua personalidade.

(...)

Artigo XXVII – 1. Toda pessoa tem o direito de participar livremente da vida cultural da comunidade, de fruir as artes e de participar do processo científico e de seus benefícios. 2. Toda pessoa tem direito à proteção dos interesses morais e materiais decorrentes de qualquer produção científica, literária ou artística da qual seja autor.

O advento da supracitada Declaração, despertou em muitos países não somente a necessidade de reconhecimento desse patrimônio, como também a viabilização de meios para acesso à cultura. O que aumentou significativamente os ordenamentos jurídicos que passaram a disciplinar mecanismos de acautelamento.

Nesse sentido, Teixeira Coelho faz referência ao forte apelo de participação dos indivíduos na vida cultural:

Este, em sua essência resumida, é o principal direito cultural: participar da vida cultural. A ele juntam-se outros dois que formam o trio mínimo que foi possível formular de modo que um grande número de países, embora não todos, subscrevessem a Declaração: o direito de participar das conquistas científicas e tecnológicas e o direito moral e material à propriedade intelectual. Participar das conquistas científicas significa, por exemplo, usufruir dos benefícios das pesquisas com as células-tronco, algo não reconhecido nos Estados Unidos durante o governo de George W. Bush por motivos religiosos. Participar das conquistas tecnológicas significa, por exemplo, usufruir livremente dos benefícios da televisão aberta, a cabo, por satélite, da telefonia móvel e da internet. E, no entanto, quantos países querem controlar e, efetivamente, restringem esse direito? A liberdade de informação e a liberdade cultural em seu sentido mais amplo tornaram-se a principal garantia e os principais adversários do totalitarismo, da opressão, da ignorância e da corrupção – muito mais até do que a força bruta e os tribunais legais – e isso é algo que inúmeros governos do norte e do sul não admitem (COELHO, 2011, p.8).

O Brasil antes mesmo desse marco histórico, já havia manifestado preocupação com o seu patrimônio cultural e histórico através da Carta de 1937, outorgada pelo Presidente Getúlio Vargas, que previu a nível constitucional o dever de proteção aos bens históricos, artísticos e naturais.

Porém, somente com a Constituição de 1988, houve uma maior constitucionalização do assunto, à medida que, surge ineditamente no ordenamento jurídico brasileiro o termo “direitos culturais”, além da previsão do incentivo, valorização e difusão das manifestações do povo brasileiro. *Ipsis litteris*:

Art. 215. O Estado garantirá a todos o pleno exercício dos direitos culturais e acesso às fontes da cultura nacional, e apoiará e incentivará a valorização e a difusão das manifestações culturais.

§ 1º O Estado protegerá as manifestações das culturas populares, indígenas e afro-brasileiras, e das de outros grupos participantes do processo civilizatório nacional.

§ 2º A lei disporá sobre a fixação de datas comemorativas de alta significação para os diferentes segmentos étnicos nacionais (BRASIL, 1988).

O Estado passou a ser agente promotor da cultura e dos meios para difusão e acesso dos brasileiros às múltiplas manifestações culturais, dando a devida importância a todos os componentes do processo civilizatório nacional.

2. A PROTEÇÃO AO PATRIMÔNIO CULTURAL NO CONSTITUCIONALISMO BRASILEIRO

A preocupação da humanidade em acautelar o seu patrimônio cultural é muito antiga, consoante que, a busca por essa preservação garante que as gerações futuras possam ter acesso ao arcabouço material e imaterial construído por sua ancestralidade.

Segundo o historiador Antonio Rosa Mendes:

Patrimônio é noção de teor econômico e jurídico que designa um conjunto de bens e de direitos e obrigações avaliáveis em dinheiro. Esta apreciação pecuniária não é adequada para o âmbito cultural, porém importa reter daquela noção dois aspectos: primeiro, o de valor, de riqueza, quase de tesouro; segundo, o de conjunto, um complexo cuja relevância vai para além das coisas que, uma por umas consideradas, o integram. Patrimônio, em qualquer acepção, é um todo, um continente que sobreleva o variado e variável conteúdo concreto que o preenche, uma universalidade posta ao serviço de um mesmo fim (MENDES, 2012, p. 11).

As manifestações das quais ainda se tem vestígios datam da pré-história, atestadas por meio dos muitos sítios arqueológicos distribuídos pelo país, onde pode-se constatar pinturas rupestres milenares que retratam em sua grande maioria, figuras animais e cenas cotidianas.

A formação do povo brasileiro por meio da miscigenação, revela também uma das principais características da multiplicidade do patrimônio cultural material e imaterial pátrio, que é a diversidade.

Nesse sentido, Gilberto Freyre em sua obra *Casa Grande e Senzala* sintetiza o processo de miscigenação e as suas consequências sociais:

A miscigenação que largamente se praticou aqui corrigiu a distância social que de outro modo se teria conservado enorme entre a casa-grande e a mata tropical; entre a casa-grande e a senzala. O que a monocultura latifundiária e escravocrata realizou no sentido de aristocratização, extremando a sociedade brasileira em senhores e escravos, com uma rala e insignificante lambujem de gente livre sanduichada entre os extremos antagônicos, foi em grande parte contrariado pelos efeitos sociais da miscigenação. A índia e a negramina a princípio, depois a mulata, a cabrocha, a quadrarona, a oitavona, tornando-se caseiras, concubinas e até esposas legítimas dos senhores brancos, agiram poderosamente no sentido de democratização social no Brasil. Entre os filhos mestiços, legítimos e mesmo ilegítimos, havidos delas pelos senhores brancos, subdividiu-se parte considerável das grandes propriedades, quebrando-se assim a força das sesmarias feudais e dos latifúndios do tamanho de reinos. (FREYRE, 1938, p. 13).

Índio, negro e branco, por meio dos seus costumes e das suas construções foram os precursores do *modus vivendi* que caracteriza o povo brasileiro, assim como, os responsáveis pela construção do patrimônio histórico aqui existente.

A tutela ao patrimônio cultural no Brasil, teve as suas primeiras manifestações ainda que muito modestas, a partir do século XVIII. Uma dessas manifestações ocorreu em 1742, através de uma carta redigida pelo então Vice-Rei do Brasil, André de Melo e Castro, determinando a suspensão de uma obra no Palácio das Duas Torres construído por Maurício de Nassau, em Recife-PE.⁶

Entretanto, as primeiras medidas de acautelamento só tiveram advento na legislação em 1933, com a edição do Decreto nº 22.928 pelo então presidente Getúlio Vargas, que enalteceu o dever do Estado na defesa do patrimônio artístico, garantindo a defesa e conservação das construções históricas existentes na cidade de Ouro Preto, em Minas Gerais, prevendo inclusive, estabelecimento de acordos entre as autoridades eclesiásticas, o Estado e o Município, com vistas a obtenção de tal objetivo (BRASIL, 1933).⁷

⁶ MIRANDA, Marcos Paulo Souza. Tutela do Patrimônio Cultural Brasileiro, Doutrina Jurisprudência-Legislação. Belo Horizonte: Del Rey, 2006, p. 12.

⁷ Art. 3º Os monumentos de arte religiosa, mediante acórdos que forem firmados entre as autoridades eclesiásticas e o governo do Estado de Minas e a Municipalidade de Ouro Preto, poderão ser por estes mantidos em estado de conservação e assim incorporados ao patrimonio artistico e historico do Monumento Nacional erigido pelo presente decreto.

Tal tutela, surge no constitucionalismo brasileiro com a Carta de 1937, que institucionalizou no contexto nacional a proteção ao arcabouço histórico, artístico e natural, estabelecendo a cooperação entre a União, os Estados e os Municípios, para garantia da mesma.⁸

Ainda em 1937, houve a edição do Decreto-Lei nº 25, responsável pela organização da proteção ao patrimônio histórico e artístico nacional, delimitando a sua importância, face a remissão aos marcos que compuseram a história do Brasil, destacando o seu valor para toda a sociedade, cabendo o empenho e o interesse público para a sua conservação. *Ipsis litteris*:

Art. 1º Constitue o patrimônio histórico e artístico nacional o conjunto dos bens móveis e imóveis existentes no país e cuja conservação seja de interesse público, quer por sua vinculação a fatos memoráveis da história do Brasil, quer por seu excepcional valor arqueológico ou etnográfico, bibliográfico ou artístico.

§ 1º Os bens a que se refere o presente artigo só serão considerados parte integrante do patrimônio histórico e artístico nacional, depois de inscritos separada ou agrupadamente num dos quatro Livros do Tombo, de que trata o art. 4º desta lei.

§ 2º Equiparam-se aos bens a que se refere o presente artigo e são também sujeitos a tombamento os monumentos naturais, bem como os sítios e paisagens que importe conservar e proteger pela feição notável com que tenham sido dotados pela natureza ou agenciados pela indústria humana (BRASIL, 1937).

O Decreto-Lei em questão, também foi responsável por introduzir na legislação pátria o instituto do tombamento de bens de valor histórico e cultural, pertencentes aos entes federados⁹, ou até mesmo a pessoas naturais ou jurídicas¹⁰ detentoras desses bens, que a partir de tal ato passa a constituir o Patrimônio Histórico e Artístico Nacional, gozando de restrições e proteção especial.

As Constituições subsequentes mantiveram o instituto como uma forma de assegurar que tais patrimônios continuassem a gozar de proteção constitucional, face os

⁸ Art.134. Os monumentos históricos, artísticos e naturais, assim como as paisagens ou os locais particularmente dotados pela natureza, gozam da proteção e dos cuidados especiais da Nação, dos Estados e dos Municípios. Os atentados contra eles cometidos serão equiparados aos cometidos contra o patrimônio nacional.

⁹Art. 5º O tombamento dos bens pertencentes à União, aos Estados e aos Municípios se fará de ofício, por ordem do diretor do Serviço do Patrimônio Histórico e Artístico Nacional, mas deverá ser notificado à entidade a quem pertencer, ou sob cuja guarda estiver a coisa tombada, afim de produzir os necessários efeitos.

¹⁰Art. 6º O tombamento de coisa pertencente à pessoa natural ou à pessoa jurídica de direito privado se fará voluntária ou compulsoriamente.

avanços industriais e capitalistas típicos do Brasil do século XIX, onde o patrimonialismo representava uma forte ameaça ao espólio de bens históricos, artísticos e naturais pertencentes à nação brasileira.

Nada obstante, a consolidação se deu com a Constituição de 1988 que foi responsável pela modificação do conceito anteriormente concebido de bens pertencentes ao patrimônio cultural, traçando um novo panorama, face a evidência do direito que todo cidadão dispõe de fruir de tal patrimônio devidamente íntegro e conservado.

2.1. A CONSTITUIÇÃO FEDERAL BRASILEIRA DE 1988 (CF/88) E A TUTELA AO PATRIMÔNIO CULTURAL

A promulgação da Constituição de 1988 representou um grande avanço legislativo no tange a matéria em análise, consoante que, instituiu sob uma nova ótica as diretrizes acerca da conservação e manutenção do patrimônio cultural, aduzindo as competências e responsabilidades dos entes federados e da sociedade em geral, numa cooperação em prol da perpetuação desses bens materiais ou imateriais.

O art. 216 da CF/88, trata-se do núcleo central de proteção ao patrimônio cultural brasileiro, desenvolvendo o seu conceito e um rol que lista os bens que constituem o mesmo, fazendo referência àqueles inerentes aos grupos formadores da sociedade brasileira.

Art. 216. Constituem patrimônio cultural brasileiro os bens de natureza material e imaterial, tomados individualmente ou em conjunto, portadores de referência à identidade, à ação, à memória dos diferentes grupos formadores da sociedade brasileira, nos quais se incluem:

I - as formas de expressão;

II - os modos de criar, fazer e viver;

III - as criações científicas, artísticas e tecnológicas;

IV - as obras, objetos, documentos, edificações e demais espaços destinados às manifestações artístico-culturais;

V - os conjuntos urbanos e sítios de valor histórico, paisagístico, artístico, arqueológico, paleontológico, ecológico e científico (BRASIL, 1988).

É importante destacar a ênfase que o novo modelo constitucional deu à atuação do Poder Público em colaboração com a comunidade, demonstrando a transcendência do

assunto, instigando o interesse da sociedade em geral e evidenciando a importância de uma participação mais ativa por parte dos seus agentes.

A CF/88 também trouxe previsão expressa de tutela ao patrimônio histórico das comunidades quilombolas e indígenas, tutelando-as por meio do tombamento dos seus documentos e sítios, afirmando a importância da sua contribuição para o contexto sociocultural brasileiro.

Como meio de incentivo à promoção cultural, a CF/88, no art. 216, §6º, prevê a faculdade dos Estados e Distrito Federal, destinarem até cinco décimos por cento da sua receita tributária líquida para o fomento de programas e projetos culturais, demonstrando a preocupação do legislador em levar ao conhecimento da sociedade em geral o espólio cultural do qual dispõe, instigando também o interesse pela sua preservação (BRASIL, 1988).

Além do tombamento, previsto na legislação desde a Carta de 1937, a CF/88 trouxe outros meios de acautelamento do patrimônio cultural, que podem ser promovidos por meio de inventários, registros, vigilância e até mesmo pela desapropriação desde que seja necessária para a prevalência do bem em questão.

3. COMPETÊNCIAS E RESPONSABILIDADES DOS ENTES FEDERADOS NA PRESERVAÇÃO DO PATRIMÔNIO CULTURAL

A CF/88, em seu art. 23, III e IV, destaca a competência comum da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, no que tange à tutela do arcabouço histórico, artístico e cultural, assim como, o dever de impedir a depredação dos mesmos, coibindo práticas de evasão, destruição e descaracterização (BRASIL, 1988).¹¹

No que tange à competência para legislar sobre a matéria, o art. 24, VII e VIII, prevê que a União, os Estados, e o Distrito Federal possuem competência concorrente para versar sobre meios de proteção ao patrimônio histórico, cultural, artístico, turístico e paisagístico, bem como, sobre a responsabilização por dano a esses bens (BRASIL, 1988).

¹¹ Art. 23. É competência comum da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios: (...)

III- proteger os documentos, as obras de arte e outros bens de valor histórico, artístico e cultural, os monumentos, as paisagens naturais notáveis e os sítios arqueológicos.

IV- impedir a evasão, a destruição e a descaracterização de obras de arte e de outros bens de valor histórico, artístico ou cultural.

Dessa forma, a União possui a incumbência de estabelecer normas gerais acerca do assunto, não excetuando a competência suplementar do Estados e Distrito Federal para legislar sobre temas específicos. Podendo estes também, exercer sua capacidade legislativa plena caso a União não tenha disciplinado as normas gerais acerca da matéria por meio de lei federal.

No que tange aos Municípios, a CF/88 estabelece no art. 30 a sua competência incumbindo-os da promoção e proteção do patrimônio histórico-cultural no âmbito do seu território, cabendo a estes observar a legislação e a ação fiscalizadora federal (BRASIL, 1988).

O principal escopo da ampla atribuição de deveres na tutela ao patrimônio observados no pós Constituição de 1988, é resultado do longo período em que a legislação o disciplinava de forma superficial e regionalista sem de fato atribuir poderes fiscalizatórios e sancionatórios ao entes incumbidos, o que ocasionou ao longo dos anos muitas perdas, deteriorações, destruições e descaracterizações de bens de grande importância para o país.

Assim, ao atribuir responsabilidades à sociedade como um todo, além da busca pelo interesse e reconhecimento do patrimônio histórico-cultural como direito inerente à pessoa, há também a busca por uma maior integração entre o Poder Público e a comunidade, que em cooperação devem promover a preservação e perpetuação desses bens, possibilitando que gerações futuras possam ter acesso aos mesmos em sua integridade.

Com esse intuito, a CF/88 dispõe de mecanismos que possibilitam a efetiva participação dos agentes sociais nesse processo de acautelamento por meio de instrumentos processuais de tutela coletiva, como a ação popular e a ação civil pública.

A ação popular, é disciplinada no art. 5º, LXXIII, que dentre outras hipóteses, prevê a legitimidade do cidadão para a sua propositura com vistas a anular ato lesivo ao patrimônio histórico e cultural. Para tanto, é necessária a comprovação da condição de cidadão, por meio do título de eleitoral (BRASIL, 1988).

A Lei nº4.717/1965 também disciplina a ação supracitada, estabelecendo em seu art. 1º, §1º, que o termo patrimônio público engloba os bens e direitos de valor econômico, artístico, estético, histórico ou turístico (BRASIL, 1965).

No plano infraconstitucional, a ação civil pública é disciplinada pela Lei nº 7.347/1985 e busca promover a responsabilização por danos materiais e patrimoniais,

dentre outras hipóteses, a bens e direitos de valor artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico, conforme aduz o seu art. 1º, III (BRASIL, 1985).

Podem propor a ação principal e cautelar, o Ministério Público, a Defensoria Pública, os entes federados, as entidades da administração pública indireta e associação constituída há pelo menos um ano, desde que a tutela que se busca seja intrínseca às suas finalidades institucionais, conforme preceitua o art. 5º da Lei nº7.347/1985:

Art. 5º Têm legitimidade para propor a ação principal e a ação cautelar:

I - o Ministério Público;

II - a Defensoria Pública;

III - a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios;

IV - a autarquia, empresa pública, fundação ou sociedade de economia mista;

V - a associação que, concomitantemente:

a) esteja constituída há pelo menos 1 (um) ano nos termos da lei civil;

b) inclua, entre suas finalidades institucionais, a proteção ao patrimônio público e social, ao meio ambiente, ao consumidor, à ordem econômica, à livre concorrência, aos direitos de grupos raciais, étnicos ou religiosos ou ao patrimônio artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico.

O Ministério Público exerce um importante papel no processo de acautelamento, tendo em vista a sua titularidade para promover a ação civil pública como meio de viabilizar a proteção do patrimônio público e social, do meio ambiente e de outros interesses difusos e coletivos, conforme preceitua o art. 129, III, da CF/88.

É importante destacar a indeclinabilidade da intervenção do *parquet* como *custus legis*, nos casos em que não esteja em nenhum dos polos do processo. Assim como, nos casos de abandono ou desistência infundada da ação por associação legitimada, hipótese na qual assumirá o polo ativo da demanda em questão.¹²

Ademais, de acordo com o art. 5º, §5º, Lei nº7.347/1985, admite-se a formação de litisconsórcio facultativo entre os Ministérios Públicos da União, do Distrito Federal e dos Estados, com vistas a tutela dos interesses e direitos inerentes a preservação dos bens ora estudados (BRASIL, 1985).

3. O PATRIMÔNIO CULTURAL ENQUANTO DIREITO FUNDAMENTAL

¹² Art. 5º. (...)

§ 1º O Ministério Público, se não intervier no processo como parte, atuará obrigatoriamente como fiscal da lei.

§ 3º Em caso de desistência infundada ou abandono da ação por associação legitimada, o Ministério Público ou outro legitimado assumirá a titularidade ativa.

O direito fundamental que todo indivíduo possui em gozar do patrimônio cultural, expresso no art. 216, da CF/88, está estritamente relacionado à dignidade da pessoa humana e à cidadania, fundamentos da República Federativa do Brasil, constante no art. 1º da CF/88.

(...) os direitos fundamentais, em razão de multifuncionalidade, podem ser classificados basicamente em dois grandes grupos, nomeadamente os direitos de defesa (que incluem os direitos de liberdade, igualdade, as garantias, bem como parte dos direitos sociais – no caso, as liberdades sociais – e políticos) e os direitos a prestações (integrados pelos direitos a prestações em sentido amplo, tais como os direitos à proteção e à participação na organização e procedimento, assim como pelos direitos a prestações em sentido estrito, representados pelos direitos sociais de natureza prestacional) (SARLET, 2014, p.234).

De acordo com Bonavides (p.563, 1997), a primeira geração dos direitos fundamentais tem como titular o indivíduo e são oponíveis ao Estado, sendo a subjetividade o seu traço mais característico.¹³

A segunda geração dos direitos fundamentais surge em meio a efervescência dos acontecimentos sociais e políticos datados a partir do XIX, marcados pelas muitas reivindicações trabalhistas e pela premente necessidade de efetivação dos direitos sociais.

Destaca-se também, o advento de documentos como a Constituição do México de 1917, a Constituição de Weimar de 1919 e a Constituição Brasileira de 1934 que positivaram os direitos sociais, culturais, econômicos e os coletivos.¹⁴

Ainda de acordo com Bonavides (p. 564, 1997), o processo de constitucionalização dos direitos sociais foi marcado inicialmente pela baixa normatividade ou pela eficácia duvidosa, em virtude da necessidade de prestações materiais mais efetivas por parte do Estado para a aplicação dos direitos em questão, nem sempre possível diante da limitação dos meios e recursos.¹⁵

Reconhece-se ainda, uma terceira geração de direitos fundamentais motivada pelos problemas que afligem o mundo contemporâneo. Se busca aqui, a fruição do direito à solidariedade ou fraternidade¹⁶, tratando-se de direitos transindividuais, à medida que

¹³ BONAVIDES, Paulo. Curso de direito constitucional. 7. ed. São Paulo: Malheiros, 1997, p. 563.

¹⁴ LENZA, Pedro. Direito constitucional esquematizado. 23. ed., São Paulo: Saraiva, 2019. p. 1157.

¹⁵ BONAVIDES, op. cit., p. 564.

¹⁶ BOBBIO, op. cit., p. 5.

ultrapassa os limites do individualismo com o escopo de se atingir o bem comum à toda coletividade.

Nesse contexto, está inserido o direito que o indivíduo possui em dispor do patrimônio cultural, diante da sua evidente importância à sociedade como um todo, posto que, a sua preservação e higidez permite a perpetuação desse espólio para as gerações futuras.

Igualmente, a conscientização acerca da real necessidade em reconhecer e se valer dos meios constitucionalmente garantidos para protegê-los de forma mais eficiente, diante da sua relevância como patrimônio comum de responsabilidade de toda coletividade.

Bonavides (1997) entende que o direito à paz constitui a quinta geração de direitos, consoante que, deve ser tratado de forma autônoma por constituir um supremo direito da humanidade.¹⁷

Destarte, a tutela jurídica ao patrimônio cultural brasileiro, na qualidade de direito fundamental de terceira geração, como visto, é matéria que se encontra expressa na CF/88, em seu art. 216.

Da mesma forma, a legislação em análise recepcionou o Decreto-Lei nº 25/1937, marco responsável por traçar as diretrizes acerca da organização e proteção do patrimônio histórico e artístico nacional, que estabeleceu dentre outras providências, o tombamento, hoje, um meio já consolidado de proteção ao patrimônio cultural brasileiro em sua diversidade.

A proteção jurídica do patrimônio cultural brasileiro, enquanto direito fundamental de terceira geração, é matéria expressamente prevista no Texto Constitucional (art. 216 da CRFB/1988). A ordem constitucional vigente recepcionou o DL 25/1937, que, ao organizar a proteção do patrimônio histórico e artístico nacional, estabeleceu disciplina própria e específica ao instituto do tombamento, como meio de proteção de diversas dimensões do patrimônio cultural brasileiro (ACO 1.966 AgR, rel. min. Luiz Fux, j. 17-11-2017, P, *DJE* de 27-11-2017).

Canotilho (p. 361, 1982) aponta que compete ao legislador “dentro das reservas orçamentais, dos planos económicos e financeiros, das condições sociais e económicas do país, garantir as prestações integradoras dos direitos sociais, económicos e culturais”.

¹⁷ BONAVIDES, op. cit., p. 593.

Em suma, é importante destacar a teoria constitucional brasileira herdada do direito alemão, no que tange à proibição do retrocesso social, que consiste na impossibilidade de supressão dos direitos e garantias fundamentais. Dessa forma, só é possível que sejam realizados aperfeiçoamentos, sendo vedadas condutas que possam arrefecer a efetividade dos preceitos já implementados.

CONCLUSÃO

A positivação da proteção ao patrimônio cultural no Brasil se deu tardiamente, consoante que, apesar de constatadas algumas manifestações de acautelamento pré-1937, as mesmas possuíam caráter regionalista, à medida que, visavam tutelar os bens de determinadas localidades da federação, como por exemplo, o Decreto nº 22.928 de 1933, que estabeleceu medidas de preservação do patrimônio para a cidade de Ouro Preto-MG.

Tal cenário só começou a ser alterado a partir da outorga da Carta de 1937, que passou a delimitar a tutela ao patrimônio nacional de forma mais detalhada, prevendo o dever de cooperação entre os entes federados, com vistas a conservação do arcabouço histórico-cultural, adotando também, com a edição do Decreto-Lei nº 25, o tombamento como meio de se realizar o registro e a documentação desses bens de elevado valor histórico e cultural, possibilitando o maior controle e fiscalização por parte do Poder Público.

Ademais, a Constituição de 1988 disciplinou a tutela ao patrimônio cultural de forma especial, consagrando-o como um legítimo direito fundamental.

Além do núcleo central de acautelamento trazido no art. 216, a Lei Maior delimita ainda, as competências e responsabilidades atribuídas aos entes federados e à comunidade no processo de preservação desses bens.

Para tanto, há a possibilidade de utilização dos instrumentos processuais de ação coletiva, como a Ação Popular (que pode ser proposta por qualquer cidadão, desde que, comprovada a sua condição de eleitor) e a Ação Civil Pública (que pode ser apresentada pelo Ministério Público, a Defensoria Pública, os entes federados, as entidades da administração pública indireta e associação constituída há pelo menos um ano).

Em suma, pode-se concluir que os avanços legislativos no que tange a matéria, atribuíram uma maior segurança ao direito em questão, tendo em vista a possibilidade do acautelamento por meio de ferramentas mais efetivas, que possibilitam a maior

participação dos cidadãos, demonstrando assim, a sua universalidade e transcendentalidade como um verdadeiro direito de terceira geração, de interesse e responsabilidade da sociedade em geral, posto a importância da sua preservação para as gerações futuras e para a história do Brasil.

REFERÊNCIAS

BISCH, Patrice-Meyer. **A centralidade dos direitos culturais, pontos de contato entre diversidade e direitos humanos**. Revista Observatório Itaú Cultural/OIC – n. 11 (jan./abr. 2011) – São Paulo: Itaú Cultural, 2011.

BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**. Trad. Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Campus, 1992.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**, 7. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Malheiros, 1997.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Constituição dirigente e vinculação do legislador – contributo para a compreensão das normas constitucionais programáticas**. Coimbra: Coimbra Edital, Limitada, 1982, p. 369.

CULTURA. In: **MICHAELIS moderno dicionário da língua portuguesa**. São Paulo: Melhoramentos. Disponível em: <<https://michaelis.uol.com.br/moderno-portugues/busca/portugues-brasileiro/CULTURA/>>. Acesso em: 22 set. 2020.

CUNHA FILHO, Francisco Humberto. **Direitos Culturais como Direitos Fundamentais no Ordenamento Jurídico Brasileiro**. Brasília: Brasília Jurídica, 2000.

CUNHA FILHO, Francisco Humberto; BOTELHO, Isaura; SEVERINO, José Roberto. **Direitos culturais**. Salvador: EDUFBA, 2018. p. 245.

BRASIL. **Constituição Federal de 1937**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constitui%C3%A7%C3%A3o37.htm>. Acesso em: 20 out. 2019.

_____. **Constituição Federal de 1988**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 20 out. 2019.

_____. **Decreto nº 22.928**. Disponível em: <<https://www2.camara.leg.br/legin/fed/decret/1930-1939/decreto-22928-12-julho-1933-558869-publicacaooriginal-80541-pe.html>>. Acesso em: 21 out. 2019.

_____. **Decreto-Lei nº 25.** Disponível em:
<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-Lei/Del0025.htm>. Acesso em: 21 out.
2019.

LENZA, Pedro. **Direito constitucional esquematizado.** 23. ed., São Paulo: Saraiva, 2019.

MIRANDA, Marcos Paulo Souza. **Tutela do Patrimônio Cultural Brasileiro, Doutrina Jurisprudência-Legislação.** Belo Horizonte: Del Rey, 2006.

SILVA, José Afonso da. **Ordenação Constitucional da Cultura.** São Paulo: Editora Malheiros, 2001.

TEIXEIRA, Coelho. **Direito cultural no século XXI: expectativa e complexidade.** Revista Observatório Itaú Cultural/OIC – n. 11 (jan./abr. 2011) – São Paulo: Itaú Cultural, 2011.

ACORDO DE LENIÊNCIA ANTITRUSTE: POSSÍVEIS IMPACTOS DA DECISÃO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL (HABEAS CORPUS (HC) 166.373/PR) NO CONTRADITÓRIO DOS PROCESSOS ADMINISTRATIVOS DECORRENTES DE ACORDO DE LENIÊNCIA NO CADE.

Leonardo Freire de Melo¹

RESUMO: O presente artigo tem como objetivo analisar o programa de leniência antitruste e os processos decorrentes desses acordos, em especial no que diz respeito ao contraditório e a ampla defesa dos representados, que não são signatários do programa, tendo em vista as repercussões da decisão do Supremo Tribunal Federal – STF, no HC 166.373, em que se firmou a tese de que o contraditório da parte que é delatada, no processo objeto de delação premiada, deve ser diferido. Não se pretende aqui fazer uma análise valorativa sobre a decisão da Suprema Corte, mas, pretende-se, apenas, levantar dados e descrever os possíveis efeitos dessa decisão nos processos administrativos do CADE que derivaram de acordos de leniência.

Palavras-chave: Acordo de leniência. CADE. Habeas Corpus 166.373. Contraditório e ampla defesa. Contraditório diferido. Dialética do processo. Alegações finais.

ANTITRUST LENIENCE AGREEMENT: POSSIBLE IMPACTS OF THE DECISION OF THE SUPREME FEDERAL COURT (HABEAS CORPUS (HC) 166.373 / PR) IN THE CONTRADITORY OF ADMINISTRATIVE PROCESSES ARISING OUT OF LENIENCE AGREEMENT IN CADE

ABSTRACT: The main goal of this paper to study the antitrust leniency program and the processes resulting from these agreements, especially with regard to the adversary system and full defense, who are not signatories to the program, in view of the repercussions of the decision of the Supreme Federal Court - STF, at HC 166.373, in which the thesis was confirmed that the adversary of the party that is reported, in the process that is the subject of the award, must be deferred. It is not intended here to carry out a valutive analysis of the Supreme Court's decision, but it is only intended to collect data and describe the possible effects of that decision on the administrative proceedings that have as their object a leniency agreement and are being processed at CADE.

¹ Advogado, especialista em LLM - Direito Corporativo e Governança Empresarial.

Keywords: Leniency agreement. CADE. Habeas Corpus 166.373. Adversary system and full defense. Deferred adversary. Procedural dialectic. final statement.

1. Introdução

Vivemos em tempos que muito se fala sobre acordo de leniência, principalmente depois do êxito de diversos acordos celebrados no âmbito da operação lava-jato. Tal relevância ao tema não poderia ser diferente, tendo em vista os dados apresentados pelo Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE). Segundo o CADE até dia 27 de dezembro de 2019 foram assinados 99 acordos de Leniência, 28 aditivos e 24 pedidos de leniência plus de empresas. Desses acordos, estima-se que 31 foram resultados da operação Lava Jato (CADE, 2019).²

O acordo de leniência antitruste é um instrumento eficaz utilizado mundialmente para investigar, detectar e reprimir coibir condutas que visam prejudicar a competitividade entre as empresas e o bem-estar da sociedade.

O incentivo do uso de programas de leniência se justifica por sua eficácia na descoberta de ilícitos relacionados a condutas de difícil detecção. É o instrumento que permite que as autoridades públicas acessem documentos que comprovem a autoria e materialidade de delitos que dificilmente se conseguiria por meio das vias ordinárias de investigação (ATHAYDE, 2019, p. 30).

Entretanto, apesar dos diversos benefícios trazidos por este instituto, o acordo de leniência antitruste traz algumas controvérsias relacionadas ao direito do contraditório e ampla defesa previstos no texto Constitucional, especialmente depois da análise do Habeas Corpus (HC) 166.373 pelo STF.

Recentemente a Suprema Corte do país debateu sobre o tema e, ao analisar o Habeas Corpus (HC) 166.373, impetrado pelo ex-gerente de Empreendimentos da Petrobras, decidiu que em ações penais com réus colaboradores e não colaboradores, é direito dos delatados apresentarem as alegações finais depois dos réus que firmaram acordo de colaboração (FACHIN, HC 166.373/PR, 2019). Tal entendimento pode colocar diversos procedimentos decorrentes de acordos de leniência ou de delação premiada em “xeque-mate”.

² CADE. Estatísticas do Programa de Leniência do CADE. Disponível em: <http://www.CADE.gov.br/assuntos/programa-de-leniencia/estatisticas>. Acesso em: 14 abr. 2020.

Essa decisão pode refletir sobre os procedimentos adotados pelo CADE decorrentes de acordos de leniência, ou seja, que possuem representados colaboradores e não colaboradores. O escopo do presente artigo é analisar como o referido HC pode ou não influir nos procedimentos do CADE a fim de evitar possíveis nulidades. Desse modo, o presente trabalho visa estudar os casos públicos que foram objeto de acordo de leniência junto ao CADE, verificando se o contraditório foi diferido na apresentação de novas alegações por intermédio dos colaboradores. E por fim, responder se nos processos administrativos decorrentes de acordo de leniência as partes representadas não signatárias (assim como os delatados) do acordo também tem o direito de falar por último.

2. Princípios constitucionais do devido processo legal, da ampla defesa e contraditório e o Habeas Corpus 166.373/PR

2.1. Devido processo legal, ampla defesa e contraditório

O princípio do devido processo legal originou-se da Magna Carta inglesa de 1215, assinada pelo Rei João Sem Terra, sendo esta considerada a base das liberdades inglesas. Nesse período, barões ingleses temiam as ingerências do rei e precisavam limitar de alguma forma o poder do monarca que detinha poder absoluto (COUTINHO, 2001, p. 36).

Em 1789, o princípio do *due process of law* foi introduzido na Constituição Americana e, em 1948, foi consagrado na Declaração Universal dos Direitos do Homem, tornando-se um instituto universal previsto nas mais variadas Constituições Democráticas (PORTANOVA, 2001, p. 145-146). No Brasil, apenas na Constituição Federal de 1988 o referido princípio foi previsto expressamente o qual estabelece, no art. 5º, inciso LIV: “ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal.”

O princípio do devido processo legal é um princípio do qual emana uma série de outros princípios. A ideia de devido processo legal pressupõe isonomia e paridade de armas entre as partes litigantes.

Não se trata, portanto, apenas de um direito do litigante no processo, mas um dever do Estado em proteger o indivíduo de qualquer situação que coloque em risco a sua liberdade ou de seus bens, sem ser lhe dado a oportunidade de se manifestar, garantindo a ele, no âmbito material, a proteção ao direito de liberdade e, no âmbito formal, paridade total de condições com o Estado bem como a plenitude de defesa.

Os princípios da ampla defesa e do contraditório decorrem diretamente do princípio do devido processo legal, tendo em vista que se eles não forem observados estaria deixando de se proteger direitos fundamentais do indivíduo, ou seja, o direito de se defender e de ser julgado por intermédio de um devido processo.

Sobre sua aplicação, o constituinte afastou qualquer dúvida sobre a extensão do direito fundamental, prevendo expressamente essa proteção nos processos judiciais e administrativos, nos seguintes termos: “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.”

Entende-se, entretanto, por ampla defesa a garantia dada ao réu de trazer ao processo elementos que esclareçam verdade fática, podendo este omitir-se ou calar-se. Deve ser aplicado em qualquer processo que envolva situações de litígio ou sanção estatal a pessoas físicas e jurídicas. Di Pietro (2019, p. 1428) afirma que “O princípio da ampla defesa é aplicável em qualquer tipo de processo que envolva situações de litígio ou o poder sancionatório do Estado sobre as pessoas físicas e jurídicas.”

Já o contraditório é a manifestação fática da ampla defesa, impondo a condução dialética do processo especialmente no plano normativo. Refere-se a uma determinação constitucional que impede que o poder estatal dê andamento a qualquer processo sem permitir que a parte contrária de se manifeste. Desse modo, o processo depende da manifestação da parte acusada admitindo que, para todo ato produzido pela acusação, a parte contrária tenha igual direito de se manifestar apresentando sua versão sobre os fatos que lhe foi imputado.

Nesse sentido, Di Pietro (2019, p. 1428) destaca que:

O princípio do contraditório, que é inerente ao direito de defesa, é decorrente da bilateralidade do processo: quando uma das partes alega alguma coisa, há de ser ouvida também a outra, dando-se-lhe oportunidade de resposta. Ele supõe o conhecimento dos atos processuais pelo acusado e o seu direito de resposta ou de reação.

Trata-se, portanto, de um método dialético³ em que duas ou mais pessoas possuem uma diferente percepção sobre o mesmo assunto, mas que pretendem, por intermédio de

³ O dicionário de Filosofia define dialética como “uma discussão de algum modo institucionalizada, organizando-se habitualmente em presença de um público que acompanha o debate – como uma espécie de concurso entre dois interlocutores que defendem duas teses contraditórias. A dialética eleva-se, então, ao nível de uma arte, arte de triunfar sobre o adversário, de refutar as suas afirmações ou de o convencer” (BLANCHÉ, 1985).

seus argumentos, estabelecer a verdade e não simplesmente vencer um debate ou persuadir o opositor, tendo por propósito, resolver os desacordos através de discussões racionais, e, em última análise, a busca pela verdade. Desse modo, o discurso dialético se inicia pela afirmação de uma realidade – tese, por sua negação- antítese, e por fim, à conclusão – síntese, sendo essa uma terceira tese que tem por base os fundamentos trazidos na tese e antítese.

Como demonstrado, no método dialético é impossível se chegar à síntese, se não for oportunizado aos interlocutores que apresentem sua tese e antítese, pois essa ordem é uma condicionante lógica para as demais fases do discurso, mesmo que ela tenha um caráter abstrato.

No processo administrativo ou judicial, por sua vez, a dialética não é abstrata, mas atua de maneira concreta, desenvolvendo a participação dos sujeitos do procedimento cognitivo que vão trazer os fatos e remontar uma ou várias hipóteses de verdade, não sendo possível alcançar a síntese, que seria a decisão do órgão julgador, sem permitir que o acusado apresente sua antítese a partir de uma tese anteriormente apresentada (BORGES, 2013, p. 13).

2.2. Contraditório Diferido: Principais aspectos da decisão do STF

Antes de adentrar no Programa de Leniência Antitruste, é importante tecer algumas considerações sobre a decisão do STF, que definiu o contraditório diferido como regra nos processos que tem por objeto delação premiada.

O HC 166.373 foi impetrado pela defesa do ex-gerente da Petrobras, Márcio de Almeida Ferreira, pedindo a anulação da sentença que o condenou por corrupção passiva e lavagem de dinheiro no âmbito da operação Lava Jato.

O relator do caso, Ministro Edson Fachin, denegou a ordem não anulando a sentença, pois entendeu que inexistiu qualquer constrangimento e prejuízo em decorrência do prazo comum para os réus apresentarem alegações finais, mesmo que alguns deles tenham firmado acordo de colaboração premiada (FACHIN, HC 166.373/PR, 2019).

Para o relator, a defesa nem sequer alegou que a ordem entre as alegações finais apresentadas teria causado “efetivo, concreto e específico prejuízo ao contraditório”, mas apenas aponta eventual constrangimento pela concessão do prazo comum para apresentação das alegações finais. O ministro afirmou que não há na lei brasileira norma

que sustente a tese da ordem sucessiva. Destacou que o debate não diz respeito a uma questão entre “defesa e acusação”, mas entre “defesa e defesa”. Para o ministro relator a “ordem de apresentação de alegações finais por acusação e defesa é para estabelecer um mínimo de equilíbrio de forças. No entanto, segundo o ministro, esta lógica não se transfere mecanicamente à colaboração premiada” (FACHIN, HC 166.373/PR, 2019). Seguiram este entendimento os ministros Luís Roberto Barroso e Luiz Fux.

O ministro Alexandre de Moraes abriu a divergência, defendendo que o delatado tem o direito de falar por último, pois a todo ato acusatório produzido, caberá igual direito de defesa. Para ele, não importa quem está formalmente imputando uma infração penal, mas se o réu é acusado de algo que possa levá-lo a condenação, ele tem o direito de se defender (MORAES, HC 166.373/PR, 2019). Para o ministro, a Constituição Federal “assegurou o devido processo legal, a ampla defesa e o contraditório, sendo dever do Estado esses princípios, pois, não há nenhuma relação entre impunidade e respeito aos princípios constitucionais”. Além disso, alegou que cinco dias a mais no processo não prejudicariam o seu andamento, muito menos o combate a corrupção e que “o devido processo legal, a ampla defesa e o contraditório exigem que o delatado se manifeste após ter o pleno conhecimento de toda atividade probatória” (MORAES, HC 166.373/PR, 2019).

Segundo o ministro Alexandre de Moraes, entre delator e delatado existe uma relação de antagonismo, de contradição e o interesse do delator é idêntico ao da acusação, ou seja, pela condenação. Questionou, ainda, que “se os interesses processuais são antagônicos entre o delator e o delatado, como este último terá o mesmo prazo para apresentar as alegações finais?” (MORAES, HC 166.373/PR, 2019).

A ministra Cármen Lúcia concordou com a possibilidade de anulação do processo pela ausência de prazo sucessivo, mas afirmou que para isso o réu deve ter sofrido algum prejuízo.

Por fim, o plenário do STF fixou a seguinte tese:

Em todos os procedimentos penais é direito do acusado delatado apresentar as alegações finais após o acusado delator que, nos termos da lei 12.850/13, tenha celebrado acordo de colaboração premiada devidamente homologado, sob pena de nulidade processual desde que arguido até a fase do artigo 403 do CPP ou o equivalente na Legislação Especial e reiterado nas fases recursais subsequentes. Para os processos já sentenciados, é necessária ainda a demonstração do prejuízo que

deverá ser aferido, no caso concreto, pelas instâncias competentes.” (MORAES, HC 166.373/PR, 2019)⁴

Em relação à modulação de efeitos, o presidente da Corte, ministro Dias Toffoli, suspendeu o julgamento e submeteu aos outros ministros “não uma modulação dos efeitos do julgado, mas uma proposta de tese a balizar todo o sistema de Justiça brasileira, para resguardar o postulado da segurança jurídica.”

2.3. Tramitação da Ação Penal que originou o HC 166.373/PR

De início, o processo tratou sobre a denúncia oferecida pelo Ministério Público Federal relatando crimes de corrupção passiva e lavagem de dinheiro no âmbito da Operação Lava-jato que foi recebida por aquele juízo em 13 de junho de 2017, dando origem a Ação Penal Nº 5024266-70.2017.4.04.7000/PR⁵ (JUSTIÇA FEDERAL, 2018).

O réu, Márcio de Almeida Ferreira, solicitou prazo para apresentar novas alegações finais em 30 de janeiro de 2018. A primeira instância negou este pedido no despacho decisório n.º 536. No dia 10 de janeiro de 2020 o processo voltou para fase de alegações finais, conforme se verificou no seguinte despacho:

Trata-se de Ação Penal que teve sua sentença anulada pelo STF, que concedeu a ordem de habeas corpus, para anular a decisão do juízo de primeiro grau, determinando-se o retorno dos autos à fase de alegações finais, a qual deverá seguir a ordem constitucional sucessiva, ou seja, primeiro a acusação, depois o delator e por fim o delatado [...] (JUSTIÇA FEDERAL, 2018).⁶

Com a nulidade da sentença condenatória pelo STF, a Ação Penal retornou a origem e teve anulados todos os atos processuais realizados no período de 30 de janeiro

⁴ BRASIL. STF decide que delatados têm direito a apresentar alegações finais depois de delatores. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=425282>. Acesso em: 1 jun. 2020.

⁵ BRASIL. AÇÃO PENAL Nº 5024266-70.2017.4.04.7000/PR. SÉRGIO FERNANDO MORO, Juiz Federal. Disponível em: https://eproc.jfpr.jus.br/eprocV2/controlador.php?acao=acessar_documento_publico&doc=701517492898935420090705204348&evento=712&key=96943dafc4a3c152ca672fa0a26ab3573795c7767ce1dd468aaf0c82132f39ca&hash=5ff6cb7d5dae831679ac8e3141cf2101. Acesso em: 16 jun. 2020.

⁶ BRASIL. AÇÃO PENAL Nº 5024266-70.2017.4.04.7000/PR. SÉRGIO FERNANDO MORO, Juiz Federal. Disponível em: https://eproc.jfpr.jus.br/eprocV2/controlador.php?acao=acessar_documento_publico&doc=701517492898935420090705204348&evento=712&key=96943dafc4a3c152ca672fa0a26ab3573795c7767ce1dd468aaf0c82132f39ca&hash=5ff6cb7d5dae831679ac8e3141cf2101. Acesso em: 16 jun. 2020.

de 2018 até o momento, agosto de 2020, em que aguarda julgamento em primeira instância.

3. Acordo de leniência

O acordo de leniência é espécie de ato jurídico convencional entre uma autoridade pública administrativa e o colaborador que associa uma técnica de investigação e um meio de defesa (Estudo técnico do MPF 01/2017, p. 49).⁷ Consiste no reconhecimento e na confissão de práticas irregulares lesivas ao interesse público pelo agente, pessoa física ou jurídica, que delas se beneficiou. Este, ao colaborar com o Estado, permite que a autoridade pública obtenha relevantes informações e provas, com a correlata identificação de materialidade e autoria, atinentes a atos ilícitos cometidos, os quais podem ser sancionados, com reflexos em diferentes esferas de controle e responsabilização estatal. Refere-se a um instrumento de negociação em que o particular enfrenta os riscos da sua confissão com intuito de contribuir com o Estado no exercício das suas funções repressoras (MARRARA, 2015, p. 512).

Por ser mecanismo para que a autoridade pública tem acesso a provas que contribuem na instrução processual e punição de outros agentes envolvidos, são oferecidos benefícios aos colaboradores em troca de sua contribuição. Nesse contexto, denota-se que o direito administrativo sancionador está se amoldando aos tempos atuais, admitindo que instrumentos de consensualidade contribuam com eficiência e agilidade na promoção do interesse público na busca de desestruturar organizações criminosas e os crimes por ela praticados.

Desse modo, pode-se afirmar que a leniência é um instituto de duas faces. De um lado, consiste em instrumento especial de investigação, que permite que o Estado recorra a uma colaboração ativa do infrator — que antes de uma investigação ou durante seu curso, traga informações relevantes e inéditas sobre práticas delitivas, sua autoria e materialidade, além da indicação de meios probatórios —, e, de outro, o próprio colaborador que busca por intermédio de sua delação, meio para se eximir ou ao menos diminuir sua pena.

⁷ Estudo sobre inovações da Lei nº 12.846/2013 - a Lei anticorrupção (LAC) -, e seus reflexos no denominado microssistema anticorrupção brasileiro, com destaque para a adoção de instituto negocial e da ótica da consensualidade no âmbito sancionador, consubstanciada na incorporação normativa do acordo de leniência.

No Brasil, o programa de leniência foi instituído pela Lei 10.149/2000, no âmbito da legislação antitruste, que previa que a União, por intermédio da extinta Secretaria de Direito Econômico do Ministério da Justiça – SDE/MJ, seria a autoridade competente para celebrar o acordo.

Apenas em 30 de novembro de 2011, com a Lei 12.529, que o programa se tornou mais atrativo, pois as alterações legislativas trazidas ampliaram o alcance de sua aplicação, estabelecendo a competência do próprio CADE, por intermédio Superintendência-Geral (SG), para celebração dos acordos (CORDEIRO & SANT`ANA, 2019).

A experiência positiva do programa levou com que o instituto da leniência, fosse difundida no ordenamento jurídico nacional. Diante de diversos problemas enfrentados pelo Brasil em consequência da corrupção e em meio a forte clamor social, o Congresso Nacional aprovou a Lei Anticorrupção (Lei nº 12.846/2013), que instituiu o acordo de leniência relativo a ilícitos administrativos caracterizados como corrupção e fixou que a Controladoria-Geral da União seria o órgão competente para celebrá-lo, na âmbito do poder executivo federal. Além disso, foi aprovada a Lei das Organizações Criminosas (Lei nº 12.850/2013), que permitiu a celebração de acordo de colaboração premiada para pessoas físicas, e serviu de base para a celebração de acordos de leniência com pessoas jurídicas no Ministério Público.

Em 2017, foi promulgada a Lei sobre Crimes no Sistema Financeiro Nacional (Lei nº 13.506/2017), que instituiu o programa de leniência no âmbito do Banco Central e da Comissão e Valores Mobiliários (CORDEIRO & SANT`ANA, 2019, p. 3).

3.1 Colaboração premiada

Inicialmente, faz-se necessário esclarecer que o acordo de leniência não pode ser confundido com a delação premiada, apesar de ambos serem espécie do gênero colaboração premiada.

O instituto da colaboração premiada é mais amplo do que o acordo de leniência e a delação premiada. Nos dois últimos deve ocorrer, além da confissão de culpa, a indicação dos terceiros que também cometeram o crime, ou seja, deve o colaborador delatar outros participantes da conduta proibida. Na colaboração premiada, o acusado assume a culpa, mas tem a liberdade de não incriminar terceiros, mostrando apenas onde se encontra o objeto do crime.

Nesse sentido Luiz Flavio Gomes (2008, p. 227) afirma que:

Não se pode confundir delação premiada com colaboração premiada. Esta é mais abrangente. O colaborador da justiça pode assumir a culpa e não incriminar outras pessoas (nesse caso, é só colaborador). Pode, de outro lado, assumir a culpa (confessar) e delatar outras pessoas (nessa hipótese é que se fala em delação premiada). Em outras palavras: a delação premiada é uma das formas de colaboração com a justiça.

A delação premiada é um negócio jurídico processual utilizado como instrumento de obtenção de prova, tendo por objetivo a cooperação do acusado para a investigação do processo criminal conferindo sanção premial a ser atribuída a essa colaboração. É uma técnica especial de investigação em que o coautor da infração penal, além de confessar seu envolvimento no fato delituoso, fornece informações objetivamente eficazes para a consecução de um dos objetivos previstos em lei e recebe em troca um prêmio legal (LIMA, 2015, p. 524).

Cezar Roberto Bitencourt (2012, p. 714) esclarece que a delação premiada “consiste na redução de pena o delinquente que delatar seus comparsas, concedida pelo juiz na sentença final condenatória, desde que sejam satisfeitos os requisitos que a lei estabelece.” Trata-se, portanto, de um instituto no qual o agente reconhece sua participação criminosa na conduta ilícita investigada e auxilia nas investigações identificando os coparticipes.

Sobre o paralelismo desses institutos, afirmam Fidalgo e Canetti (2015, p. 267):

Neste sentido, percebe-se que o paralelismo entre a ratio que norteia a colaboração em meio ao processo penal, e aquela que fundamenta os acordos de leniência do Direito Administrativo Sancionador; em ambos, o que se busca é aumentar a carga de eficiência das investigações dos ilícitos que, por sua complexidade e nível de organização, oferecem dificuldades ao deslinde tão somente através da atuação do Poder Público.

Nota-se que o instituto do acordo de leniência tem relação de proximidade com a delação premiada utilizada na esfera penal tendo em vista que ambos possuem como finalidade garantir a efetividade das investigações.

3.2 Acordo de leniência antitruste

3.2.1. A origem do acordo de leniência antitruste e a importância da previsibilidade para seu êxito

O acordo de leniência foi instituído em 1978 pelo Departamento de Justiça Americano em que permitiu aos indivíduos envolvidos em atividades antitrustes ilegais receberem anistia de sanções governamentais. Ele teve por base legal o *Sherman Antitrust Act* de 1890, que definiu o que seria a prática do Cartel e qual o órgão responsável pela aplicação do programa, o Departamento de Justiça estabeleceu a Política de Leniência para Corporações e para Indivíduos (BARNETT & HAMMOND, 2008, p. 1).

Para celebração do acordo de leniência, era necessário que a empresa colaborasse antes do início das investigações e fosse a primeira do cartel a delatar. Entretanto, mesmo colaborando, as empresas não tinham garantia que receberiam a anistia. As empresas dependiam da discricionariedade do Departamento de Justiça. O receio de punições e a falta de previsibilidade do programa gerava insegurança para os candidatos do acordo, que temiam não receber qualquer benefício (JOSEPH E. HARRINGTON, 2008, p. 215).

O triunfo do Programa de Leniência norte-americano ocorreu após a revisão do instituto em 1993, quando o Departamento de Justiça possibilitou que a anistia fosse concedida mesmo quando uma investigação tivesse sido iniciada. Além disso, essa alteração previu que os benefícios do acordo poderiam ser concedidos automaticamente, desde que os colaboradores cumprissem todos os requisitos para sua concessão. Desse modo, o deferimento da leniência deixa de ser um mero ato discricionário para ato vinculado (JOSEPH E. HARRINGTON, 2008, p. 246).

Antes dessa alteração no programa, o Departamento de Justiça celebrava em média 1 (um) acordo de leniência por ano. Após a reformulação em 1993, passou a ser celebrado ao menos 1 (um) por mês (MOTCHENKOVA, 2004, p. 2). Nota-se que as incertezas quanto aos efetivos benefícios do programa foi fator determinante para o êxito do instituto, que conseguiu demonstrar em números que a clareza e segurança do benefício é fator de estímulo pra novos colaboradores.

Desse modo, demonstra-se que a previsibilidade e clareza do programa foi o pilar essencial para a estruturação de um efetivo programa de leniência antitruste americano, pois o tornou mais atrativo e seguro.

3.2.2. *O acordo de leniência antitruste e seus requisitos no Brasil*

A Lei 12.529/2011, conhecida como a Lei de Defesa da Concorrência, prevê o acordo de leniência em seus artigos 86 e 87 em que estabelece que o CADE, por intermédio de sua Superintendência-Geral (SG), pode celebrar acordo de leniência com

peças físicas e jurídicas que sejam autoras de infrações contra legislação antitruste e, os colaboradores, no que lhe concerne, poderão ter a extinção, ou a redução de um a dois terços da pena.⁸

O acordo de leniência Antitruste pode ser aplicado às infrações previstas no artigo 36 da Lei n.º 12.529/2011. Em sua maioria, os acordos são celebrados em relação a prática de cartel, ou seja, quando existe acordo entre concorrentes para, principalmente, fixar preços ou quotas de produção, dividir clientes e mercados de atuação, bem como combinar preços e ajustar vantagens em concorrências públicas e privadas. Nesse contexto, estabelece o parágrafo terceiro, do art. 36, da Lei n.º 12.529/2011:

§ 3º As seguintes condutas, além de outras, na medida em que configurem hipótese prevista no caput deste artigo e seus incisos, caracterizam infração da ordem econômica: I - acordar, combinar, manipular ou ajustar com concorrente, sob qualquer forma: a) os preços de bens ou serviços ofertados individualmente; b) a produção ou a comercialização de uma quantidade restrita ou limitada de bens ou a prestação de um número, volume ou frequência restrita ou limitada de serviços; c) a divisão de partes ou segmentos de um mercado atual ou potencial de bens ou serviços, mediante, dentre outros, a distribuição de clientes, fornecedores, regiões ou períodos; d) preços, condições, vantagens ou abstenção em licitação pública;

Segundo a Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico (OCDE, 2002), os cartéis geram um sobrepreço estimado entre 10 e 20%, se comparado ao preço em um mercado competitivo, causando perdas anuais de centenas de bilhões de reais aos consumidores.

Para que os benefícios sejam concedidos, é preciso que o colaborador contribua com as investigações de maneira efetiva, sendo necessário que cumpra alguns requisitos, quais sejam: a) ser o primeiro a se qualificar com relação à conduta ilícita; e b) cessar completamente o seu envolvimento; c) no momento da propositura do acordo a Superintendência-Geral não disponha de provas suficientes para assegurar a condenação da empresa ou pessoa física; d) que o colaborador, pessoa física ou jurídica, coopere plena e permanentemente com as investigações e com o processo administrativo; e) que essa cooperação resulte na identificação dos demais envolvidos juntamente com documentos que comprovem a conduta ilícita.

⁸ CADE. Guia do Programa de Leniência Antitruste do CADE. 2017. Disponível em: < http://www.cade.gov.br/acesso-a-informacao/publicacoes-institucionais/guias_do_cade/guia_programa-de-leniencia-do-cade-final.pdf. Acesso em: 1 jun. 2020.

Desse modo, o CADE, através da Superintendência Geral, não pode dispor de provas suficientes para assegurar a condenação da empresa ou pessoa física no momento em que propõe o acordo de leniência, já que é um benefício concedido ao agente que colaborar efetivamente com as investigações. Ou seja, se já há provas, não existe razão para a proposição do acordo, pois este oferece imunidade, total ou parcial, em relação às penas administrativas e criminais aplicáveis⁹, observados certos requisitos descritos acima que são cumulativos (CADE, 2017, p. 24).

3.2.3. Justificativas para a elaboração de um efetivo programa de leniência

O Programa de Leniência Antitruste brasileiro vem sendo aplicado há quase duas décadas, e traz como um de seus desafios, desvendar características intrínsecas de uma infração contra à ordem econômica, especialmente o cartel, normalmente estruturado por empresas e pessoas que conhecem muito bem o sistema investigativo e sabem os meios para que sua conduta colusiva não seja descoberta.

O rompimento de delitos organizacionais é tarefa complexa, que envolve a custosa e improvável identificação de atuação ilícita coordenada e organizada, com liame de confiança e sigilo as pessoas envolvidas. Por isso, o instrumento de consensualidade encerrado no acordo de leniência é algo mais que uma simples confissão, já que exige entrega de dados sensíveis sobre as próprias condutas e de terceiros bem como indicação e fornecimento de provas e de caminhos probatórios.

Algumas vezes condutas anticompetitivas podem ser denunciadas por consumidores ou outros entes ligados ao mercado afetado, mas dificilmente conseguem meios eficientes de provas necessárias para uma eventual condenação. A partir dessa reflexão, surge a principal justificativa para um efetivo programa de leniência, pois sem este instituto seria muito mais difícil a descoberta de certas condutas ilegais.

O programa de leniência é um dos instrumentos mais eficazes para detectar, investigar, coibir e, conseqüentemente combater a prática de carteis. Além disso, pode-se dizer que esse instituto deflagra um efeito preventivo geral, ou seja, ao oferecer benefícios

⁹ Art. 87. Nos crimes contra a ordem econômica, tipificados na [Lei nº 8.137, de 27 de dezembro de 1990](#), e nos demais crimes diretamente relacionados à prática de cartel, tais como os tipificados na [Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993](#), e os tipificados no [art. 288 do Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 - Código Penal](#), a celebração de acordo de leniência, nos termos desta Lei, determina a suspensão do curso do prazo prescricional e impede o oferecimento da denúncia com relação ao agente beneficiário da leniência.

ao “infrator-amigo”, o Estado introduz um vírus de instabilidade nas relações entre potenciais infratores. Desse modo, além de se deparar com a investigação e a Estatal, o infrator passa a contar com a incerteza do comportamento dos próprios comparsas (MARRARA, 2013).

Athayde (2019, pp. 30-62) apresenta sete justificativas que demonstram a importância do Programa de Leniência:

- i. Detecção de práticas ilícitas, sendo essa uma das principais justificativas para o programa, sendo este um dos principais objetivos do programa de leniência. A própria OCDE¹⁰ reconhece que o principal objetivo dos programas de Leniência é descobrir ilícitos, que de outra maneira, não poderiam ser descobertos.
- ii. Obtenção de provas, que apesar de ter relação direta com a primeira, merece destaque pois o programa de leniência é um instrumento eficaz para obtenção de provas, tendo em vista que o proponente do acordo terá que comprovar seus argumentos por intermédio de provas documentais que serão analisados pelo CADE.
- iii. Eficiência e efetividade investigativas, isso porque as autoridades administrativas demandariam tempo e esforço para conseguir chegar as provas capazes de comprovar atividades anticompetitivas.
- iv. Cessação da infração, tendo em vista que o proponente do acordo é obrigado a cessar suas práticas ilegais, como um dos requisitos para que sua proposta seja considerada aceita pela Superintendência Geral do CADE.
- v. Sanção aos demais infratores que não são colaboradores do Acordo de leniência.
- vi. Reparação e ressarcimento dos danos, pois em alguns casos o programa garante que os agentes envolvidos sejam obrigados a reparar os danos causados por sua prática colusiva.
- vii. Dissuasão de práticas ilícitas futuras, pois o programa insere incertezas para os participantes do conluio e certa desconfiança entre os membros das práticas anticompetitivas.

Portanto, pode-se afirmar que o programa de leniência é um instrumento necessário para investigar/punir práticas anticompetitivas que de outro modo não poderiam ser descobertas, fazendo com que o Estado sancionador seja mais eficiente.

3.2.4. Benefícios do acordo de leniência Antitruste

¹⁰ OCDE. *Use of markers in leniency programmes*. 2014. Disponível em: [http://www.oecd.org/officialdocuments/publicdisplaydocumentpdf/?cote=DAF/COMP/WP3\(2014\)9&doclanguage=en](http://www.oecd.org/officialdocuments/publicdisplaydocumentpdf/?cote=DAF/COMP/WP3(2014)9&doclanguage=en). Acesso em: 9 jun. 2020.

O acordo de leniência pode ser celebrado por pessoa física ou jurídica e, na esfera administrativa, o candidato poderá obter a extinção da ação punitiva da administração pública quando a leniência é total ou da redução da penalidade aplicável quando é parcial. A diferença está no fato de que na leniência parcial prevista no art. 86, §4º da Lei n.º 12.529/2011, a Superintendência-Geral já tinha “conhecimento prévio” sobre a conduta, o que comporta a redução de um a dois terços da penalidade aplicável, a depender da efetividade da colaboração prestada e da boa-fé do infrator no cumprimento do acordo de leniência.

Na esfera criminal, a celebração do termo do acordo de leniência determina a suspensão do curso do prazo prescricional e, impede, o oferecimento da denúncia com relação ao indivíduo beneficiário da leniência em relação aos crimes previstos na Lei de Crimes Contra a Ordem Econômica (Lei nº 8.137/1990), e nos relacionados à prática de cartel, como os tipificados na Lei Geral de Licitações (Lei n.º 8.666/1993) e no artigo 288 do Código Penal (associação criminosa), nos termos do artigo 87, *caput* da Lei nº 12.529/2011.

3.2.5. *Fases da Negociação do acordo de leniência antitruste*

Segundo o Guia do Programa de Leniência do CADE, as negociações de um acordo de leniência antitruste são divididas em três fases: a fase do pedido de senha (“*marker*”); fase de apresentação de informações e documentos que comprovem a infração noticiada ou sob investigação; e fase de formalização do acordo de leniência (CADE, 2017).

Athayde acrescenta duas fases a negociação: fase da publicação e a cumprimento do acordo de leniência (ATHAYDE, 2019, p. 119).

O pedido de senha (“*marker*”) é o ato inicial, em que o colaborador do acordo de leniência entra em contato com a Superintendência-Geral e informa sobre o interesse em propô-lo. Devido as vantagens em ser o primeiro a participar do programa, existe uma certa “corrida” entre os participantes da conduta para contatar a autoridade antitruste reportando a infração e, com isso, ser o primeiro a se candidatar aos benefícios do acordo de leniência (CADE, 2017, p. 24).

Caberá a Superintendência-Geral avaliar se há disponibilidade de senha (“*marker*”). Entretanto, precisará de quatro informações essenciais, previstas no Art. 201 do RICADE:

- I. “Quem?”: a qualificação completa do proponente do Acordo de leniência, bem como a identidade dos outros autores conhecidos da infração denunciada. Em regra, portanto, não é possível verificar a disponibilidade da senha de forma anônima;
- II. “O que?”: os produtos ou serviços afetados pela infração denunciada;
- III. “Quando?”: a duração estimada da infração denunciada, quando possível;
- IV. “Onde?”: a área geográfica afetada pela infração denunciada. Na hipótese de um cartel internacional, deve ser informado que a conduta tem o potencial de gerar efeitos no Brasil, nos termos do art. 2º, *caput* da Lei n.º 12.529/2011 (CADE, 2017, p. 25).

Em suma, a Superintendência vai verificar se: i. houve pedido de senha anterior por parte de outra empresa ou pessoa física; ii. houve negociação de acordo de leniência em andamento com outra empresa ou pessoa física; iii. possui conhecimento prévio sobre a conduta - se houver, a SG/CADE verificará se dispõe de provas suficientes para assegurar a condenação da empresa ou pessoa física envolvida na infração, ou se há a possibilidade de negociar uma Leniência Parcial; iv. Por fim, se há acordo de leniência assinado com outra empresa ou pessoa física, com ou sem a instauração de Inquérito, ou Processo Administrativo (CADE, 2017, pp. 26-28).

Caso sejam cumprido esses requisitos, serão iniciadas as negociações com o proponente do acordo de leniência. Vale ressaltar que a concessão de senha por si só não garante ao proponente nenhum dos benefícios da celebração do acordo de leniência.

Após a concessão da senha, inicia-se a segunda fase em que a SG/CADE indica o prazo para que o colaborador apresente a sua “proposta de acordo de leniência”. Para sua efetiva colaboração o proponente deve indicar, necessariamente todas as informações previstas nos arts. 242, 243 e 234 do Regimento Interno do CADE (RICADE).¹¹

Nesse momento, começa a fase de negociação *stricto sensu* em que o proponente deve fornecer informações detalhadas e documentos a respeito da prática denunciada devendo agir com boa-fé e não pode ocultar ou dissimular informações. Ou seja, o

¹¹ Os artigos arts. 242, 243 e 234 do RICADE, prevê que o proponente deverá oferecer as seguintes informações. I. sua qualificação completa; II. o detalhamento da infração notificada ou sob investigação; III. a identificação dos outros autores da infração notificada ou sob investigação; IV. os produtos ou serviços afetados; V. a área geográfica afetada; VI. a duração estimada da infração notificada ou sob investigação; VII. uma descrição das informações e dos documentos que serão apresentados por ocasião da assinatura do Acordo de leniência; VIII. informação sobre outras propostas de Acordos de Leniência sobre a mesma prática apresentadas em outras jurisdições, salvo vedação para tanto por parte da autoridade estrangeira; IX. que foi orientado a respeito de seus direitos, garantias e deveres legais; X. que foi orientado a se fazer acompanhar de advogado; XI. que está ciente de que o não atendimento às determinações da Superintendência-Geral do CADE implicará a desistência da proposta de Acordo de leniência.

proponente do acordo de leniência deve apresentar à SG/CADE as informações do modo mais completo possível, sem ilações inverídicas, pois é requisito para que sua proposta seja admitida (CADE, 2017, p. 32).

Nota-se, portanto, que não basta que o colaborador denuncie as práticas delituosas, mas deve comprovar, por intermédio de documentos, mensagens eletrônicas, entre outros meios de provas, que confirmem o que por ele foi denunciado no momento que propôs o acordo de leniência. Desse modo, o acordo de leniência será baseado em critérios objetivos. Se a SG/CADE fizer uma análise positiva, em relação aos documentos apresentados, a proposta será considerada completa e inicia-se a fase de formalização do acordo de leniência (CADE, 2017, p. 38).

Na terceira fase se iniciará a formalização do acordo de leniência. Para que isso ocorra, o Guia do Programa de leniência aponta que o proponente deverá providenciar a autenticação de documentos, tradução juramentada, consularização dos que forem estrangeiros, zelar pelo manuseio dos arquivos eletrônicos, e posteriormente, comparecer para a assinatura do acordo de leniência (CADE, 2017, p. 40).

Nessa fase, inicia-se também o contato com o Ministério Público, que participa como interveniente do acordo, o que confere maior segurança jurídica aos seus signatários e facilita a investigação criminal do cartel (ATHAYDE, 2019, p. 136).

Com a assinatura do acordo de leniência antitruste, poderá ser instaurado o inquérito ou processo administrativo, para melhor apuração e corroboração dos delitos noticiados. Além disso, poderão ser determinadas diligências para melhor instrução processual, como pedido de busca e apreensão.

A quarta fase trata da publicização ou não do acordo de leniência Antitruste. Uma vez assinado o acordo de leniência, a Superintendência Geral do CADE passará a fase de investigação. Trata-se de um procedimento de caráter inquisitivo, que tem por intuito reforçar a narrativa trazida pelo delator, através da coleta de novas provas, explorando caminhos indicados na confissão (PEREIRA NETO & CASAGRANDE, 2016, pp. 186-187).

Entretanto, para melhor êxito do acordo de leniência os documentos probatórios e a identidade de seus signatários serão de acesso restrito, salvo se houver decisão judicial em sentido contrário (CADE, 2017, p. 49).

Rufino (2016, p. 60) destaca que “Um cartel que toma conhecimento de apuração em curso, sobretudo uma que envolva o fornecimento direto de informações por um dos

seus partícipes, terá todos os incentivos de se proteger através da destruição de provas e do reforço de laços entre os infratores acuados, dificultando o avanço das investigações”.

Os representados no Procedimento Administrativo terão acesso a identidade dos signatários e das informações e documentos relacionados ao acordo, para o exercício apenas do seu contraditório e ampla defesa (art. 50 § 1º, do RICADE).

Segundo Athayde (2019, p. 136) a quinta fase retrata a declaração de cumprimento ou não do acordo de leniência. Essa análise será feita pelo próprio CADE em dois momentos: o primeiro por intermédio do parecer da Superintendência Geral, que opina pelo cumprimento integral ou não do acordo; e o segundo que se trata do julgamento do caso pelo Conselho do CADE, que exerce controle do ato praticado pela SG/CADE, e a quem cabe homologar o Acordo.

Por fim, nesse tópico faz-se necessário fazer breves considerações sobre o acordo de leniência plus, previsto no art. 86, §§7º e 8º da Lei n.º 12.529/2011 c/c art. 209 do RICADE, que prevê a possibilidade de um benefício de redução em um terço da penalidade aplicável à pessoa física ou jurídica que fornecer informações acerca de um novo cartel sobre o qual a Superintendência-Geral não tinha conhecimento prévio, desde que esses mesmos, sejam representados no acordo de leniência originário (CADE, 2017, p. 55).

3.2.6. Objetivos dos signatários do acordo de leniência

Como demonstrado, existe uma corrida entre os proponentes do acordo de leniência. Se existe uma disputa para concorrer ao primeiro lugar, pode se dizer que existe oposição entre os proponentes mesmo que esses sejam comparsas?

Em uma corrida de Fórmula 1, por exemplo, os participantes podem pertencer à mesma equipe, mesmo assim, se disputarem o primeiro lugar apenas um deles terá o pódio, e o outro, no que lhe concerne, terá o segundo, e não será campeão do grande prêmio. É o que ocorre no Programa de Leniência Antitruste, pois apenas os primeiros a proporem o acordo de leniência terão como troféu os benefícios integrais na esfera administrativa e criminal, quando cumpridos os requisitos legais.

Uma pessoa física ou jurídica que no decorrer de vários anos recebeu diversos benefícios de um cartel, só se oporia aos outros membros de seu conluio se o benefício que vier receber valer muito a pena. Por isso, a única meta do proponente do acordo é receber, em contrapartida, a extinção da ação punitiva da administração pública nos

termos do art. 86, § 4º, I, da Lei 12.529/2011, e suas possíveis repercussões na esfera criminal, sendo este seu troféu de ouro, ou ao menos, a redução de dois terços da pena aplicada, conforme previsto no art. 86, §4º, II, da Lei 12.529/2011, sendo este o troféu de prata ou bronze.

Por mais simples que se demonstre o exemplo, é evidente a existência de interesses conflitantes entre os membros da atividade colusiva. Entretanto, o proponente do acordo deixará o papel de mero representado no processo para ter a força de uma testemunha de acusação, que só receberá seu benefício se seu testemunho for fidedigno e irreparável nos termos legais.

Desse modo, pode-se concluir que quando o delator se propõe a colaborar num acordo de leniência, inicialmente ele faz uma reflexão sobre o custo-benefício que essa posição irá lhe oferecer, pois terá que se opor a todos os seus comparsas, para conseguir afastar ou minorar uma possível condenação.

4. Previsão legal sobre as alegações finais no CADE

O art. 39 da revogada Lei 8.884/94 dispunha que

“(…) a instrução processual, o representado será notificado para apresentar alegações finais, no prazo de cinco dias, após o que o Secretário de Direito Econômico, em relatório circunstanciado, decidirá pela remessa dos autos ao CADE para julgamento, ou pelo seu arquivamento (...)”.

Atualmente tal matéria é regulada diretamente por intermédio do art. 155¹² do Regimento Interno do CADE e pelo art. 73, *caput*, da Lei nº 12.529/2011¹³, nos quais preveem o prazo comum de 5 (cinco) dias úteis para todos os representados apresentarem novas alegações.¹⁴

¹² “Art. 155. Em até 5 (cinco) dias úteis da data de conclusão da instrução processual, a Superintendência-Geral notificará o representado para apresentar suas alegações, no prazo de 5 (cinco) dias úteis.”

¹³ Lei nº 12.529/2011: Art. 73 - Em até 5 (cinco) dias úteis da data de conclusão da instrução processual determinada na forma do art. 72 desta Lei, a Superintendência-Geral notificará o representado para apresentar novas alegações, no prazo de 5 (cinco) dias úteis.

¹⁴ O § 1º desse artigo, estabelece o procedimento a ser adotado pela Superintendência Geral: “Em até 15 (quinze) dias úteis contados do decurso do prazo previsto no caput, com ou sem manifestação do representado, a Superintendência-Geral remeterá os autos do processo ao Presidente do Tribunal, opinando, em relatório circunstanciado, pelo seu arquivamento ou pela configuração da infração”.

Contudo o art. 76, caput, da Lei 12.529/11, prevê a possibilidade da abertura de novo prazo para apresentar alegações finais, quando houver instrução complementar após o parecer da SG e antes do julgamento do processo. Observe *in verbis*:

Art. 76. O Conselheiro-Relator poderá determinar diligências, em despacho fundamentado, podendo, a seu critério, solicitar que a Superintendência-Geral as realize, no prazo assinado.

Parágrafo único. Após a conclusão das diligências determinadas na forma deste artigo, o Conselheiro-Relator notificará o representado para, no prazo de 15 (quinze) dias úteis, apresentar alegações finais.

Note-se que o aludido dispositivo prevê certa discricionariedade para o Relator solicitar novas diligências, além de, ao seu critério, pedir que a Superintendência Geral as realize. Entretanto, se houver o pedido de novas diligências, o conselheiro-Relator “notificará” a parte para que apresente alegações finais, não havendo, a princípio, qualquer outra exceção.

4.1. Estudo de casos

A tabela a seguir apresentará relação dos casos públicos decorrentes de acordos de leniência, julgados pelo Conselho Administrativo de Defesa da Concorrência – CADE, a partir do ano 2007, demonstrando se o prazo de apresentação de alegações finais para as partes, proponentes e não proponentes do acordo de leniência, foram concomitantes.

NÚMERO DO PROCESSO ADMINISTRATIVO	CASO	DATA DO ACORDO	JULGADO EM:	TEMPO DE TRAMITAÇÃO	NOVAS ALEGAÇÕES	
					MESMO PRAZO	DIFERIDA
1 08012.001826/2003-10	Cartel dos Vigilantes do Rio Grande do Sul	09.10.2003	21.09.2007	3 anos e 11 meses	X	
2 08012.004702/2004-77 08012.007818/2004-68	Cartel Internacional dos Peróxidos	06.05.2004	09.05.2012 16.07.2015	8 anos	X	
3 08012.011027/2006-02 08012.000084/2010-34	Cartel Internacional de Cargas Aéreas	21.12.2006	28.08.2013 2014	6 anos e 6 meses	X	
4 08012.010932/2007-18 08012.001127/2010-07	Cartel Internacional de Mangueiras Marítimas	13.08.2007	25.02.2015 04.04.2016	7 anos 5 meses	X	
5 08012.001029/2007-66	Cartel Internacional de Perborato de Sódio	11.09.2006	25.02.2016	9 anos e 4 meses	X	
6 08012.000820/2009-11	Cartel Internacional dos Compressores	30.01.2009	16.03.2016	7 anos e 1 mês	X	

7	08012.000773/2011-20* ¹⁵	Cartel Internacional de TPE	17.12.2010	31.08.2016	5 anos e 7 meses	Inconclusivo*	
8	08012.000774/2011-74 08700.009161/2014-97	Cartel de Plásticos ABS	17.12.2010	14.09.2016	5 anos e 9 meses	X	
9	08012.005930/2009-79	Cartel internacional de CRT	29.07.2009	09.11.2016	7 anos e 2 meses	X	
10	08012.005255/2010-11	Cartel internacional de Placas de Memória (DRAM)	24.11.2011	23.11.2016	5 anos	X	
11	08700.004631/2015-15	Cartel de Airbags, Cintos de Segurança e Volantes	29.06.2015	06.09.2017	2 anos e 1 mês	X	
12	08012.006130/2006-22	Cartel de Manutenção Predial	23.06.2006	06.11.2017	11 anos 3 meses	X	
13	08700.004627/2015-49	Cartel de Rolos Cerâmicos Refratários	29.06.2015	22.11.2017	2 anos e 4 meses	X	
14	08700.008005/2017-51**	Cartel de Sistemas Térmicos Automotivos	24.05.2012	13.12.2017	5 anos e 5 meses	Não Aplicável	
15	08700.008004/2017-15**	Cartel no Mercado Automotivo	24.05.2012	13.12.2017	5 anos e 5 meses	Não Aplicável	
16	08012.001255/2006-66 08700.000738/2016-67 08700.000739/2016-10	Cartel de Laranjas	12.01.2006	28.02.2018	12 anos e 1 mês	X	
17	08012.002812/2010-42	Cartel de Recarga Eletrônica para Celulares Pré-pagos	12.03.2010	13.06.2018	8 anos e 2 meses	X	
18	08700.004629/2015-38 08700.004629/2015-38	Cartel no mercado nacional de amortecedores (independent aftermarket – “aftermarket IAM”)	24.09.2015	13.06.2018 e 24.04.2019	2 anos e 7 meses	Não foram intimados.	
19	08012.001376/2006-16 08012.001376/2006-16 08012.001377/2006-52	Cartel de Gas Insultraed Switchgear (GIS)	11.11.2005	08.08.2018	12 anos e 7 meses	X	
20	08012.002414/2009-92	Cartel de Tubos para imagem colorida (CPT)	12.12.2008	22.08.2018	9 anos e 6 meses	X	
21	08012.010338/2009-99 08012.002414/2009-99	Cartel de Tubos para display colorido (CDT)	12.12.2008	22.08.2018	9 anos e 6 meses	X	
22	08012.001395/2011-00	Cartel internacional com efeitos no Brasil, no mercado de unidades de discos ópticos (ODDs)	18.03.2010	30.01.2019	8 anos e 8 meses	X	
23	08700.003735/2015-02	Cartel no mercado nacional e internacional de sistemas de direção assistida elétrica (EPS).	24.04.2015	13.02.2019	3 anos e 8 meses	X	
24	08012.001377/2006-52	Cartel no mercado de comercialização de produtos destinados à	11.11.2005 03.12.2008 02.09.2010	13.02.2019	13 anos e 2 meses	X	

¹⁵ Nos processos marcados com a sigla (*) não foi possível identificar o procedimento e o prazo para alegações finais para as partes representados, pois eles continuam em segredo de justiça.

	08012.001376/2006-16	transmissão e distribuição de energia elétrica.					
25	08012.011980/2008-12	Cartel no mercado de transistores de película fina para painéis de cristal líquido (thin film transistor liquid crystal display – TFT-LCD).	17.12.2010	27.02.2019	8 anos e 2 meses	Não foram intimados	
26	08700.010320/2012-34	Cartel no segmento IAM do mercado nacional de para-brisas (braços e palhetas)	24.05.2012	26.06.2019	7 anos	X	
27	08700.004617/2013-41	Cartel em licitações públicas relativas a projetos de metrô e/ou trens e sistemas auxiliares	22.05.2013	08.07.2019	6 anos e 1 mês	X	
28	08700.009167/2015-45	Cartel internacional, com efeitos no Brasil, no mercado de substratos de cerâmica	17.12.2015	16.10.2019	3 anos e 8 meses	X	
29	08012.003970/2010-10	Cartel no mercado internacional de fabricação e venda de cabos subterrâneos e submarinos	17.02.2010	15.04.2020	10 anos e 1 mês	X	
30	08700.002904/2017-41	Cartel no mercado "aftermarket" das peças automotivas válvulas para motor, guias de válvulas e assentos de válvulas	19.06.2017	18.03.2020	2 anos e 7 meses	X	
31	08700.006681/2015-29	Cartel no mercado nacional de silicatos.	23.10.2012	Em tramitação			X
NÚMERO DE PROCESSOS COM MESMO PRAZO						25	1

16

Apesar da dificuldade de demonstrar de maneira precisa a quantidade de processos em que as partes foram intimadas para apresentar alegações finais concomitantes, por causa do sigilo que alguns processos tramitam, pode-se afirmar que em pelo menos 25 processos, dos 31 analisados, a intimação dos signatários e não signatários do acordo de leniência, para apresentar suas novas alegações, perante a Superintendência Geral, foi concomitante, não havendo prazo diferenciado para o representado não signatário do acordo apresentar suas alegações. Apenas no item 31, a Superintendência-Geral, intimou os representados, não signatários do acordo de leniência, para que apresentassem suas alegações com prazo diferido, ou seja, posterior às alegações dos signatários.

4.2. Acordo de leniência com prazo diferido para os não signatários

¹⁶ Nos processos marcados com a sigla (**) foram instaurados apenas para apurar o cumprimento do acordo de leniência.

No item 31, em que o CADE apura suposto cartel no mercado nacional de silicatos, a SG ofereceu prazo diferido aos representados não signatários do acordo de leniência, nos seguintes termos:

Decido pelo encerramento da fase instrutória ficando os Beneficiários de Leniência e/ou Compromissários de TCC notificados para apresentação de alegações no prazo de 05 (cinco) dias úteis a contar da publicação deste Despacho. Passado este prazo, ficam os demais Representados notificados para apresentação das alegações no prazo de 05 (cinco) dias úteis, nos termos do art. 73 da Lei nº 12.529/2011 c.c. art. 155 do Regimento Interno do Cade, a fim de que, em seguida, a Superintendência-Geral profira suas conclusões definitivas acerca dos fatos.¹⁷

Trata-se de uma postura diferenciada da Superintendência Geral do CADE demonstrando que existe a possibilidade de adequação de seu procedimento em permitir que as partes não signatárias do acordo de leniência tenham direito de falar por último na instrução processual, adequando-se a tese fixada pelo STF de que “é direito do acusado delatado apresentar as alegações finais após o acusado delator (MORAES, HC 166.373/PR, 2019).”

A partir dessas reflexões, chega-se ao cerne do presente trabalho que é responder se no processo administrativo sancionador, decorrente de acordo de leniência antitruste, o representado – não signatário do acordo – tem direito de falar por último. Para concluir esse questionamento, faz-se necessário voltar nos institutos do devido processo legal, do contraditório e da ampla defesa, que foram os princípios que nortearam a decisão do STF sobre o direito do contraditório diferido pelos não delatores no processo criminal.

5. Conclusão

No presente trabalho, estudou-se a importância do programa de leniência e o quão relevante tem sido esse instituto como instrumento eficaz utilizado para detectar, investigar e coibir condutas que visam prejudicar a competitividade entre as empresas e o bem-estar social.

¹⁷ DESPACHO Nº 64, DE 24 DE JANEIRO DE 2020. Superintendência Geral do CADE. Cartel no mercado nacional de silicatos. Processo Administrativo: 08700.006681/2015-29. Disponível em: https://sei.cade.gov.br/sei/modulos/pesquisa/md_pesq_processo_exibir.php?K0Xi3eEqJC73dCc3G_MH5w73G76ivtXYDDG65Jr7vK4fhNNdRnnFDgAfJTIfRn8_ywCudV1gCNGrQiNgXFACneqeDJTVOT11LSRJHYLg0Y_nsnLLdXUu0HmXqaiNZVk0. Acesso em: 02.07.2020.

Verificou-se que os mais variados setores no mercado nacional e internacional, são passíveis de condutas colusivas que podem afetar diretamente a concorrência brasileira, pois prejudicam seriamente os consumidores ao aumentar preços e restringir a oferta, tornando os bens e serviços mais caros ou indisponíveis, e comprometendo a inovação tecnológica.

Destacou-se que apesar do programa de leniência antitruste e a delação premiada serem institutos distintos, sendo os dois espécies do gênero colaboração premiada, ambos tem por finalidade garantir a efetividade das investigações e aumentar a carga de eficiência do Poder Público na descoberta de ilícitos que, por sua complexidade, oferecem dificuldades de obtenção de provas. Desse modo, pode-se afirmar que ambos são institutos para obtenção de prova.

Demonstrou-se que não existe na legislação infralegal dispositivo que permita ao réu não colaborador a apresentação de alegações finais de forma diferida nos processos decorrentes de delação premiada ou de acordo leniência antitruste. Entretanto, constatou-se que nos processos judiciais iniciados de delação premiada, permaneceu o entendimento na Suprema Corte de que o delatado tem o direito de falar por último, uma vez que a todo ato acusatório produzido caberá igual direito de defesa, trazendo como fundamento que qualquer medida contrária a essa afrontaria diretamente o princípio do devido processo legal, contraditório e ampla defesa, principalmente pelo fato de que entre delator e delatado existe uma relação de antagonismo, de contradição e o interesse do delator é idêntico ao da acusação, ou seja, pela condenação. Seguindo este entendimento, no processo em que o CADE apura suposto cartel no mercado nacional de silicatos, a Superintendência Geral ofereceu prazo diferido aos representados não signatários do acordo de leniência.

Trata-se, portanto, da condução dialética do processo, sendo direito do delatado se manifestar após ter o pleno conhecimento de toda atividade probatória. Se no procedimento dialético ambos oferecem suas teses de maneira concomitante, não se pode dizer que uma delas seria a antítese, o que afetaria necessariamente a síntese, ou seja, a conclusão do julgador. Desse modo, quando o delator alega alguma coisa, há de ser ouvido o não delator, dando-lhe oportunidade de resposta ou de reação.

No contexto dos acordos de delação premiada e do programa de leniência antitruste, o método dialético pode ser traçado pela seguinte estrutura: a tese, que se apresenta por todo conteúdo trazido pelo delator, ou signatário do programa de leniência, inclusive por suas alegações finais (“novas alegações” nos termos do processo

administrativo antitruste); antítese, sendo esta as alegações dos representados não colaboradores, ou signatários do acordo celebrado; e a síntese, que traz as manifestações do órgão julgador. Desse modo, por uma questão lógica, a antítese só produzirá seus efeitos, se o representado tiver acesso a todo conteúdo apresentado contra ele, pois pressupõe o conhecimento dos atos processuais pelo acusado e o seu direito de resposta ou de reação.

O direito de falar por último decorre diretamente do princípio do contraditório, se é oportunizado ao delatado, na delação premiada, o direito de refutar todas provas e indícios que possam, direta ou indiretamente, influenciar e fundamentar uma futura condenação, o mesmo deve ser observado no programa de leniência antitruste, tendo em vista que o texto constitucional previu tal direito no processo judicial e administrativo. Além disso, deve-se levar em consideração a semelhança dos institutos, delação premiada e acordo de leniência, que tem por principal objetivo a obtenção de provas.

Portanto, mesmo que a decisão do STF tenha limitado a aplicação do contraditório diferido nos processos objeto de delação premiada, na esfera penal, o direito do acusado falar por último tem expressa previsão constitucional, e deve ser observado também no processo administrativo sancionador e, conseqüentemente, nos processos administrativos no âmbito do Cade, decorrentes de acordo de leniência antitruste.

REFERÊNCIAS

MARRARA, THIAGO. (7 de Julho de 2015). **Acordos De Leniência No Processo Administrativo Brasileiro: Modalidades, Regime Jurídico E Problemas Emergentes.**, pp. 509-527. Disponível em: doi:<https://doi.org/10.11606/issn.2319-0558.v2i2>. Acesso em: 5 jul 2020.

ATHAYDE, Amanda. **Manual dos Acordos de Leniência no Brasil: teoria e prática.** Belo Horizonte: Fórum, 2019. p. 29-137. BITENCOURT, Cezar Roberto. **Código Penal Comentado – 7 ed. – São Paulo: Saraiva, 2012.**

LIMA, Renato Brasileiro de. **Manual de Processo Penal.** 2. ed. rev. ampl. e atual. Salvador, JusPODIVM, 2014, p. 728-729.

FIDALGO, Carolina Barros; CANETTI, Rafaela Coutinho. **Os acordos de Leniência na lei de combate a corrupção.** In: SOUZA, Jorge Munhos QUEIROZ, Ronaldo Pinheiro (Orgs.). **Lei Anticorrupção.** Salvador: Juspodivm, 2015.

COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. **Introdução aos princípios gerais do direito processual penal brasileiro.** Revista de Estudos Criminais. [S.l.], a. 1, n. 1, p. 26- 51, 2001.

LIMA, Renato Brasileiro de. **Legislação Criminal Especial Comentada**. 3ª ed. Ano: 2015 editora: Juspodium cidade: Salvador.

PEREIRA NETO, Caio Mário da Silva; CASAGRANDE, Paulo Leonardo. **Direito concorrencial: doutrina, jurisprudência e legislação**. São Paulo: Saraiva, 2016, p. 186-187.

PORTANOVA, Rui. **Princípios do processo civil**. 4. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

Di Pietro, Maria Sylvia Zanella **Direito administrativo** / Maria Sylvia Zanella Di Pietro. – 32. ed. – Rio de Janeiro: Forense, 2019, p. 1428.

BLANCHÉ, R. **História da Lógica de Aristóteles a Bertrand Russel**. Lisboa: Edições 70, 1985)

BRASIL. Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE). **Estatísticas do Programa de Leniência do CADE**. Disponível em: <http://www.CADE.gov.br/assuntos/programa-de-leniencia/estatisticas>. Acesso em: 14 abr. 2020.

BRASIL. Notícias STF. **STF decide que delatados têm direito a apresentar alegações finais depois de delatores**. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=425282>. Acesso em: 1 jun. 2020.

BRASIL. [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil**: promulgada em 5 de outubro de 1988.

_____. Lei Federal n. 12.529, de 30 de novembro de 2011. Estrutura o Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência. Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil. Brasília, DF, 2 dez 2011.

OCDE. **Use of markers in leniency programmes**. 2014. Disponível em: [http://www.oecd.org/officialdocuments/publicdisplaydocumentpdf/?cote=DAF/COMP/WP3\(2014\)9&doclanguage=en](http://www.oecd.org/officialdocuments/publicdisplaydocumentpdf/?cote=DAF/COMP/WP3(2014)9&doclanguage=en). Acesso em: 9 jun. 2020.

BRASIL. Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE). **Regimento Interno (RICADE)**, atualizado pela Emenda Regimental nº 01/2020 de 02 de abril de 2020. Disponível em: <http://www.CADE.gov.br/assuntos/normas-e-legislacao/REGIMENTOINTERNODOCONSELHOADMINISTRATIVODEFESA-ECONOMICAINDICESISTEMATICOAtualizado.pdf>. Acesso em: 10 jun. 2020.

PEREIRA NETO, Caio Mário da Silva; CASAGRANDE, Paulo Leonardo. **Direito concorrencial: doutrina, jurisprudência e legislação**. São Paulo: Saraiva, 2016, p. 186-187.

BRASIL. Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE). **Guia do Programa de Leniência Antitruste do CADE**. 2017. Disponível em: < http://www.Cade.gov.br/assunto-a-informacao/publicacoes-institucionais/guias_do_CADE/guia_programa-de-leniencia-do -CADE-final.pdf. Acesso em: 3 jun. 2020. p. 25-55.

RUFINO, Victor Santos. **Os fundamentos da delação: análise do programa de leniência do CADE à luz da teoria dos jogos**. 2016. 101 f., il. Dissertação (Mestrado em Direito) —Universidade de Brasília, Brasília, 2016. p. 60.

BRASIL. Ministério Público Federal (MPF). **Estudo sobre inovações da Lei nº 12.846/2013 - a Lei anticorrupção (LAC)**. Disponível em: <http://www.mpf.mp.br/atuacao-tematica/ccr5/publicacoes/guia-pratico-acordo-leniencia/arquivos/Estudo-Tecnico-01-2017.pdf>. Acesso em: 10 jul. 2020. p. 49.

Referências jurisprudenciais

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Corpus n. 166373. É direito do acusado delatado apresentar as alegações finais após o acusado delator. Voto Redator: Ministro Alexandre de Moraes, 2 de outubro de 2019. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/HC166373votoMAM.pdf>. Acesso em: 1 jun. 2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus n. 166373. É direito do acusado delatado apresentar as alegações finais após o acusado delator Relator: Ministro Edson Fachin, 2 de outubro de 2019. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/bibliotecaConsultaProdutoBibliotecaPastaFachin/anexo/HC166373.pdf>. Acesso em: 1 jun. 2020.

BRASIL. Ação Penal Nº 5024266-70.2017.4.04.7000/PR. Sérgio Fernando Moro, Juiz Federal, 5 de fevereiro de 2018. Disponível em: https://eproc.jfpr.jus.br/eprocV2/controlador.php?acao=acessar_documento_publico&doc=701517492898935420090705204348&evento=712&key=96943dafc4a3c152ca672fa0a26ab3573795c7767ce1d468aaf0c82132f39ca&hash=5ff6cb7d5dae831679ac8e3141cf2101. Acesso em: 16 jun. 2020.

BRASIL. Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE). Cartel dos Vigilantes do Rio Grande do Sul. Inquérito Administrativo nº 08012.001826/2003-10. Relator: Abraham Benzaquen Sicsú, 21 de setembro de 2007. Julgado em: 19 set. 2007. Disponível em: https://sei.CADE.gov.br/sei/modulos/pesquisa/md_pesq_processo_exibir.php?KOXi3eEqJC73dCc3G_MH5w73G76ivtXYDDG65Jr7vK4fhNNdRnnFDgAfJTIfRn8_ywCudV1gCNGrQiNgXFAcnei65WbDNaaVIpVdOXMYrw9nG1phrNkD9Rilidi7Rs9V. Acesso em: 23 mar. 2020.

BRASIL. Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE). Cartel Internacional dos Peróxidos. Processo administrativo nº 08012.004702/2004-77. Relator Márcio de Oliveira Júnior, 9 de maio de 2012. Disponível em: https://sei.CADE.gov.br/sei/modulos/pesquisa/md_pesq_processo_exibir.php?KOXi3eEqJC73dCc3G_MH5w73G76ivtXYDDG65Jr7vK4fhNNdRnnFDgAfJTIfRn8_ywCudV1gCNGrQiNgXFAcnW2btVxu8jsbLVfQ4ZIPNZAbNYKvfvmmMrVxptkGPmNsq. Acesso em: 23 mar. 2020.

BRASIL. Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE). Cartel Internacional de Cargas Aéreas. Processo administrativo nº 08012.011027 /2006-02. Relatora Ana Frazão, 28 de agosto de 2013. Disponível em:

https://sei.CADE.gov.br/sei/modulos/pesquisa/md_pesq_processo_exibir.php?KOXi3eEqJC73dCc3G_MH5w73G76ivtXYDDG65Jr7vK4fhNNdRnnFDgAfJTIfRn8_ywCudV1gCNGrQiNgXFAcndT0JjQbM_V1O2wJnK9hWA_htgoF3XvG3CySjsgh0M-0. Acesso em: 24 mar. 2020.

BRASIL. Notícias CADE. CADE condena empresas e pessoa física por cartel internacional de mangueiras marítimas. 2015. Disponível em: <http://www.CADE.gov.br/noticias/CADE-condena-empresas-e-pessoa-fisica-por-cartel-internacional-de-mangueiras-maritimas>. Acesso em: 14 abr. 2020.

BRASIL. Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE). Cartel Internacional de Mangueiras Marítimas. Processo Administrativo nº 08012.010932/2007-18. Relator: Márcio de Oliveira Júnior, 25 de fevereiro de 2015. Disponível em: https://sei.CADE.gov.br/sei/modulos/pesquisa/md_pesq_processo_exibir.php?KOXi3eEqJC73dCc3G_MH5w73G76ivtXYDDG65Jr7vK4fhNNdRnnFDgAfJTIfRn8_ywCudV1gCNGrQiNgXFAcndT0JjQbM_V1O2wJnK9hWA_htgoF3XvG3CySjsgh0M-0. Acesso em: 14 abr. 2020.

BRASIL. Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE). Processo Administrativo nº 08012.010932/2007-18. Relator João Paulo Resende, 4 de abril de 2016. Disponível em: https://sei.CADE.gov.br/sei/modulos/pesquisa/md_pesq_processo_exibir.php?KOXi3eEqJC73dCc3G_MH5w73G76ivtXYDDG65Jr7vK4fhNNdRnnFDgAfJTIfRn8_ywCudV1gCNGrQiNgXFAcndT0JjQbM_V1O2wJnK9hWA_htgoF3XvG3CySjsgh0M-0. Acesso em: 14 abr. 2020.

BRASIL. Notícias CADE. CADE aprova novo acordoem suposto cartel internacional de mangueiras marítimas. 2016. Disponível em: <http://www.CADE.gov.br/noticias/CADE-aprova-novo-acordo-em-suposto-cartel-internacio-nal-de-mangueiras-maritimas>. Acesso em: 12 abr. 2020.

BRASIL. Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE). Cartel Internacional de Perborato de Sódio, Processo Administrativo nº 08012.001029/2007-66. Relator: Márcio de Oliveira Júnior, 25 de junho de 2016. Disponível em: https://sei.CADE.gov.br/sei/modulos/pesquisa/md_pesq_processo_exibir.php?2pXoYgv29q86Rn-fAe4ZUaXIR3v7-gVxEWL1JeB-RtUgqOwvr6Zlwydl0IhRNSr2Q22lByVKByYDYwsa13_JxmVzyP3CNuFJFiANQXIZrIfDuvtkck6reu0DanH6m6Ow. Acesso em: 15 abr. 2020.

BRASIL. Diário Oficial da União. Nº 126, segunda-feira, 6 de julho de 2015. Disponível em: https://sei.CADE.gov.br/sei/modulos/pesquisa/md_pesq_documento_consulta_externa.php?xgSJHD3TI7Rh0CrGYtJb0A1Onc6JnUmZgGFW0zP7uM8dLpjlZkmrrFsEK538DSwSNTuemjC5TXPvh1LcfenkmE2qMuZ1lG5gGzLY2TGD9uuln_l8fKIcCuAxs7uq5RGq. Acesso em: 15 abr. 2020.

BRASIL. CADE. Cartel Internacional dos Compressores. Processo administrativo nº 08012.000820/2009-11. Relator Márcio de Oliveira Júnior, 16 de março de 2016. Disponível em: https://sei.CADE.gov.br/sei/modulos/pesquisa/md_pesq_processo_exibir.php?2pXoYgv29q86Rn-fAe4ZUaXIR3v7-gVxEWL1JeB-

RtUggOwvr6Zlwydl0IhRNSr2Q22lByVKByYDYwsa13 Jxndb08njzpUbHd4fxMwDwo-nR2e6SzARoJIVlt277F2C. Acesso em: 15 abr. 2020.

BRASIL. Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE). Cartel Internacional de TPE. Processo Administrativo nº 08012.000773/2011-20. Relator: João Paulo de Resende, 31 de agosto de 2016. Disponível em: https://sei.CADE.gov.br/sei/modulos/pesquisa/md_pesq_processo_exibir.php?2pXoYgv29q86Rn-fAe4ZUaXIR3v7-gVxEWL1JeB-RtUggOwvr6Zlwydl0IhRNSr2Q22lByVKByYDYwsa13 JxtbEF0-0v2I3ExAPR2gHsirWQAc5tGablXnWQj2Wf7b1. Acesso em: 16 abr. 2020.

BRASIL. Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE). Cartel de Plásticos ABS. Processo Administrativo nº 08012.000774/2011-74. Relator Alexandre Cordeiro, 14 de setembro de 2016. Disponível em: https://sei.CADE.gov.br/sei/modulos/pesquisa/md_pesq_processo_exibir.php?2pXoYgv29q86Rn-fAe4ZUaXIR3v7-gVxEWL1JeB-RtUggOwvr6Zlwydl0IhRNSr2Q22lByVKByYDYwsa13 JxgRAgLjZdlBJvapynDjf4B1vmV2SVqtG3S4YJ OCdxA4. Acesso em: 17 abr. 2020.

BRASIL. Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE). Cartel Internacional de CRT. Processo Administrativo nº 08012.005930/2009-79. Relator: Gilvandro Vasconcelos Coelho Araújo, 9 de novembro de 2016. Disponível em: https://sei.CADE.gov.br/sei/modulos/pesquisa/md_pesq_processo_exibir.php?2pXoYgv29q86Rn-fAe4ZUaXIR3v7-gVxEWL1JeB-RtUggOwvr6Zlwydl0IhRNSr2Q22lByVKByYDYwsa13 JxhZKbww87X38W3wg0SNeNDiN-wuyrDn9LfOnGnss5Zaz. Acesso em: 21 abr. 2020.

BRASIL. Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE). Cartel Internacional de Placas de Memória (DRAM). Processo administrativo nº 08012.005255/2010-11. Relator: Márcio de Oliveira Júnior, 23 de novembro de 2016. Disponível em: https://sei.CADE.gov.br/sei/modulos/pesquisa/md_pesq_processo_exibir.php?2pXoYgv29q86Rn-fAe4ZUaXIR3v7-gVxEWL1JeB-RtUggOwvr6Zlwydl0IhRNSr2Q22lByVKByYDYwsa13 JxmK0z3ChYpGIBjM5gG1aUP-zWIP-O0XfQX4YhizLLxTa. Acesso em: 21 abr. 2020.

BRASIL. Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE). Cartel de Airbags, cintos de segurança e volantes. Processo administrativo nº 08700.004631/2015-15. Relator: Gilvandro Vasconcelos Coelho de Araújo, 6 de setembro de 2017. Disponível em: https://sei.CADE.gov.br/sei/modulos/pesquisa/md_pesq_processo_exibir.php?KOXi3eEqJC73dCc3G MH5w73G76ivtXYDDG65Jr7vK4fhNNdRnnFDgAfJTIfRn8 ywCudV1gCNGrQiNgXFAcndJNEPQC3uEpQZ5KyCTHs52YcrDArxIQmJLUM ARPf7Y. Acesso em: 5 mai. 2020.

BRASIL. Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE). Cartel de Manutenção Predial. Processo administrativo nº 08012.006130/2006-22. Relator: Paulo Burnier da Silveira, 6 de novembro de 2017. Disponível em: https://sei.CADE.gov.br/sei/modulos/pesquisa/md_pesq_processo_exibir.php?KOXi3eEqJC73dCc3G MH5w73G76ivtXYDDG65Jr7vK4fhNNdRnnFDgAfJTIfRn8 ywCudV

1gCNGrQiNgXFAcnZVYmt_sabcvonT5p20TJtqs6HKbDDqeCWoRE1fR59pW.
Acesso em: 5 mai. 2020.

BRASIL. Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE). Cartel de Rolos cerâmicos refratários. Processo administrativo nº 08700.004627/2015-49. Relator: Maurício Oscar Bandeira Maia, 22 de novembro de 2017. Disponível em: https://sei.CADE.gov.br/sei/modulos/pesquisa/md_pesq_processo_exibir.php?KOXi3eEqJC73dCc3G_MH5w73G76ivtXYDDG65Jr7vK4fhNNdRnnFDgAfJTIfRn8_ywCudV1gCNGrQiNgXFAcnasxGZdZYucucBpqenc8BY1KeHB_kv5_RWo2Rvj5R7ea. Acesso em: 7 mai. 2020.

BRASIL. Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE). Cartel de sistemas térmicos automotivos. Processo administrativo nº 08700.008005/2017-51 Relator: Paulo Burnier da Silveira, 13 de dezembro de 2017. Disponível em: https://sei.CADE.gov.br/sei/modulos/pesquisa/md_pesq_processo_exibir.php?0c62g277GvPsZDAxAO1tMiVcL9FcFMR5UuJ6rLqPEJuTUu08mg6wxLt0JzWxCor9mNcMYP8UAjTVP9dxRfPBceI9GBvkD1OLhrYpsDBk2uVbF1dbEFhGKuohjtlv1JXg. Acesso em: 11 mai. 2020.

BRASIL. CADE. Cartel de sistemas térmicos automotivos. Processo administrativo nº 08700.008004/2017-51 Relator: Paulo Burnier da Silveira, 13 de dezembro de 2017. Disponível em: https://sei.CADE.gov.br/sei/modulos/pesquisa/md_pesq_processo_exibir.php?0c62g277GvPsZDAxAO1tMiVcL9FcFMR5UuJ6rLqPEJuTUu08mg6wxLt0JzWxCor9mNcMYP8UAjTVP9dxRfPBcePDVlwFpwiN8uuJrwGRs7QRC_1MOgW9XzO8m6YjgV0. Acesso em: 11 mai. 2020.

BRASIL. Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE). Cartel de Laranjas. Processo administrativo nº 08700.000738/2016-67. Relator: Paulo Burnier da Silveira, 28 de fevereiro de 2018. Disponível em: https://sei.CADE.gov.br/sei/modulos/pesquisa/md_pesq_processo_exibir.php?0c62g277GvPsZDAxAO1tMiVcL9FcFMR5UuJ6rLqPEJuTUu08mg6wxLt0JzWxCor9mNcMYP8UAjTVP9dxRfPBcWGEAkhzWSRPFAIOkMvuMpetiqgKXDxFHQj6rwSJMBo. Acesso em: 13 mai. 2020.

BRASIL. Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE). Cartel de recarga eletrônica para celulares pré-pagos. Processo administrativo nº 08012.002812/2010-42. Relatora: Cristiane Alkmin Junqueira Schmidt, 13 de junho de 2018. Disponível em: https://sei.CADE.gov.br/sei/modulos/pesquisa/md_pesq_processo_exibir.php?5LK2OPcLJR_ipmIIIdOEcWJwPucpbCJDecPgMLlCe73jB508ahT9wUzaXUnjAZUJ4XW1xtu1H5kGUyGvypRMajbuMD5RPeZci4Rew50iOazXMMhKlVjARby3J2sEOJFm. Acesso em: 15 mai. 2020.

BRASIL. Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE). Cartel no mercado nacional de amortecedores dianteiros e traseiros para o setor automobilístico, especificamente para peças de reposição (independent aftermarket – “aftermarket IAM”). Processo administrativo nº 08700.004073/2016-61. Relator: Paula Farani de Azevedo Silveira, 24 de abril de 2019. Disponível em: https://sei.CADE.gov.br/sei/modulos/pesquisa/md_pesq_processo_exibir.php?0c62g277GvPsZDAxAO1tMiVcL9FcFMR5UuJ6rLqPEJuTUu08mg6wxLt0JzWxCor9mNcMYP

8UAjTVP9dxRfPBcTliv3rT7-DOhd8s0NPv1T6VnfdBWakvtb1rtRIn4rhh. Acesso em: 16 mai. 2020.

BRASIL. Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE). Cartel de Gas Insultaed Swichgear (GIS). Processo administrativo nº 08012.001376/2006-16. Relator: Alexandre Cordeiro, 8 de agosto de 2018. Disponível em: https://sei.CADE.gov.br/sei/modulos/pesquisa/md_pesq_processo_exibir.php?2pXoYgv29q86Rn-fAe4ZUaXIR3v7-gVxEWL1JeB-RtUgqOwvr6Zlwydl0IhRNSr2Q22lByVKByYDYwsa13_JxqIMSUjV2FohXg2z-PkZyIHb8fchmUp2TnsXx94lIkCH. Acesso em: 19 mai. 2020.

BRASIL. Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE). Cartel de Tubos para imagem colorida (CPT). Processo administrativo nº 08012.002414/2009-92. Relator: Mauricio Oscar Bandeira Maia, 22 de agosto de 2018. Disponível em: https://sei.CADE.gov.br/sei/modulos/pesquisa/md_pesq_processo_exibir.php?KOXi3eEqJC73dCc3G_MH5w73G76ivtXYDDG65Jr7vK4fhNNdRnnFDgAfJTIfRn8_ywCudV1gCNGrQiNgXFAcnaGjig7A9qR9AjF7aXtiwPo3Fn6jkwDdl6Nc7aJxhyi. Acesso em: 21 mai. 2020.

BRASIL. CADE. Cartel de Tubos para imagem colorida (CDT). Processo administrativo nº 08012.010338/2009-99. Relator: Mauricio Oscar Bandeira Maia, 22 de agosto de 2018. Disponível em: https://sei.CADE.gov.br/sei/modulos/pesquisa/md_pesq_processo_exibir.php?2pXoYgv29q86Rn-fAe4ZUaXIR3v7-gVxEWL1JeB-RtUgqOwvr6Zlwydl0IhRNSr2Q22lByVKByYDYwsa13_JxgwxjUB3mA0SVOOslfE3WW9QuGGejDrjU5dEHceNeK-k. Acesso em: 21 mai. 2020.

BRASIL. Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE). Cartel internacional com efeitos no Brasil, no mercado de unidades de discos ópticos (ODDs). Processo administrativo nº 08012.001395/2011-00. Relator: João Paulo de Resende, 30 de janeiro de 2019. Disponível em: https://sei.CADE.gov.br/sei/modulos/pesquisa/md_pesq_processo_exibir.php?5LK2OPcLJR_ipmIIdOEcWJwPucpbCJDecPgMLlCe73jB508ahT9wUzaXUnjAZUJ4XW1xtu1H5kGUyGvypRMajYdt3ktsCz0xgbBpiExkxGdOfOzep6L3dy8DBTLoYqve. Acesso em: 25 mai. 2020.

BRASIL. Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE). Cartel no mercado nacional e internacional de sistemas de direção assistida elétrica (EPS), particularmente para fornecimento às montadoras de automóveis Honda e VW. Processo administrativo nº 08700.003735/2015-02. Relator: João Paulo de Resende, 13 de fevereiro de 2019. Disponível em: https://sei.CADE.gov.br/sei/modulos/pesquisa/md_pesq_processo_exibir.php?KOXi3eEqJC73dCc3G_MH5w73G76ivtXYDDG65Jr7vK4fhNNdRnnFDgAfJTIfRn8_ywCudV1gCNGrQiNgXFAcnaRky59YvFVZ_2s8tQC8azQfroUKC9hxo3ypbe_wL2jmm. Acesso em: 25 mai. 2020.

BRASIL. Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE). Cartel no mercado de comercialização de produtos destinados à transmissão e distribuição de energia elétrica no âmbito do sistema elétrico de potência. Processo administrativo nº 08012.001376/2006-16. Relatora: Polyanna Ferreira Silva Vilanova, 13 de fevereiro de

2019. Disponível em:
https://sei.CADE.gov.br/sei/modulos/pesquisa/md_pesq_processo_exibir.php?2pXoYgv29q86Rn-fAe4ZUaXIR3v7-gVxEWL1JeB-RtUgqOwvr6Zlwydl0IhRNSr2Q22lByVKByYDYwsa13_Jxi-Hg5I-1V6wIwentTCxsnSQdbuChzod5GZrrr28EPRE Acesso em: 25 mai. 2020.

BRASIL. Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE). Cartel no mercado de transistores de película fina para painéis de cristal líquido (thin film transistor liquid crystal display – TFT-LCD), com efeitos no território brasileiro. Processo administrativo nº 08012.011980/2008-12. Relator: Mauricio Oscar Bandeira Maia, 27 de fevereiro de 2019. Disponível em:
https://sei.CADE.gov.br/sei/modulos/pesquisa/md_pesq_processo_exibir.php?KOXi3eEqJC73dCc3G_MH5w73G76ivtXYDDG65Jr7vK4fhNNdRnnFDgAfJTIfRn8_ywCudV1gCNGrQInGXFACnRky59YvFVZ_2s8tQC8azQfroUKC9hxo3ypbe_wL2jmm. Acesso em: 26 mai. 2020.

BRASIL. Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE). Cartel no segmento IAM do mercado nacional de para-brisas (braços e palhetas). Processo administrativo nº 08700.010320/2012-34. Relator: Polyanna Ferreira Silva Vilanova, 26 de junho de 2019. Disponível em:
https://sei.CADE.gov.br/sei/modulos/pesquisa/md_pesq_processo_exibir.php?2pXoYgv29q86Rn-fAe4ZUaXIR3v7-gVxEWL1JeB-RtUgqOwvr6Zlwydl0IhRNSr2Q22lByVKByYDYwsa13_JxiQvRHeQdKRI--aLTknm7IzZ8JNArzI6cNXkLVAPkoVu. Acesso em: 26 mai. 2020.

BRASIL. Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE). Cartel em licitações públicas relativas a projetos de metrô e/ou trens e sistemas auxiliares. Processo administrativo nº 08700.004617/2013-41. Relator: João Paulo de Resende, 8 de julho de 2019. Disponível em:
https://sei.CADE.gov.br/sei/modulos/pesquisa/md_pesq_processo_exibir.php?2pXoYgv29q86Rn-fAe4ZUaXIR3v7-gVxEWL1JeB-RtUgqOwvr6Zlwydl0IhRNSr2Q22lByVKByYDYwsa13_Jxv_TD0gMz5Bnf9DkLxr-asuqhGSyxpB7jiO8aqnx0vHf. Acesso em: 27 mai. 2020.

BRASIL. Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE). Cartel internacional, com efeitos no Brasil, no mercado de substratos de cerâmica. Processo administrativo nº 08700.009167/2015-45. Relator: Maurício Oscar Bandeira Maia, 17 de dezembro de 2016. Disponível em:
https://sei.CADE.gov.br/sei/modulos/pesquisa/md_pesq_processo_exibir.php?0c62g277GvPsZDAxAO1tMiVcL9FcFMR5UuJ6rLqPEJuTUu08mg6wxLt0JzWxCor9mNcMYP8UAjTVP9dxRfPBcamz4yHnvTppvF14TUFR4bJ6g870aDnTeu2T9Ylewa0c. Acesso em: 27 mai. 2020.

BRASIL. Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE). Cartel no mercado internacional de fabricação e venda de cabos subterrâneos e submarinos. Processo administrativo nº 08012.003970/2010-10. Relator: Paulo Burnier da Silveira, 15 de abril de 2020. Disponível em:
https://sei.CADE.gov.br/sei/modulos/pesquisa/md_pesq_processo_exibir.php?KOXi3eEqJC73dCc3G_MH5w73G76ivtXYDDG65Jr7vK4fhNNdRnnFDgAfJTIfRn8_ywCudV

1gCNGrQiNgXFAcnSNVs3S2kxAIg0rYoiNnoxvdmWRVXcB2fdSoHIk-DHdC.
Acesso em: 28 mai.2020.

BRASIL. Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE). Cartel no mercado "aftermarket" das peças automotivas válvulas para motor, guias de válvulas e assentos de válvulas. Processo administrativo nº 08700.002904/2017-41. Relator: Luis Henrique Bertolino Braidó, 18 de março de 2020. Disponível em: https://sei.CADE.gov.br/sei/modulos/pesquisa/md_pesq_processo_exibir.php?0c62g277GvPsZDAxAO1tMiVcL9FcFMR5UuJ6rLqPEJuTUu08mg6wxLt0JzWxCor9mNcMYP8UAjTVP9dxRfPBcVD2tb7EYisS03TR8sGCvWUx3xq7TFV7JQDKP3EeGwy3. Acesso em: 28 mai. 2020.

BRASIL. Conselho Administrativo de Defesa da Concorrência (CADE). Cartel no mercado nacional de silicatos. Processo Administrativo: 08700.006681/2015-29. Relator: Sérgio Costa Ravagnani, em tramitação. Disponível em: https://sei.cade.gov.br/sei/modulos/pesquisa/md_pesq_processo_exibir.php?K0Xi3eEqJC73dCc3G_MH5w73G76ivtXYDDG65Jr7vK4fhNNdRnnFDgAfJTIfRn8_ywCudV1gCNGrQiNgXFAcneqeDJTVOT11LSRJHYLg0Y_nsnLLdXUu0HmXqaiNZVvk0. Acesso em: 8.07.2020.

O EXCESSO DE LEIS NO BRASIL E O FENÔMENO DA EXISTÊNCIA, VALIDADE E EFICÁCIA

Vanessa Rayelli Moura Costa¹

RESUMO: O presente artigo busca compreender o fenômeno do excesso de leis no Brasil, apresentando teorias que explicam a realidade do ordenamento jurídico brasileiro. Ademais, visa demonstrar as falhas cruciais no processo legislativo, analisando questões que interferem desde o início de um projeto de lei, até a sua promulgação e os efeitos em sociedade. Além disso, o estudo apresentado, reitera a importância da adoção de uma técnica para questões estruturais e análise de impacto legislativo.

Palavras-chaves: excesso de leis, ordenamento jurídico, processo legislativo, análise de impacto legislativo.

THE EXCESS OF LAWS IN BRAZIL AND THE PHENOMENON OF EXISTENCE, VALIDITY AND EFFECTIVENESS

ABSTRACT: The present article seeks understand the phenomenon of excessive laws in Brazil, introducing theories who explain the reality of brazilian legal order. Futhermore, it aims to demonstrate the crucial fails in the legislative process, analyzing issues that interfere from the begging of a bill, until your promulgation and the effects on society. Besides that, the study presented, reaffirm the importance of adopting a technique for structural issues and analysis of legislative impact.

Keywords: excess of laws, legal order, legislative process, analysis of legislative impact.

1. PROPÓSITO DA LEI

Desde os primórdios, o indivíduo abdicou parte de sua liberdade para convívio entre o corpo social, dessa forma, a sociedade em si passou a ser submetida a respeitar normas que tenham como objetivo a pacificidade, liberdade, respeito, equidade e uma série de valores que acrescentam a conjuntura humana. A lei por sinal tem o intuito de organizar e preservar a coletividade, sendo que o

¹ Estudante de Direito no Instituto Brasileiro de Desenvolvimento e Pesquisa – IDP, atualmente no 6º período. Escritora e pesquisadora com ênfase no Direito Constitucional e legislativo.

Estado imputa essas leis à comunidade para que se porte de maneira adequada.

Como consequência da imposição e evolução das leis, após o surgimento do Estado moderno, os institutos de produção de dispositivos legais foram sendo aprimorados, afinal, já havia uma evolução da construção doutrinária e o estabelecimento de instituições democráticas que representassem os interesses coletivos e a necessidade de minorias, classes e setores como econômicos, sociais, culturais, e, principalmente, a instauração de direitos humanos sendo estabelecido para que nenhuma lei ou ato ofenda aquilo que foi construído pelo Estado Democrático de Direito.

À princípio, a lei tem como ponto central o fortalecimento de garantias fundamentais, essenciais e inerentes a pessoa humana, isso se deve porque nas relações entre sociedade, subsiste a primordialidade de regulamentar atos da vida privada para que não tenha injustiças enraizadas, por este motivo, o objeto das leis consiste em direcionar relações para que haja um modelo de justiça reinando perante o governo dos homens. Este modo de justiça fica claro ao analisar que no Brasil, adota-se um modelo de jurisdição que possui várias leis para a proteção entre relações individuais ou coletivas, seja consumerista, estabelecendo o direito do consumidor em determinadas situações, seja leis que tratem de relações civilistas e até mesmo dispositivos penais que combatam a arbitrariedade do Estado e o uso da força.

“(…). Portanto, nada é mais evidente do que isto: a lei é a organização para garantir as pessoas, as liberdades, as propriedades; manter o direito de cada um; e fazer reinar entre todos a justiça”. (BASTIAT, 1850, p. 12).

Em face disso, por ter esse propósito, as leis em sua natureza inclinam-se a impor deveres, determinar o direito e resguardar garantias individuais e coletivas entre os cidadãos, sendo assim, o poder público com atitude visionária e em consonância ao princípio da publicidade, vislumbra que o exercício estatal deve ser público aos cidadãos, nesse fundamento, a transparência da atuação do Estado tem início desde o processo

legislativo, na tramitação de qualquer ato de natureza normativa, até mesmo no lapso temporal quando um dispositivo normativo é aprovado e ocorre o período de *vacatio legis*².

Nesses fundamentos, seja pela tramitação de atos normativos ou pelo período de publicidade para o novo dispositivo entrar em vigência, esta publicização é importante dado que todo cidadão deve ter conhecimento prévio da norma antes que entre em vigência no aparato social. Posto isto, no Brasil, às publicações de leis são feitas mediante o Diário Oficial, esse é só um de vários outros meios que a população possa entender o que está sendo promulgado e qual a precisão da atual norma. Há outros meios de publicização e acompanhamento como: tv senado, tv câmara e as vias cibernéticas, o que corrobora para amplo conhecimento.

Esse ato público de compreensão geral da população sobre determinada lei, além do princípio da publicidade, é decorrente do que o direito chama de princípio da segurança jurídica, significa dizer que esse princípio é a possibilidade em que se dá ao cidadão para que conheça o dispositivo legal antes que entre em vigência em âmbito social. Outrossim, essa presunção de entendimento surge para que as relações normativas e jurídicas tenham estabilidade no aparato social.

A segurança jurídica consiste no ‘conjunto de condições que tornam possível às pessoas o conhecimento antecipado e reflexivo das consequências diretas de seus atos e de seus fatos à luz da liberdade reconhecida’. Uma importante condição da segurança jurídica está na relativa certeza que os indivíduos têm de que as relações realizadas sob o império de uma norma devem perdurar ainda quando tal norma seja substituída” (SILVA, J., 2006, p. 133).

— Assim, além da segurança jurídica ter papel fundamental para que a sociedade conheça um novo ato normativo antes de sua vigência, a figura desse instituto traz relevância ao ordenamento jurídico, pois posta novas leis, presume-se o seu cumprimento nas relações jurídicas do cotidiano entre pessoas e a preservação de vínculos consolidados em face do direito adquirido. E, apesar deste princípio, em tese ser de extrema importância, ao analisar a imersão de dispositivos legais que o país possui, existe um conflito de como estabelecer a segurança jurídica entre tantas normas que estão vigentes.

² A *vacatio legis* é o período entre a publicação e vigência da norma. Vale ressaltar que enquanto a norma não entra em vigência, este não gera efeitos sobre a sociedade.

2. A BANALIZAÇÃO DA LEI

No processo legislativo brasileiro, em nível federal, para que uma lei exista é necessária uma tramitação que demande o trabalho e a decisão das duas casas do Congresso, que é o procedimento mais comum, bem como, proposições legislativas podem ser apresentadas por outros poderes, especialmente o Executivo. A solicitação para projeto de leis tem por intuito o alcance a efetividade em favor do corpo social. Porém, consta que nos últimos anos a rápida formação de normas portam reflexos e proporções, dessa forma há de se questionar e entender se existe essa quantidade de leis, o que podem causar a segurança jurídica e se os instrumentos legislativos vigentes possuem um grau de efetividade.

Essa preocupação da quantidade de leis é um fator relevante, visto que levantamentos da produção legislativa feita pelo cientista político e avaliador de leis, Adriano Gianturco, denotam que desde os tempos da vigência da Constituição Federal de 1988, o número crescente de atos normativos aprovados de qualquer natureza, é de suma uma quantia exorbitante e significativa comparado a outros países e o seu ordenamento jurídico.

E isso se comprova pelos estudos de Gianturco:

Desde 1988, foram aprovados 5,4 milhões de dispositivos legais, 769 por dia útil. Só ao nível federal são 15 por dia. Considerando os três entes federativos, e considerando que cada um de nós mora em só uma cidade e só um estado, é uma média de 217 mil dispositivos legais em cima de cada um de nós”. (GIANTURCO, Adriano, 2017, p. 280).

Conforme esse dado empírico, o Brasil possui mais de 5,4 milhões de atos normativos, sendo relevante discorrer que esse número abrange a Federação (União, Estados, Distrito Federal e Municípios), e apesar da rápida produção de normas aprovadas em todas as esferas federais, existe a relevância em aprofundar os estudos e entender sobre qual o parâmetro e técnica legislativa os órgãos políticos usam e buscam para criar novas regras a sociedade, sendo que o país possui um vasto campo de leis que tratam sobre variáveis assuntos, e que por mais que tenha um número notável em seu ordenamento jurídico, o legislador busca sempre propor novas atualizações de ideias de leis.

Para melhor compreensão e busca do porque existem tantas normas e ainda uma produção célere de novos projetos normativos que podem vir a ter vigência no corpo

social, Adriano Gianturco, explica que o Brasil possui uma visão fantástica, isto é, a ideia de que as normas existentes são excelentes, o problema é que não são aplicadas corretamente. Não obstante essa percepção é fragmentada, pois segundo Gianturco, se todas as leis fossem aplicadas, o Brasil pararia, é o que demonstram os dados colhidos.

Denota-se que essa visão fantástica, bem expressa por Gianturco, certifica a mente não apenas do legislador em querer expor o exercício de seu trabalho em prol da sociedade, mas também revela o pensamento dos cidadãos em relação à lei, que por consequência tem por finalidade de sempre regulamentar a ordem social, legislar sobre toda temática possível e ainda sim, quando a norma não tem o êxito de eficácia em sociedade, entende-se que o fator cujo não vigorou, foi pela não aplicação correta do dispositivo. Vale ressaltar que uma lei quando não posta sua efetividade na sociedade, não significa que houve um erro em vias de sua aplicabilidade, pois vários fatores são essenciais para que as leis tenham uma efetividade.

Concomitante, essa visão fantástica criada em algumas mentes não passa de um mito, visto que a realidade do excesso de normas é incompatível com o próprio ordenamento brasileiro, sendo que o resultado da não aplicabilidade das normas revela que o Brasil pararia ao executar 5,4 milhões de dispositivos legais, esta consequência gerada pode ser explicada pelas várias leis burocráticas, inexecutáveis, leis que não são conhecidas popularmente ou até mesmo dispositivos que não trazem em seu conteúdo de exequibilidade a efetividade para com a sociedade.

Essa situação deve ficar clara, pois a realidade é que a sociedade sempre almeja por intermédio de leis a resolução de algo, porém, nem sempre um problema na conjuntura social será resolvido por meio de um dispositivo legal, e essa ideia fica compreensível ao ligar que nem todas as leis são efetivas ao resolver adversidades sociais. Portanto, haverá alternativas que devem ser estudadas antes da tomada de decisão de uma nova lei, e, por conseguinte, o mito da visão fantástica deve ser desconstruído e implementado um cenário de que a norma é a última opção para a solução.

Essa ideia de “norma como última opção”, a luz do direito comparado, surge no Reino Unido. Para que uma lei tenha plena eficácia, o parlamento local usa técnicas para avaliação de qual a necessidade de uma nova lei e se o seu impacto não causará danos aos setores públicos ou privados. A adoção da análise de impacto regulatório (AIR), é uma ferramenta usada para calcular os riscos e proporcionar uma melhor escolha para a tomada de decisão, é um elemento extremamente primordial, visto que, um projeto de lei tem

estudos qualificados para que as decisões sejam tomadas de acordo com informações empíricas e evidências sociais.

No Reino Unido, as AIR são exigidas para todos os processos de tomada de decisão, o que inclui questões relativas à política regulatória e à elaboração de política pública pelo parlamento por meio de leis. Sua exigência tem como foco os impactos da norma na imposição ou redução de custos para os setores econômicos (terceiro setor ou empresas) e as propostas que afetam o setor público e cujos custos ultrapassem 5 milhões. (MENEQUIN, Fernando, et.al, 2017, pág. 41).

Baseado nessa técnica usada do Reino Unido, o Brasil de modo usual e próprio, legisla às cegas, sendo que em tese não há um modelo obrigatório que é empregado ao parlamento, e em virtude disso, o impacto legislativo não é analisado, tão pouco o legislador não entende que o resultado que toda norma é acompanhada de impactos econômicos, burocráticos e regulamentador. Dessa forma, percebe que o acúmulo de leis no ordenamento jurídico brasileiro, de fato, é prejudicial aos setores sociais.

O Reino Unido também introduziu, em 2011, estratégias para reduzir o excessivo número de normas existentes e diminuir a burocracia. Segundo a OECD, tais medidas geraram economia de cerca de 10 bilhões de libras aos negócios. Há um engajamento significativo do governo em reduzir encargos regulatórios, sobretudo sobre pequenas e médias empresas. (MENEQUIN, Fernando, et.al, 2017, pág. 42).

Enquanto alguns países, em especial o Reino Unido, acatam técnicas relacionadas aos impactos e prioriza a redução de leis gerando lucro aos negócios, o Brasil peca pelo excesso de normas e pela simplicidade ao legislar sem bases de informações, correndo o risco de ter abalos econômicos e burocráticos. Com base nesse perfil normativo brasileiro, esse fenômeno costumeiro pode ser explicado doutrinariamente por, Frédéric Bastiat, 1850.

Bastiat revela que ao longo do tempo a lei como um instrumento jurídico se perverteu, distanciando da realidade e afetando a população. Mas em suma, o que é essa perversão? Conforme o autor, isso significa que a lei tem por função a proteção e garantia dos direitos das pessoas, e por esta razão os que são legitimados a fazerem às normas estão desviando sua finalidade, sendo que essa perversão é comum pois os representantes priorizam interesses de sua autoria e que vezes não suprimem o que a população anseia.

Seja o impacto de forma negativa ou positiva, o impulso e a rápida produção de leis estão desviando do seu propósito, que é englobar e fazer à justiça reinar sobre os indivíduos, estabelecer e proteger direitos e por fim, reprimir atos ilegais. Por mais que

sejam conceitos usados para explicar o sistema de leis empregado na época de 1850, Bastiat traz pensamentos significativos, reais e atuais. A perversão da lei, segundo o autor, se dá pelo que ele chamou de “ambição estúpida”, e que hoje, essa expressão pode ser traduzida pelo modo à qual o Estado legisla os dispositivos legais de maneira equivocada, sem estudos prévios e até mesmo a enraizada tradição de sempre legislar. Isso se verifica em seu livro conforme o texto a seguir:

“Infelizmente, a lei nem sempre se mantém dentro de seus limites próprios. Às vezes os ultrapassa, com consequências pouco defensáveis e danosas”. Bastiat, Frédéric. 1850, p. 13

Em termos atuais com essa tradução, significa dizer que o poder político e o seu hábito de legislar, juntamente com a ambição estúpida, busca produzir leis sobre todos os setores da sociedade, não importando à temática, tampouco priorizam a eficácia ou impacto, nesse sentido, a consequência desses atos normativos é o afastamento do propósito da lei e a causalidade de danos na esfera social. A realidade é que esse processo legislativo célere está sendo conduzido a um sistema de leis ativo na sociedade Brasileira, e a justificativa é que normas são feitas para solucionar conflitos, quando por várias vezes, não resolve absolutamente nada das questões públicas.

A realidade do Poder Legislativo, indica que o impulso no excesso de proposições e no inchaço do arcabouço legal, fomenta o desvio e a banalização de seu propósito, e que a realidade é que um ordenamento com tantas normas complexas, burocráticas e regulamentadoras, pende a um sistema com variáveis consequências de aplicabilidade e impacto.

3. AS FALHAS QUE IMPACTAM O PROCESSO LEGISLATIVO E O PERFIL NORMATIVO DO BRASIL

Para explicar porque o Brasil possui um legislativo tão célere e um ordenamento tão cheio de normas, é necessário entender as falhas que existem e que levam ao número exorbitante de normas, dessa forma, é indispensável dividir os temas em dois principais tópicos: i) fator cultural; ii) técnica legislativa dispensável

i) Fator cultural: É bastante oportuno entender alguns motivos do porquê o poder legislativo é um órgão de cunho extremamente ativo no país. Para melhor explicação, no Brasil, existe uma figura lúdica configurada na mente das pessoas referente às competências do Congresso Nacional, isso se deve porque uma parcela da sociedade é

levada a pensar que a figura dos políticos tem como foco a resolução de questões apenas pelo intermédio da lei, essa lógica é bem comum, todavia não se suprime a estas funções. A funcionalidade desse órgão vai além dos limites criados, ou até mesmo do que é visto sobre as perspectivas do papel público entorno do representante do corpo social.

Por mais que não seja habitual falar sobre outros tipos de funcionalidade do órgão legislativo, bem como tratar da temática a respeito da amplitude do exercício da tarefa incumbida democraticamente, há outras atribuições originárias conferidas pelo artigo 51 e 52 da Constituição Federal. Mas não somente, é preciso enfatizar que o legislativo tem prerrogativas para a reinvenção em seus modos de atuação, por exemplo, a abrangência de funções pode ser exercida de vários modos, sendo um deles a incumbência de não legislar, que é uma alternativa já usada por outros países, como Reino Unido, sendo que a norma é a última opção, isso porque existem estudos relevantes, tendo como resultado uma base para criar uma nova norma, ou atuar de diferentes maneiras naquela demanda; outra forma é também aferir leis orçamentárias e formar grupos de pesquisadores que estudem sobre as leis já vigentes e os seus efeitos, ou até mesmo analisar o impacto regulatório.

Todas atividades mencionadas seriam ideais para estruturação de um legislativo proativo, tendo como método a verificação de suas próprias leis e a eficácia positiva ou negativa que seus efeitos produzem, porém, no Brasil, além de ter uma disputa muito grande em ambos os poderes, esse ideal não dá visibilidade para os representantes se reelegerem. A notoriedade do representante tornou-se mais importante para que mantenha o *status* político do que sua própria análise em favor de impacto legislativo que afeta diretamente os cidadãos.

Nessa cultura legislativa, o preço para se ter visibilidade advém também em ter uma produtividade. A visibilidade e produtividade são conceitos distintos, mas no caso concreto em que se estuda, ambas possuem relação intrínseca. É fácil entender essa ligação e a questão cultural quando se tem pesquisas em que define a eficiência de políticos pelo simples fato de quantas proposições eles fazem em um ano legislativo, a detalhar que não importa quantos projetos de leis façam, a contabilização dessa eficiência ultrapassa até mesmo os trâmites legais, trazendo como exemplo proposituras de projetos de leis inconstitucionais, e por mais que desacate as vias formais, essas são levadas em consideração.

Sobre a questão cultural, as afirmações feitas são verídicas, no Brasil a pesquisa que se faz para verificar o rendimento da figura pública do legislativo, é realizada conforme a quantidade de projetos de leis propostos por autoria da figura pública, ou demais lógicas absurdas que quantificam a produtividade do parlamentar, como reitera às fontes:

Miranda (2015) realiza uma análise acerca de diversas iniciativas que se propõem a estabelecer *ranking* de parlamentares de acordo com critérios próprios. As iniciativas analisadas foram: 1) *Ranking* do Progresso; 2) *Ranking* dos Políticos; 3) Atlas Político – *Ranking* 5D; 4) avaliação do departamento Intersindical de Assessoria Parlamentar; 5) Movimento Voto Consciente; e 6) Congresso em Foco. A despeito da subjetividade inerente a cada um dos modelos de avaliação, que buscam incorporar algum critério valorativo ligado ao conteúdo dos votos dos parlamentares, a análise da autora revela que a maioria das iniciativas que **visam a avaliar os membros do parlamento, utiliza, em alguma medida, indicadores quantitativos de produção legislativa como: a) proposições legislativas iniciadas; b) pareceres em relatoria; c) emendas apresentadas; d) proposições aprovadas.**

Em um trecho do site *Ranking* dos Políticos revela alguns modos de premiação aos parlamentares ativos:

“Em cerimônia realizada em Brasília nesta quarta-feira (27), o Ranking dos Políticos homenageou os 30 deputados e cinco senadores com melhor desempenho na plataforma, que compara a atuação dos parlamentares brasileiros no Congresso.

O ranqueamento foi feito de acordo com o desempenho dos parlamentares durante o ano de 2019, levando em consideração os seguintes critérios:

- presença nas sessões
- Economia da cota parlamentar
- Ficha limpa
- Voto nas principais decisões do Congresso, tendo como critério os votos anticorrupção, anti-privilegio, anti-desperdício de recursos”.³

³ [S.I.] 2020. Disponível em: <<https://blog.fastformat.co/como-fazer-citacao-de-artigos-online-e-sites-da-internet/>>. Acesso em: 16, março. 2020.

Figura 1: Parlamentares recebem prêmio por melhores posições no Ranking dos Políticos 2019



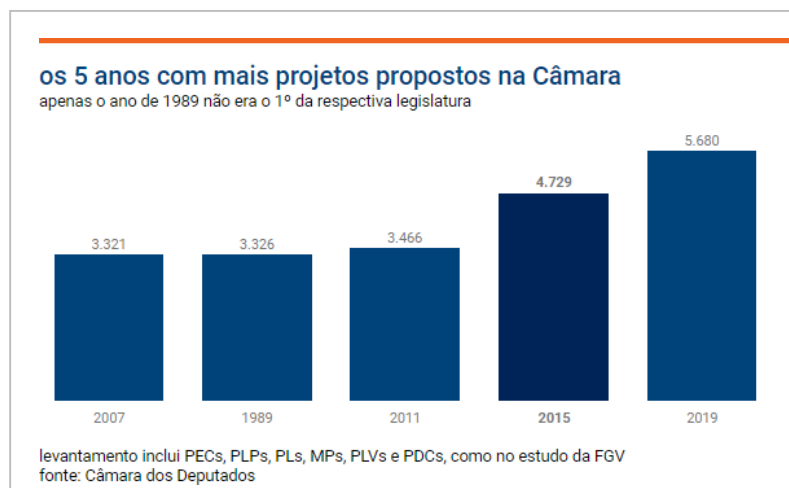
Fonte: <http://blog.politicos.org.br/ong-ranking-dos-politicos-da-premio-aos-melhores-parlamentares-do-pais/>

A exemplo do preço para ter visibilidade, em um breve contexto histórico, em momentos de extrema crise econômica, social e principalmente de ideias, o Brasil em meados de 2014 a 2018 passou por séries de problemas governamentais, que consequentemente foi posto em pauta para a sociedade entender que a corrupção, desemprego e o caos social não se contiveram em silêncio, e em meio a isso tudo a conta chegou aos cofres públicos e ao bolso da população. A turbulência em ambiente de desordem dividia o país, os movimentos pedindo a queda da presidente Dilma Rousseff fez com que a nação contabilizasse a maior manifestação feita na história, o que diretamente impactou no cenário de impeachment

Em um tempo retórico e cheio de novas expectativas após a queda da presidente Dilma e a posse de seu vice, Michel Temer, ocorreram que consequentemente a decorrência desses fatos tragos a sociedade, trouxe uma ideia de mudança para as múltiplas correntes de pensamentos, era previsto que nos próximos anos essa transformação teria consequências no campo das eleições e o que implicaria no cenário da política em face não somente do poder executivo, mas também a modificação no órgão legislativo.

Ocorre que em 2018 as eleições portaram uma série de inovações e modificações governamentais, apresentando reflexos no ano posterior, isso porque no ano legislativo de 2019, o poder legislativo com toda sua inovação atuou de maneira célere em relação a propositura de novos projetos de leis que posteriormente pudesse virar lei ou alterar um ato normativo já existente, essa demonstração está pública:

Gráfico 1: Os cinco anos com mais projetos na Câmara



Fonte: Câmara dos Deputados e site: <https://www.poder360.com.br/congresso/camara-dos-deputados-registra-em-2019-recorde-de-projetos-apresentados/>

Consta-se que em 2019, só na Câmara dos Deputados as proposições que são projetos de leis alcançaram o número de 5.680, quantia à qual ultrapassou outros anos legislativos em que também tiveram um total bastante elevado, como demonstra o gráfico. Em face dos transtornos políticos e econômicos, um dos motivos em que explica-se a agitação em tempos de crise é empenhar-se para mudanças governamentais, e, em torno dessa situação, por mais que sucedeu-se uma inovação no Congresso, é perceptível entender que a questão cultural permaneceu, dado que o anseio por mudanças era tão intenso que havia uma precisão de demonstrar rendimento a população, e em vista disso, os parlamentares não olharam como o ordenamento de leis está transbordante, tampouco captaram os impactos legislativos de normas já vigentes.

Embora o período de 2019 contabilizou mais de 5 mil projetos de leis advindas de conversões sociais e acompanhado do costume legislativo, há de ser questionar o porquê da preocupação em projetos que ao longo de sua tramitação podem ser arquivados? Um projeto de lei sobretudo, precisa em sua formação ter uma estrutura equilibrada, pois caso seja instaurada como norma, terá efeito em território Brasileiro sobre os seus cidadãos, e isso deve ser considerado e reconsiderado, pois os impactos serão para milhares de pessoas, o que pode resultar em um abalo social, econômico ou dentre fatores diversos. Há também a possibilidade em que o dispositivo legal passe pelo plano da existência, isso é, o seu processo legislativo ocorreu com uma tramitação correta e foi promulgada de maneira adequada; logo após, decorra da validade, que significa dizer se aquele instituto fere alguma premissa da Constituição ou alguma lei superior. E por fim, a eficácia, qual efeito aquela norma está produzindo em sociedade.

Todo projeto de lei proposto seja por um deputado ou senador, têm a intenção de

subsequentemente virar uma norma da qual tenha prerrogativa de eficácia na conjuntura social. O político em razão do cargo e eleito por vias democráticas exerce sua função de representação, e nada mais significativo que redigir um projeto à qual represente o eleitorado. Não há nada de errado nesse ciclo, notado que foi entregue o mandato ao agente para que o interesse público prevaleça.

Todavia, a ocorrência de ter proporções em uma escala alta de projetos de leis podem decorrer em um processo lógico que é o resultado de uma nova lei. O processo legislativo tem uma ordem em ambas as casas do Congresso, e em seu percurso muitas propostas de leis são arquivadas por variáveis justificativas. Entretanto, por mais que tenha fatores que influencie na tramitação, imagine que em meio aos 5.680 projetos de leis propostos pela Câmara dos deputados no ano de 2019, tenha ao final 05% dos esboços promulgados, o que dá o total de 284 novas leis que passam por momento de *vacatio legis* e vigência.

Figura 2: Câmara aprovou sessenta propostas



Fonte: <https://www.camara.leg.br/noticias/562770-camara-aprovou-60-propostas-em-plenario-no-1o-semester/>

Dados confirmados pelo próprio órgão da Câmara dos Deputados, dispõe que apenas no primeiro semestre do ano de 2019, foi aprovado em plenário 60 novas leis, e em tramitação pela CCJ obteve total de 117 novas normas que não precisaram ir a plenário, o que tem como total 177 recentes institutos normativo postas em sociedade, nessa análise considera-se apenas o 1º semestre do ano legislativo. Vale lembrar que são 177 leis que podem alterar e alteram condutas sociais e econômicas, sendo que são normas lançadas a sociedade sem estudos prévios de avaliação de impacto, e é em função disso, que os elevados números de proposição são vistos como um problema, dado que futuramente podem ser normas vigentes no corpo social.

Pelo Brasil desfrutar de um legislativo célere para tomada de decisões, a realidade é que por mais que se faça uma comparação do número de projetos com as proposições que se tornaram lei, o resultado tende parecer ser baixo, mas o fato é que 177 novos dispositivos legais em um período curto de seis meses, pode mudar, colidir e possivelmente trazer

consequências a uma realidade de crise política e em seguimento disso, a questão cultural que em uma somatória do contexto do país assenhoreia mais de 5,4 milhões de institutos normativos.

Periodicamente, por mais que exista uma cultura enraizada de sempre legislar, o poder legislativo ou quaisquer poderes que possuem competências para propor projetos normativos, devem se atentar que o ordenamento brasileiro retém em excesso de leis, o fator que impacta a realidade não é devido somente pelo número de normas, mas também pela falta de técnica ou pesquisas econômicas e sociais que são dispensadas no momento da tramitação do ato normativo. É então de causar espanto e medo por saber que os representantes legislam às cegas e as presunções meramente opinativas equivalem mais do que a adoção de análises e técnicas.

Com essa realidade e cultura já aceita, existe um fator crítico a ser bem tratado, vale dizer que com mais de 5,4 milhões de leis, é improvável tomar ciência de todas, assim, a inibição do conhecimento da lei é só uma das variadas consequências de tantas normas que afeta toda sociedade. Uma coisa que pouco preocupa os representantes do poder público é sobre a questão de conhecimento da norma, visto que todos os atos são de cunho público. Mas a realidade não é como bem estruturada, por mais que todos os atos da administração sejam compartilhados no Diário Oficial, é superficial dizer que a maioria da população utilize esse meio para saber sobre as novas normas vigentes. Essa apreensão deve ser levada em consideração sobre a celeridade do poder legislativo em relação ao número empenhado de leis.

Nesse contexto de não conhecimento da lei, Gianturco narra bem sobre o princípio da ignorância da lei e a sua proibição. Este princípio significa e exemplifica o cenário legislativo brasileiro, sendo que o termo usado pelo cientista político reitera que a quantidade de leis se torna humanamente impossível de serem conhecidas e cumpridas, e mesmo tendo um ordenamento de leis tão grande, é vedado o desconhecimento do ordenamento normativo.

Dessa forma, expressa Gianturco:

“Quando as regras aumentam, torna-se difícil e depois simplesmente impossível conhecê-las e respeitá-las. Mesmo assim, o princípio da ignorância da lei é proibido e a classe política cobra obediência pressupondo e exigindo conhecimento da legislação toda”.
GIANTURCO, Adriano, 2017, p. 280

Em consonância com a proibição ao desconhecimento das normas, resta claro dizer que a própria LINDB (Lei de introdução às Normas do Direito Brasileiro), estabelece que

os cidadãos conheçam o teor das normas com a intuição de cumpri-la ou não descumpri-la, isto é, dependendo do conteúdo normativo, isso se confere: Art. 3º Ninguém se escusa de cumprir a lei, alegando que não a conhece. (LINDB, 1942). Diante do exposto, é comum que com um número tão avançado e não acompanhável fica complicado cumprir todas as leis, enquanto isso, a classe política não se preocupa com este lado e continua com a célere produção ativa de leis.

O fato é que a imposição do conhecimento da lei e a o princípio da ignorância por parte da classe política, reflete e endossa ainda mais a cultura legislativa existente no país, dessa forma, os que são afetados diretamente com essa impulsão tem como única alternativa obedecer ou obedecer a norma, fora disso não existe outra opção a não ser sofrer sanções.

ii) Técnica legislativa dispensável: Em uma segunda análise das falhas do processo legislativo, é necessário compreender o ramo do direito público e suas dimensões, sendo assim, o Direito Constitucional propõe estudar e aplicar o ordenamento jurídico, sua estrutura e detalhes. Por esta razão, deve se observar que o estudo do Constitucionalismo se divide em outras vertentes de conhecimento e tendo como base um desses ramos a centralização do aprofundamento da Organização do Estado e distribuição de competências designadas pelo Constituinte originário ao tratar sobre o Estado, as instituições, o exercício de poder e suas limitações.

É fato que o direito constitucional detém de uma série de estudos para que o ordenamento e a jurisdição sejam aplicados de acordo com as vias formais, trâmites legais e em consonância daquilo que já foi positivado. O jurista brasileiro, Paulo Gonet, reitera o conceito de aplicação da matéria de direito público, tratando que o constitucionalismo zela pelo seu objeto principal, isto é, a guarda do ordenamento.

O Direito Constitucional é o ramo do estudo jurídico dedicado à estrutura básica do ordenamento normativo. Nele se examinam as regras matrizes de todo o direito positivo. (GONET, Paulo, 2019, p. 37)

Por ter um campo vasto, existem disciplinas no constitucionalismo especializadas em determinadas áreas de atuação, desse modo, uma das fontes do direito público, em que se aprofunda a entender sobre atos normativos, seus detalhes e o melhor aperfeiçoamento, é conhecida como legística. A legística, também conhecida como ciência da legislação, se dedica ao estudo da lei, sua formação estrutura e aplicabilidade, isso se deve, pois, o seu objeto de aprendizado tem como ponto de partida a criação de projetos de leis com níveis apropriados de estrutura, transparência e organização, haja vista que esse alicerce

doutrinário da lei, tem como pretensão a repercussão sobre o corpo social. Além disso, em um melhor detalhamento, a disciplina de legística possui duas bases essenciais para o desenvolvimento de um possível futuro dispositivo legal, sendo duas bases estruturadoras, sendo, legística formal e a legística material.

A começar pela legística formal, essa tem por intuito o cuidado de dispor sobre a técnica legislativa adotada no Brasil, ou seja, este ramo dedica-se ao aspecto redacional e estrutural do ato normativo, portanto, tendo a cautela de se atentar de como a lei se demonstrará aos seus destinatários, por este motivo, os projetos normativos, devem ser feito de forma clara, simples e que a coletividade possa entender o conteúdo que será abordado caso seja aprovada. É em vista disso que o processo redacional do dispositivo legal deve ser feito de modo em que seja compreensível a todos os cidadãos, pois a prioridade da norma será designada a estes.

Então, partindo dessa premissa do acolhimento de uma forma para redigir normas e regular e oficializar a adoção de uma técnica legislativa no Brasil, o legislador, por intermédio da lei complementar 95/98⁴, trouxe elementos básicos e que devem ser seguidos na criação de qualquer ato de natureza normativa, sendo assim proporcionando uma linha de como fazer melhores projetos que a posterior podem se tornar um dispositivo legal, claro e cognoscível.

Apesar da utilização da técnica no país, há um problema em razão da legística formal no próprio dispositivo que a regulamenta, a lei complementar de 95/98 em seu artigo 18 descreve que eventuais desrespeito a técnica legislativa não acarreta em consequências e muito menos influência na existência, validade ou eficácia do ato normativo.

Art. 18. Eventual inexatidão formal de norma elaborada mediante processo legislativo regular não constitui escusa válida para o seu descumprimento. BRASIL, Lei Complementar nº 95, de 26 de fevereiro de 1998. Técnica legislativa e redação, Brasília-DF, fev. 1998.

Isso significa que nem sempre atos normativos terão a estrutura necessária ou com conteúdo pensado na exequibilidade da lei, o que é um problema visto que a maioria das vezes, proposições trazem projetos de leis cuja temática é prejudicada seja pelo seu conteúdo, pela não clareza ou até mesmo a inexecuibilidade do instituto normativo. Ainda que a própria lei complementar não declare consequências pela não utilização da técnica, como salienta Oliveira (2014), os resultados de uma estrutura normativa

⁴ Lei complementar 95/98, desenvolvida para regulamentar a produção de projetos de leis com base na técnica legislativa: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lcp/lcp95.htm

inadequada, decorrem de consequências indesejadas, não claras, e até mesmo, tornando uma lei ineficaz por ser inexecutável.

A inobservância da técnica legislativa não costuma, em geral, invalidar juridicamente a lei, acarretando apenas uma elaboração defeituosa do texto legal, o que poderá gerar dificuldades em sua interpretação e aplicação, com consequentes controvérsias entre os destinatários da norma. Sem dúvida essa é uma situação de todo indesejável, mas não suficiente para se declarar os comandos legais inválidos. Isso ocorre, inclusive, em função da ausência de hierarquia normativa entre a Lei Complementar nº 95, de 1998, e as leis em geral, conforme discutido anteriormente 132. Nesse sentido, a própria Lei Complementar, em seu art. 18, prevê, até de forma desnecessária, que eventual inexatidão formal de norma elaborada mediante processo legislativo regular não constitui escusa válida para o seu descumprimento. Ainda que não houvesse tal artigo, o fato é que uma lei não poderia ser declarada inválida por contrariar preceito de outra lei de mesma hierarquia. (OLIVEIRA, Luciano Henrique da Silva, 2014, p. 41)

Para além disso, outra linha tênue de estudo é a legística material. Nesse raciocínio, estuda-se a forma adequada de conteúdo para a norma, mas, não somente, apresenta uma das novidades mais importantes para a técnica legislativa, que é a viabilidade de aferir o impacto legislativo do instituto normativo. Essa análise de impacto legislativo – AIL, pode ser vista sobre duas perspectivas; a primeira delas é a avaliação “*ex ante*”, significa dizer que o cálculo social, econômico, cultural, dentre outros são feitos antes da publicação da norma, tendo um parecer prévio daquele projeto, já o segundo modo de aferição chama-se “*ex post*”, é uma avaliação após a vigência daquilo que era projeto de lei e tornou lei. Para que tenha essa apreciação de impacto legislativo nesses dois períodos, essas duas formas de metodologias são postas: a) custo e benefício; b) custo e efetividade.

Bem como já dito, nem toda norma cumprirá os requisitos da legística formal, tampouco usará a legística material vinculada ao impacto legislativo para definir o que será de eficácia social e qual benefício que aquela futura norma poderá trazer de relevante a sociedade. Ainda que adotada uma técnica sem ser de feição obrigatória, no Brasil aprova-se lei sem estudos prévios, sem uma base do porquê é necessário uma nova lei e sobretudo, não analisa os efeitos que eventual lei possa gerar.

Vale lembrar que existe uma exceção em meio a não obrigatoriedade usual do impacto. Aderida pela Emenda Constitucional Nº 95, de 2016, com conteúdo de um novo regime fiscal, ou comumente mais conhecido como teto de gastos, dispõe que nos casos de propostas legislativas de âmbito federal que contenha impactos econômicos, orçamentários e financeiros, e que podem ser benéficos ou negativos para a economia do

país, deverá ter acompanhamento de pesquisas e estudos prévios, assim como ordena o Ato das Disposições Constitucionais Transitórias – ADCT:

“Art. 113. A proposição legislativa que crie ou altere despesa obrigatória ou renúncia de receita **deverá ser acompanhada da estimativa do seu impacto orçamentário e financeiro.**

Art. 114. A tramitação de proposição elencada no caput do art. 59 da Constituição Federal, ressalvada a referida no seu inciso V, quando acarretar aumento de despesa ou renúncia de receita, será suspensa por até vinte dias, a requerimento de um quinto dos membros da Casa, nos termos regimentais, para análise de sua compatibilidade com o Novo Regime Fiscal.”

Apesar de ter uma exceção de caráter expresso e obrigatório, a excepcionalidade não exclui o fato que o Brasil em nível Federal publica muitas leis, e em vista disso, não se pode presumir que os demasiados atos normativos perante o ordenamento são convenientes ou bem aplicáveis em sociedade. A realidade é que todo dispositivo legal vem com impactos econômicos e burocráticos, o que implica para os setores. Há de se temer normas que não possuem a avaliação de repercussão social e que são legisladas às cegas.

Outrossim, essa realidade de não obrigatoriedade da técnica da legística formal e material, só abre brecha para que os eventuais projetos de leis que posteriormente podem ser dispositivos legais, não tenham uma estrutura de legística desejada, e tampouco, os estudos de impacto legislativo de atributo essencial para que tenha uma decisão concreta, é de conduta equidistante de tudo que o Congresso Nacional exerce em suas funções.

A normalidade de “legislar às cegas”, sem uma base de estudos não parece racional aos que estudam e se dedicam a esta área, porém irracional para os políticos é aplicar todos esses fundamentos. Essa mentalidade dos políticos não significa dizer que está errada, a verdade é que a visão política de sempre legislar é mais forte e apesar do ideal de ter a presença da técnica, a classe parlamentarista não se limita aos pretextos ditos. Ainda sim com esse contexto brasileiro, seria viável um novo debate no país em que se fale sobre a organização normativa e a varredura de leis que comprometem em sentido desfavorável aos que são prejudicados, isso seria uma discussão interessante em virtude de reflexos positivos que trouxe ao Reino Unido e que caberia ao Brasil compactuar de alguma maneira com essa limpeza normativa.

4. ESCADA PONTEANA EM FACE DO DIREITO CONSTITUCIONAL E O FENÔMENO CONTROVERSO AO PRETENDIDO

O jurista brasileiro, Pontes de Miranda, em suas observações e estudos relacionados

ao direito civil, idealizou um modelo para validar relações jurídicas entre as partes do polo negocial. A famosa “escada ponteana”, segundo o autor, consiste no plano

de validação do negócio jurídico passando por três fases importantes, sendo que, para o instituto civilista ser aprovado, ele deve passar pelo plano da existência, validade e eficácia. Em suma, as três etapas, exercem funções significantes não apenas para o direito civil brasileiro, entretanto, conforme o avanço da técnica, esse campo da escada é exercido em outras dimensões do direito.

A tricotomia de planos de Pontes de Miranda, usada também no Direito Constitucional, limita-se em razão do ato normativo. Uma lei para cumprir o seu êxito em âmbito social, tem que traçar os requisitos da existência, validade e eficácia. Em tese, para que um ato normativo exista, é necessário um projeto de lei que demande de uma das casas do Congresso Nacional ou qualquer instituição que tenha prerrogativa em fazer leis, o plano da existência se instaura a partir disso. Em seguida, é necessário entender o requisito da validade, ou seja, se a norma em sua essência segue os ritos constitucionais, assim, afastando qualquer vício, seja por ter um grau de inconstitucionalidade, ou pela tramitação por vias incorretas, e até mesmo, se fere alguma lei hierárquica. Já a eficácia, se revela perante os efeitos que a norma terá quando colocada a margem social.

Em consonância com a escada ponteana e um contexto legislativo que não dispõe de técnicas obrigatórias, e por consequência, tendo como somatório mais de 5,4 milhões de dispositivos legais, essa situação legiferante, tem como resultado normas que não vigoram em sociedade. Essa explicação se deve visto que em muitas circunstância do perfil normativo do Brasil, a lei passa pelo plano da existência e validade, entretanto, quando se verifica o plano da eficácia, acaba gerando resultado de perspectiva negativa. O fato a ser analisado, dispõe que toda lei deve ter um alcance a sociedade pela sua efetividade, porém, quando isso não acontece, gera um fenômeno controverso ao pretendido, isto é, quando um ato normativo posto em face dos indivíduos não gera efeitos, há de se declarar que a norma decorre de ineficácia.

A problemática a ser analisada em virtude do plano de efetividade, demonstra que a carência de técnica legislativa impacta diretamente no resultado final da lei. Apesar de algumas normas suar como algo benéfico a sociedade, na prática, sua exequibilidade se demonstra falha, e o fenômeno controverso ao pretendido apresenta-se cada vez mais forte. Essa situação pode ser esclarecida e entendida com base nas leis do ordenamento jurídico de âmbito federal e os dados postos no Diário Oficial da União – DOU. Dessa forma, averiguando o perfil normativo brasileiro e o plano da eficácia, há de se comentar em breves

tópicos sobre alguns casos que se desprende da teoria ponteana e não se adequa a sociedade.

Por mais que seja algo reprovado, conforme a escada ponteana, é muito comum perceber no ordenamento jurídico, normas que não geram efeitos no corpo social, dessa forma, um ato normativo não atestar seus efeitos sobre aquilo que era tencionado, desvia totalmente do propósito da lei, e nessa situação, por maioria da vezes, ainda que a intenção do legislador seja considerável, a inexecutabilidade do dispositivo legal se verifica sobre os indivíduos. À vista disso, a conjuntura de inexecutabilidade é um acontecimento tão forte, que muitas leis acumulam-se ainda mais no ordenamento brasileiro, e por consequência, não exercem a função social à qual foi direcionada.

Para melhor compreensão, um dos exemplos desse fato, se comprova na Lei Federal Nº. 13.645, vigente desde 2018, que institui o Dia Nacional do Desafio, no qual estabelece que toda última quarta-feira do mês tem por intuito impor atividade física e esportiva por quinze minutos, em ambiente de empresas privadas, públicas, administrativas, estabelecimentos escolares e outros, como se verifica no texto apresentado:

A lei teve origem no Projeto de Lei da Câmara (PLC) 73/2008, aprovado no Senado em agosto de 2010 e novamente na Câmara dos Deputados em dezembro de 2017. A norma entra em vigor já nesta quinta-feira. **Segundo o autor do projeto, deputado Lobbe Neto (PSDB-SP), a ideia é que todos devem praticar pelo menos 15 minutos diários de quaisquer atividades físicas ou esportivas, por meio de competições simbólicas entre várias cidades do mundo.** Fonte: Agência Senado.

A circunstância apontada, apresenta falhas crucial perante a técnica legislativa e interfere sobre o propósito da lei, diante disso, apesar do Dia Nacional do Desafio visionar a prática aos exercícios físicos, a efetividade da lei não se revela perante o corpo social. Essa lei, é apenas uma de várias outras que estão vigentes, tem intenções, mas não vigoram em sociedade. Assim, sem um conteúdo exequível, a norma se torna apenas mais uma no ordenamento brasileiro. Por esta razão, se reitera o compromisso e a adoção obrigatória de uma técnica, calculando efetividade e benefícios aos que serão subordinados pelo ato normativo

Por mais que seja habitual falar sobre a efetividade da norma em face da sociedade, existe alguns casos que a falta da técnica, especialmente da legística formal em projetos de leis, interferem na tramitação do processo legislativo. Já foi mencionado

que um ato normativo deve ser claro aos seus destinatários, e o seu conteúdo deve ser pensado na possível exequibilidade da lei, entretanto, anteriormente foi citado que o grande número de projetos de leis, juntamente com a não obrigatoriedade da técnica, impede que todos os projetos normativos tenham o seu conteúdo pensado na tricotomia de planos, assim, em compensação, tem-se como resultado esboços de normas acumulados em arquivos.

Nesse sentido, sem uma análise de efeitos, ocorre que em uns casos, o projeto de lei sequer passa pelo primeiro plano da escada ponteana, dado que existe algum vício em seu conteúdo ou forma. Essa realidade, se comprova ao observar a tramitação legislativa, desde o nascimento do projeto, até a arguição de vícios não sanáveis.

O exemplo dessa exceção pode ser clara ao analisar o PL 589/2020⁴, proposto pelo excelentíssimo parlamentar federal, Emerson Miguel, ou popularmente conhecido como deputado Boca Aberta, o projeto tem em sua essência a punição de figuras políticas que possam cometer o crime de corrupção, e apesar dessa conduta já ser um crime previsto no Código Penal no específico artigo 317, a ênfase em querer punir desperta desconformidade com leis hierárquicas e atinge diretamente os direitos humanos.

Projeto de lei nº, de 2020. (do SR.º. Boca aberta)

Dispõe sobre a amputação das mãos de político condenado por crime de corrupção contra o patrimônio público, desde a condenação até o trânsito em julgado.

O PL por ter tido uma repercussão na imprensa nacional, acabou sendo arquivado, dado que o grau de vício de inconstitucionalidade era tão visível que o Regimento Interno da Câmara dos Deputados -RICD, permite que nesses casos, tenha o arquivamento, como dispõe o art. 137, §1º, alínea b:

Art. 137. Toda proposição recebida pela Mesa será numerada, datada, despachada às Comissões competentes e publicada no Diário da Câmara dos Deputados e em avulsos, para serem distribuídos aos Deputados, às Lideranças e Comissões. **§ 1º Além do que estabelece o art. 125, a Presidência devolverá ao Autor qualquer proposição que:** I - não estiver devidamente formalizada e em termos; II - versar sobre matéria: a) alheia à competência da Câmara; **b) evidentemente inconstitucional;** c) antirregimental.

Ante exposto, por mais que o projeto de lei 589/2020 tenha sido arquivado, há milhares de outros projetos que não são pensados em face da tricotomia de planos de

⁴ <https://www2.camara.leg.br/atividade-legislativa/legislacao/regimento-interno-da-camara-dos-deputados/arquivos-1/RICD%20atualizado%20ate%20RCD%2012-2019%20A.pdf>

Pontes de Miranda, e como consequência no rito, acontece o atraso no processo legislativo e o acúmulo de esboços possíveis novas leis.

5. ANÁLISE DE IMPACTO LEGISLATIVO – VALIDADE E EFICÁCIA EM MATÉRIA FISCAL

Embora a Lei Complementar N° 95/98, dispense a obrigatoriedade do uso da técnica de análise de impacto legislativo, já foi mencionado que a possível aplicação desse instrumento de aferição, possibilita uma maior efetividade para a tomada de decisões pela classe política, dado que, em algumas ações estatais, o Estado busca por intermédio de políticas públicas, intervir em situações da vida privada para que possa estabilizar questões coletivas, seja uma intervenção em âmbito econômico, que é o mais comum, ou por políticas sociais, como campanhas. Essa situação de intervenção parte do princípio de que o Estado tenha um “controle” para uma melhor tomada de decisão, Onde garanta soluções adequadas aos problemas comuns e que essa interferência tenha como fruto o benefício a todos.

Partindo desse pressuposto, a tomada de decisão, obrigatoriamente, necessita passar por critérios importante para que ao findar da análise tenha perspectivas de qual meio é proporcional para resolver adversidades gerais, sendo que no estudo de caso da norma, terá como resultado, não apenas uma opção, porém, várias alternativas que possam garantir efetividade ou ineficiência de tal resolução. Por esta razão, ao se tratar de projetos normativos com impactos econômicos e que afeta diretamente a população, existem meios de estudos que averiguam algumas proposições e suas prováveis repercussões. Essa forma de estudo pode ser ponderada conforme dispõe o quadro à baixo:

Quadro 1: Cinco estágios do ciclo de políticas públicas

Resolução aplicada a problemas	Estágios do ciclo da política pública
1) Reconhecimento do problema	1) Formação de agenda
2) Proposta de solução	2) Formulação da política
3) Escolha da solução	3) Tomada de decisão
4) Efetivação da solução	4) Implementação da política
5) Monitoramento dos resultados	5) Avaliação da política

Fonte: Howlett, Ramesh e Perl (2013, p. 16).

(Políticas públicas: avaliando mais de meio trilhão de reais em gastos públicos/organizador: Adolfo Sachsida. – Brasília: Ipea, 2018.)

Mesmo com múltiplos modos de analisar o impacto legislativo, na doutrina, não existe uma maneira de qual é a configuração correta, visto que em variáveis demandas,

problemas e situações, há mecanismos diferentes de aferição, usando o método mais adequado diante do problema. Assim, mesmo perante numerosos modos de avaliação legislativa, o foco principal se designa a aplicação de ter no ordenamento jurídico a possibilidade de uma técnica em que estude possíveis causas e consequências que uma futura norma positivada pode vir a ter. Essa adoção de AIL em face do constitucionalismo brasileiro, traria de fato, uma melhor opção ao legislador e aos que serão atingidos pela norma. Em síntese, essa situação, se reitera por especialistas e pesquisadores:

“Não há um único formato para a realização de uma AIL, como também, existem diversos níveis de profundidade para análise. Apesar de não existir um padrão, é recomendável que existam procedimentos sustentáveis tecnicamente e que estejam presentes tanto nas avaliações mais simples quanto nas complexas”. MENEGUIN, Fernando, et.al. 2018, p.443

Em suma, não sendo o meio adotado no Brasil, variadas são as consequências quando não tem uma obrigatoriedade do uso de AIL. A seguir, o estudo de caso revelará a proporção de tomadas de decisões diante de um contexto de matéria fiscal e a intervenção estatal com uma intenção de cunho socioeconômico, objetivando elevar nomes de empresas públicas e privadas para o mercado mundial e fomentar a economia do país.

Nesse contexto é necessário explicar algumas políticas econômicas praticadas na era Lula e Dilma, esclarecendo alguns termos jurídicos e financeiros para melhor compreensão. Inicialmente, de maneira sucinta, o direito tributário é um ramo de atuação que estuda os tributos destinados aos cofres do Estado, assim, dentre um dos desdobramentos da disciplina, existe algumas possibilidades que o Estado com intenções econômicas pode usar de suas competências e utilizar o ônus financeiro para fins de praticar a subvenção e isenções fiscais.

A subvenção, é um ato governamental de conceder um auxílio pecuniário para empresas, sendo esses setores entes públicos ou privados. Esse ato de face governamental visa impulsionar economicamente os negócios para que tenham estabilidade no mercado financeiro, além disso, em tese, se pretende assegurar lucros e empregos no país. Já o instituto de isenção fiscal, é quando o Estado, por intermédio de lei, autoriza o não pagamento de um tributo. Explicado esses institutos, antes de adentrar ao tema, vale relembrar um dos planos econômicos do governo Lula e Dilma que desdobrou a política das campeãs nacionais.

Nesse sentido, em 2005, pós posse do governo Lula, um plano econômico foi posto para o Brasil, tendo como intenção um esboço rudimentar que traria uma reforma fiscal com o objetivo e alcance de um equilíbrio fiscal. Tão somente, apesar das metas traçadas pelo governo Lula, nesse contexto havia riscos que não foram direcionados aos cálculos de impacto, e que trouxeram crises de recessões aos setores empregatícios da sociedade brasileira. Por esta razão, apesar de ser muito arriscado o esboço de matéria fiscal, a política governamental trouxe variáveis consequências até o governo de Dilma Rousseff, como trata texto a baixo:

Alcançando o equilíbrio fiscal, o país poderia ter juros reais normais, mais parecidos com os do resto do mundo, de 2% a 3% ao ano. Era uma ideia factível, embora trouxesse o risco de se pretender controlar os juros como meio de cumprir a meta. Se a proposta tivesse sido vitoriosa, a história da economia brasileira e o desfecho de treze anos de governo do PT, com a aprovação de impeachment da presidente da República, Dilma Rousseff, em agosto de 2016, provavelmente teriam sido diferentes. SAFATLE, Cláudia, et.al.2016, pág. 19

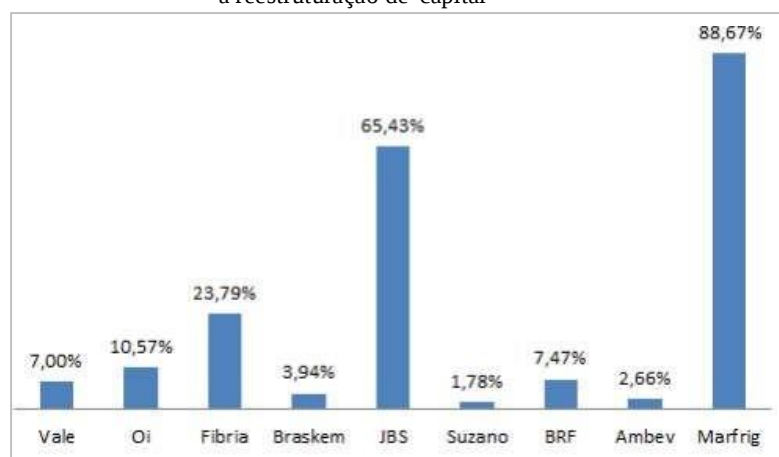
A política adotada para ter um equilíbrio fiscal não seria diferente em outros setores governamentais, logo, os planos do Banco Nacional do Desenvolvimento Econômico e Social – BNDES, adotaria medidas para com o objetivo de impulsionar grandes empresas ao mercado Brasileiro e também mundial. Com isso, nasce a política das campeãs nacionais.

Com aprovação do decreto presidencial N° 4.418 de 2002, regulamentava-se a conduta social do banco trazendo consigo as intenções no mercado e a prática de realizar subsídios a outras empresas, dessa forma, um dos modos de atuações bancárias, transcritas no artigo 9º do referido decreto, possibilitou auxílios pecuniários de um jeito autônomo, ou seja, a instituição bancária, usava em suas operações estratégias de financiamento ou a realização de empréstimos para setores em que achassem uma eventual preponderância a um desenvolvimento futuro no mercado. A maneira de atuação pode ser conferida no presente artigo:

Art. 9º-O BNDES poderá também: I - Contratar operações, no País ou no exterior, com entidades estrangeiras ou internacionais, sendo lícita a aceitação da forma e das cláusulas usualmente adotadas nos contratos externos, inclusive o compromisso de dirimir por arbitramento as dúvidas e controvérsias; II - Financiar a aquisição de ativos e investimentos realizados por empresas de capital nacional no exterior, desde que contribuam para o desenvolvimento econômico e social do País;

Apesar de ter certa autonomia para subsidiar negócios públicos e privados, existia a supervisão de ministro para que todas as políticas de empréstimos fossem de modo imprescindível a economia do país e essencial para as empresas, portanto, destacando no artigo 1º, Parágrafo Único, a tutoria do Ministro de Estado do Desenvolvimento, Indústria e Comércio, para fins lucrativos. Dessa forma, com o novo decreto e com metas traçadas pelo governo Lula, o presidente do BNDES, Luciano Coutinho, desde a época de 2005 a 2016, em uma pretensão de elevar o nível das empresas brasileiras ao mercado mundial, pôs em prática um plano econômico, conhecido como a política das campeãs nacionais, tinha como objetivo escolher grandes empresas brasileiras para emprestar subsídios, ou seja, a política creditícia visava emprestar auxílio pecuniário a empresas para que elas se desenvolvessem em âmbito mundial, sendo que o empréstimo com o governo poderia ser pago a longo prazo, e com o juros excepcionalmente inferior em relação aos juros que são cobrados em bancos privados, isso porque a União, cobrava um juros de 6 a 7% ao ano. Os subsídios para alguns setores podem ser verificados a baixo:

Quadro 2: Proporção dos apoios recebidos do BNDES destinados à reestruturação de capital



Fonte: https://web.bndes.gov.br/bib/jspui/bitstream/1408/17400/1/PRTese214657_O%20desenvolvimentismo%20possivel_compl_P_BD.pdf⁶

Dessa forma, apesar da intenção possibilitar a entrada de empresas nacionais no mercado mundial, a falta de uma análise de impacto no decreto e nas políticas públicas concedidas pelo BNDES, proporcionou efeitos instigantes, isso porque o crédito subsidiado adveio de duas formas, sendo a primeira da carga tributária e a segunda de títulos do tesouro.

⁶ Gráfico retirado da monografia de Rafael Palma Mungiolli: file:///C:/Users/bruna/Downloads/PRTese214657_O%20desenvolvimentismo%20possivel_compl_P_BD.pdf

A primeira forma sistemática da política usava o Fundo de Amparo ao Trabalhador - FAT, para injetar nas campeãs nacionais, sendo que o banco captava juros do FAT a 5% e emprestava a 7,5%. Em 2009, esse dinheiro via FAT foi drasticamente reduzido, portanto nesse período, o governo, acreditando na política desenvolvimentista, autorizou o fundo do tesouro nacional para emprestar as campeãs. Nesse caso, o sistema ao captar dinheiro do mercado financeiro com taxa de 12%, emprestava o auxílio em um custo de 7%, o que foi uma tarifa discrepante e como consequência trouxe um endividamento ao setor público.

Assim, por mais que a política perdurasse até meados de 2016, a distribuição de auxílio pecuniário referentes aos valores, deixava cada vez mais forte uma herança de dívidas públicas, e sobre essa questão, a insistência em acreditar nesse modelo de empréstimos e isenções fiscais, fez com que a política das campeãs nacionais não cessasse com suas intenções, mas sim, limitasse o quanto Estado poderia subsidiar para essas empresas, isso porque em 2014, foi lançado um Medida Provisória, Nº 661 – MP, com o objetivo de limitar subsídios do BNDES, com isso, sobrepôs um teto de financiamentos, empréstimo e o modo de captação de juros cobrados pelo governo sobre as empresas.

A justificativa da MP para tamanha realidade foi encarada pelo setor público, dado que foi visto a reação do mercado nacional quanto as repercussões negativas ao longo do prazo, aparecendo consequências para setores informais, pequenas empresas, trabalhadores autônomos e outros, e essa contundência pode ser analisada pela exposição de motivos enviado à Câmara dos Deputados:

Diversos foram os atos de concentração apoiados pelo BNDES nos últimos anos. Alguns, inclusive, no âmbito da política governamental de criação das “campeãs nacionais”. Entretanto, essas fusões e aquisições trazem como consequência, normalmente, dispensa de trabalhadores, piora no serviço prestado ou produto fornecido, bem como aumento de preços ao consumidor final. Com a presente emenda, pretende-se inibir prática flagrantemente contrária aos objetivos do Estado. Ao conceder financiamentos a taxas subsidiadas, suportadas por toda a população brasileira, o BNDES deve tomar o cuidado de não provocar, ou mesmo estimular, atos de concentração econômica, que, conforme dito acima, podem trazer consequências maléficas aos brasileiros que arcam com o subsídio, algo claramente contrário ao interesse público⁷. FONTE: CAMARA DOS DEPUTADOS

⁷ https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=1317863&filename=EMC+11/2015+MPV66114+%3D%3E+MPV+661/2014

A Medida Provisória revertida em Lei Nº 13.126 de 2015 ⁸, aparentemente reguladora, trouxe no ponto de vista constitucional, uma hierarquia normativa, sendo que uma lei limitasse outro ato normativo (decreto presidencial). Com isso, há de se tratar que ambos atos normativos se assemelham na regulação da política de subsídios, e, por se tratar da mesma matéria, a ausência de impacto em face do decreto, gerou mais uma lei que ordenasse um teto de gastos e liberação de verbas públicas. Com essa compreensão, e o aceite do impacto de análise legislativa em virtude do decreto, um eventual impacto traria um parecer econômico, mostrando as consequências aos setores público e privado, dirimindo e expondo os riscos, e o que certamente evitaria a pior crise de recessão econômica no país.

Mesmo com a limitação do concedimento do crédito pela Lei Nº 13.126 de 2015 a política creditícia perdurou até em 2016 e as consequências desse impacto podem ser descritas em uma frase: “A política das campeãs nacionais fracassou”. O prejuízo aos cofres públicos calculados por mais de trilhões de reais, não alcançou sucesso em âmbito nacional e mundial, mas destinou a um endividamento público. Enquanto isso, empresas por anos desfrutaram de dinheiro público, não retornando benefícios ao desenvolvimento econômico. Esses valores podem ser observados a partir da lista a seguir:

Tabela 1: Maiores Clientes do BNDES – 2001-2016
(Operações contratadas, exceto debêntures e renda variável, em R\$ bilhões constantes de 2016)

1	Petrobras	Indústria	Indústria extrativa	128,5
2	Embraer	Indústria	Material de transporte	85,9
3	Odebrecht	Infraestrutura	Construção	51,7
4	Norte Energia	Infraestrutura	Energia Elétrica	34,9
5	Votorantim	Indústria	Celulose e Papel	31,9
6	State Grid	Infraestrutura	Energia Elétrica	31,6
7	Oi	Infraestrutura	Telecomunicações	31,4
8	Vale	Indústria	Indústria Extrativa	30,9
9	Eletrobras	Infraestrutura	Energia Elétrica	30,4
10	Banco do Brasil	Serviços	Serviços Financeiros	26,3
11	Estado de São Paulo	Administração Pública	Administração Pública	25,7
12	Volkswagen	Indústria	Material de transporte	20,1
13	Telefônica	Infraestrutura	Telecomunicações	18,9
14	Braskem	Indústria	Química e Petroquímica	18,8
15	Fiat Chrysler Auto	Indústria	Material de transporte	17,8
16	Neoenergia	Infraestrutura	Energia Elétrica	17,4
17	TIM	Infraestrutura	Telecomunicações	16,6
18	Jirau	Infraestrutura	Energia Elétrica	15,6
19	J&F	Indústria	Alimentos e Bebidas	14,9
20	BRF	Indústria	Alimentos e Bebidas	13,1
21	Gerdau	Indústria	Metalurgia	13,1
22	Rumo	Infraestrutura	Serviços de Transporte	13,1
23	Santo Antônio	Infraestrutura	Energia Elétrica	13
24	Ford	Indústria	Material de transporte	12,9

⁸http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13126.htm

25	Klabin	Indústria	Celulose e Papel	12,7
26	Suzano	Indústria	Celulose e Papel	12,6
27	Mercedes-Benz	Indústria	Material de transporte	12,5
28	Caixa Econômica Federal	Serviços	Serviços Financeiros	12,3
29	Finep	Serviços	Serviços Financeiros	11,9
30	Vicunha (CSN)	Indústria	Metalurgia	11,5
31	Estado do Rio de Janeiro	Administração Pública	Administração Pública	11,2
32	WEG	Indústria	Equipamentos Mecânicos	10,9
33	Anglo American	Indústria	Indústria Extrativa	10,8
34	EDP	Infraestrutura	Energia Elétrica	10,6
35	Invepar	Infraestrutura	Serviços de Transporte	10,1
36	CNH	Indústria	Material de transporte	9,5
37	Itausa	Indústria	Química e Petroquímica	8,9
38	EAS	Indústria	Material de transporte	8,8
39	Andrade Gutierrez	Infraestrutura	Construção	8,8
40	Ambev	Indústria	Alimentos e Bebidas	8,7
41	CCR	Infraestrutura	Serviços de Transporte	8,6
42	Raízen	Indústria	Química e Petroquímica	8,4
43	Light	Infraestrutura	Energia Elétrica	8,2
44	Heber	Infraestrutura	Energia Elétrica	8,2
45	Arteris	Infraestrutura	Serviços de Transporte	8,1
46	ArcelorMittal	Indústria	Metalurgia	8
47	Estado do Ceará	Administração Pública	Administração Pública	7,6
48	Estado de Minas Gerais	Administração Pública	Administração Pública	7,6
49	EIG	Infraestrutura	Energia Elétrica	7,6
50	Engie	Infraestrutura	Energia Elétrica	7,5

Fonte: BNDES (2017 p 317-319)⁹

Desloca-se agora um olhar do porquê essa política desenvolvimentista causou tantos danos: Primeiramente, um disposto legal quando não dispõe de uma estrutura de logística adequada, possui riscos inalteráveis, no caso analisado em concreto, dois atos normativos não seguiram uma técnica de análise de impactos, o que gerou consequências ao Estado e o seu endividamento público, consequências a empresas de grande e pequenos negócios, e o desemprego em massa.

Assim, já em uma análise de impactos no mercado financeiro, quando se coloca pequenas e grandes empresas em um mesmo nível, uma delas terá mais força econômica no mercado, no caso da política das campeãs nacionais, com a disputa de grandes setores visando se tornarem cada vez mais fortes, as chances das corporações de médio rendimento econômico falirem, era a mais provável possível.

Além disso, com chances de não subsistirem no mercado, o auxílio pecuniário estratégico do governo aos fortes empresários, fez com que ocorresse mais uma questão negativa para microempresas, isto, porque a política das campeãs nacionais, deixou que

⁹ Tabela retirado da monografia de Rafael Palma Munglioli: file:///C:/Users/bruna/Downloads/PRTese214657_O%20desenvolvimentismo%20possivel_compl_P_BD.pdf

pequenos setores não tivessem como ter financiamentos ao seu negócio, dado que os bancos privados visam o lucro sobre o empréstimo, e quando há riscos e instabilidades no mercado aos pequenos empreendedores, é quase impossível instituições financeiras cederem o crédito, e por mais que facultassem esse abono, os juros abusivos cada vez mais aumentava frente aos riscos, dessa forma, não compensando aceitar o crédito. Com isso, foi mencionado que apesar da política das campeãs nacionais em tese ter intenções maleáveis ao mercado, a falta de análise de viabilidade prejudicou setores não apenas em financiamentos com bancos privados, para mais, possibilitou uma competição desleal entre pequenos negócios, e ainda como consequência, proporcionou uma alta elevação de desempregos no Brasil, isso porque com menos chances das empresas pequenas crescerem, o seu rendimento mensal também era afetado, dessa forma, gerando uma redução no quadro de funcionários. É importante observar que pequenas empresas são responsáveis por 80% dos empregos no país, o que não foi levado em consideração ao criarem essa política creditícia. A complexidade da política das campeãs nacionais, não se resume apenas nos pontos mencionados ao texto, mas faz entender que com a ausência de uma técnica legislativa e a falta de análise de impactos, gera complicações extremamente abrangentes e situações que nunca se imaginou passar.

6. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Por fim, é perceptível que não basta um legislativo célere, com proposições de conteúdos cheios de expectativas, porém, vazios de viabilidade e eficácia. A situação brasileira não pode ficar retida em soluções de problemas pelo mero saber, isso porque em uma sociedade tão abrangente, a técnica legislativa deve calcular os impactos antes da promulgação da norma, não repetindo os erros de políticas passadas. Além disso, a adoção de uma técnica mais elaborada e que contenha a AIL, deve, portanto, compreender problemas enraizados na sociedade, e não impulsionar leis sem observações econômicas, sociais e estruturais.

Por esta razão, inclina-se aos parlamentares a inovação da reestruturação da Lei Complementar N° 95/98, implementando melhorias na produção de atos normativos, cálculos do impacto, e pareceres públicos da intenção legislativa. Legislar às cegas, atualmente, não é a melhor solução, e sim, é a demonstração de um país que resolve seus problemas pela simples impulsão da lei, e por mero entendimento próprio. Essa proposta

de inovar, consideravelmente, leva construir leis mais visionárias, com menos riscos e mais prováveis de vigorar em sociedade.

7. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

AFONSO, José da Silva. **CURSO DE DIREITO CONSTITUCIONAL POSITIVO** 37ª edição, revista e atualizada até a Emenda Constitucional n. 76, de 28.11.2013 =. =MALHEIROS: EDITORES I I T \ f CURSO DE DIREITO CONSTITUCIONAL POSITIVO © José Afonso da Silva

Avaliação de Impacto legislativo: cenário e perspectivas para sua aplicação / Eduardo S. S. Vieira... [et al.]; organizadores Fernando B. Meneguim, Rafael Silveira e Silva. – Brasília: Senado Federal, Coordenação de Edições Técnicas, 2017. 123 p.

BASTIAT, Frédéric **A Lei** / Frédéric Bastiat. – São Paulo: Instituto Ludwig von Mises Brasil, 2010.

BRASIL. Decreto-Lei, Nº4.657 de setembro de 1942. Dispõe sobre: **a Introdução às normas do Direito Brasileiro.** Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del4657compilado.htm

BRASIL. Lei Complementar, Nº 95 de 26 de fevereiro de 1998. Dispõe sobre: **a técnica legislativa adotada no Brasil.** Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/LCP/Lcp95.htm

BRASIL. Lei, Nº 13.645 de 04 de abril de 2018. Dispõe sobre: **a instituição do dia nacional do desafio.** Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2018/lei/L13645.htm

BRASIL. Projeto de Lei, Nº 582 de 10 de março de 2020. Dispõe sobre: **a amputação das mãos de políticos que cometerem a prática de corrupção.** Disponível em: <https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=2238611>

BRASIL. Decreto Presidencial, Nº 4.448 de 11 de outubro de 2002. Dispõe sobre: **a criação do Estatuto DO BNDES.** Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/2002/D4418.htm

BRASIL. Lei Nº 13.126 de 21 de maio de 2015. Dispõe sobre: **Limitação de crédito ao BNDES.** Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13126.htm

BRASIL. [Constituição (1988)] **Constituição da República Federativa do Brasil:** Supremo Tribunal Federal. – Brasília: Supremo Tribunal Federal, 2007.

SAFATLE, Claudia. **Anatomia de um desastre: os bastidores da crise econômica que mergulhou o país na pior recessão de sua história** / Claudia Safatle, João Borges e Ribamar Oliveira. – 1ª Ed. – São Paulo: Porfolio-Penguin, 2016.

Políticas públicas: avaliando mais de meio trilhão de reais em gastos públicos / organizador: Adolfo SACHSIDA. – Brasília: Ipea, 2018. 595 p. il, mapas, fots, color.

FRANCISCO, Calvacanti Pontes de Miranda, **Tratado de direito privado**, 3.ed., Rio de Janeiro, Borsoi, 1970, v.1 e 2.

GIANTURCO, Adriano. **A ciência da política uma introdução** / Adriano Gianturco. - 2. ed. - Rio de Janeiro: Forense, 2018. 21 cm.

MENDES, Gilmar Ferreira. **Curso de direito constitucional** / Gilmar Ferreira Mendes, Inocêncio Mártires Coelho, Paulo Gustavo Gonet Branco. – 4. Ed. ver. e atual. – São Paulo: Saraiva, 2009.

MUNGIOLI, Rafael Palma. **O desenvolvimentismo possível? Política de campeões nacionais e a inserção internacional do Brasil em inícios do século XXI** / Rafael Palma Mungiolli. – 2019. 139 p.; 31 cm.

OLIVEIRA, Luciano Henrique da Silva. **Análise de Juridicidade de Proposições Legislativas**. Brasília: Núcleo de Estudos e Pesquisas/CONLEG/Senado, agosto/2014 (Texto para Discussão nº 151), p. 41. Disponível em: www.senado.leg.br/estudos. Acesso em 11 ago. 2014

O USO INDISCRIMINADO DO *HABEAS CORPUS* NOS TRIBUNAIS SUPERIORES

Isabela Reple do Nascimento¹

RESUMO: O presente trabalho tratou do tema do uso indiscriminado do *habeas corpus* nos Tribunais Superiores, com foco na análise de possíveis causas e fenômenos relacionados e na verificação de dados referentes a impetrações e concessões nos Tribunais Superiores. O objetivo central do trabalho foi responder à pergunta: “pode o *habeas corpus* ser utilizado como um segundo recurso além das hipóteses recursais taxativas previstas em lei?”. Adotou-se como metodologia de pesquisa os métodos de abordagem quantitativa e qualitativa e o método de procedimento de análise de jurisprudência e revisão sistemática de literatura. Os objetivos específicos do trabalho foram: analisar o modo como se deu a sobrecarga dos Tribunais Superiores pelo manejo do *habeas corpus* e fenômenos relacionados; demonstrar essa sobrecarga em termos estatísticos, através de coleta de dados obtidos nos sites do Supremo Tribunal Federal e Superior Tribunal de Justiça referentes aos anos de 2015 a 2019. Conclui-se que não é logicamente viável que se autorize a impetração generalizada de modo a sobrecarregar as Cortes Superiores do país a um ponto que torne impraticável a análise dos casos concretos.

Palavras-chaves: *Habeas Corpus*. Sucedâneo Recursal. Tribunais Superiores. Sobrecarga.

The indiscriminate use of habeas corpus in the Brazilian Superior Courts

ABSTRACT: This article addressed the topic of the indiscriminate use of *habeas corpus* in the Brazilian Superior Courts, focusing on the analysis of possible causes and related phenomena and on data verification regarding to filings and grantings in the Superior Courts. The main goal of the article was to answer the question: “The *habeas corpus* may be used as a second appeal beyond exhaustive hypothetical appeals provided by law?”. As research methodology, it was used the quantitative and qualitative method and the procedure of analysis of the jurisprudence and systematic review of the literature. The specifics objectives of the paper were: analyse the way in which the Superior Courts got overloaded by the use of the *habeas corpus* and its related phenomena; demonstrate this overload in statistical terms, through data collection obtained on the Supreme Court and Superior Court of Justice websites, referring to the years of 2015 to 2019. It concludes that is not logically viable to

¹ Assessora-chefe de Subprocuradora-Geral da República na PGR, bacharela em Direito (UniCEUB); especialista em Direito pela Escola Superior do MPDFT; especializanda em “Direito Penal e Processual Penal” pelo IDP; e-mail: belareple@hotmail.com.

allow the widespread filing of *habeas corpus* in such a way that overload the Superior Courts of the country and making impossible the analysis of concret cases.

Palavras-chaves: *Habeas Corpus*. Appeal Substitute. Superior Courts. Overload.

INTRODUÇÃO

A função constitucional do *habeas corpus* é fazer cessar a ocorrência ou ameaça de ocorrência de violência ou coação no direito à liberdade de locomoção, por ilegalidade ou abuso de poder. O seu emprego, na prática, parece ter alargado o campo de incidência constitucionalmente delimitado para abarcar hipóteses dissociadas da sua função essencial.

Nesse trabalho, será tratado o tema referente ao uso indiscriminado do *habeas corpus* individual nos Tribunais Superiores. O objetivo é analisar possíveis causas e fenômenos relacionados e verificar os dados referentes a impetrações e concessões nos Tribunais Superiores, questionando: pode o *habeas corpus* ser utilizado como um segundo recurso além das hipóteses recursais taxativas previstas em lei? Para isso, será realizada uma análise de jurisprudência e revisão bibliográfica sobre o tema, além de um levantamento estatístico de dados obtidos nos *sites* do Supremo Tribunal Federal e Superior Tribunal de Justiça referentes aos anos de 2015 a 2019, para concluir que não é logicamente viável que se autorize a impetração generalizada de modo a sobrecarregar as Cortes Superiores do país a um ponto de tornar impraticável a análise dos casos concretos.

A relevância do problema reside na necessidade de se preservar a racionalidade do sistema processual e recursal brasileiro, bem como de atacar a sobrecarga dos Tribunais Superiores, reduzindo a morosidade e assegurando uma melhor prestação jurisdicional e a razoável duração dos processos levados ao crivo das Cortes máximas. Reclama-se a retomada da função constitucional do *habeas corpus*, sem o seu emprego indiscriminado para reformar decisão desfavorável à parte.

No que se refere aos tipos genéricos de pesquisa, serão utilizados os tipos descritivo e explicativo. O primeiro relata características, percepções, descrições sobre a sistemática de funcionamento do *habeas corpus* no Supremo Tribunal Federal e Superior Tribunal de Justiça, ao passo que o segundo identifica fatores determinantes ou contributivos ao

desencadeamento da morosidade e instabilidade jurídico-processuais provocadas pelo desvirtuamento do uso do *writ*.

No primeiro capítulo apresentar-se-á um breve cenário do *habeas corpus* na justiça criminal brasileira, a partir do exame do cabimento da ação constitucional, dos seus limites de cognição no STF e STJ, e da possibilidade de concessão, *ex officio*, da ordem; no segundo tópico, serão apresentados dados estatísticos sobre impetrações e concessões nos Tribunais Superiores; e no terceiro item serão apresentados os fenômenos relacionados e possíveis causas do aumento de impetrações.

1 O HABEAS CORPUS NA JUSTIÇA CRIMINAL BRASILEIRA

1. 1 CABIMENTO

“O habeas é uma espécie de instrumento de contrapoder nas mãos do cidadão para deter o abuso ou o desvio dos agentes incumbidos de aplicar o direito penal.” (TORON, 2018, livro eletrônico)

Segundo a autora Mariana Madera Nunes, “o volume de novos processos formalizados a cada ano tem levado o Tribunal a estabelecer consideráveis ressalvas ao cabimento das impetrações.” (NUNES, 2019, livro eletrônico).

Mariana procedeu ao seguinte recorte para elucidar algumas das ressalvas impostas ao cabimento do *habeas corpus*: 1) substitutivo de recurso ordinário; 2) formalizado contra decisão liminar; 3) impetrado em face de decisão monocrática contra a qual caberia agravo; 4) em substituição de recurso extraordinário ou revisão criminal; e 5) voltado contra ato de ministro do Supremo Tribunal Federal.

Relativamente ao cabimento de *habeas corpus* substitutivo de recurso ordinário, ela concluiu que a divergência entre as turmas do STF sobre a adequação de *writ* substitutivo de recurso ordinário foi pacificada em abril de 2018, com o julgamento do HC 152.752, quando o Tribunal Pleno, por maioria, entendeu ser admissível, desde que objeto de ameaça concreta, ou efetiva coação, fruto de ilegalidade ou abuso de poder.

A Segunda Turma perfilha do mesmo entendimento do Tribunal Pleno. “Na ponderação entre a banalização do *writ* e a efetividade da garantia constitucional, o Colegiado entende que não se deve limitar o acesso à garantia”, com as ressalvas de posicionamento

feitas pelos ministros Edson Fachin e Carmen Lúcia, que não consideraram cabível a impetração substitutiva de recurso ordinário. (NUNES, 2019)

A Primeira Turma, no entanto, diverge da orientação perfilhada pelo Pleno e pela Segunda Turma, assinalando taxativo o rol constante do art. 102, I, “d” e “i”, cujo entendimento encontra justificativa na problemática do uso imoderado do instituto que acaba por transformar o Supremo Tribunal Federal na última instância de apreciação do *writ*. Os ministros Alexandre de Moraes e Marco Aurélio apresentaram divergência no âmbito da Turma, que só teve sua maioria formada com a filiação da ministra Rosa Weber ao entendimento firmado no Pleno com a reafirmação da jurisprudência no mencionado HC 152.752/PR. “Em julgados recentes, principalmente da relatoria do Ministro Marco Aurélio, é possível verificar que não consta dos votos a ressalva ao cabimento, ficando o Colegiado tão somente no deferimento ou indeferimento da ordem.” (NUNES, 2019)

Nesse aspecto, Toron rememora que foi com o AI-6, de 1º de fevereiro de 1969, que se mudou o cenário da garantia constitucional em foco. “O *habeas corpus* foi atingido no seu processamento”. Das decisões denegatórias proferidas em *habeas corpus* pelos Tribunais de Justiça dos Estados e pelo antigo Tribunal Federal de Recursos era possível impetrar *habeas corpus* substitutivo de recurso ordinário, mas com o AI-6 introduziu-se um complemento ao disposto no art. 114, II, “a”, da Constituição Federal, vedando a impetração substitutiva do recurso. (TORON, 2018)

O dispositivo passara a ter a seguinte redação:

Art. 114. Compete ao Supremo Tribunal Federal:

II – julgar, em recurso ordinário:

a) os *habeas corpus* decididos, em única ou última instância, pelos Tribunais locais ou Federais quando denegatória a decisão, não podendo o recurso ser substituído por pedido originário.

A Constituição de 1988 não reproduziu a restrição ao manejo do *habeas corpus* substitutivo do recurso ordinário e, portanto, é de se entender revogada a proibição. (TORON, 2018)

Assim, na visão do autor, com a vedação da utilização do *habeas corpus* substitutivo do RHC, a tramitação da ação passou a ser mais lenta, pois, interposto o recurso no Tribunal de origem, haveria de se aguardar as contrarrazões do Ministério Público, o despacho do

presidente do Tribunal, sua publicação e a remessa dos autos ao Superior Tribunal de Justiça. Com isso, o paciente ficaria preso por pelo menos dois meses até ver apreciada a liminar.

Pos sua vez, Nucci pondera que a diferença fundamental entre o recurso ordinário e os recursos especial e extraordinário reside no juízo de admissibilidade, porquanto os dois últimos submetem-se a um filtro, realizado pelo Tribunal de origem, ao passo que o primeiro não possui juízo de admissibilidade, a não ser a constatação da sua intempestividade. (NUCCI, 2019, p. 215)

Vale ressaltar que o Superior Tribunal de Justiça adentra ao mérito da pretensão veiculada em recurso ordinário intempestivo, consoante esclarece o seguinte julgado:

Esta Corte vem entendendo possível, nos casos de intempestividade do recurso ordinário em habeas corpus, tal como se procedem casos de impetração inadequada de remédio constitucional substitutivo, que, de ofício, esta Corte constata a existência de flagrante ilegalidade, abuso de poder ou teratologia, evitando-se, assim, prejuízo à ampla defesa e ao devido processo legal (RHC 35.986/RS, Rel. Ministro NEFI CORDEIRO, SEXTA TURMA, julgado em 26/04/2016, Dje 02/05/2016)

No que diz respeito às impetrações contra decisão liminar de prévio *writ* requerido a Tribunal Superior, o Plenário e as Turmas do Supremo seguem a jurisprudência consolidada acerca da inadmissibilidade, cuja orientação restou sumulada pelo Supremo no enunciado nº 691, assim disposto: “não compete ao Supremo Tribunal Federal conhecer de *habeas corpus* impetrado contra decisão do relator que, em *habeas corpus* requerido a tribunal superior, indefere a liminar”.

No entanto, desenvolveu-se algumas hipóteses excepcionais para afastar o rigor na aplicação do referido enunciado: a) quando seja premente a necessidade de concessão do provimento cautelar para evitar flagrante constrangimento ilegal; ou b) a negativa de decisão concessiva de medida liminar pelo tribunal superior importe na caracterização ou na manutenção de situação que seja manifestamente contrária à jurisprudência do STF. (NUNES, 2019)

Gilmar Mendes chama a atenção para um ponto importante: as mitigações ao enunciado não impedem hipóteses de *habeas corpus* sucessivamente impetrados contra decisões liminares em todas as instâncias. Nesses casos, a transgressão da hierarquia e competência dos graus de jurisdição revelam-se patentes, haja vista que muitas vezes o objeto

do *writ* impetrado no Supremo Tribunal Federal será a própria decisão do juiz de primeira instância, possibilitando-se que a decisão monocrática do ministro relator no STF revogue diretamente a decisão do juiz de piso. (MENDES, 2019)

Nessa temática, Nucci entende que “ou há Súmula da Suprema Corte a ser cumprida ou não há.” Explica: “não nos parece ideal o fracionamento das interpretações sumulares, aplicando, conforme o caso concreto, segundo peculiaridades de cada situação, a orientação fixada pelo próprio Colendo Supremo Tribunal Federal.” Se a Súmula é inviável de ser aplicada, o caminho adequado seria sua revogação, tendo em vista que, se mantida e ao mesmo tempo descumprida conforme cada caso individualmente considerado, não há, na prática, questão sumulada. Portanto, “o precedente aberto não se nos afigura a solução ideal.” (NUCCI, 2019, p. 227)

Em contraposição ao entendimento de Nucci, Gilmar Mendes sustenta que, muito embora não tenha havido a revogação do enunciado nº 691 da Súmula do Supremo, a Corte tem procedido ao devido *distinguishing* em casos específicos com vistas a afastar a aplicação do enunciado nas hipóteses em que a negativa da liminar pelas instâncias inferiores configure manifesta afronta ao direito de liberdade. (MENDES, 2019)

Toron entende que o primeiro equívoco da Súmula em exame está em generalizar algo que nem sempre ocorre, isto é, que o pedido liminar tem sempre o mesmo objeto do mérito. Por exemplo, pode ocorrer situação em que a impetração se dirige ao trancamento da ação penal e o pedido liminar volta-se unicamente à suspensão do interrogatório e/ou do indiciamento. O segundo equívoco situa-se no fato de que o *habeas corpus* pode ser concedido de ofício pelo julgador a qualquer tempo (CPP, art. 654, §2º), o que afastaria a problemática do “salto” e, conseqüentemente, o rigor do enunciado. (TORON, 2018)

[...] o comportamento dos advogados ao pleitear a concessão de liminares em *habeas corpus* impetrados sucessivamente perante tribunais de graus diferentes deve ser debitado, ao lado da urgência da medida, à demora no julgamento dos agravos regimentais, aliás, de discutível cabimento, quando interpostos contra a decisão monocrática indeferitória da liminar e, por fim, do próprio *writ*. (TORON, 2018)

Relativamente aos casos de impetração em face de decisão monocrática contra a qual caberia agravo, seguem o mesmo entendimento acerca da inadmissibilidade da postulação mas considerando a possibilidade de concessão da ordem de ofício. (NUNES, 2019)

Quanto à utilização do *habeas corpus* como sucedâneo de recurso extraordinário, a Primeira Turma, por maioria, firmou compreensão pela inadequação, e a Segunda Turma entende que não caracteriza óbice a seu conhecimento. (NUNES, 2019)

Toron, defendendo a admissibilidade, alerta que, no caso do *habeas corpus* manejado em substituição ao apelo extremo, há uma peculiaridade que deveria afastar a exigência do prequestionamento: a autorização prevista no art. 654, §2º, do CPP para juízes e tribunais concederem a ordem de ofício quando verificarem a ocorrência de constrangimento ilegal que afete a liberdade de ir e vir. “Se o juiz do *habeas* pode concedê-lo de ofício, divisando até mesmo questões não postas na impetração, disso decorre que não há prequestionamento de espécie alguma no julgamento de *habeas corpus*”, ainda mais se a matéria foi veiculada mas não apreciada pelo Tribunal de origem. (TORON, 2018)

Reafirmando seu ponto, Toron cita o entendimento do ministro Sepúlveda Pertence no sentido de que o conhecimento do *habeas corpus* não depende de prequestionamento na decisão impugnada, bastando que a ilegalidade seja imputável ao órgão jurisdicional inferior, independentemente da haver análise e infirmação da ilegalidade apontada ou omissão no exame da alegação do impetrante ou de matéria sobre a qual, no âmbito de conhecimento da causa a ele devolvida, se devesse pronunciar de ofício.

Na compreensão de Lênio Streck, não há, em tese, uma questão sequer que seja passível de discussão no recurso extraordinário da defesa que não possa ser analisada, com muito mais facilidades, no *habeas corpus*. Nesse aspecto, o autor elenca as seguintes percepções: o *writ* não está sujeito a prazo para a sua utilização; nele, não importa se a ofensa à Constituição Federal é reflexa ou não; não é exigido prequestionamento; enquanto no recurso extraordinário devem ser considerados os fatos inequívocos descritos no acórdão recorrido, no *habeas corpus* se permite, também, a análise de prova documental juntada pelo impetrante e passível de ser complementada por diligências determinadas pelo relator; prioridade de julgamento e celeridade. (STRECK, 2014, livro eletrônico)

Em outro vértice, o ministro Luiz Fux, no HC 130.439/RJ, publicado em 03/05/2016, sustenta que a compreensão sobre o conhecimento de *habeas corpus* substitutivo de recurso extraordinário contrasta com os meios de contenção de feitos, como a Súmula Vinculante e a Repercussão Geral, implementados com o objetivo de viabilizar o exercício pleno da função de guardião da Constituição Federal.

Quanto à adequação do *writ* como substitutivo de revisão criminal, a Corte Suprema orienta que, ordinariamente, o *habeas corpus* não se presta a rescindir decisão condenatória passada em julgado, porém, a superação do não conhecimento do *writ* está condicionada à hipótese de evidente ilegalidade. (NUNES, 2019)

Relativamente ao uso do *writ* para impugnar ato de ministro do Supremo Tribunal Federal, a partir da análise do HC 86.548/SP passou-se a aplicar analogicamente a Súmula 606 para não conhecer de impetrações voltadas contra decisões de Ministros da Corte. O enunciado sumular possui o seguinte teor: “não cabe *habeas corpus* originário para o Tribunal Pleno de decisão de Turma, ou do Plenário, proferida em *habeas corpus* ou no respectivo recurso.” Isso porque, o STF tem como adequada a interposição de agravo interno para impugnar os pronunciamentos individuais dos Ministros, mesmo quando se tratar de terceiro prejudicado. (NUNES, 2019)

Nada obstante, como usualmente ocorre, a matéria é sempre rediscutida pelo STF e a superação do óbice ao conhecimento do *habeas corpus*, com a consequente análise da possibilidade de concessão da ordem de ofício está relacionada à existência de patente ilegalidade.

Afora os recortes escolhidos por Mariana Nunes para elucidar algumas das ressalvas impostas ao cabimento do *habeas corpus*, convém tratar também dos casos de impetração substitutiva de recurso de apelação e recurso especial. Nesses casos, a impetração substitutiva é possível se a questão posta for de direito.

Na hipótese da apelação, se um réu for preso e condenado por sentença que apresente nulidade, não se lhe deve negar o manejo do HC, destinando-lhe a única opção de aguardar o demorado trâmite da apelação para só depois de anos ver reconhecida a nulidade. “É evidente que não interessa a ninguém, muito menos ao Estado, que se ressenete de vagas nas cadeias, manter alguém preso indevidamente.” (TORON, 2018)

Atinente ao recurso especial, se é possível examinar pela via do *habeas corpus* a mesma questão eminentemente de direito que no Recurso Especial, não haveria razões para impedir o manejo de HC em substituição ao recurso especial. (TORON, 2018)

O Superior Tribunal de Justiça, pela maioria de seu órgão colegiado maior especializado em tema de Direito criminal (Terceira Seção), no HC nº 482.549/SP, publicado em 03/04/2020, fixou diretrizes a serem observadas nos casos de *impetração contemporânea*

ao manejo do recurso cabível (apelação, agravo em execução, recurso em sentido estrito, recurso especial, e mesmo a revisão criminal), isto é, quando ele já foi interposto pela parte mas ainda se encontra pendente de julgamento pelo Tribunal competente - diferindo das hipóteses de impetração substitutiva, quando não houve a interposição do recurso cabível.

O processo foi levado a julgamento perante a Terceira Seção, com fulcro no art. 14, II, do RISTJ, em razão da relevância jurídica do tema posto em debate e da multiplicidade de hipóteses semelhantes retratadas pela mesma discussão suscitada no HC 582.549/SP. No caso, a Defesa havia interposto recurso de apelação e, concomitantemente, impetrou *habeas corpus* no Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo.

O ministro Rogério Schietti, inicialmente, assentou o seguinte:

[...] é fundamental registrar que a tutela constitucional e legal da liberdade humana justifica algum temperamento aos rigores formais inerentes aos recursos em geral, mas não dispensa a racionalidade no uso dos instrumentos postos à disposição do acusado ao longo da persecução penal, dada a necessidade de também preservar a funcionalidade do sistema de justiça criminal, cujo poder de julgar de maneira organizada, justa e correta, permeado pelas limitações materiais e humanas dos órgãos de jurisdição, se vê comprometido – em prejuízo da sociedade e dos jurisdicionados em geral – com o concomitante emprego de dois meios de impugnação com igual pretensão.

Nas hipóteses em que o *habeas corpus* possuir, além do pedido de tutela direta da liberdade coarctada pela sentença, objetos idênticos ao do recurso de apelação, consignou-se que somente será admissível o conhecimento do *writ* quanto à eventual parte relativa à prisão. No mais, “caberá ao recurso de apelação, dotado de amplo espectro cognitivo, o exame das outras questões suscitadas pela defesa”. (STJ. HC 582.549/SP. Terceira Seção. Relator Ministro Rogério Schietti Cruz. DJE 03/04/2020)

Esclareceu-se que, na hipótese de o réu se encontrar em liberdade e o objeto do *habeas corpus* for idêntico ao da apelação, em todos os termos, não há como se permitir o prosseguimento do *writ*, diante da opção do legislador em prever o recurso próprio e adequado. O *habeas corpus*, nesse caso, estará sendo utilizado de forma desvirtuada e como meio de contornar as especificidades de tramitação do recurso de apelação, usualmente mais demorado.

Rogério Schietti ainda se atentou para uma situação importante:

[...] por vezes a apelação, por qualquer motivo, não é conhecida. Em tal caso, há de ser possível a utilização de *habeas corpus* para sanar eventual

constrangimento ilegal advindo da sentença condenatória. Contudo, a utilização do *writ*, nessa situação, de caráter subsidiário, somente deve ser permitida depois de proferido o juízo negativo de admissibilidade da apelação pelo Tribunal *ad quem*, visto serem indevidas a subversão do sistema recursal e a avaliação, enquanto não exaurida a prestação jurisdicional pela instância de origem, de tese defensiva na via estreita do *habeas corpus*.

Diante de tais considerações, a conclusão a que se chegou acerca da possibilidade de examinar *habeas corpus* impetrado contemporaneamente ao recurso cabível tripartiu-se entre as hipóteses de necessidade de tutela *direta* da liberdade de locomoção (prisão); naquelas em que veiculadas questões idênticas nas duas vias processuais; e nos casos em que conduzidas questões diversas. Na primeira situação, compreendeu-se que sempre será permitido o exame do *writ*; na segunda, o exame deve ser reservado ao recurso previsto para a hipótese, ainda que a matéria discutida implique, por via transversa, na liberdade individual; e, na terceira, somente serão examinadas se refletirem mediatamente na liberdade do paciente.

O entendimento do ministro Relator foi assim resumido na proposta de ementa:

A interposição do recurso cabível contra o ato impugnado e a contemporânea impetração de *habeas corpus* para igual pretensão somente permitirá o exame do *writ* se for este destinado à tutela direta da liberdade de locomoção ou se traduzir pedido diverso em relação ao que é objeto do recurso próprio e que reflita mediatamente na liberdade do paciente. Nas demais hipóteses, o *habeas corpus* não deve ser admitido e o exame das questões idênticas deve ser reservado ao recurso previsto para a hipótese, ainda que a matéria discutida resvale, por via transversa, na liberdade individual. (grifos no original)

Inaugurando a divergência de parte da proposta do ministro Rogério Schietti, o ministro Ribeiro Dantas, integrante da Quinta Turma do Superior Tribunal de Justiça, propôs uma mitigação do entendimento em relação às hipóteses em que seria, em tese, possível o trancamento da ação penal. Ele concordou com a proposta de restringir o âmbito de conhecimento do *habeas corpus* quando for impetrado ao mesmo tempo e com idêntico teor da apelação, mas, no tocante às hipóteses em que seria, em tese, possível o trancamento da ação penal (atipicidade da conduta, ocorrência de causa extintiva da punibilidade ou ausência de indícios suficientes da autoria ou prova da materialidade), entendeu que não seria justificável impedir o conhecimento do *writ*, ainda que interposto concomitantemente com o recurso de apelação e repetindo suas razões. Justificou-se que “seria contraditório admitir o

remédio constitucional antes da sentença e, a partir da decisão condenatória, proibi-lo. Ora, se havia coação ilegal, a sentença não a validara, merecendo exame pelo Judiciário”.

Os ministros Leopoldo de Arruda Raposo (Desembargador convocado do TJ/PE) e Sebastião Reis Júnior acompanharam a divergência.

Por sua vez, o ministro Joel Ilan Paciornik, da Quinta Turma do Tribunal Superior, acompanhou integralmente o Relator.

Votaram com o Relator, além do ministro Joel Ilan Paciornick, a ministra Laurita Vaz, o ministro Jorge Mussi e o ministro Antônio Saldanha Palheiro, formando maioria no órgão colegiado maior.

Esse entendimento, frise-se, considera a análise de impetração contemporânea ao manejo do recurso cabível.

No tocante ao manejo de impetração substitutiva ao recurso cabível, no dia 10/06/2020, o ministro Reynaldo Soares da Fonseca, da Quinta Turma do Superior Tribunal de Justiça, suscitou Questão de Ordem no bojo do HC 535.063 para que a conclusão do julgamento fosse no sentido do não conhecimento do *habeas corpus*, por ser sucedâneo recursal, mas fosse concedida a ordem de ofício, nos termos do voto do Relator, assim o fazendo “por questão de coerência e a fim de não incidir em posterior descumprimento de diretriz fixada pela Terceira Seção”.

O colegiado maior, por maioria, não conheceu do *habeas corpus*, nos termos da questão de ordem suscitada pelo ministro Reynaldo Soares da Fonseca, mas concedeu a ordem de ofício.

Antes do HC paradigmático do STF julgado em abril de 2018 (HC 152.752), a Terceira Seção do STJ havia entendimento pacificado no seguinte sentido:

O Excelso firmou orientação no sentido de não admitir a impetração de *habeas corpus* substitutivo ante a previsão legal de cabimento de recurso próprio. Contudo, no caso de se verificar configurada flagrante ilegalidade apta a gerar constrangimento ilegal, recomenda a jurisprudência a concessão da ordem de ofício. (HC 323.409/RJ, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, Rel. p/ Acórdão Ministro FELIX FISCHER, TERCEIRA SEÇÃO, julgado em 28/02/2018, DJe 08/03/2018)

No julgado acima, consignou-se que as Cortes Superiores passaram a restringir a admissibilidade do *habeas corpus*, diante da sua utilização crescente e sucessiva, quando o ato ilegal for passível de impugnação pela via recursal própria, sem descurar a possibilidade

de concessão da ordem, de ofício, nos casos de ilegalidade flagrante, em homenagem ao princípio da ampla defesa. Acrescentou-se que o entendimento teve como objetivo preservar a utilidade e a eficácia do *writ*, para garantir a celeridade almejada.

Após abril de 2018, quando ocorreu o julgamento do HC 152.752 pelo STF, a Quinta Turma do Superior Tribunal de Justiça continuou impondo óbice ao conhecimento de HC substitutivo de recurso ordinário, mas a Sexta Turma não impôs/impõe essa barreira.

Ilustrativamente:

O habeas corpus não pode ser utilizado como substitutivo de recurso próprio, a fim de que não se desvirtue a finalidade dessa garantia constitucional, com a exceção de quando a ilegalidade apontada é flagrante, hipótese em que se concede a ordem de ofício. (HC 561.252/BA, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, QUINTA TURMA, julgado em 26/05/2020, DJe 02/06/2020)

É certo que o Agravante alega que o pedido que deve ser analisado pelo Superior Tribunal de Justiça é o formulado no recurso cabível (como no caso, em que a presente via de impugnação foi interposta na origem concomitantemente a *writ* impetrado nesta Corte). Todavia, **a Sexta Turma do Superior Tribunal de Justiça não impõe óbice ao conhecimento do habeas corpus substitutivo de recurso ordinário**. Dessa forma, deve ser processado tão somente o pedido que primeiramente foi recebido pelo STJ. (AgRg no RHC 126.237/SP, Rel. Ministra LAURITA VAZ, **SEXTA TURMA**, julgado em 02/06/2020, DJe 15/06/2020, grifos nossos)

Agora, com o novo entendimento da Terceira Seção da Corte Superior de Justiça espelhado no HC 535.063, a questão sobre impetração substitutiva ao recurso cabível, no âmbito do Tribunal, solidificou-se na ausência de exceções ao conhecimento de *habeas corpus* substitutivo.

Em análise dos precedentes do STF citados no voto do ministro Reynaldo Soares da Fonseca, verificou-se que a Excelsa Corte, mesmo após abril de 2018, quando ocorreu o julgamento do HC 152.752, proclama o descabimento de *habeas corpus* substitutivo de recurso ordinário, como se observa, por exemplo, do HC 180365, de relatoria da ministra Rosa Weber, da Primeira Turma, julgado em 27/03/2020 e publicado em 02/04/2020: “inadmissível o emprego do habeas corpus como sucedâneo de recurso ou revisão criminal. Precedentes.”

Do inteiro teor do julgado acima, retira-se a informação de que a jurisprudência da Corte Suprema orienta a inviabilidade, como regra, do *writ* substitutivo de recurso ou revisão criminal, com a ressalva, na última hipótese, de serem os fatos incontroversos. Citou-se como

referência o RHC 123.813/RJ, publicado em 21/11/2014, de relatoria do ministro Dias Toffoli, integrante da 1ª Turma, o HC 121.255/SP, publicado em 1º/08/2014, de relatoria do ministro Luiz Fux, integrante da 1ª Turma, e o HC 139.741/DF, publicado em 06/03/2018, de relatoria do ministro Dias Toffoli, quando passou a integrar a 2ª Turma.

Também, o HC 172308, de relatoria do ministro Luiz Fux, da Primeira Turma, julgado em 30/08/2019 e publicado em 17/09/2019, de cujo inteiro teor extrai-se que “não cabe a rediscussão da matéria perante essa Corte e nesta via processual, porquanto o habeas corpus não é sucedâneo de recurso ou revisão criminal”. Para tanto, o julgador citou os seguintes precedentes: HC nº 133.648-AgR, Primeira Turma, Rel. Min. Rosa Weber, DJe de 07/06/2016 e HC nº 132.103, Segunda Turma, Rel. Min. Cármen Lúcia, DJe de 15/03/2016.

No mesmo sentido, o HC 145341, de relatoria do ministro Roberto Barroso, da Primeira Turma, julgado em 07/05/2018 e publicado em 22/05/2018, no bojo do qual se asseriu que a Primeira Turma do Supremo firmou compreensão no sentido da inadmissibilidade de *habeas corpus* em substituição ao recurso ordinário, razão pela qual seria imperiosa a extinção do processo, sem exame do mérito, por inadequação da via eleita. Citou-se como referência o HC 109.956, Rel. Min. Marco Aurélio, o qual foi julgado em 07/08/2012 e publicado em 11/09/2012.

Dos julgados acima ilustrados emerge a especificidade de que, em todos, os mencionados precedentes do STF utilizados para a conclusão da inadequação do *writ* substitutivo de recurso ordinário *são anteriores a abril de 2018*.

1.2 LIMITES DE COGNIÇÃO DO *HABEAS CORPUS* NO STF E STJ

Sobre os contornos do que pode ser discutido em sede da ação constitucional em estudo, tanto a coação ou ameaça direta à liberdade de locomoção autoriza a impetração do *habeas corpus*, como também a coação ou a ameaça indireta à liberdade individual. Além das prisões, o HC é importante pelo controle da legalidade das investigações e das ações penais, uma vez que, ainda de forma mediata, podem atingir a liberdade de locomoção. Ou seja, tudo aquilo que diga respeito ao direito de defesa – ainda que fora do campo imediato da liberdade de locomoção – pode ser ventilado por meio do *habeas corpus*. (TORON, 2018).

Por outro lado, Nucci utiliza a noção de impossibilidade jurídica do pedido em *habeas corpus* para delimitar o que pode ser discutido na ação: “como primeira condição da ação,

deve-se verificar a possibilidade jurídica do pedido, vale dizer, se a liberdade individual está em jogo”, de modo que, não se tratando de liberdade de locomoção, seria juridicamente inviável o uso do *habeas corpus*. (NUCCI, 2019, p. 19) Nesse aspecto,

[...] tem-se observado, no curso da história do *habeas corpus*, ao menos no Brasil, a ampliação da medida de ajuizamento desse remédio heroico, de forma que é praticamente impossível delimitar, com precisão, esgotando todas as hipóteses, a possibilidade jurídica do pedido. (NUCCI, 2019, p. 20)

A compreensão de que o *habeas corpus* poderia ser empregado de forma bastante ampla, contemplando a garantia dos mais diversos direitos que não somente o de locomoção, encontrava em Rui Barbosa um de seus maiores expoentes e configurou a denominada doutrina brasileira do *habeas corpus*. Por outro lado, juristas de alto gabarito, como o ministro Godofredo Cunha, do Supremo Tribunal Federal, interpretavam o *writ* à luz de seu âmbito clássico e restritivo, isto é, com aplicação apenas aos casos de ameaças diretas à liberdade de locomoção. Tomado pela controvérsia em torno do *writ*, a Corte Suprema adotou posicionamento que não albergou qualquer das duas correntes (a de Rui Barbosa e a que negava a ampliação do *habeas corpus*), optando pela interpretação intermediária conferida pelo entendimento de Pedro Lessa. Para ele, “a liberdade de locomoção constitui uma condição, um meio, um caminho, para o exercício, não só de outros direitos individuais, como de direitos secundários, direitos meramente civis, políticos ou administrativos” (MENDES, 2019 Apud LESSA, 1915). Com base nessa percepção, a Corte Suprema permitiu maior abrangência ao *habeas corpus*, o que foi interrompido com a reforma constitucional de 1926, quando o *habeas corpus* teve seu âmbito de proteção diminuído, cingido a proteger somente direitos que afetavam a liberdade de ir e vir, em ordem a reduzir o excesso de trabalho no Tribunal da República. (MENDES, 2019)

[...] a restrição imposta pela reforma constitucional de 1926 à doutrina brasileira do *habeas corpus* inaugurou período de completo desamparo de medidas protetivas, que só teve fim com a previsão do mandado de segurança na Constituição de 1934. Embora a complexidade com que se desenvolveu a jurisprudência constitucional tenha afastado o *habeas corpus* de sua doutrina brasileira, é fato que seu espírito ainda habita o Supremo Tribunal Federal. Em inúmeras ocasiões, a Corte flexibiliza os critérios de cabimento do *writ*, em prol da efetiva proteção dos direitos previstos na Constituição. (MENDES, 2019)

Sob outro enfoque, Vasconcellos demarca os limites de cognição do *habeas corpus* pontuando que seu emprego deve veicular um ataque meramente colateral, já que propicia a apreciação e eventual alteração de decisão por autoridade judicial que não aquela responsável pela análise da questão em um primeiro momento. Além disso, é uma ação de cognição sumária, que não permite dilação ou ampla discussão probatória, mas que, no entanto, não se pode vedar a análise de prova pré-constituída, independente da sua complexidade. Diversas questões impugnadas na ação constitucional carecem necessariamente de exame probatório, como a legalidade da prisão preventiva ou da interceptação telefônica. (VASCONCELLOS, 2019)

Com efeito, não se deve confundir falta de direito líquido e certo com questão complexa, merecedora de exame mais acurado. (NUCCI, 2019, p. 200) No entanto, “avaliar integralmente o conteúdo do processo-crime torna-se incompatível com tal celeridade e estreiteza.” (NUCCI, 2019, p. 21)

É conturbada a temática alusiva ao exame de questões fático-probatórias no *habeas*.

“A valoração jurídica do fato distingue-se da aferição do mesmo, por isso que o exame da presente questão não se situa no âmbito do revolvimento do conjunto fático-probatório, mas importa em mera reavaliação dos fatos postos nas instâncias inferiores, o que viabiliza o conhecimento do *habeas*”. (VASCONCELLOS, Apud STF, HC 101.698, Rel. Min. Luiz Fux, Primeira Turma, j. 18.10.2011)

Ilustrativamente, “não constitui reexame de matéria fático-probatória a análise, em cada caso concreto, da força probante dos elementos de prova relativos a fatos incontroversos” (TORON, 2018). Gilmar Mendes pontua que constitui reexame de matéria fático-probatória a análise de questão relativa às causas de excludente de culpabilidade; ao exame da tipicidade, “excetuosos os casos de atipicidade manifesta, em especial nas hipóteses de aplicação do princípio da insignificância”; comprovação de indícios de autoria e materialidade do crime; para se aferir a importância ou não da prova para o caso concreto; para verificar se a decisão dos jurados é ou não manifestamente contrária à prova dos autos. (MENDES, 2019)

O ônus probatório em HC é do impetrante, muito embora o interesse em jogo – a liberdade individual – seja indisponível. A dúvida não beneficia o paciente, pois não se trata de processo-crime, em que se está julgando o acusado pela prática de crime. Assim, “em

lugar de presunção de inocência do réu, está-se diante da presunção de legalidade da ação da autoridade.” (NUCCI, 2019, p. 196)

Ainda nessa temática complexa, Vasconcellos chama a atenção para as imprecisões conceituais muitas vezes empregadas, uma vez que, além de a distinção entre reexame e reavaliação jurídica da prova apresentar-se confusa em inúmeros casos, o posicionamento que simplesmente veda o reexame probatório no âmbito de *habeas corpus* pode afigurar-se insuficiente e inoperante, já que as provas documentais juntadas pelo impetrante e as informações prestadas pelo Juízo de origem caracterizam prova pré-constituída que serão efetivamente examinadas. (VASCONCELLOS, 2019).

Com efeito, “a sumarização da cognição impede que se pretenda produzir prova em sede de *habeas corpus* ou mesmo obter uma decisão que exija a mesma profundidade da cognição do processo de conhecimento (ou seja, aquela necessária para se alcançar a sentença de mérito)”. (VASCONCELLOS, 2019 Apud LOPES JR., 2018)

Foi o que Nucci entendeu ao pontuar que “avaliar integralmente o conteúdo do processo-crime torna-se incompatível com tal celeridade e estreiteza.” (NUCCI, 2019, p. 21)

Se para o resultado almejado for necessária uma análise ampla do caso concreto, indo além da cognição limitada que se permite em sede de *habeas corpus*, inviabiliza-se a concessão da ordem por este meio. (VASCONCELLOS, 2019).

Do mesmo modo que se admite o exame da prova para a detecção da justa causa, não se admite o confronto dos elementos informativos que compõem o conjunto probatório e sua ponderação no âmbito do *writ*. (TORON, 2018)

Seja como for, “o Supremo Tribunal Federal não pode se caracterizar como sede de um novo juízo integral da causa, com um reexame exauriente do processo, em substituição direta das instâncias inferiores”. Assim é que se a Corte Superior for instada a realizar um novo juízo integral do caso, se aprofundando no mérito e substituindo por completo a instância de origem, resta inviabiliza a estruturação racional do sistema jurídico, além de desvirtuar o primado da duração razoável do processo. (VASCONCELLOS, 2019)

Há que se ter em mente a distinção entre o mérito do *habeas corpus* e o mérito da ação penal principal: o mérito do *habeas corpus* é a legalidade ou ilegalidade do ato impugnado pelo impetrante em favor do paciente, ao passo que o mérito da demanda

principal é a análise se o acusado é ou não o autor do crime que lhe é imputado. (NUCCI, 2019, p. 203)

Assim, configura impossibilidade jurídica do pedido a discussão acerca do mérito da ação penal, inviabilizada em sede de *habeas corpus*, de modo que, “havendo recurso próprio para contrapor sentença, se o *habeas corpus* pudesse ingressar no mérito, em processo distinto, poderiam subsistir decisões diversas e, até mesmo, contraditórias.” (NUCCI, 2019, p. 21)

Daí porque, “lamentavelmente, há julgados de Tribunais Superiores, em particular o STJ, quando o Tribunal Regional ou Estadual indefere a ordem de *habeas corpus*, liminarmente, porque pedido juridicamente inviável, determinando que o Tribunal de 2.º grau avalie o mérito.” Nesse aspecto, “é estarrecedor analisar o mérito do que é absolutamente impróprio. (...) Mas o STJ tem determinado a avaliação meritória do HC, de maneira ilógica.” (NUCCI, 2019, p. 22)

Em suma, “a principal análise realizada por Tribunais Superiores se dá por meio do controle da motivação da decisão judicial”, podendo tal controle acarretar “um juízo fático-probatório para verificar se a motivação apresenta correspondência probatória nos autos do processo” (VASCONCELLOS, 2019), dentro dos limites da ação.

1. 3 POSSIBILIDADE DE CONCESSÃO, *EX OFFICIO*, DA ORDEM DE *HABEAS CORPUS*

A legitimação do *habeas corpus*, conferida por lei, envolve matéria de ordem pública, que é a inviolabilidade da liberdade de locomoção, de modo que o juiz ou Tribunal competente, ao se depararem com impetração que veicula algum abuso contra a liberdade de locomoção, mesmo que não seja pela via processual adequada, podem verificar hipótese de concessão da ordem, de ofício. (NUCCI, 2019, p. 81)

Sempre será possível o implemento da ordem de ofício, havendo prisão atual ou configurada ameaça iminente ao direito de ir e vir, consoante permissivo disposto no artigo 654, § 2º, do Código de Processo Penal, (NUNES, 2019) porque se trata de automático desempenho da máxima proteção pelo Judiciário quando deparado com situação que extrapola os rigores formais da noção de inércia da jurisdição. (NUNES, 2019, Apud MENDES, 2017)

Outrossim, independentemente de eventual insuficiência da disposição infraconstitucional estabelecida pelo Código de Processo Penal ou outras normas de caráter infraconstitucional, a aplicabilidade da norma constitucional instituidora da garantia é plena, dispensando-se atuação adicional do legislador como condicionante à implementação do *habeas corpus* (BUENO, 2019).

[...] especialmente em razão da natureza do direito objeto de proteção, o *habeas corpus* configura nítida exceção ao princípio dispositivo, autorizando-se a implementação da tutela jurisdicional ainda que à míngua de pedido específico do interessado e, em determinados casos, quiçá até mesmo em contraposição à vontade explicitada, desde que, com segurança, não se vislumbre desvirtuamento ou desvio de finalidade do remédio constitucional. (BUENO, 2019)

Sabe-se que a ordem de *habeas corpus* é suscetível de concessão de ofício nos processos em geral (artigo 654, § 2º, do Código de Processo Penal), mas especificamente quanto à concessão da ordem de ofício em ações de *habeas corpus*, “embora se assente o não conhecimento da impetração, o fato é que a matéria subjacente, ao fim e ao cabo, é objeto de efetivo exame do Poder Judiciário”, para se constatar a existência de ilegalidades que possibilitam a concessão da ordem, mesmo havendo eventual inadequação formal do *writ* (BUENO, 2019)

Nucci entende que “há dois pontos a observar nessa atividade”:

Em primeiro lugar, não nos parece caso de não conhecimento; afinal, é ação, por meio da qual o impetrante pede a prestação jurisdicional. Se entende o Tribunal que não há interesse de agir – porque existe recurso próprio para isso –, deve indeferir liminarmente a inicial. Em segundo, soa-nos até mesmo contraditório mencionar na decisão que a Corte não conhece da ação, mas concede a ordem, de ofício, para sanar o constrangimento ilegal. Com a devida vênia, se não foi nem mesmo conhecida a questão, menos ainda seria viável adentrar no mérito para reconhecer a ocorrência de uma ilegalidade, sanando-a por meio de *habeas corpus* de ofício.

Por isso, sustentamos que, quando falta qualquer das condições da ação, indefere-se a inicial; nesse caso, ainda assim, pode-se conceder a ordem de ofício, pois aquele impetrante naquela circunstância pode não ter interesse de agir, mas a questão é relevante, foi conhecida, optando-se pela saída da atuação de ofício do Tribunal. (NUCCI, 2019, pp. 81-82)

Nada obstante, a concessão pode se dar a pedido, para os que superam óbices formais e conhecem do *habeas corpus*, ou de ofício, para os que, buscando compatibilizar as barreiras processuais e a proteção judicial efetiva, não conhecem do HC mas, mesmo assim, concedem a ordem de ofício. (BUENO, 2019)

No ponto, Bueno discorreu sobre a controvérsia acerca de quais situações processuais configurariam ilegalidade patente ou teratologia hábeis a possibilitar a concessão da ordem, mesmo que de ofício. Consignou-se que a concessão da ordem de ofício pode alicerçar-se em dois pilares cumulativos: exigência de imediata atuação do Supremo para o fim de se alcançar a efetividade do direito de locomoção; e situação de afronta à jurisprudência da Corte.

Sobre o primeiro ponto, “inexistindo premência na análise postulada, nada impõe que não se aguarde o desenrolar, em sede própria, do exame das pretensões formuladas.” (BUENO, 2019). Relativamente ao segundo, asseriu-se que um dos papéis desenvolvidos pela jurisprudência consiste na redução da indeterminação da interpretação de textos normativos, cabendo a todo o Poder Judiciário a referência e observância da eficácia persuasiva dos pronunciamentos emanados da Suprema Corte. No entanto, enfatizou-se que a ausência de contrariedade à jurisprudência do Supremo Tribunal Federal não subtrai, necessariamente, o preenchimento dos pressupostos impostos à concessão da ordem de ofício, sendo exigível, em cada caso, a demonstração de ilegalidade flagrante, “caracterizando-se ônus argumentativo mais acentuado” (BUENO, 2019)

Mesmo nas hipóteses de concessão da ordem de ofício, o pesquisador bem rememorou pontualmente que “a via do habeas corpus não se revela adequada nas hipóteses em que se depreender a indispensabilidade de reexame aprofundado da narrativa fática do ato coator, tampouco em casos de necessidade de nova produção probatória”, eis que a racionalidade do sistema processual e as regras de distribuição de competência também estão em jogo, não se recomendando o exame *per saltum*. (BUENO, 2019)

A única alternativa para o não conhecimento da ação constitucional é a incompetência da autoridade julgadora; no mais, havendo carência de ação ou inépcia da inicial, deve o *writ* ser liminarmente indeferido. Nessa linha, havendo indeferimento mas sendo competente a autoridade julgadora, pode ser concedida a ordem de ofício se detectado constrangimento ilegal. (NUCCI, 2019, p. 201)

Bottino reflete sobre a prática de não se conhecer formalmente a impetração, mas materialmente. Entende que tal mecanismo apenas disfarça o problema enfrentado pelos Tribunais Superiores em virtude do volume de impetrações: “embora o efeito seja o mesmo para o paciente (que a ação ajuizada cumpra seu papel de pôr fim à ilegalidade que pesava

sobre a liberdade do indivíduo) não o é para outros fins”, uma vez não será capaz de diminuir a maior parte do grande volume de impetrações, pois conserva o incentivo positivo à impetração. Essa prática produz alguns efeitos colaterais:

(1) mascara a real estatística da taxa de sucesso dessa classe de ação; (2) cria um espaço de discricionariedade dos integrantes dos Tribunais Superiores para selecionarem quais impetrações ‘não conhecidas’ serão, na verdade, conhecidas e providas; (3) gera insegurança nos jurisdicionados, na medida em que não se tem clareza acerca do cabimento ou não daquela ação. Por fim, essa solução tampouco enfrenta as verdadeiras causas do aumento exponencial das impetrações de HCs e RHCs, mas ataca apenas o ‘sintoma da doença’. (BOTTINO, 2016, p. 76)

2 DADOS SOBRE IMPETRAÇÕES E CONCESSÕES NOS TRIBUNAIS SUPERIORES

2.1 SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

Segundo dados extraídos do *site* da Corte Suprema, no ano de 2015 foram impetrados 5.584 *habeas corpus* e interpostos 501 recursos ordinários; no ano de 2016, 6.491 *habeas corpus* e 614 recursos ordinários; no ano de 2017, 11.327 *habeas corpus* e 952 recursos ordinários; no ano de 2018, 13.815 *habeas corpus* e 1.049 recursos ordinários; no ano de 2019, 11.791 *habeas corpus* e 1.444 recursos ordinários.

Desse quantitativo, houve, no ano de 2015, 167 ordens concedidas, 117 ordens concedidas de ofício, e 47 ordens concedidas de ofício, em parte; no ano de 2016, 213 ordens concedidas, 213 ordens concedidas de ofício, 46 ordens concedidas de ofício, em parte, e 1 HC provido; no ano de 2017, 339 ordens concedidas, 159 ordens concedidas de ofício, e 45 ordens concedidas de ofício, em parte; no ano de 2018, 351 ordens concedidas, 224 ordens concedidas de ofício, e 65 ordens concedidas de ofício, em parte; no ano de 2019, 484 ordens concedidas, 303 ordens concedidas de ofício, 135 ordens concedidas de ofício, em parte, e 1 HC provido.

Totalizando a soma de ordens concedidas, de ofício ou não, integralmente ou em parte, tem-se o seguinte: 2015 – 331 *habeas corpus*; 2016 – 473 *habeas corpus*; 2017 – 543 *habeas corpus*; 2018 – 644 *habeas corpus*; 2019 – 923 *habeas corpus*².

² Acesso: <http://portal.stf.jus.br/textos/verTexto.asp?servico=estatistica&pagina=hc>, em 15/07/2020.

2. 2 SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Segundo dados extraídos do *site* do Superior Tribunal de Justiça, no ano de 2015 foram julgados 32.547 HC's e 11.591 RHC's; no ano de 2016, 41.185 HC's e 13.960 RHC's; no ano de 2017, 50.048 HC's e 14.885 RHC's; no ano de 2018, 58.111 HC's e 15.291 RHC's; e no ano de 2019, 69.228 HC's e 16.294 RHC's.

Sobre dados estatísticos acerca do número de concessões da ordem, somente consta no referido *site* informações concernentes ao ano de 2019, assim fornecidas: 16.790 decisões “concedendo”, o que representa um percentual de 24,3%; 16.595 decisões “não conhecendo”, o que representa um percentual 24,0%; 34.747 decisões “negando”, o que representa um percentual de 50,2%; e 1.0961 decisões classificadas como “outros”, o que representa um percentual de 6%³.

Em reportagem publicada no dia 27/05/2019 no *site* da Empresa Brasileira de Comunicação – EBC, as turmas de direito penal do STJ têm um aumento de, aproximadamente, 20% ao ano:

O crescente número de processos que chegam ao Superior Tribunal de Justiça (STJ) causam preocupação aos ministros da Corte e juristas. “Os números indicam, em especial no campo penal, que nós estamos caminhando para uma situação trágica”, enfatizou o ministro do STJ Sebastião Reis, ao participar de seminário promovido hoje (27) pela Associação dos Advogados de São Paulo (AASP).

Segundo dados do próprio tribunal, em 2018 foram julgados 511,7 mil processos, uma média de 15,5 mil para cada um dos 33 ministros. Ao longo do ano passado, a Corte recebeu 338,7 mil novos processos. Somente as duas câmaras de direito penal receberam, segundo o ministro Sebastião Reis, 90,1 mil novos casos em 2018. Ele destacou o crescimento anual do número de processos penais que chegam ao tribunal. Em 2015, chegaram 63 mil novos processos, e até 7 de maio deste ano, já foram mais 30 mil, disse o ministro.

“Nós estamos aí em um caminho crescente. Há um acréscimo de processos nas turmas de direito penal de cerca de 20% ao ano”, disse Reis. Esse aumento gradativo está muito ligado, segundo o ministro, aos pedidos de habeas corpus - instrumento legal que garante direitos contra medidas restritivas consideradas indevidas. De acordo com ele, em 2015 foram levados ao STJ 31,9 mil habeas corpus, número que alcançou os 54,1 mil em 2018.⁴

³ Acesso: <http://www.stj.jus.br/webstj/Processo/Boletim/?vPortalAreaPai=183&vPortalArea=584>, em 15/07/2020.

⁴⁴ Acesso: <https://agenciabrasil.ebc.com.br/justica/noticia/2019-05/volume-crescente-de-processos-no-stj-preocupa-ministros-e-juristas>, em 14/07/2020.

3 FENÔMENOS RELACIONADOS E POSSÍVEIS CAUSAS DO AUMENTO DE IMPETRAÇÕES

O *habeas corpus* é um remédio, e não um veneno para as instituições judiciais, não podendo permitir a morte de recursos taxativamente previstos em lei, desigualando as partes (já que somente o réu pode dele valer-se) e, ainda, deixando o Judiciário refém de uma demanda apresentada em uma singela petição inicial, acompanhada de alguns documentos juntados unilateralmente pelo impetrante. “Eis o indispensável meio-termo.” (NUCCI, 2019, p. 32)

Na prática, o seu alcance tem sido alargado para contemplar qualquer ato constritivo direta ou indiretamente ligado à liberdade de locomoção, referindo-se por vezes a decisões jurisdicionais não concernentes à decretação da prisão, o que inevitavelmente gera transtornos para as Cortes Superiores brasileiras, já que permite que quase todas as questões criminais sejam levadas a Juízo. Desse mecanismo surge um volume imensurável de ações diariamente impetradas. (NUCCI, 2019, pp. 28 e 31)

Nesse contexto,

Os excessos sempre são indevidos, pois conturbam qualquer sistema judiciário. Restringir o uso do *habeas corpus* para coibir os constrangimentos ilegais exclusiva e diretamente quando voltados à liberdade de ir, vir e ficar é desmerecer a importância desse remédio heroico de longa tradição de defesa dos direitos individuais. Por outro lado, alargá-lo ilimitadamente, voltando-se a questionar toda e qualquer controvérsia surgida no âmbito criminal significa vulgarizá-lo, a ponto de sobrecarregar o Judiciário, prejudicando os recursos próprios e conturbando o autêntico exame de mérito das mais sérias questões. (NUCCI, 2019, p. 31)

Bottino confeccionou denso estudo para demonstrar que grande parte das comarcas brasileiras não são atendidas por defensores públicos e que há um elevado déficit nacional de cargos a serem providos. “À medida que as defensorias públicas expandem seus serviços – seja por meio da interiorização, seja por meio do aumento de seu quadro –, pode-se prever o crescimento de sua atuação também perante os Tribunais Superiores”. (BOTTINO, 2016, pp. 59-60)

Segundo o ministro Rogério Schietti Cruz do Superior Tribunal de Justiça, no HC 582.549/SP alhures referido, a tutela constitucional e legal da liberdade de locomoção justifica certo temperamento nos rigores formais inerentes aos recursos em geral, mas não dispensa a racionalidade na utilização dos instrumentos à disposição do acusado ao longo da

persecução penal. Necessário, pois, guardar conformidade com a preservação da funcionalidade do sistema jurídico-penal, cujo poder de julgar de maneira organizada, justa e correta, permeado pelas limitações materiais e humanas dos órgãos jurisdicionais, se vê comprometido com o simultâneo emprego de dois meios de impugnação judicial com igual pretensão, em prejuízo da sociedade e dos jurisdicionados em geral.

Em um artigo publicado na *internet*, no dia 22/01/2019, o mesmo ministro do STJ teceu pertinentes considerações acerca dos fenômenos relacionados ao uso desmedido do *habeas corpus* nas Cortes Superiores do país e sobre as possíveis causas do aumento de impetrações. Consignou, na ocasião, a construção de uma jurisprudência muito flexível quanto ao cabimento do *writ*, “de tal sorte que a imaginação é o limite para se postular proteção jurisdicional por meio do remédio heroico”; a falta do aprimoramento concreto de algumas decisões penais quanto ao dever de motivação do ato decisório; a necessidade de conferir maior aceitação prática dos precedentes firmados pelos Tribunais Superiores; a “falta de uniformidade das soluções dadas pelos mais de 18 mil magistrados do país às questões jurídicas já sedimentadas na jurisprudência dos tribunais superiores.”⁵

O ministro entende ser mais acertada a edição de uma lei especial para tratar especificamente do *habeas corpus*, com a prescrição de parâmetros seguros para a utilização racional da ação, de forma a minimizar as oscilações da instável jurisprudência subjacente, a qual muitas vezes acaba propiciando subjetivismos e voluntarismos das autoridades – características de um país, como o Brasil, pouco habituado ao sistema de precedentes judiciais. Ainda asseriu que no Brasil há lei para quase tudo, inclusive para disciplinar o mandado de segurança, em que se tutelam direitos não interferentes na liberdade de locomoção, fazendo surgir o questionamento acerca do porquê não haver disciplina própria e especial para a ação que busca precisamente proteger o mais caro dos direitos após o direito à vida.

Observou-se que a atual regulamentação do *habeas corpus* se limita a alguns artigos no Código de Processo Penal – que foi editado no ano de 1941, sob a égide do Estado Novo – topologicamente previsto no capítulo dos recursos e sem técnica e sistematização precisas. Pondera o ministro: fosse o caso de termos um Código de Processo Penal moderno e afinado com a principiologia da Constituição Federal de 1988, então seria válida a opção política de

⁵ Acesso: <https://www.editorajc.com.br/por-uma-lei-do-habeas-corpus/> , em 15/07/2020.

manter a disciplina do *writ* no *Códex*. No entanto, deixa-se nas questionáveis mãos da jurisprudência a fixação de critérios para o cabimento da ação.

“É preciso ter claro que nenhum outro país possui uma jurisprudência tão flexível e receptiva a postulações que apenas remotamente visam a proteção do direito de ir e vir do paciente”, assevera Rogério Schietti.

Nessa temática, o ministro não olvida o considerável número de violações a direitos dos investigados ou acusados reconhecidas em sede de *habeas corpus* pelas Cortes Superiores. No entanto, entende que para a manutenção da “generosa amplitude” do objeto da ação seria aconselhável que, no mínimo, fossem estabelecidas regras que, por exemplo, coibissem as sucessivas impetrações substitutivas de recursos próprios com a mesma pretensão ou impetrações a cada ato judicial praticado em desconformidade com as expectativas da defesa, em ordem a conferir deferência com a celeridade e higidez do sistema de justiça criminal.

Mas, ressalta, o que há na realidade atual é um crescente número de *habeas corpus* e respectivos recursos ordinários em quantidade proporcionalmente maior do que outras classes de ações. Esse caos jurídico não tem paralelo na história do Brasil nem em outros países, “os quais possuem, obviamente, problemas internos, mas nem de longe ostentam esses números estratosféricos, que tornam irrealizável a justiça criminal, em sua desejada plenitude”.

Com efeito, se de fato fosse respeitada a competência do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça no tocante à interpretação última da Constituição Federal e das leis federais, teríamos um sistema em regular funcionamento, com a fortificação da segurança jurídica e estabilidade das instituições judiciárias, e, por conseguinte, uma redução das descontroladas impetrações de *habeas corpus*, tributáveis à falta de uniformidade das decisões proferidas pelos mais de 18 mil magistrados do país acerca das questões jurídicas já sedimentadas na jurisprudência dos Tribunais Superiores.⁶

Não só se tributa o problema ao desrespeito às orientações das Cortes Superiores mas também ao fato de que “muitas impetrações decorrem da oscilação da jurisprudência e das divergências entre órgãos do mesmo tribunal superior. A falta de mecanismos que estimulem

⁶ Acesso: <https://www.editorajc.com.br/por-uma-lei-do-habeas-corpus/> , em 15/07/2020.

a uniformização de jurisprudência no âmbito dos próprios Tribunais Superiores também é um fator responsável pelas reiteradas impetrações.” (BOTIINO, 2016, p. 101)

Além disso,

[...] o afluxo de milhares de impetrações anualmente tem gerado o efeito perverso de concentrar os julgamentos nos ministros relatores, privilegiando um modelo de decisões monocráticas em vez de decisões colegiadas, violando o direito ao juiz natural e introduzindo um mecanismo que afeta a isonomia dos julgamentos, pois impede a formação de uma jurisprudência dominante no âmbito dos Tribunais Superiores. (BOTTINO, 2016, p. 105)

Consoante entendimento da ministra Rosa Weber exposto no HC 103779, o *habeas corpus* não é a única garantia inserida no contexto do Estado de Direito. É possível confiar no devido processo legal tributável ao natural transcorrer da ação penal e dos recursos legalmente cabíveis para prevenir eventuais ilegalidades ou abusos no processo penal, “reservando-se o *habeas corpus* para impugnação de prisões, ou ameaças pelo menos próximas de prisões ilegais ou abusivas, ressalvados apenas casos verdadeiramente teratológicos de aplicação da lei penal”.

Do outro lado do pensamento em foco, autores defendem a utilização plena do *habeas corpus*, afastando inclusive as argumentações críticas que impõem restrições ao seu emprego, no que o enfoque às possíveis causas do aumento de impetrações não tem revelante destaque frente à finalidade última da ação.

Privilegiar a perspectiva humanitária do *writ*, protegendo a liberdade de locomoção do indivíduo em detrimento de meros formalismos processuais, resguarda o espírito da doutrina brasileira do *habeas corpus*. “Nesse momento em que se comemoram os 30 anos da Constituição de 1988, é sempre importante rememorar e homenagear as iniciativas que moldaram nosso modelo de jurisdição constitucional, e o papel desse *writ* não poderia ser olvidado.” (MENDES, 2019)

“Por um lado, o uso imoderado e irracional do instituto, no que potencializadas as ilegalidades pelos impetrantes, e, por outro, a cultura do encarceramento, em que figura a terceira maior população carcerária do mundo, revelam as faces desse conflito de difícil solução.” (NUNES, 2019)

Citando Gustavo Badaró, Nunes afirma que “a magnitude do *habeas corpus* é definida pela Constituição, que não prevê qualquer restrição além da situação de alguém que esteja a

sofrer ou se achar ameaçado de sofrer violência ou coação em sua liberdade de locomoção”. (NUNES, 2019, Apud BADARÓ, 2016)

Muito embora existam vozes que entoam o uso desmedido do *habeas corpus* quando ele não veicula questões diretamente ligadas com a liberdade, o fato é que enquanto não houver outro instrumento processual igualmente eficaz e célere para decotar ilegalidades que possam, ainda que indireta e futuramente, alcançar a liberdade de locomoção, o emprego do *writ* não pode ser tolhido. É um mecanismo de calibragem do sistema processual penal e também de fiscalização da persecução penal quanto à verificação de ilegalidades, impedindo arbitrariedades e abusos pelas autoridades. Para guardar a devida efetividade aos regramentos constitucionais e compromissos internacionais dos quais o Brasil é signatário, o *habeas corpus* afigura-se fundamental, inclusive para garantir o devido processual legal, haja vista que o comprometimento deste princípio pode implicar, mesmo que mediatamente, o da liberdade. (TORON, 2018)

Assim, podendo-se corrigir mais rapidamente uma nulidade, o sistema torna-se mais funcional. *A contrario sensu*, tolhido o manejo do *habeas corpus* para essa finalidade, a correção de eventual arbitrariedade ou abuso somente pela via processual e recursal ordinária poderá acarretar a extinção da punibilidade pela prescrição ante a impossibilidade de se refazer o processo pelo decurso de tempo. Sob a perspectiva da funcionalidade do sistema jurídico-penal, o *habeas corpus* melhor atende às exigências da justiça do que os recursos especial e extraordinário, sempre desnecessária a discussão de provas. Assim, a extinção desses recursos de natureza excepcional é mais racionalizadora do processo penal e menos comprometedora da ampla defesa do que o estreitamento do *writ*, pois o trânsito em julgado poderia operar mais rapidamente e os casos de manifesta ilegalidade seriam expungidos com a concessão de medidas cautelares em HC. “Em resumo, teremos a antítese da proteção efetiva dos Direitos Fundamentais no campo do processo penal”. Ou pior: réus pobres e presos sofrerão muito mais diante das dificuldades de superar os diversos óbices dos recursos excepcionais, difíceis até mesmo os para especialistas. (TORON, 2018)

Saliente-se que “após a redemocratização e a promulgação da Constituição de 1988, as mais importantes decisões em matéria de Direito Penal, Direito Processual Penal e Direito da Execução Penal foram travadas em sede de HCs ou RHCs”. (BOTTINO, 2016, p. 103)

A defesa efetiva dos direitos individuais é um dos pilares do Estado de Direito, sendo imprescindível a existência de instrumentos processuais de fácil acesso, céleres e eficazes (NUNES, 2019 Apud LOPES JR., 2018)

Indubitavelmente há uma verdadeira “crise do habeas corpus”, considerado o seu uso irracional e a consequente sobrecarga dos Tribunais Superiores; no entanto, não pode descuidar da essencial função do instrumento, seu alcance e papel dentro do Estado Democrático de Direito, que não tolera retrocessos civilizatórios como ocorre por vezes. (NUNES, 2019 Apud BRAYNER, 2012)

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A cada ano, o número de impetrações no STF e no STJ cresce exponencialmente.

As autoridades judiciais de primeira e segunda instâncias não poucas vezes negam aplicabilidade às orientações emanadas das Cortes máximas do país, evitando a uniformidade das soluções jurídicas e consequentemente abarrotando os Tribunais Superiores.

As oscilações doutrinárias e jurisprudenciais em torno do cabimento da ação constitucional e do alargamento de seu espectro cognitivo – permitindo que o Tribunal Superior finde, em alguns casos, por substituir integralmente a instância de origem – inviabilizam a estruturação racional do sistema jurídico-penal.

Também a oscilação da jurisprudência e das divergências entre órgãos do mesmo Tribunal Superior dificultam a uniformização de entendimento no âmbito das próprias Cortes Superiores, estimulando as reiteradas impetrações.

Além disso, grande parte das comarcas brasileiras não são atendidas por defensores públicos e há elevado déficit nacional de cargos a serem providos, de sorte que à medida em que as defensorias públicas expandem seus serviços há o crescimento de sua atuação também perante os Tribunais Superiores.

A racionalização dos trabalhos no âmbito das cortes superiores deve ser capaz de compatibilizar uma justiça célere (e, portanto, efetiva) com a garantia do juiz natural e a isonomia nos julgamentos. Essa é, certamente, uma das principais justificativas para que se repense a forma de acesso a esses tribunais em sede de HC. Diminuir a taxa de julgamentos monocráticos também assegurará maior homogeneidade nas decisões dos Tribunais Superiores, reforçando o conceito de jurisprudência e facilitando a utilização de precedentes como fundamento da decisão. (BOTTINO, 2016, p. 82)

Inconteste a função primordial do *writ* e sua importância na tutela da liberdade de locomoção. É necessário e urgente, pois, resgatar a função constitucional do HC dentro de quadrantes racionais e assim alinhar o seu emprego na prática forense como forma de sublimar, conseqüentemente, a otimização da atuação das Cortes Superiores do país.

REFERÊNCIAS

AMARAL, Thiago Bottino. ***Habeas corpus nos Tribunais Superiores: uma análise e proposta de reflexão***. Rio de Janeiro: Escola de Direito do Rio de Janeiro da Fundação Getulio Vargas, 2016.

BUENO, Matheus de Andrade. ***Habeas corpus de ofício: possibilidades e limites***. In: PEDRINA; NUNES; SOUZA; VASCONCELLOS [orgs]. ***Habeas corpus no Supremo Tribunal Federal*** [livro eletrônico]. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019.

MENDES, Gilmar Ferreira. ***O habeas corpus como pedra fundamental do processo constitucional brasileiro***. In: PESSOA; CREMONESE [orgs]. MARINONI; SARLET [coords]. ***Processo constitucional*** [livro eletrônico]. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019.

NUCCI, Guilherme de Souza. ***Habeas Corpus***. 3ª Ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019.

NUNES, Mariana Madera. ***O cabimento de habeas corpus e a jurisprudência defensiva do Supremo***. In: PEDRINA; NUNES; SOUZA; VASCONCELLOS [orgs]. ***Habeas corpus no Supremo Tribunal Federal*** [livro eletrônico]. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019.

VASCONCELLOS, Vinícius Gomes de. ***Limites cognitivos do exame judicial em habeas corpus nos Tribunais Superiores***. In: PEDRINA; NUNES; SOUZA; VASCONCELLOS [orgs]. ***Habeas corpus no Supremo Tribunal Federal*** [livro eletrônico]. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019.

STRECK, Lênio Luiz. ***Jurisdição constitucional e decisão jurídica*** [livro eletrônico]. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014.

TORON, Alberto Zacharias. ***Habeas Corpus. Controle do Devido Processo Legal: Questões Controvertidas e de Processamento do Writ*** [livro eletrônico]. 2ª Ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2018.

MÉTODOS ADEQUADOS DE SOLUÇÃO DE CONFLITOS: UMA REFLEXÃO À LUZ DO CONSTITUCIONALISMO FRATERNAL MEDIANTE A ANÁLISE DE SUA APLICABILIDADE NOS CEJUSCs DO DISTRITO FEDERAL

Jemima Martins e Silva¹

RESUMO: Os métodos adequados de solução de conflitos introduzidos em nosso ordenamento jurídico, preementemente a partir da resolução nº. 125 do Conselho Nacional de Justiça e do Código de Processo Civil de 2015 através do sistema multiportas possibilitam a sociedade, além da jurisdição estatal múltiplas e variadas formas para resolverem seus conflitos. Essencialmente visando a solução mais adequada e pacífica da lide. A fim de enriquecer a abordagem do tema, o estudo será analisado à luz do Constitucionalismo Fraternal, o qual advém do princípio da fraternidade ou solidariedade e visa inserir no seio social o sentimento de irmanação. Uma forte característica desse princípio é a voluntariedade. Assim, pretende-se averiguar na presente pesquisa, a satisfação a partir da perspectiva do jurisdicionado no quesito predileção e contentamento em relação aos métodos adequados de solução de conflitos pois, por mais que tais métodos possam trazer benefícios ao Judiciário com a diminuição por exemplo, da demanda processual, é para os destinatários dos serviços que deve haver as maiores vantagens. Os dados serão obtidos a partir da análise documental, especificamente dos relatórios realizados em 2019 pelo Núcleo Permanente de Mediação e Conciliação-NUPEMEC do Distrito Federal que é o responsável por implantar e desenvolver a Política Judiciária Nacional de Tratamento Adequado dos Conflitos de Interesse no âmbito do Tribunal de Justiça do Distrito Federal e dos Territórios- TJDFT através dos Centros Judiciários de Solução de Conflitos e Cidadania- CEJUSCs.

PALAVRAS-CHAVE: Métodos adequados de solução de conflitos; Constitucionalismo fraternal; Centros Judiciários de Solução de Conflitos e Cidadania- CEJUSCs.

APPROPRIATE METHODS OF CONFLICT RESOLUTION: A REFLECTION IN THE LIGHT OF FRATERNAL CONSTITUTIONALISM THROUGH THE ANALYSIS OF ITS APPLICABILITY IN THE CEJUSCs OF THE BRAZILIAN FEDERAL DISTRICT

ABSTRACT: The appropriate methods of conflict resolution introduced in our legal system, exceptionally in the resolution nº. 125 of the National Council of Justice and the

¹Graduanda em Direito pelo Instituto Brasileiro de Ensino, Desenvolvimento e Pesquisa-IDP Brasília/DF.

Civil Procedure Code of 2015 through the multiport system, allow society beyond state jurisdiction, multiple and varied ways to resolve their conflicts. Essentially aiming at the most appropriate and peaceful solution of the dispute. In order to enrich the approach of this theme, the study will be analyzed in the light of Fraternal Constitutionalism, which comes from the principle of fraternity or solidarity and aims to insert the feeling of brotherhood in the social environment. A strong feature of this principle is voluntariness. Thus, it is intended to ascertain in this research the satisfaction, from the perspective of the jurisdicted in the question of predilection and contentment in relation to the appropriate methods of conflict resolution because, however much these methods may bring benefits to the Judiciary with the decrease, for example, of procedural demand is for the recipients of services that there must be the greatest advantages. The data will be obtained from the documentary analysis, specifically from a report made in 2019 by the Permanent Center for Mediation and Conciliation - NUPEMEC of the Brazilian Federal District, which is responsible for implementing and developing the National Judicial Policy for Adequate Treatment of Conflicts of Interest within the scope of the Court of Justice of the Federal District and Territories - TJDFDT through the Judicial Centers for Conflict Resolution and Citizenship - CEJUSCs.

KEYWORDS: Appropriate methods of conflict resolution; Fraternal constitutionalism; Judicial Centers for Conflict Resolution and Citizenship - CEJUSCs.

INTRODUÇÃO

O fato de sermos eminentemente carentes do convívio e da interação com outro desde o nascimento, nos tornam seres gregários por natureza. Assim sendo, apesar de crucial, o convívio social traz consigo, obviamente, o surgimento de variados conflitos. Cabendo então ao Estado agir para a manutenção da paz e harmonia social a partir da prestação jurisdicional.

No Brasil, observa-se de forma cristalina que faz-se presente a cultura do litígio, visto que a judicialização exacerbada tem sido uma problemática insuperável na contemporaneidade, de forma que entrar com uma ação na justiça tornou-se um processo extremamente moroso e dispendioso frente a crescente demanda.

A criação de novos métodos e novas formas para solucionar a lide tornou-se não apenas necessária mas, urgente. Por isso, a implementação do sistema multiportas acrescentou no contexto do Poder Judiciário brasileiro a realização por exemplo, de acordos e negociações e tornou-se algo que tem o potencial de trazer uma verdadeira revolução na jurisdição.

Assim, partindo da premissa de que o papel da Justiça é atender a sociedade e resolver seus conflitos, a opinião dos seus usuários em relação ao serviço prestado é essencial, visto que, havendo por parte do jurisdicionado uma boa receptividade da

utilização dos novos métodos para solucionar os conflitos, tais poderão trazer benefícios tanto para as partes como para o Poder Judiciário.

Neste sentido, pretende-se avaliar a opinião do jurisdicionado a respeito dos novos métodos de solução de controvérsias, adentrando então a questão da satisfação dos litigantes com o resultado e a prática do acordo e se este é feito conscientemente e de forma voluntária ou é simplesmente mais uma etapa do processo, visto que o Código de Processo Civil de 2015 prevê sua realização.

Para agregar, a abordagem da temática será realizada à luz do constitucionalismo fraternal, o qual visa inserir no seio social o sentimento de irmanação. O fomento dos novos métodos de resolução dos conflitos é exatamente uma das formas de concretização do princípio da fraternidade, pois tem por finalidade a pacificação e a cooperação social.

Assim, far-se-á inicialmente, na presente pesquisa, algumas considerações em relação ao litígio no Brasil e o contexto a que se encontra nosso Judiciário nos dias hodiernos relacionado ao quantitativo de processos em andamento, a demanda por número de habitantes a nível nacional e estadual, os gastos financeiros bem como o levantamento do tempo da tramitação processual nos Tribunais.

Em seguida, será feita uma análise em relação aos aspectos presentes no ordenamento jurídico brasileiro que contribuem, em certo sentido, para o aumento exponencial da demanda de processos, causando uma verdadeira crise no Judiciário. Dando ênfase ao artigo 5º da Constituição Federal de 1988, incisos XXXV, LV e LXXVIII que preveem respectivamente os direitos ao acesso à justiça, ao devido processo legal e a prestação jurisdicional em tempo razoável.

Posteriormente, será discorrido o princípio da fraternidade que, como dito anteriormente, servirá de base para a realização da pesquisa. Em seguida, haverá uma explicação sobre o que consiste o sistema multiportas e quais são as características, diferenças e semelhanças das modalidades nele compreendidas. As quais são utilizadas para que, atreladas a jurisdição estatal, viabilizem a prestação jurisdicional de forma célere, efetiva e satisfatória.

Logo após, será abordado as previsões legais que versam sobre os métodos de solução de controvérsias, destacadamente a Resolução 125 do Conselho Nacional de Justiça de 2010 e o Código de Processo Civil de 2015. Seguidas de uma breve explanação sobre a Política Judiciária Nacional, no qual compõe o Conselho Nacional de Justiça-CNJ, os Núcleos Permanentes de Métodos Consensuais de Solução de Conflitos-NUPEMECs e os Centros Judiciários de Solução de Conflitos e Cidadania-CEJUSCs.

Por fim, será realizada uma pesquisa documental, tendo como base o último Relatório Semestral publicado pelo NUPEMEC do TJDFT no ano de 2019. Onde, dentre outros aspectos, averiguou-se a satisfação do jurisdicionado em relação à utilização dos métodos adequados de solução de conflitos. Havendo também um levantamento em relação à questão da voluntariedade, pois será averiguado se os acordantes sentiram-se parte do processo de construção da solução de seu conflito ou foram de alguma forma pressionados para a chegada de um acordo.

Neste relatório, os dados foram coletados no primeiro semestre de 2019 a partir da aplicação de um questionário em todos os 22 CEJUSCs do Distrito Federal coordenados pelo NUPEMEC do TJDFT, onde 19.650 formulários válidos foram respondidos de forma voluntária pelos usuários. Para tanto, a metodologia utilizada será apresentada mais detalhadamente em capítulo específico. Na parte teórica serão utilizadas doutrinas, artigos científicos e legislações.

1. O litúgio no Brasil

Está arraigada, desde muitos anos, na consciência coletiva da sociedade brasileira, a ideia de que a solução de quaisquer conflitos emanados no seio social devem ser sanados única e exclusivamente pelo juiz togado, e isto não se deve a uma conduta impensada ou uma mera coincidência, existe uma fundamentação histórica para explicá-la, uma vez que o Brasil, como colônia de Portugal, herdou-lhe como tal uma nítida influência da família romano-germânica, pois aderiu em seu sistema de justiça as normas do *civil-law*.

A família romano-germânica agrupa os países que tiveram a ciência do direito concebida sobre a base do direito romano, tendo origem na Europa, na qual tem-se como fonte primordial, a lei, a norma positivada². No Direito Romano, toda e qualquer decisão era submetida aos pretores, que por sua vez aplicavam as leis. Deste modo, no Brasil todos estes aspectos ainda se fazem presentes, visto que sob a égide do direito codificado pleiteia-se ao Estado Juiz a prolação de uma decisão sobre uma pretensão resistida, com a finalidade de obter-se a tutela jurisdicional para solucionar a lide.

Neste sentido, uma crise no Poder Judiciário é algo totalmente previsível pois, o Estado tomando para si a resolução de todos os problemas e demandas sociais em uma sociedade globalizada e cada dia mais complexada, com novos tipos de conflitos a todo

² DAVID, René. tradução Hermínio A. Carvalho. *Os grandes sistemas do direito contemporâneo*. 4a ed. São Paulo: Martins Fontes. 2002. - Coleção justiça e direito. p. 23.

momento, sob o respaldo de múltiplas normas positivadas, que não raras vezes, são controversas entre si, torna inviável a prestação jurisdicional de forma célere e efetiva.

Isto fica bastante evidenciado nos dados do Conselho Nacional de Justiça, os quais são realizadas anualmente e evidenciam o crescente número de demandas processuais nos Tribunais. Assim, atrelado a muitos outros aspectos, o litígio descomedido em nosso país é uma problemática que carece de uma força tarefa não só das autoridades judiciais e legislativas mas, da sociedade como um todo, visto que é uma prática enraizada desde a fundação do país.

2. O contexto do judiciário na contemporaneidade

O contexto a que insere o nosso judiciário nos dias hodiernos não é um dos mais auspiciosos, segundo o Relatório de 2019³ do CNJ (ano-base 2018), o Poder Judiciário brasileiro finalizou o ano com 78,7 milhões de processos em tramitação. Desses, ficou evidenciado que 14,1 milhões, equivalente a 17,9% do total, estavam suspensos, sobrestados ou em arquivo provisório, esperando alguma situação jurídica futura. Desconsiderado tais processos, obteve-se ao fim do ano 64,6 milhões ações judiciais em andamento⁴.

Esta exorbitante quantidade de processos tornam-se ainda mais preocupantes quando avaliadas a partir da demanda por habitante no país, conforme a Resolução nº 3 de 26 de agosto de 2019⁵, publicada pela presidência da Fundação Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística- IBGE, o contingente populacional brasileiro chegou a 210.147.125. E, no Relatório do CNJ ficou demonstrado que em média, a cada grupo de 100.000 habitantes, 11.796 ingressaram com uma ação judicial no referido ano. Ressalta-se que neste indicador, foram computados somente os processos de conhecimento e de execução de títulos extrajudiciais, excluindo, portanto, da base de cálculo as execuções judiciais iniciadas.

Já na Justiça Estadual a demanda por habitante obteve algumas variações, o tribunal que apresentou maior demanda foi o TJDF com 12.154 casos novos por 100.000

³CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. *Justiça em Números 2019*. Brasília: CNJ, 2019. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/contendo/arquivo/2019/08/justica_em_numeros20190919.pdf>. Acesso em: mar. 2020.

⁴Ibidem. p. 79.

⁵IBGE - INSTITUTO BRASILEIRO DE GEOGRAFIA E ESTATÍSTICA. Resolução nº 3, de agosto de 2019. *Estimativas da População para Estados e Municípios*. Diário Oficial da União: Edição 166, Seção: 1, Página: 374. Brasília: IBGE, 2019. Disponível em: <<http://www.in.gov.br/en/web/dou/-/resolucao-n-3-de-26-de-agosto-de-2019-212912380>> Acesso em: mar. 2020.

habitantes e o menos demandado foi o TJPA com 2.799 novos casos por 100.000 habitantes. Ressalta-se que população do DF segundo o IBGE⁶ é de 3.015.268 e a do Pará 8.602.805. Ou seja, os brasilienses representam aproximadamente 40% da população paraense, no entanto, a demanda processual na capital federal é em média cinco vezes maior que no TJPA.

Diante destas variáveis, o Relatório do CNJ apresentou que a taxa de congestionamento do Poder Judiciário apresentou redução nos últimos 2 anos, sendo superior apenas em relação ao índice verificado no ano de 2009. Elucidou também que variações anuais do congestionamento foram sutis pois, em 2018 houve redução de 1 ponto percentual, fato considerado bastante positivo. Até então, este fenômeno nunca fora observado no país vez que, ao longo de 9 anos, tal taxa variou em apenas 0,6 ponto percentual ⁷.

Em relação às despesas, o Relatório apresentou que as despesas totais do Poder Judiciário somaram-se a R\$ 93,7 bilhões, o que representou redução de 0,4% em relação ao ano de 2017. Ressaltando que as despesas referentes aos anos anteriores foram corrigidas conforme o índice de inflação IPCA, logo, tal diminuição já excluiu o efeito da inflação do período. Segundo o apresentado, esse decréscimo foi ocasionado, especialmente, em razão da variação na rubrica das despesas com capital (-8,8%). As despesas com recursos humanos cresceram em 0,1% e as outras despesas correntes reduziram em -3,6% ⁸.

As despesas totais do Poder Judiciário em 2018 corresponderam a 1,4% do Produto Interno Bruto (PIB) nacional, o que representa 2,6% dos gastos totais da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios. Sendo que, o custo pelo serviço de Justiça foi de R\$ 449,53 por habitante, R\$ 3,5 a menos, por pessoa, do que no último ano, segundo o relatório. Destaca-se que 18% das despesas apresentadas foram referentes a gastos com inativos, com o Judiciário cumprindo o papel previdenciário no pagamento de aposentadorias e pensões. Retirando-se tais, o gasto efetivo para o funcionamento do Poder Judiciário foi de R\$ 76,8 bilhões, convertendo-se a despesa por habitante em R\$ 368,4 e, consumindo-se então 1,1% do PIB ⁹.

⁶Ibidem.

⁷Justiça em números.CNJ, 2019. p. 95.

⁸Ibidem. p. 62.

⁹Ibidem.

Em relação à tramitação processual, o Relatório do Conselho Nacional de Justiça trouxe um denso levantamento de todos os tribunais no Brasil. Mas, o CNJ publicou em seu site¹⁰ de forma mais sucinta os dados já trabalhados elucidando que, o tempo do acervo dos processos pendentes de conclusão manteve-se em ritmo de queda, fenômeno iniciado há três anos. Assim, o tempo médio caiu de 5 anos e 6 meses em 2015 para 4 anos e 10 meses em 2018. Sendo que, o tempo de tramitação dos processos foi apresentado a partir de três indicadores: o tempo médio da petição inicial até a sentença, o tempo médio da inicial até a baixa e a duração média dos processos que ainda estavam pendentes em dezembro de 2018. Em geral, observou-se que o tempo médio do acervo foi maior que o tempo da baixa.

Segundo a publicação¹¹, a fase de conhecimento, caracteriza-se quando as partes dão entrada no processo até a primeira sentença, o que apresentou-se mais célere do que a fase de execução, que não envolve atividade de cognição e trata da concretização de um direito já reconhecido. Para receber uma sentença, em 2018, o processo levou, em média, 1 ano e 6 meses, desde a data de ingresso. Esse tempo foi o triplo de tempo na fase de execução, 4 anos e 9 meses. No procedimento de baixa, ficou evidenciado que o tempo foi de 1 ano e 4 meses na fase de conhecimento, de 5 anos e 11 meses na fase de execução no 1º grau de jurisdição e de 9 meses no 2º grau.

Conforme o noticiário, a baixa do conhecimento é caracterizada pelo arquivamento do processo, pela interposição de recurso às instâncias superiores ou pela entrada do processo na execução, que corresponde à data do início da execução. Por outro lado, a baixa na execução ocorre somente quando o jurisdicionado tem seu conflito totalmente solucionado perante a Justiça quando por exemplo, os precatórios são pagos ou as dívidas liquidadas, ou quando há interposição de recurso às instâncias superiores¹².

As varas do Trabalho, segundo a notícia, foram as mais ágeis em dar uma resposta às demandas recebidas. Nelas, o julgamento na fase de conhecimento foi realizado em apenas 9 meses, mesma média dos Juizados Especiais Estaduais. Nos Juizados Especiais Federais (JEFs) a média foi um pouco maior, 12 meses. No juízo comum, o tempo de julgamento nas Varas supera o tempo dos Juizados. Levou-se, em média, 1 ano e 10 meses

¹⁰Notícias CNJ. *Julgamento dos processos mais antigos reduz tempo médio do acervo*. Brasília: CNJ, 2019. Disponível em: <<https://www.cnj.jus.br/julgamento-dos-processos-mais-antigos-reduz-tempo-medio-do-acervo/>> Acesso em: mar. 2020.

¹¹Ibidem.

¹²Ibidem.

para julgar um processo em fase de conhecimento nas varas federais e 2 anos e 4 meses nas varas estaduais¹³.

3. Crise do Poder Judiciário

A partir dos dados levantados, a crise do Poder Judiciário não reduz-se apenas em meras conjecturas, os números revelam com precisão o caos a que estamos inseridos. E, como já dito anteriormente, variados fatores influenciam esta realidade, o sistema jurídico adotado é um deles mas, não restringe-se a isto, as garantias constitucionais previstas hodiernamente tem, em aproximada proporção, uma notória influencia a partir dos direitos estabelecidos pela Constituição Federal de 1988, destacadamente, no que aduz o artigo 5º incisos:

XXXV- a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito;

LV - 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;

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.

O direito de ação previsto no inciso XXXV refere-se a possibilidade do cidadão pleitear ao Estado-Juiz o exercício do Poder Jurisdicional. Visto que, tendo o Estado o monopólio jurisdicional, todos que apresentam os requisitos e condições necessárias para postular em juízo tornam-se detentores do direito subjetivo de obter uma resposta, a fim de que a lide seja solucionada. Tal direito, apesar de essencial, acabou tornando fatalmente o Judiciário em uma espécie de “balcão de reclamações”, onde independente da gravidade ou até mesmo veracidade dos fatos, tem-se direito a apreciação da lide pelo Poder Judiciário.

Essa busca incansável tem sido uma das causas da avalanche em tal Poder, impossibilita-o dar vazão ao exorbitante e crescente número de ações judiciais, de modo que a atual estrutura jurisdicional tornou-se uma prestação deficitária e obsoleta¹⁴ o que

¹³Ibidem.

¹⁴LANÇANOVA, Jônatas Luís. *O Poder Judiciário e a mediação como meio alternativo de solução de conflitos*. Revista do Departamento de Ciências Jurídicas e Sociais da Unijai. Ano XXIII nº 42, jul. -dez. 2014. p. 157 Disponível em: <<https://www.revistas.unijui.edu.br/index.php/revistadireitoemdebate/issue/view/141>>

acaba mitigando em certo sentido, o direito de ação constitucionalmente previsto. Ressalta-se que a maioria dos cidadãos recorrem ao Judiciário eventualmente, são estes os pequenos litigantes. Porém, as grandes empresas e os Bancos, por exemplo, tornaram-se os detentores de milhares de ações judiciais, sobrecarregando mais e mais o Poder Judiciário.

Diante desse cenário, uma vez que houve o ajuizamento da ação, as partes tem também o direito de defender-se e usar de todos os tipos de provas possíveis, desde que legalmente aceitas, a fim de influenciar no julgamento a partir do convencimento do julgador e obter para si decisão favorável. Sendo este outro direito que faz-se essencial no processo é está previsto no inciso LV do artigo 5º da CF/88, trata-se do contraditório e da ampla defesa, que na visão de alguns doutrinadores são as bases do devido processo legal.

Alexandre de Moraes sobre o direito ao contraditório e à ampla defesa, aduz que:

“Por ampla defesa, entende-se o asseguramento que é dado ao réu de condições que lhe possibilitem trazer para o processo todos os elementos tendentes a esclarecer a verdade ou mesmo de omitir-se ou calar-se, se entender necessário, enquanto o contraditório é a própria exteriorização da ampla defesa, impondo a condução dialética do processo (‘par conditio’), pois a todo ato produzido pela acusação, caberá igual direito da defesa de opor-se-lhe a versão que melhor apresente, ou, ainda, de fornecer uma interpretação jurídica diversa daquela feita pelo autor.”¹⁵

Assim, independentemente do número de processos que um magistrado tem, ele deverá dar a cada um a devida atenção e cuidado a fim de que tais direitos sejam assegurados. Pela alta demanda de processos, como vimos anteriormente através do Justiça em Números, leva-se em média, 1 ano e 6 meses, desde a data do ingresso para receber uma sentença, sendo esta média de tempo triplicada na fase de execução, 4 anos e 9 meses. Quando há interposição de recursos nas instâncias superiores esse número tende a ser ainda maior. E isto tem relação direta com o que prevê o inciso LXXVIII o qual visa assegurar a razoável duração do processo.

Conforme Marinoni e Mitidiero¹⁶, “o direito à duração razoável faz surgir ao juiz o dever de, respeitando o direito de participação adequada das partes, dar a máxima

Acesso em: abr. 2020

¹⁵ MORAES, Alexandre de. Direito Constitucional. 13. ed., São Paulo: Atlas, 2003.p. 125.

¹⁶MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. Comentários ao Código de Processo Civil [livro eletrônico]; artigos 1º ao 69. (Coleção comentários ao Código de Processo Civil- coord. Luiz Guilherme Marinoni, Sérgio Cruz Arenhart, Daniel Mitidiero; v.1. 1. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais,

celeridade ao processo”. Segundo eles, a expressão ‘máxima celeridade ao processo’ implica em não praticar atos dilatórios injustificados, sejam eles omissivos ou expressos. Assim, entendem o direito à duração razoável a partir das seguintes premissas i) direito à tutela jurisdicional tempestiva, ii) direito ao prazo adequado para a prática dos atos processuais e iii) direito de não ter a esfera jurídica restringida por tempo superior ao devido.

Contudo, ressaltam que não se pode olvidar que duração razoável também significa duração idônea à prática dos atos processuais de forma que, direito ao prazo adequado à, por exemplo, preparação da defesa, deixa evidente que não há apenas direito aos meios que garantam a celeridade da tramitação do processo, mas também direito aos meios que garantam a adequada participação no processo ¹⁷. Desta forma, a partir da garantia do direito de ação e defesa, como também de influenciar o resultado da decisão somado ao direito à obtenção da solução da lide em tempo razoável parece, à primeira vista, ser algo difícil de se vislumbrar de forma efetiva e produtiva no contexto a que estamos inseridos.

A litigância excessiva e o engessamento dos procedimentos utilizados pelo Judiciário, mediante a previsão constitucional dos direitos supracitados, juntamente com vários outros fatores, formam a causa e a razão do caos em que estamos vivenciando. Por isso, a necessidade de aderir novos ideais e perspectivas para solucionar os conflitos, tanto pelo Estado como pela sociedade, torna-se imprescindível. Podendo ser possível através de uma releitura do nosso ordenamento jurídico, destacadamente a partir da ideia a que propõe o Constitucionalismo fraternal.

4. Constitucionalismo fraternal

Antes de adentrar efetivamente ao conceito de Constitucionalismo fraternal, faz-se necessário examinar primeiramente, ainda que de forma sucinta, o significado de constitucionalismo. Tal termo tem recente ascendência no mundo jurídico ocidental, sendo geralmente associado a duas Revoluções, a Norte-americana e a Francesa. Ocorridas no século XVIII, marcaram a origem do movimento político-jurídico

2016. Disponível em: <https://proview.thomsonreuters.com/title.html?redirect=true&titleKey=rt%2Fmonografias%2F115969805%2Fv1.6&titleStage=F&titleAcct=i0adc41900000015b4310c5aaeefa25cd#sl=e&eid=d2e83d4cb955d705d5e90e5e6beca8cb&eat=&pg=&psl=&nvgS=false>. Acesso em: ago. 2020.

¹⁷Ibidem.

denominado constitucionalismo correspondendo em síntese, a ideia de limitação do poder e supremacia da lei, características marcantes do Estado de Direito¹⁸.

E, é exatamente a partir dos ideais da Revolução Francesa: liberdade, igualdade e fraternidade, que insere-se a obra prima do constitucionalismo fraternal, o princípio da fraternidade ou solidariedade. Segundo Chiara Lubich¹⁹, citada por Reynaldo Soares da Fonseca, "a fraternidade é a categoria de pensamento capaz de conjugar a unidade e a distinção a que anseia a unidade contemporânea".

Em meio ao cenário dramático e turbulento da segunda guerra mundial, Chiara fundou o movimento dos focolares no ano de 1943 tornando-se uma figura carismática no século XX pois, a partir da inspiração cristã a proclamação a espiritualidade da unidade, visou inserir na Justiça e no Direito os sentimentos de irmanação e altruísmo, possibilitando que a fraternidade passasse a ser um instrumento de transformação social.²⁰

É bastante evidente que, principalmente no período pós guerra, a necessidade de fomentar no mundo o florescimento do espírito fraternal, como categoria jurídica a fim de perpetuar a paz e o cooperativismo entre a humanidade era iminente, visto que teria o potencial de abrandar os conflitos nos Estados Internacionais e garantir uma convivência amistosa entre os cidadãos. Sentimento este, que claramente fez-se presente na Declaração Universal de Direitos Humanos (DUDH)²¹ logo em seu artigo I :

Todos os seres humanos nascem livres e iguais em dignidade e direitos. São dotados de razão e consciência e devem agir em relação uns aos outros com espírito de **fraternidade**.

A República Federativa do Brasil constitui-se em um Estado Democrático de Direito conforme prevê o artigo 1º da Constituição de 1988, tendo portanto, a liberdade e a igualdade fortes pilares para a sua formação, visto que a democracia para ser exercida,

¹⁸MESQUITA, Ivonaldo da Silva Mesquita; NETO, Florenço Alves Brandão. *O princípio da fraternidade sob a perspectiva do denominado Constitucionalismo Fraternal e a sua influência na Jurisprudência do Supremo Tribunal Federal*. In: Teorias dos direitos fundamentais [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI/UFGM/ FUMEC/Dom Helder Câmara; coordenadores: Sérgio Urquhart de Cademartori, Rui Décio Martins, Thiago Lopes Decat – Florianópolis: CONPEDI, 2015.p. 179. Disponível em: <<http://conpedi.danilolr.info/publicacoes/66fsl345/tzfal2an/N63z93Fn8lbcfxY.pdf>> Acesso em: jun. 2020.

¹⁹LUBICH, Chiara, 2008. *Mensagem ao I. Congresso nacional sobre o tema "Direito e Fraternidade"*. Apud FONSECA, Reynaldo Soares da. *O Princípio Constitucional da Fraternidade: seu resgate no Sistema de Justiça*. Belo Horizonte: Editora D'Plácido, 2019.

²⁰FONSECA, Reynaldo Soares da. *A conciliação à luz do princípio constitucional da fraternidade: a experiência da Justiça Federal da Primeira Região*. 2014. Dissertação (Mestrado em Direito) - Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2014. Disponível em: <<https://sapientia.pucsp.br/bitstream/handle/6642/1/Reynaldo%20Soares%20da%20Fonseca.pdf>> Acesso em: mar. 2020.

²¹Assembleia Geral da ONU. *Declaração Universal dos Direitos Humanos*. Paris, 1948. Disponível em: <<http://www.un.org/en/universal-declaration-human-rights>>. Acessado em: jun. 2020.

pressupõe a existência de tais. Os Direitos fundamentais são reflexo da DUDH como base do ordenamento jurídico pátrio, havendo então a previsão da fraternidade, que apesar de pouco invocada e um tanto abstrata, não foi desconsiderada pelos constituintes. Isto pode ser observado já no preâmbulo da nossa Magna Carta²², vejamos:

Nós, representantes do povo brasileiro, reunidos em Assembléia Nacional Constituinte para instituir um Estado Democrático, destinado a assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça como valores supremos de uma **sociedade fraterna**, pluralista e sem preconceitos, fundada na harmonia social e comprometida, na ordem interna e internacional, com a solução pacífica das controvérsias, promulgamos, sob a proteção de Deus, a seguinte CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL.

Sendo previstas também em um artigo específico posteriormente:

Art. 3º Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil

I - construir uma sociedade livre (liberdade), justa (igualdade) e solidária (fraternidade);

Tais características, absorvidas dos três valores da Revolução Francesa de 1789, eleva o ordenamento pátrio contemporâneo, na visão de alguns autores, ao chamado Constitucionalismo Fraternal, vez que já ultrapassamos diversas fases. Neste aspecto Carlos Ayres Britto²³ afirma que:

a revolução histórica do Constitucionalismo iniciou-se como liberal e posteriormente social, chegando nos dias hodiernos a etapa fraternal de sua existência, elevando-se assim a dimensão das ações estatais afirmativas, que são atividades assecuratórias da abertura de oportunidades para os segmentos sociais historicamente desfavorecidos, como, por exemplo, os negros, os deficientes físicos e as mulheres para além, portanto, da mera proibição de preconceitos.

Segundo o autor, "o constitucionalismo fraternal alcança a dimensão da luta na perspectiva de se fazer da interação humana uma verdadeira comunidade. Isto é, uma comunhão de vida". Para ele, se a vida em sociedade é uma vida plural, pelo fato de que

²²BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Brasília, 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm> Acesso em: mai. 2020.

²³BRITTO, Carlos Ayres. *Teoria da constituição*. Rio de Janeiro: Forense, 2003. p. 216-217.

ninguém é igual a ninguém, então que esse pluralismo seja plenamente aceito e mais do que isso, que seja cabalmente experimentado e proclamado como valor absoluto²⁴.

Partindo desses ideais a finalidade de construir uma sociedade fraterna a partir do respeito ao pluralismo dos indivíduos que compõem o seio social, a resolução de seus conflitos também podem ser de formas mais pacíficas e colaborativas e, neste sentido, o sistema multiportas traz esta possibilidade. Com uma abordagem mais dinâmica na solução dos conflitos, viabiliza a participação efetiva e a interação entre as partes com ênfase às peculiaridades de cada caso e a individualidade dos envolvidos visto que, o Constitucionalismo Fraternal prega mais que a inclusão social, a integração comunitária verdadeira²⁵.

5. O sistema multiportas

Antes, de adentrarmos as previsões legais dos métodos adequados de solução de conflitos, convém, primeiramente, verificarmos o que é exatamente o chamado sistema, modelo ou Tribunal multiportas, onde ele originou-se e quais são as peculiaridades e variações das modalidades nele compreendidas, tais como a negociação, mediação, etc. Não pretende-se aqui exaurir cada uma das modalidades de solução de conflitos mas, como forma de facilitar o entendimento, demonstrar as principais características e diferenças entre elas. O sistema multiportas conforme Lorencini²⁶:

é o nome que se dá ao complexo de opções, envolvendo diferentes métodos que cada pessoa tem à sua disposição para tentar solucionar um conflito. Este sistema pode ser articulado ou não pelo Estado, envolver métodos heterocompositivos ou autocompositivos, adjudicatórios ou consensuais, com ou sem a participação do Estado. Ele será mais ou menos amplo em razão de diferentes características do conflito.

Sabe-se que apesar de um ser uma técnica que vem aplicando-se com mais ênfase no ordenamento jurídico atual, a prática consensual na resolução de conflitos tem raízes em culturas antigas como as judaicas, cristãs, islâmicas, hinduístas, indígenas e muitas

²⁴Ibidem.

²⁵FONSECA, Reynaldo Soares da. *A conciliação à luz do princípio constitucional da fraternidade: a experiência da Justiça Federal da Primeira Região*. 2014. Dissertação (Mestrado em Direito) - Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2014. p. 41. Disponível em: <<https://sapientia.pucsp.br/bitstream/handle/6642/1/Reynaldo%20Soares%20da%20Fonseca.pdf>> Acesso em: mar. 2020.

²⁶LORENCINI, Marco Antônio Garcia Lopes. “*Sistema Multiportas*”: *Opções para tratamento de conflitos de forma adequada*. In: *Negociação, Mediação, Conciliação e Arbitragem: curso de métodos adequados de solução de controvérsias*. Adolfo Braga Neto... [et al]; coordenação Carlos Alberto de Salles, Marco Antônio Garcia Lopes Lorencini, Paulo Eduardo Alves da Silva. – 2 ed. – Rio de Janeiro: Forense, 2019. p. 41.

outras, as quais envolviam a multidisciplinaridade na formação de suas bases intelectuais que vão muito além simplesmente do Direito pois, envolve fontes da psicologia, antropologia, sociologia, etc. Tal prática, vem se expandindo de forma expressiva no panorama mundial nas últimas décadas em diversas searas, fazendo-se sentir sua crescente valorização no Brasil²⁷.

Em 1976, o professor Frank Sander, da Faculdade de Direito de Harvard, lançou o documento de sua autoria denominado *Varieties of dispute processing* (Variedades do processamento de conflitos), na *Pound Conference*. No qual originou-se o conceito de Tribunal Multiportas, modelo multifacetado de resolução de conflitos em uso atualmente, em vários setores dos Estados Unidos e outros países. Relacionado a isto, em uma entrevista gravada em videotape realizada em março de 2008, na Faculdade de Direito de Harvard, transcrita por Mariana Hernandez Crespo *et al*²⁸, o professor Frank Sander disse:

Após a palestra na Pound Conference, uma das revistas da ABA (American Bar Association - Ordem dos Advogados dos Estados Unidos) publicou um artigo sobre, onde na capa da revista, havia uma grande quantidade de portas, representando o que chamavam de Tribunal Multiportas. Eu tinha dado um nome bem mais acadêmico: ‘centro abrangente de justiça’ mas, muitas vezes o rótulo que se dá a uma ideia depende mais da divulgação e da popularidade dessa ideia. Assim, devo à ABA esse nome de fácil assimilação: Tribunal Multiportas. (*grifo nosso*)

Segundo Sander, a ideia inicial era examinar as diferentes formas de resolução de conflitos: mediação, arbitragem, negociação entre outros. Ele procurou observar, através de diversos estudos, cada um dos diferentes processos, para avaliar a possibilidade de encontrar algum tipo de taxonomia para aplicar aos conflitos, e que portas seriam adequadas a quais conflitos. Segundo ele, “o Tribunal Multiportas é uma simples ideia, cuja execução não é simples, porque decidir que casos devem ir para qual porta não é uma tarefa simples”²⁹.

²⁷FALECK, Diego; TARTUCE, Fernanda. *Introdução histórica e modelos de mediação*. In: Armando Sérgio Prado de Toledo; Jorge Tosta; José Carlos Ferreira Alves. (Org.). *Estudos Avançados de Mediação e Arbitragem*. 1ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 2014. p. 171-189. Disponível em: <<http://www.fernandartartuce.com.br/wp-content/uploads/2016/06/Introducao-historica-e-modelos-de-mediacao-Faleck-e-Tartuce.pdf>>. Acesso em: abr. 2020.

²⁸CRESPO, Mariana Hernandez; ALMEIDA, Rafael Alves de; ALMEIDA, Tania. *Tribunal Multiportas: investindo no capital social para maximizar o sistema de solução de conflitos no Brasil*. Rio de Janeiro: Editora FGV, 2012. pg. 32. Disponível em: <<https://bibliotecadigital.fgv.br/dspace/bitstream/handle/10438/10361/Tribunal%20Multiportas.pdf>> Acesso em: jul. 2020.

²⁹ Ibidem. p. 33.

Assim, conforme Neto, "o modelo multiportas é essencialmente democrático e participativo. Ele parte da noção de empoderamento e de que o cidadão deve ser o principal ator da solução de seu conflito"³⁰. Sabe-se que no processo civil comum, a parte é um sujeito passivo que não se manifesta diretamente ou atua efetivamente no processo. No geral, fala apenas através de seu advogado por meio de petições escritas. Diferentemente, no modelo multiportas, ambas as partes terão a chance de falar diretamente e expor suas preocupações, objetivos e interesses, para que a solução do conflito seja conjunta e participativa.³¹

A adoção deste modelo, corresponde a uma alteração na própria lógica tradicional de atuação do Poder Judiciário perante a sociedade³². Mas, não necessariamente a resolução da lide será pelos meios consensuais, como já dito, a criação de tal modelo não exclui os meios adjudicatórios ou heterocompositivo como a jurisdição estatal. A ideia dos meios consensuais ou autocompositivos como a negociação, a mediação e a conciliação, é agregar o método que antes tinham maior aplicação a fim de que, a partir de análises do caso, se possa encontrar o método mais adequado para resolução daquela lide em específico. Ressalta-se que a classificação a seguir não dá conta de toda a realidade, e há a possibilidade de processos mistos de solução de conflitos como por exemplo, o med-arb.

5.1 Negociação

Ao longo da vida negociamos corriqueiramente sobre diversos assuntos. Apesar de muitas vezes não percebermos, todos que vivem em qualquer tipo de convivência com uma ou mais pessoas, vez ou outra, utiliza-se deste mecanismo em suas relações, sejam elas familiares, laborais, consumeristas ou em qualquer outro âmbito que envolva interesse individual na interação com outro. Cada um a partir de traços da própria personalidade reagem e se comportam de formas diferentes, mediante alguma situação de conflito uns dialogam para chegar a um consenso, outros utilizam-se da barganha, outros simplesmente se calam para evitar confusões e assim por diante.

³⁰NETO, João Luiz Lessa. *O novo CPC adotou o modelo multiportas!!! E agora?*. Revista dos Tribunais Online. Revista de Processo. Vol. 244/2015. p. 430. Disponível em: <https://edisdisciplinas.usp.br/pluginfile.php/4557178/mod_resource/content/0/O%20novo%20CPC%20adotou%20o%20sistema%20multiportas%20-%20Jo%C3%A3o%20Lessa.pdf> Acesso em: mai. 2020.

³¹Ibidem.

³²Ibidem.

Na negociação, embora haja alguns aprendizados específicos, os quais podem ser adquiridos em cursos de capacitação, por exemplo, há muitas coisas partem da intuição de cada um e do próprio convívio em sociedade, onde muitas vezes cria-se jargões e ditos populares. Neste insere-se a empatia, a capacidade de ouvir antes de falar, tentar prevenir o problema em detrimento de remediá-lo, dentre várias outras máximas. Por isso, se fala que a negociação é algo intrínseco ao indivíduo em sociedade. Porém, estudar a técnica, seus limites e ferramentas ajuda na identificação do próprio perfil na solução de conflitos, a qualificar as escolhas, como também reconhecer o perfil e estilo de negociação utilizado pelo outro lado, aprimorando indubitavelmente a composição dos conflitos³³.

Segundo André Gomma de Azevedo, “a negociação é definida como uma comunicação voltada à persuasão. Em uma negociação simples e direta, as partes têm, como regra, total controle sobre o processo e seu resultado”³⁴. Conforme o autor, atrelada ao acordo, a negociação pode “abranger valores ou questões diretamente relacionadas à disputa e variam, significativamente, quanto à matéria e à forma, podendo, inclusive, envolver um pedido de desculpas, trocas criativas, valores pecuniários, valores não pecuniários”³⁵.

Hodiernamente, o interesse e incentivo no desenvolvimento desta habilidade não é algo que restringe-se à área do Direito, estende-se ao mundo dos negócios, do comércio, corporativo entre vários outros. Assim, em variados cursos já houve a incorporação na matriz curricular de disciplinas sobre técnicas e estratégias de negociação. Segundo Daniela Monteiro Gabbay³⁶, “a interdisciplinaridade agrega um valor especial nesta disciplina, pois soma contribuições e diferentes perspectivas que podem vir do direito, da psicologia, da matemática, da administração, da sociologia, dentre outras áreas e campos de conhecimento”. Conforme a autora:

O *Program On Negotiation* (PON), desenvolvido na Universidade de Harvard, nos EUA, criado em 1983 para promover, de forma interdisciplinar e junto com outras Faculdades (Massachusetts Institute of Technology e Tufts University), um projeto de pesquisa voltado à teoria e à prática da negociação e de outras formas de solução de

³³GABBAY, Daniela Monteiro. *Negociação*. In: *Negociação, Mediação, Conciliação e Arbitragem: curso de métodos adequados de solução de controvérsias / Adolfo Braga Neto... [et al.]*; coordenação Carlos Alberto de Salles, Marco Antônio Garcia Lopes Lorencini, Paulo Eduardo Alves da Silva. – 2. ed. – Rio de Janeiro: Forense, 2019. p. 124.

³⁴AZEVEDO, André Gomma de. *Manual de Mediação Judicial*. Ministério Público do Distrito Federal e Territórios- MPDFT. 5ª Edição. Brasília/DF: MPDFT, 2016. p. 24. Disponível em: <https://www.mpdft.mp.br/portal/pdf/programas_projetos/gase/Manual_de_Mediacao_Judicial_MPDFT_CNJ.pdf> Acesso em: mar. 2020.

³⁵Ibidem.

³⁶GABBAY, 2019. p 124.

conflitos. Esse programa desenvolve cursos, seminários, conferências, além da publicação de livros e artigos sobre o tema, sob diferentes perspectivas (comercial, governamental, psicológica, econômica, antropológica, educacional, jurídica). Ao se voltar aos desafios teóricos e práticos, promove uma troca de diferentes visões sobre a negociação, considerada tanto como arte quanto como ciência.

A mediação e a conciliação, como veremos adiante, tem na negociação uma de suas bases pois, como já dito, trata-se de uma habilidade intrínseca a todo indivíduo dentro de uma sociedade, sendo desenvolvida diretamente entre os interessados, sem necessariamente haver a intervenção de terceiros. Diferentemente daquelas, onde a participação de um terceiro torna-se imprescindível. Ressalta-se o grande potencial da negociação pois, ao desenvolver técnicas para a aperfeiçoá-la nos diversos âmbitos da vida, o convívio e as interações na vida em sociedade poderão se tornar muitos mais amistosos e pacíficos, conseqüentemente, muitos conflitos poderão ser facilmente resolvidos.

5.2 Mediação

Na mediação, não visa-se pura e simplesmente o acordo mas, principalmente, a satisfação dos interesses, dos valores e necessidades das pessoas envolvidas no conflito. Assim, os indivíduos passam a resolvê-lo pelo diálogo cooperativo na construção da solução de forma emancipada e criativa³⁷. Configura-se como instrumento autocompositivo e, segundo Adolfo Braga Neto, pode ser definida como:

um processo em que um terceiro imparcial e independente coordena reuniões separadas ou conjuntas com as pessoas envolvidas em conflitos, sejam elas físicas ou jurídicas, com o objetivo de promover uma reflexão sobre a inter-relação existente, a fim de alcançar uma solução, que atenda a todos os envolvidos³⁸.

Segundo o autor, o foco de ação da mediação parte do consenso entre as pessoas em a utilizarem, sendo também fruto da vontade das mesmas em conversar sobre questões que consideram ser pertinentes ao processo, visando assim privilegiar as pessoas com base em suas próprias perspectivas pessoais. Visto que tem, por pressuposto a existência

³⁷NETO, Adolfo Braga. *Mediação de conflitos: conceitos e técnicas*. In: *Negociação, Mediação, Conciliação e Arbitragem: curso de métodos adequados de solução de controvérsias* / Adolfo Braga Neto... [et al.]; coordenação Carlos Alberto de Salles, Marco Antônio Garcia Lopes Lorencini, Paulo Eduardo Alves da Silva. – 2. ed. – Rio de Janeiro: Forense, 2019. p. 144.

³⁸*Ibidem*.

de dificuldades e limitações momentâneas das pessoas em administrar seus conflitos e, em razão disso, um terceiro poderá lhes auxiliar na sua gestão”³⁹.

Ressalta-se que, a mediação é mais bem empregada quando há vínculo anterior entre as partes conforme prevê o Código de Processo Civil de 2015⁴⁰ em seu artigo 165, parágrafo 3º:

§ 3º O mediador, atuará preferencialmente nos casos em que houver vínculo anterior entre as partes, auxiliará aos interessados a compreender as questões e os interesses em conflito, de modo que eles possam, pelo restabelecimento da comunicação, identificar, por si próprios, soluções consensuais que gerem benefícios mútuos.

Com isso, o mediador deve pautar sua conduta pela imparcialidade, independência, competência, discrição e diligência a fim de que as partes possam, a partir do restabelecimento da comunicação, identificar, por si próprios, soluções consensuais que gerem amplos benefícios entre si. Assim, cabe ao mediador proporcionar momentos de diálogo, no qual a cooperação e o respeito se fazem imprescindíveis para que os próprios participantes busquem a solução⁴¹.

Desta forma, a atuação do mediador distingue-se muito do hábito comum na sociedade, qual seja, a imposição da vontade de um terceiro, na maioria das vezes o Estado. “O mediador ao propor a cooperação levará a conscientização de que o conflito é inerente a toda e qualquer inter-relação”. A partir daí, as pessoas envolvidas em conflitos terão uma melhor oportunidade para refletir sobre a inter-relação entre eles existente permitindo assim que os fatores emocionais envolvidos, sejam trabalhados para a geração de ideias, criação de opções e/ou construção de futuras soluções⁴².

5.3 Conciliação

Apesar da aparente obviedade inserida na palavra conciliar, esta transcende a ideia de simplesmente obter um acordo entre as partes. No dicionário, tal verbo tem como significados “conseguir acordo entre (pessoas) ou entrar em acordo com (outrem); “congraciar(-se)”, “pôr ou ficar em paz; tranquilizar (-se)”, “fazer ou dizer (algo) com intenção de conciliar, de acalmar os ânimos”; “fazer aliança; juntar(--se), reunir(-se),

³⁹Ibidem. p. 145.

⁴⁰BRASIL. LEI Nº 13.105, DE 16 DE MARÇO DE 2015. Código de Processo Civil. Brasília, DF, mar. 2015. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/113105.htm>. Acesso em: mai. 2020.

⁴¹NETO, 2019, p. 155-161.

⁴²Ibidem. p. 161.

aliar(-se)”; “harmonizar ou harmonizarem-se (coisas contrárias, contraditórias, incompatíveis ou que assim o pareçam)”; “fazer ir [algo] (para alguém); granjear, atrair, conquistar ⁴³.

No sistema multiportas, a partir da verificação de forma adequada, Fernanda Tartuce aduz que:

conciliar implica participar ativamente da comunicação (aproximando os indivíduos), colaborar para a identificação dos interesses, ajudar a pensar em soluções criativas e estimular as partes a serem flexíveis, podendo apresentar [se necessário] sugestões para a finalização do conflito ⁴⁴.

Assim sendo, a conciliação tem o potencial de alcançar o objetivo de pacificar com justiça. Por essa razão, é essencial que o conciliador atue com esmero e primor nesta importante função, promovendo reflexões significativas e produtivas aptas a promover a conscientização dos envolvidos sobre direitos e deveres recíprocos. A clareza na sua atuação é um elemento essencial para reduzir desconfiâncias e conferir credibilidade ao mecanismo consensual, devendo atuar como um facilitador da comunicação e envidar esforços para aproximar as partes. Caso contrário, transações ilegítimas ensejarão mais conflitos entre os contendores e gerarão outras lides ⁴⁵.

O Código de Processo Civil de 2015 em relação a atuação do conciliador em tal procedimento prevê no artigo 165 § 2º que:

§ 2º O conciliador, atuará preferencialmente nos casos em que não houver vínculo anterior entre as partes, poderá sugerir soluções para o litígio, sendo vedada a utilização de qualquer tipo de constrangimento ou intimidação para que as partes conciliem.

Desta forma, a conciliação tem por característica ser um procedimento mais rápido uma vez que, em boa parte dos casos se limita a uma reunião entre as partes e o conciliador. Mostra-se significativamente eficaz nos conflitos em que não há necessariamente um relacionamento notório e significativo entre as partes no passado ou contínuo entre as mesmas futuramente. Nesta, as partes pretendem buscar um acordo de maneira imediata a fim de que termine o conflito ou, dependendo do caso, o processo

⁴³TARTUCE, Fernanda. *Conciliação em juízo: o que (não) é conciliar?*. In: *Negociação, Mediação, Conciliação e Arbitragem: curso de métodos adequados de solução de controvérsias* / Adolfo Braga Neto... [et al.]; coordenação Carlos Alberto de Salles, Marco Antônio Garcia Lopes Lorencini, Paulo Eduardo Alves da Silva. – 2. ed. – Rio de Janeiro: Forense, 2019. p. 121.

⁴⁴Ibidem. p. 121.

⁴⁵Ibidem.

judicial. Ocorre por exemplo, nas relações de consumo, reparação de danos morais entre outros ⁴⁶.

5.4 Arbitragem

A arbitragem é o meio utilizado para a resolução de conflitos que versem sobre direitos patrimoniais disponíveis. Podendo apresentar grande eficácia quando se tratar de questões muito específicas, visto que os árbitros especializados poderão decidir melhor a controvérsia. As negociações entre parceiros comerciais internacionais apontam pela necessidade de maior utilização deste instrumento tão eficaz, econômico e célere qual seja, a arbitragem comercial, na resolução de conflitos de grande complexidade como controvérsias entre países envolvendo, por exemplo, a construção de hidroelétricas e termoeletricas⁴⁷.

Esta modalidade de solução de conflitos vem ganhando cada vez mais prestígio no direito brasileiro, embora não seja um instituto recente em nosso Direito, visto que já foi utilizado no início do século XX para resolver questões territoriais no Acre. Sua relevância ampliou-se a partir de um marco legislativo moderno, em 1996, a partir da Lei 9.307 e com um julgamento paradigmático do Supremo Tribunal Federal que reconheceu a sua constitucionalidade.⁴⁸

A partir de tal julgamento, consolidaram-se duas mudanças de fundamental relevância em relação ao regime até então aplicável à arbitragem, “quais sejam: (i) a possibilidade de execução específica da convenção de arbitragem; e (ii) a equiparação dos efeitos da sentença arbitral e da sentença judicial, ambas sendo tratadas como títulos executivos judiciais”. Conforme Luis Fernando Guerrero:

A origem da arbitragem, como forma de solução de conflitos em determinado caso, está na convenção de arbitragem, conceituada como um negócio jurídico processual que tem por escopo transferir a capacidade de aplicação do direito, em demandas que envolvam direitos patrimoniais disponíveis, a terceiros que contem com a confiança das partes e sejam pessoas físicas maiores e capazes ou pessoas jurídicas regulares, sendo este um ponto polêmico, dada a possibilidade de

⁴⁶TJDFT Entrevistas. Formas alternativas de resolução de conflitos- Juíza Oriana Piske. Disponível em: <<https://www.tjdft.jus.br/institucional/imprensa/artigos-discursos-e-entrevistas/artigos/2010/formas-alternativas-de-resolucao-de-conflito-juiza-orian-piske>>. Acesso em: ago. 2020.

⁴⁷TJDFT Entrevistas. Formas alternativas de resolução de conflitos- Juíza Oriana Piske. Disponível em: <<https://www.tjdft.jus.br/institucional/imprensa/artigos-discursos-e-entrevistas/artigos/2010/formas-alternativas-de-resolucao-de-conflito-juiza-orian-piske>>. Acesso em: ago. 2020.

⁴⁸GUERRERO, Luis Fernando. *Arbitragem e processo arbitral*. In: Negociação, Mediação, Conciliação e Arbitragem: curso de métodos adequados de solução de controvérsias / Adolfo Braga Neto... [et al.]; coordenação Carlos Alberto de Salles, Marco Antônio Garcia Lopes Lorencini, Paulo Eduardo Alves da Silva. – 2. ed. – Rio de Janeiro: Forense, 2019. p. 221.

representação de pessoas jurídicas por terceiros, propostos ou até mesmo sócios que não foram indicados diretamente pelas partes ⁴⁹.

Assim, a vinculação à arbitragem se dá por meio de uma categoria jurídica, a convenção de arbitragem, dividida em duas espécies: cláusula compromissória e compromisso arbitral, as quais, segundo Guerrero, não guardam nenhuma diferença teleológica entre si. Via de regra, o autor entende que “a cláusula compromissória antecede o litígio e que o compromisso arbitral é celebrado depois de um conflito já existente”. Conforme Guerrero, “uma vez definida a arbitragem como forma de solução do conflito, e sendo ela hígida, não há chance de arrependimento para uma das partes sem o consentimento da outra”. ⁵⁰

A arbitragem caracteriza-se por ser, assim como a jurisdição estatal, um modelo de solução de conflito heterocompositivo visto que, a técnica utilizada para solucionar a lide é a decisão de um terceiro, o juiz togado naquele, neste, o árbitro. Porém, a relação entre a arbitragem e o Judiciário deve ser de cooperação visto que a jurisdição dos árbitros não é completa, isto é, eles não têm o poder de efetivar suas decisões por meio de medidas coercitivas ou executivas. ⁵¹

Outrossim, a anulação da sentença arbitral poderá ser tentada no Judiciário para tanto, torna-se importante, conforme o autor, “que o processo arbitral tenha sido encerrado, sendo relevante ainda que o ponto que dê origem à hipótese de anulação tenha sido indicado pela parte insatisfeita durante o processo arbitral”⁵². Do mesmo modo, a execução da sentença arbitral é função exclusiva do Judiciário, já que, como visto, os árbitros não podem efetivar suas próprias decisões. No entanto, a vantagem da celeridade da arbitragem “não representa uma diminuição na segurança jurídica das partes na medida em que o julgamento proferido terá os mesmos efeitos de uma decisão judicial”. ⁵³

6. Os métodos adequados de solução de conflitos na legislação brasileira

Sabe-se que a criação de legislações específicas sobre este tema no país são recentíssimas. No entanto, antes mesmo de haver uma norma positivada já havia um esforço, a partir de criação de projetos, a fim de fomentar a cultura da conciliação. Em 2006, por exemplo, a Ministra Ellen Gracie, então Presidente do Supremo Tribunal

⁴⁹Ibidem.

⁵⁰Ibidem. p. 228.

⁵¹Ibidem. p. 243.

⁵²Ibidem.

⁵³Ibidem.

Federal e do Conselho Nacional de Justiça, lançou o Movimento Nacional pela Conciliação, o qual promoveu encontros e debates sobre o tema, sendo realizados anualmente até os dias atuais em todos os Tribunais do país.

Em 2010, com o crescimento das demandas internas sobre o tema, foi editada a Resolução n. 125 do CNJ ⁵⁴, que dispôs sobre a Política Judiciária de Tratamento Adequado dos Conflitos de Interesse no Âmbito do Poder Judiciário, visando assegurar a todos o direito à solução dos conflitos por meios adequados à natureza e peculiaridade do conflito e incumbir aos Tribunais o oferecimento de outros mecanismos de soluções de controvérsias conforme prevê seu artigo 1º no parágrafo único:

Parágrafo único. Aos órgãos judiciários incumbe, além da solução adjudicada mediante sentença, oferecer outros mecanismos de soluções de controvérsias, em especial os chamados meios consensuais, como a mediação e a conciliação, bem assim prestar atendimento e orientação ao cidadão.

E, vale ressaltar nesse sentido a expressão “solução dos conflitos por meios adequados” pois, enfatiza que a intenção trazida pelo sistema multiportas jamais é a de impor a utilização de meios diversos da jurisdição estatal para resolver a lide e sim, analisar as peculiaridades de caso a caso e propor, mediante consentimento dos envolvidos, a possibilidade da resolução pelos meios consensuais, de forma que as partes terão total liberdade em realizar ou não o acordo.

Além dessa Resolução 125/2010, o CNJ também publicou a Recomendação n. 50/2014⁵⁵ para estimular e apoiar os tribunais na adoção das técnicas consensuais de resolução de conflitos. Havendo ainda a Resolução nº 198/2014⁵⁶, que dispôs sobre o Planejamento e a Gestão Estratégica no âmbito do Poder Judiciário para o sexênio 2015-2020, o qual ressaltou a importância da efetividade na prestação jurisdicional, apontando como cenário desejado: justiça mais acessível, desjudicialização e descongestionamento do Poder Judiciário.

⁵⁴BRASIL. Ministério da Justiça. Conselho Nacional de Justiça. *Resolução 125*, de 29 de novembro de 2010. Dispõe sobre a Política Judiciária Nacional de Tratamento Adequado dos Conflitos de Interesse no Âmbito do Poder Judiciário. Disponível em: <<https://atos.cnj.jus.br/atos/detalhar/atos-normativos?documento=156>> Acesso em: jun. 2020.

⁵⁵BRASIL. Ministério da Justiça. Conselho Nacional de Justiça. *Recomendação nº 50*, de 8 de maio de 2014. Recomenda aos Tribunais de Justiça, Tribunais Regionais do Trabalho e Tribunais Regionais Federais realização de estudos e de ações tendentes a dar continuidade ao Movimento Permanente pela Conciliação. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2011/02/recomendacao_50_08052014_09052014145015.pdf>. Acesso em: jun. 2020

⁵⁶BRASIL. Ministério da Justiça. Conselho Nacional de Justiça. *Recomendação nº 198*, de 1 de julho de 2014. Recomenda aos Tribunais de Justiça, Tribunais Regionais do Trabalho e Tribunais Regionais Federais realização de estudos e de ações tendentes a dar continuidade ao Movimento Permanente pela Conciliação. Disponível em: <<https://atos.cnj.jus.br/atos/detalhar/2029>>. Acesso em: jun. 2020.

Posteriormente, o Código de Processo Civil de 2015⁵⁷ abrangeu em seu texto muito do que já estava previsto nas resoluções e recomendações supracitadas, dando importância em notório destaque, aos meios consensuais na resolução dos conflitos, tornando-o um procedimento que passou a fazer parte do Processo Civil brasileiro e enfatizou a necessidade do estímulo dos operadores do Direito à realização destas práticas, como prevê logo no artigo 1º do CPC:

§ 3º A conciliação, a mediação e outros métodos de solução consensual de conflitos deverão ser estimulados por juízes, advogados, defensores públicos e membros do Ministério Público, inclusive no curso do processo judicial.

Assim, as audiências de conciliação e mediação ocorrem antes mesmo do processo iniciar, nada impedindo, como visto no dispositivo supracitado, que sejam realizadas no curso do processo. Segundo o Código, tais audiências devem, em regra, sempre ocorrer. No entanto, há algumas ressalvas, conforme as que estão previstas no artigo 334 § 4 do CPC:

§ 4º A audiência não será realizada:

- I - se ambas as partes manifestarem, expressamente, desinteresse na composição consensual;
- II - quando não se admitir a autocomposição.

Mediante a isto, na ausência da manifestação de ambas as partes na não realização da referida audiência, tal deverá ser realizada. E, havendo alguma objeção por apenas uma das partes, se a outra tiver interesse, da mesma forma será realizada. Há inclusive a previsão de multa mediante a ausência injustificada, conforme está previsto no § 8º do artigo 334:

§ 8º O não comparecimento injustificado do autor ou do réu à audiência de conciliação é considerado ato atentatório à dignidade da justiça e será sancionado com multa de até dois por cento da vantagem econômica pretendida ou do valor da causa, revertida em favor da União ou do Estado.

Neste sentido, faz-se notório que inúmeros vem sendo os esforços para que o sistema multiportas não seja apenas um idealismo ou uma mera utopia. A criação de centros de mediação e conciliação dentro dos próprios Tribunais e a orientação técnica para profissionais que irão atuar nessas áreas, juntamente com o atual ensino dessas práticas aos discentes em faculdades e universidades públicas e privadas, são a prova

⁵⁷ BRASIL. LEI Nº 13.105, de 16 de março de 2015. *Código de Processo Civil*. Brasília, DF, 2015. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm>. Acesso em: mai. 2020.

cabal disto. Hodiernamente, o Cejusc e o Nupemec têm uma atuação essencial neste sentido, juntamente com a criação de ações de fortalecimento desta política como por exemplo, a Semana Nacional da Conciliação no ano de 2008 e o Prêmio Conciliar é Legal em 2010.

A mediação tem uma lei especial dedicada somente aos seus procedimentos, a qual foi recentemente editada, recebendo o nº 13.140/2015⁵⁸, a qual dispõe sobre a mediação entre particulares como meio de solução de controvérsias e sobre a autocomposição de conflitos no âmbito da administração pública, tratando também nas suas disposições do procedimento de mediação judicial e extrajudicial, da qualificação dos mediadores, e ainda dos conflitos que podem ser submetidos a esse processo.

Já a arbitragem é regulada pela Lei 9.307/96⁵⁹, ao qual cuida do procedimento arbitral, das convenções de arbitragem, da sentença a ser proferida pelo árbitro, além do modo pelo qual se executam estas sentenças. Ressalta-se que no plano internacional ela é regulamentada no Brasil pela Convenção de Nova York, internalizada pelo Decreto n. 4.311/2002, pela Convenção Interamericana sobre Arbitragem Comercial Internacional, objeto do Decreto n. 1.902/1996, bem como pelo Acordo sobre Arbitragem Comercial Internacional do Mercosul, promulgado pelo Decreto n. 4.719/2003.⁶⁰

A partir da Lei 13.129⁶¹, sancionada em 2015, buscou-se aprimorar Lei de Arbitragem, sem causar incertezas legislativas para esse mecanismo, cujo funcionamento já apresentava resultados positivos antes mesmo do advento do projeto de lei que lhe deu origem. Assim, mais do que mudanças, a lei reformadora buscou aprimoramentos pontuais, sempre no sentido da expansão do uso da arbitragem e da melhoria de seus mecanismos funcionais no sistema multiportas.

7. Política Judiciária Nacional

⁵⁸BRASIL. LEI Nº 13.140, de 26 de junho de 2015. *Lei da Mediação*. Brasília, DF, 2015. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/Lei/L13140.htm>. Acesso em: mai. 2020

⁵⁹BRASIL. LEI Nº 9.307, de 23 de setembro de 1996. *Lei da Arbitragem*. Brasília, DF, 2015. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19307.htm>. Acesso em: mai. 2020

⁶⁰MUNIZ, Tânia Lobo; SILVA, Marcos Claro da. *O Modelo de Tribunal Multiportas Americano e o Sistema Brasileiro de Solução de Conflitos*. Revista da Faculdade de Direito da UFRGS, Porto Alegre, n. 39, vol. esp., p. 302, dez. 2018. Disponível em: <<https://seer.ufrgs.br/revfacdir/article/view/77524>> Acesso em: abr. 2020.

⁶¹BRASIL. LEI Nº 13.129, de 26 de maio de 2015. *Altera a Lei 9.307*. Brasília, DF, 2015. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13129.htm#:~:text=Altera%20a%20Lei%20n%C2%BA%209.307,a%20concess%C3%A3o%20de%20tutelas%20cautelares>. Acesso em: mai. 2020

Prevista na Resolução do CNJ n. 125/2010 a Política Judiciária Nacional está estruturada na forma de um tripé: no ápice está o CNJ, com algumas atribuições de caráter geral e nacional; abaixo dele estão os Núcleos Permanentes de Métodos Consensuais de Solução de Conflitos (NUPEMECs) de cada tribunal, responsáveis pelo desenvolvimento da Política Pública nos Estados e pela instalação e fiscalização dos Centros Judiciários de Solução de Conflitos e Cidadania (CEJUSCs)⁶².

7.1. CNJ

O Conselho Nacional de Justiça- CNJ é o órgão responsável pela formulação da Política Judiciária em caráter geral e nacional, possuindo as atribuições que estão previstas no artigo 6º da Resolução CNJ n. 125/2010. Tem por função estabelecer diretrizes para implantação e fiscalização da Política Pública em todos os Estados. Entre essas diretrizes, incluem-se o estabelecimento de conteúdo programático mínimo para a capacitação de magistrados, servidores, mediadores, conciliadores e demais facilitadores em métodos consensuais de solução de conflitos e para a edição do código de ética desses profissionais. Cabe ao CNJ também, a interlocução política com entidades públicas e privadas, como forma de incentivo ao uso dos métodos consensuais de solução de conflitos.

7.2. NUPEMEC

Os Núcleos Permanentes de Métodos Consensuais de Solução de Conflitos (NUPEMECs) dos tribunais, afetos a cada um dos ramos da Justiça, são os responsáveis pelo desenvolvimento, conforme prevê o artigo 7º da Resolução 125 CNJ, da Política Judiciária Nacional nos Estados, ou seja, pelo planejamento, manutenção e aperfeiçoamento de ações voltadas ao cumprimento da política pública e de suas metas, atuando na interlocução com outros tribunais, entidades públicas e privadas, inclusive universidades e instituições de ensino, Subseções da Ordem dos Advogados do Brasil, Defensorias Públicas, Procuradorias, Ministério Público e Poder Executivo.

Também são funções dos NUPEMECs: realizar gestão nas empresas e nas agências reguladoras de serviços públicos, com vistas à modificação da política interna,

⁶² Todas as informações deste item (7) e subitens foram retiradas do próprio site do Conselho Nacional de Justiça- CNJ. *Política Judiciária Nacional, NUPEMECs e CEJUSCs*. Disponível em: <<https://www.cnj.jus.br/programas-e-acoas/conciliacao-e-mediacao/perguntas-frequentes-7/politica-judiciaria-nacional-nupemecs-e-cejuscs/#:~:text=Qual%20%C3%A9%20a%20origem%20dos,9.099%2F1995>> Acesso em: jun. 2020.

incentivando práticas autocompositivas; instalar e fiscalizar os Centros Judiciários de Solução de Conflitos e Cidadania (CEJUSCs); promover capacitação, treinamento e atualização permanente de magistrados, servidores, conciliadores e mediadores em métodos consensuais de solução de conflitos; criar e manter cadastro de conciliadores e mediadores que atuem em seus serviços, regulamentando o processo de inscrição e de desligamento; fixar a remuneração de conciliadores e de mediadores, nos termos da legislação específica. O NUPEMEC de cada tribunal de Estado é composto de magistrados, da ativa ou aposentados, e de servidores, todos com experiência em métodos consensuais de solução de conflitos.⁶³

7.3..CEJUSC

Os CEJUSCs são as células de atuação e funcionamento da Política Judiciária Nacional, onde atuam os grandes responsáveis pelo seu sucesso. Quer sejam, os mediadores, conciliadores, demais facilitadores da solução de conflitos, bem como os servidores do Judiciário, aos quais cabem a triagem dos casos e a prestação de informação e orientação aos jurisdicionados para garantia do legítimo direito ao acesso à ordem jurídica justa. Os CEJUSCs originaram-se de experiências anteriores, entre elas a Lei dos Juizados de Pequenas Causas (Lei n. 7.244/1984), posteriormente aprimorada pela Lei dos Juizados Especiais (Lei n. 9.099/1995)⁶⁴.

Os parâmetros utilizados para a criação dos CEJUSCs foram o gerenciamento dos processos e o Fórum de Múltiplas Portas ou Tribunal Multiportas (Multidoor Courthouse) do direito norte-americano. Os CEJUSCs são unidades do Poder Judiciário às quais competem, preferencialmente, a realização das sessões e audiências de conciliação e de mediação a cargo de conciliadores e mediadores, bem como o atendimento e a orientação aos cidadãos que possuem dúvidas e questões jurídicas, conforme artigo 8º da Resolução 125 do CNJ.⁶⁵

Os CEJUSCs devem, necessariamente, abranger três setores: setor pré-processual, setor processual e setor de cidadania, conforme artigo 10º da Resolução 125 do CNJ. Para funcionarem, os CEJUSCs devem contar, em sua estrutura, com um juiz coordenador e,

⁶³Conselho Nacional de Justiça- CNJ. *Política Judiciária Nacional, NUPEMECs e CEJUSCs*. Disponível em: <<https://www.cnj.jus.br/programas-e-acoes/conciliacao-e-mediacao/perguntas-frequentes-7/politica-judiciaria-nacional-nupemecs-e-cejuscs/#:~:text=Qual%20%C3%A9%20a%20origem%20dos,9.099%2F1995>> Acesso em: jun. 2020.

⁶⁴Ibidem.

⁶⁵Ibidem.

eventualmente, com um adjunto, devidamente capacitados, aos quais cabe a administração dos três setores e a fiscalização do serviço de conciliadores e mediadores. Devem possuir, também, ao menos um servidor com dedicação exclusiva, capacitado em métodos consensuais de solução de conflitos, para triagem e encaminhamento adequado de casos conforme artigo 9º da Resolução 125 do CNJ⁶⁶.

8. Metodologia da pesquisa

A presente pesquisa se propõe a examinar se os métodos adequados de solução de conflitos, destacadamente a mediação e a conciliação, e se estas se apresentam satisfatórias na perspectiva do jurisdicionado. Mediante o cenário pouco auspicioso do Poder Judiciário, com o elevado número de processos em tramitação, a morosidade e a dispendiosidade excessiva tem, a partir da implementação de tais métodos na contemporaneidade, o poderoso potencial de o desafogar e consequentemente viabilizar a prestação jurisdicional de forma mais célere, o que é um aspecto positivo e que poderá lhe gerar bastante benefícios.

Os resultados neste sentido, mesmo que lentamente, já revelam alguns avanços e a tendência é que melhore cada vez mais pois, utilizando-se a mediação e a conciliação, ao gerar acordos, inúmeros conflitos sequer chegarão a tornarem-se ações judiciais e, os que já foram judicializados, caso alcancem resultados podem, dependendo do caso, serem extintos com resolução de mérito. De modo que, a diminuição da demanda processual no Judiciário será apenas uma consequência.

No entanto, qual é visão que o jurisdicionado tem em relação aos referidos métodos? É interessante o acordo? O acordado era o que realmente se buscava ou houve aceitação porque se sentiu pressionado ou intimidado? Mediante um outro conflito optaria por esses métodos? Indicaria a prática a outras pessoas? Estes e outros questionamentos são de elevada importância para que se possa aprimorar e consolidar a implantação de tais métodos na atual seara jurídica.

Desta forma, a proposta em analisar os métodos adequados de solução de conflitos à luz do constitucionalismo fraternal visam, além da satisfação geral do jurisdicionado, averiguar a voluntariedade das partes, sendo esta, como já dito, uma forte característica do princípio da fraternidade. Ora, o Estado cria diversas medidas que visam

⁶⁶Ibidem.

assegurar, dentro do possível, por exemplo, a liberdade e a igualdade entre os cidadãos, o que gera uma certa coerção em diversos aspectos para que tais direitos sejam efetivados.

Mas, quando se fala em fraternidade ou solidariedade não há como impor, caso contrário perde-se totalmente o seu sentido. O que se pode fazer é incentivar. No caso, os métodos adequados de solução de conflitos, como dito anteriormente, é uma das formas de efetivação do princípio da fraternidade e, neste sentido, pode-se até haver um esforço em implantá-los na atual seara jurídica mas, se não houver uma colaboração e cooperação mútua o trabalho será infrutífero, vez que o Código prevê que as audiências de conciliação e mediação sejam realizadas mas, deixa bem claro que jamais o acordo deve ser forçado.

Assim sendo, pretende-se averiguar tais questões, satisfação e voluntariedade do jurisdicionado, a partir da coleta de dados documentais. A fonte das informações será através da última publicação do Relatório Semestral do NUPEMEC do TJDFT referente ao primeiro semestre de 2019, onde os resultados foram obtidos a partir da aplicação de um questionário em todos os 22 CEJUSCs disseminados em todas as circunscrições judiciárias do Distrito Federal coordenados pelo NUPEMEC do TJDFT, com base em 19.650 formulários válidos respondidos de forma voluntária pelos usuários. Será utilizado subsidiariamente o relatório da 14ª Semana Nacional de Conciliação do TJDFT, realizada em 2019.

Ressalta-se que a arbitragem e a negociação, apesar de igualmente importantes aos demais métodos, não foram objetos do Relatório em razão de que o primeiro trata-se de um Tribunal privado cujo funcionamento parte de lei específica e não faz-se presente nos CEJUSCs, onde o serviço prestado é totalmente público e gratuito. Por sua vez, a negociação apesar de suas especificidades está imbricada em certo sentido, na mediação e conciliação. Acrescenta-se ainda que os acordos realizados são relacionados às áreas de direito do consumidor, família, sucessões, vizinhança, fiscais entre outros. Os quais são realizados em diferentes fases do processo.

9. Relatórios NUPEMEC

Como já abordado, o NUPEMEC é o responsável pela execução da Política Judiciária Nacional de Resolução Adequada de Conflitos. A unidade do Tribunal de Justiça do Distrito Federal e dos Territórios – TJDFT tem por atribuição a difusão da política pública de meios adequados de solução de conflitos através do fomento de ações de cidadania nos 22 Centros Judiciários de Solução de Conflitos e Cidadania- CEJUSCs da região e está vinculado à Segunda Vice-Presidência do TJDFT.

O NUPEMEC é responsável ainda pela capacitação dos envolvidos na condução das sessões de mediação e de conciliação para atuação em conformidade com a resolução 125/2010 do CNJ, pelo monitoramento da qualidade do atendimento e da percepção do usuário sobre o serviço prestado por meio da Pesquisa de Satisfação do Usuário⁶⁷, como também no monitoramento estatístico e desenvolvimento de sistemas para uma gestão mais eficaz dos centros e do próprio Núcleo.

Assim, serão utilizados dois Relatórios organizados pelo NUPEMEC junto ao TJDF. O primeiro⁶⁸, tem como dados os resultados das metas estratégicas bem como, o índice de formação e desempenho de facilitadores, oficinas realizadas, quadro de pessoal, criação de sistemas informatizados, convênios e parcerias, programa de superendividados entre outros. O segundo⁶⁹, consiste no relatório da 14ª Semana Nacional de Conciliação do TJDF, realizada em 2019.

Os dados que servirão de base na abordagem do presente artigo serão, além do quantitativo de acordos realizados em 2019, os relacionados a pesquisa de satisfação do jurisdicionado em relação a utilização dos métodos adequados, juntamente com o levantamento sobre a questão da voluntariedade a partir da averiguação dos acordantes se sentirem parte do processo de construção da solução de seu conflito ou se foram de alguma forma pressionados para a chegada de um acordo.

Ressalta-se que no índice de acordos apresentados não haverá apontamentos sobre os motivos no qual um CEJUSC apresenta maior ou menor quantidade. Tal índice servirá apenas como um panorama visto que, a ideia é extrair a partir desses quantitativos de acordos a obra prima da presente pesquisa quais sejam: satisfação (contentamento) e voluntariedade (predileção) das partes na realização do acordo.

9.1. Índices de acordos realizados

⁶⁷Anexo I.

⁶⁸Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios- TJDF. Núcleo Permanente de Mediação e Conciliação- *NUPEMEC Relatório Semestral 2019*. Brasília: TJDF, 2019. Disponível em: <<https://www.tjdft.jus.br/informacoes/cidadania/nupemec/institucional/publicacoes/relatorios/nupemec/2019/relatorio-1o-semester-2019.pdf/view>> Acesso em: mai. 2020.

⁶⁹Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios- TJDF. *Relatório Semana Nacional da Conciliação 2019*. Brasília: TJDF, 2019. Disponível em: <<https://www.tjdft.jus.br/informacoes/cidadania/nupemec/institucional/publicacoes/relatorios/nupemec/2019/relatorio-semana-nacional-2019.pdf/view>> Acesso em: mai. 2020.

Além das funções citadas no capítulo específico sobre os CEJUSCs, acrescenta-se também a realização de atividades de prevenção e resolução de conflitos que, conforme o Relatório⁷⁰ :

A prevenção se dá por meio de palestras, orientações, oficinas (como as de Pai e Filhos e as de Superendividamento). Nelas os participantes são instruídos em relação aos conflitos, suas consequências e como evitá-los. Já a resolução de conflitos tem por objetivo reunir os envolvidos e facilitar a comunicação entre eles. Para tanto, são empregadas as técnicas de conciliação e de mediação, em sessões que duram 40 minutos e duas horas, respectivamente.

Ressalta-se que “nem todos os Centros realizam as mesmas atividades pois, isso depende da especialização do Centro, da quantidade de servidores lotados, da capacitação desses servidores, do espaço físico disponibilizado e das necessidades de cada circunscrição”. Conforme o relatório, “as conciliações e as mediações podem ser iniciadas nos CEJUSCs sendo encaminhadas pela Redução a Termo, pelo envio dos magistrados das unidades judiciais, pelo Canal Conciliar ou por instituições parceiras”⁷¹.

Assim, o NUPEMEC realiza as coletas de dados para averiguar o índice geral de acordos de todos os 22 Centros Judiciários do Distrito Federal. No primeiro semestre de 2019, foram os demonstrados na tabela a seguir:

Tipo de Demanda	Designadas	Realizadas	Remarcadas	Acordo	Valores Homologados	Pessoas Atendidas	Taxa de Acordo
Pré-processual	9.208	2.183	370	1.165	R\$ 7.258.469,93	8.200	64,3%
Processual	39.375	25.067	1.838	6.887	R\$ 41.504.402,35	93.433	29,6%
Total	48.583	27.250	2.208	8.052	R\$ 48.762.872,28	101.633	32,2%

Tabela 1 – Resultados gerais de conciliação nos CEJUSCs, no primeiro semestre de 2019 | Fonte: NUPEMEC/SVP/TJDFT

A partir dos dados, evidencia-se o crescimento dos atendimentos em casos pré-processuais, impulsionado pela Meta Estratégica do TJDFT que propõe um acréscimo de 4% ao ano até o final deste ano de 2020. Apesar das demandas processuais designadas e realizadas serem quantitativamente superiores àquelas, as taxas de acordos pré-processualmente representam mais que o dobro se comparada a ela. Os resultados gerais das mediações foram:

⁷⁰Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios- TJDFT. Núcleo Permanente de Mediação e Conciliação- *NUPEMEC Relatório Semestral 2019*. Brasília: TJDFT, 2019. p. 51 Disponível em: <<https://www.tjdft.jus.br/informacoes/cidadania/nupemec/institucional/publicacoes/relatorios/nupemec/2019/relatorio-1o-semester-2019.pdf/view>> Acesso em: mai. 2020.

⁷¹Ibidem.

Tipo de Demanda	Designadas	Realizadas	Remarcadas	Acordo	Valores Homologados	Pessoas Atendidas	Taxa de Acordo
Pré-pro-cessual	4	4	0	4	R\$ 2.507,78	9	100,0%
Processual	1.310	948	69	526	R\$ 1.823.903,79	2.300	59,8%
Total	1.314	952	69	530	R\$ 1.826.411,57	2.309	60,0%

Tabela 2 – Resultados gerais de mediação nos CEJUSCs, no primeiro semestre de 2019

Mais uma vez, a taxa de acordo na fase pré-processual foi superior, observa-se ainda que na mediação tais taxas foram maiores na fase processual do que na conciliação. Assim, obteve-se ao fim, os resultados gerais de conciliação e mediação o total de:

Designadas	Realizadas	Remarcadas	Acordo	Valores Homologados	Pessoas Atendidas	Taxa de Acordo	Taxa de Acordo
49.897	28.202	2.277	8.582	R\$ 50.589.283,85	103.942	33,1%	100,0%

Tabela 3 – Resultados gerais de conciliação e mediação nos CEJUSCs, no primeiro semestre de 2019 | Fonte: NUPEMEC/SVP/TJDFT

Salienta-se que, a maneira ao qual as taxas de acordos, apresentados nas tabelas supracitadas, foram calculadas pelo NUPEMEC foi a partir da divisão dos acordos pelas sessões realizadas subtraídas as sessões remarcadas. Feita esta ressalva, depreende-se que os acordos realizados pré-processualmente apresentam-se mais produtivos do que os realizados na fase processual pois configuram-se uma tentativa eficiente em evitar a judicialização dos conflitos e tem apresentado crescimentos com o passar dos anos. Em relação a isto, o Relatório trouxe um gráfico das sessões de conciliação processual e pré-processual, que mostra esta observação de forma bastante analítica:

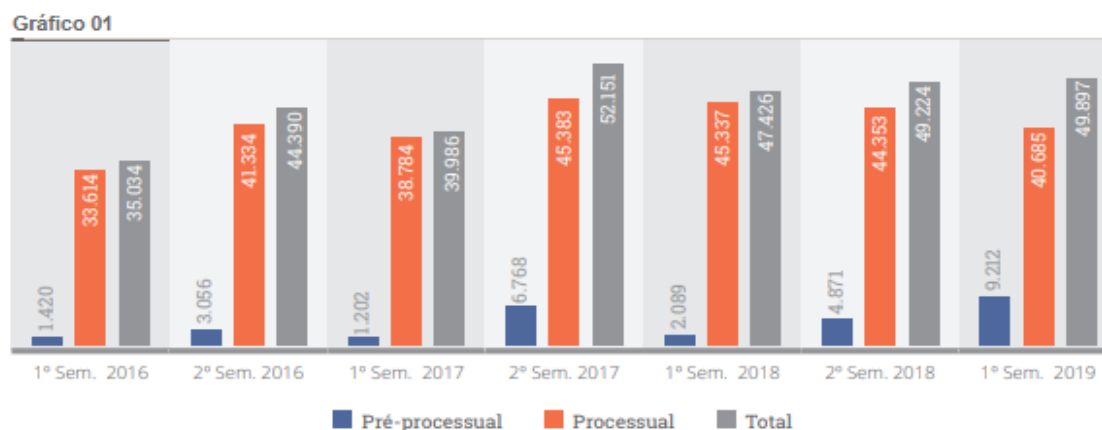


Gráfico 1- Sessões de conciliação processuais e pré-processuais por semestre desde 2016 a 2019 | Fonte: NUPEMEC/SVP/TJDFT

Evidenciando com clareza solar que o índice de conciliações na fase pré-processual vem apresentando crescimento progressivo, com exceção do segundo semestre de 2017, onde o valor foi discrepantemente maior que a média dos semestres anteriores⁷². Segundo o NUPEMEC, “este resultado se deve a uma ação específica durante a Semana Nacional daquele ano, que ficou conhecida como Pauta da Dívida Pública, a qual abrangeu conciliações com a CAESB, CEB e TERRACAP”⁷³.

Conforme o Relatório, todas as circunscrições do Distrito Federal passaram a contar com pelo menos um Centro Judiciário de Solução de Conflitos e Cidadania, todos realizando no mínimo as conciliações processuais e pré-processuais dos juizados especiais cíveis, a partir do ano de 2017. Mais detalhadamente, o Relatório do NUPEMEC trouxe também uma tabela com o índice de acordos de cada um dos 22 CEJUSCs do Distrito Federal. A primeira tabela está inserida os resultados das conciliações processuais relativas ao primeiro semestre de 2019, vejamos:

Unidade	Designadas	Realizadas	Remarcadas	Acordo	Valores Homologados	Pessoas Atendidas	Taxa de Acordo
CEJUSC-AGC	2.559	1.969	98	487	R\$ 933.631,25	6.389	26,0%
CEJUSC-BRZ	807	559	77	184	R\$ 620.217,36	1.659	38,2%
CEJUSC-BSB	2.668	1.689	151	311	R\$ 21.616.959,16	7.234	20,2%
CEJUSC-BSB-JEC	8.542	6.014	185	1.238	R\$ 3.745.570,72	23.371	21,2%
CEJUSC-BSB-SUP	96	18	3	4	R\$ 126.065,20	125	26,7%
CEJUSC-CEI	3.810	2.795	173	727	R\$ 2.576.864,24	8.169	27,7%
CEJUSC-EMA	1.192	601	36	251	R\$ 776.685,88	2.390	44,4%
CEJUSC-GAM	1.676	821	48	307	R\$ 1.589.065,64	4.249	39,7%
CEJUSC-GUA	2.171	1.045	72	274	R\$ 1.033.042,45	4.331	28,2%

⁷²Ibidem. p. 53.

⁷³Ibidem

Unidade	Designadas	Realizadas	Remarcadas	Acordo	Valores Homologados	Pessoas Atendidas	Taxa de Acordo
CEJUSC-NUC	736	421	8	78	R\$ 214.468,21	1.777	18,9%
CEJUSC-PAR	1.069	680	114	167	R\$ 409.580,09	1.921	29,5%
CEJUSC-PLA	1.648	1.130	287	419	R\$ 378.459,82	4.004	49,7%
CEJUSC-RFU	1.071	507	39	123	R\$ 115.484,62	2.555	26,3%
CEJUSC-SAM	2.141	1.417	38	418	R\$ 2.089.945,56	5.382	30,3%
CEJUSC-SOB	2.296	1.815	204	712	R\$ 1.694.407,75	5.094	44,2%
CEJUSC-SSB	877	506	42	126	R\$ 594.799,64	1.724	27,2%
CEJUSC-STÁ	1.877	1.069	45	511	R\$ 1.021.703,36	4.985	49,9%
CEJUSC-TAG	4.139	2.011	218	550	R\$ 1.967.451,40	8.074	30,7%
Total	39.375	25.067	1.838	6.887	R\$ 41.504.402,35	93.433	29,6%

Tabela 4 – Resultados de conciliação processual, no primeiro semestre de 2019, por CEJUSC | Fonte: NUPEMEC/SVP/TJDFT

Nota: A taxa de acordo é calculada dividindo-se os acordos pelas sessões realizadas subtraídas as sessões remarcadas.

Outrossim, foi inserida em outra tabela, no mesmo modelo, os dados para evidenciar os resultados das conciliação pré-processual concernentes ao mesmo período:

Unidade	Designadas	Realizadas	Remarcadas	Acordo	Valores Homologados	Pessoas Atendidas	Taxa de Acordo
CEJUSC-AGC	20	8	0	5	R\$ 44.622,58	23	62,5%
CEJUSC-BRZ	50	38	5	29	R\$ 47.697,00	87	87,9%
CEJUSC-BSB	1.278	539	71	155	R\$ 2.786.904,18	2.237	33,1%
CEJUSC-BSB-FIS	5.500	357	75	191	R\$ 929.600,00	689	67,7%
CEJUSC-BSB-SUP	281	162	58	38	R\$ 2.514.469,20	1.520	36,5%
CEJUSC-CEI	58	41	5	27	R\$ 58.868,27	104	75,0%

Unidade	Designadas	Realizadas	Remarcadas	Acordo	Valores Homologados	Pessoas Atendidas	Taxa de Acordo
CEJUSC-EMA	139	62	9	47	R\$ 83.839,76	199	88,7%
CEJUSC-GAM	550	28	2	24	R\$ 150.812,27	858	92,3%
CEJUSC-GUA	84	31	5	20	R\$ 36.680,70	89	76,9%
CEJUSC-NUC	10	6	1	5	R\$ 3.253,65	17	100,0%
CEJUSC-PAR	43	27	6	16	R\$ 37.794,60	60	76,2%
CEJUSC-PLA	49	33	4	27	R\$ 21.474,65	91	93,1%
CEJUSC-RFU	5	3	0	2	R\$ 1.530,00	7	66,7%
CEJUSC-SOB	74	33	14	14	R\$ 23.995,00	61	73,7%
CEJUSC-SSB	64	56	15	34	R\$ 133.454,62	109	82,9%
CEJUSC-STA	122	49	11	35	R\$ 8.265,00	256	92,1%
CEJUSC-TAG	221	69	0	67	R\$ 372.158,45	153	97,1%
CEJUSC-TRAN	660	641	89	429	R\$ 3.050,00	1.640	77,7%
Total	9.208	2.183	370	1.165	R\$ 7.258.469,93	8.200	64,3%

Tabela 5 – Resultados de conciliação pré-processual, no primeiro semestre de 2019, por CEJUSC | Fonte: NUPEMEC/SVP/TJDFT

Nota: A taxa de acordo é calculada dividindo-se os acordos pelas sessões realizadas subtraídas as sessões remarcadas.

Destacando mais uma vez, a relevância manifesta do resultado da conciliação realizada pré-processualmente. Similarmente, foi colocado em tabelas os resultados das mediações processuais cíveis e de família, respectivamente:

Tipo Unidade	Designadas	Realizadas	Remarcadas	Acordo	Valores Homologados	Taxa de Acordo	Pessoas Atendidas
CEJUSC-BSB	38	19	7	0	R\$ -	0,0%	68
CEJUSC-CEI	60	48	1	32	R\$ 137.700,79	68,1%	416
CEJUSC-SOB	39	27	6	16	R\$ -	76,2%	90
Total	137	94	14	48	R\$ 137.700,79	60,0%	2.300

Tabela 6 – Resultados mediação processual cível, no CEJUSCs, no primeiro semestre de 2019 | Fonte: NUPEMEC/SVP/TJDFT

Nota: A taxa de acordo é calculada dividindo-se os acordos pelas sessões realizadas subtraídas as sessões remarcadas.

Tipo Unidade	Designadas	Realizadas	Remarcadas	Acordo	Valores Homologados	Taxa de Acordo	Pessoas Atendidas
CEJUSC-CEI	357	255	0	176	R\$ 1.686.203,00	69,0%	416
CEJUSC-FAM	547	423	50	199	R\$ -	53,4%	1.111
CEJUSC-TAG	269	176	5	103	R\$ -	60,2%	615
Total	1.173	854	55	478	R\$ 1.686.203,00	59,8%	2.300

Tabela 7 – Resultados mediação processual de família, no CEJUSCs, no primeiro semestre de 2019 | Fonte: NUPEMEC/SVP/TJDFT

Nota: A taxa de acordo é calculada dividindo-se os acordos pelas sessões realizadas subtraídas as sessões remarcadas.

Do mesmo modo, fez-se esta contabilização das mediações realizadas na fase pré-processual cíveis e de família:

Tipo Unidade	Designadas	Realizadas	Remarcadas	Acordo	Valores Homologados	Taxa de Acordo	Pessoas Atendidas
CEJUSC-PLA	2	2	0	2	R\$ 2.507,78	100,0%	4

Tabela 8 – Resultados mediação pré-processual cível, no CEJUSCs, no primeiro semestre de 2019 | Fonte: NUPEMEC/SVP/TJDFT

Nota: A taxa de acordo é calculada dividindo-se os acordos pelas sessões realizadas subtraídas as sessões remarcadas.

Tipo Unidade	Designadas	Realizadas	Remarcadas	Acordo	Valores Homologados	Taxa de Acordo	Pessoas Atendidas
CEJUSC-RFU	2	2	0	2	R\$ 0,00	100,0%	5

Tabela 9 – Resultados mediação pré-processual família, no CEJUSCs, no primeiro semestre de 2019 | Fonte: NUPEMEC/SVP/TJDFT

Nota: A taxa de acordo é calculada dividindo-se os acordos pelas sessões realizadas subtraídas as sessões remarcadas.

Um ponto que merece destaque e serve de enriquecimento na análise de tais dados foi a partir da resposta da 2ª Vice-Presidente do TJDFT, desembargadora Ana Maria Duarte Amarante Brito, grande entusiasta dos métodos conciliatórios e responsável pelo órgão encarregado de implementar a Política Judiciária de Tratamento Adequado dos Conflitos de Interesse no Âmbito do Poder Judiciário, no Distrito Federal, em novembro de 2019 ao comemorar a Semana Nacional da Conciliação:

“Por incrível que pareça na área de família, onde se consegue, mediante um trabalho prévio de oficina de parentalidade, separar a questão da conjugalidade que faliu. Com isso, os índices de acordo superam 60% e às vezes chegam quase a 80%, porque se trata de solução de questões que não vão poder ser afastadas, como a pensão e guarda compartilhada. E isso pode ser feito através de uma solução negociada, o que em um espiral de conflito agudizado dia a dia inviabiliza até um exercício mais harmonioso da parentalidade conjunta”⁷⁴.

Na 14ª Semana Nacional da Conciliação ocorrida em 2019 o NUPEMEC organizou um outro relatório evidenciando que, os resultados gerais dessa Semana foram 1.451 acordos, onde 16.081 pessoas foram atendidas, totalizando em R\$ 10.662.918,98 de valores homologados. Segundo tal Relatório⁷⁵, o evento contou com a participação de 300 conciliadores distribuídos em 16 circunscrições, sendo que as sessões foram

⁷⁴TJDFT Entrevistas. A Conciliação não é só uma simples alternativa, é a busca de uma solução adequada. Disponível em: <<https://www.tjdft.jus.br/institucional/imprensa/artigos-discursos-e-entrevistas/entrevistas/2019/conciliacao-1>>. Acesso em: jul. 2020.

⁷⁵Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios- TJDFT. *Relatório Semana Nacional da Conciliação 2019*. Brasília: TJDFT, 2019. Disponível em: <<https://www.tjdft.jus.br/informacoes/cidadania/nupemec/institucional/publicacoes/relatorios/nupemec/2019/relatorio-semana-nacional-2019.pdf/view>> Acesso em: mai. 2020.

realizadas em Varas, Juizados e Centros Judiciários, com demandas processuais e pré-processuais.

Contou também com a participação de 65 magistrados. Durante esta Semana, foram realizados 32 eventos, como oficinas, palestras e ações específicas, todas com o propósito de sensibilizar a população para a conciliação. A campanha no TJDFT de forma estendida, deu-se nos dias 29/10 à 8/11, e, em todo país, de 4 a 8/11. Desta forma, os resultados obtidos no TJDFT foram os apresentados na tabela abaixo:

Unidade	Designadas Cíveis e Criminais	Realizadas Cíveis e Criminais	Remarcadas Cíveis e Criminais	Acordos Cíveis e Criminais	Valores Cíveis e Criminais	Pessoas Atendidas	Taxa de Acordo
CEJUSC-AGC	254	144	8	33	R\$ 43.710,70	633	24,3%
CEJUSC-BRZ	136	69	10	29	R\$ 250.091,94	410	49,2%
CEJUSC-BSB	841	272	9	65	R\$ 2.048.666,89	1.186	24,7%
CEJUSC-BSB-FAM	84	48	7	20	R\$ 0,00	143	48,8%
CEJUSC-BSB-FIS	2.399	62	18	31	R\$ 271.679,21	348	70,5%
CEJUSC-BSB-JEC	792	562	21	109	R\$ 478.118,37	2.196	20,1%
CEJUSC-BSB-SEG	6	6	0	0	R\$ 0,00	14	0,0%
CEJUSC-BSB-SUP	20	15	8	3	R\$ 112.142,74	97	42,9%
CEJUSC-CEI	545	319	26	106	R\$ 433.254,51	1.293	36,2%
CEJUSC-EMA	223	90	3	44	R\$ 98.352,23	336	50,6%
CEJUSC-GAM	350	108	3	45	R\$ 420.958,73	895	42,9%
CEJUSC-GUA	223	100	5	32	R\$ 97.918,96	380	33,7%
CEJUSC-NUC	110	57	1	29	R\$ 12.854,00	281	51,8%
CEJUSC-PAR	637	171	2	137	R\$ 3.553.820,99	1.273	81,1%
CEJUSC-PLA	272	176	43	90	R\$ 144.565,81	707	67,7%
CEJUSC-RFU	303	175	15	84	R\$ 353.746,11	946	52,5%
CEJUSC-SAM	245	150	4	52	R\$ 367.771,55	535	35,6%
CEJUSC-SOB	208	145	16	53	R\$ 101.745,89	640	41,1%
CEJUSC-SSB	401	179	27	67	R\$ 220.478,52	1.062	44,1%
CEJUSC-STA	198	106	2	41	R\$ 268.028,57	526	39,4%
CEJUSC-TAG	349	188	7	65	R\$ 248.616,48	678	35,9%
CEJUSC-TRAN	47	47	6	30	R\$ 12.663,00	109	73,2%
JUIZADO	382	304	22	139	R\$ 192.449,76	616	49,3%
VARA	409	333	21	147	R\$ 931.284,02	777	47,1%
Total	9.434	3.826	284	1.451	R\$ 10.662.918,98	16.081	41,0%

Tabela 10- Resultados gerais da 14ª Semana Nacional de Conciliação no TJDFT em 2019 Fonte: NUPEMEC/ TJDFT

Destacou-se ainda, conforme a tabela a seguir, as dez Unidades Judiciais mais conciliadoras na Semana Nacional da Conciliação 2019:

Unidade	Circunscrição	Tipo Unidade	Designadas	Realizadas	Acordo
2ª VCIV FOS STA	SANTA MARIA	VARA	63	63	25
JECRIM TAG	TAGUATINGA	JUIZADO	59	32	22
1ª JECIV CRIM SAM	SAMAMBAIA	JUIZADO	57	41	12
1ª VCIV FOS STA	SANTA MARIA	VARA	52	7	6
2ª VCIV AGC	ÁGUAS CLARAS	VARA	45	27	2
3ª JECRIM BSB	BRASÍLIA	JUIZADO	45	26	18
1JECIVITBSB	BRASÍLIA	JUIZADO	37	33	8
VFOS GUA	GUARÁ	VARA	35	36	23
2ª VFOS SOB	SOBRADINHO	VARA	26	24	16
2ª JECIV CRIM SOB	SOBRADINHO	JUIZADO	24	24	10

Tabela 11- Resultados dez Unidades Judiciais mais conciliadoras na Semana Nacional da Conciliação 2019 Fonte: NUPEMEC/ TJDFT

A partir dos dados apresentados, elucida-se o esforço e a dedicação que a Política Judiciária Nacional investe no fomento dos métodos adequados de solução de conflitos. Obviamente, os resultados não surgem da noite para o dia mas, observa-se o crescimento gradual e que tendem a aumentar com o passar dos anos. No entanto, para que este avanço seja realmente alcançado, é necessário realizar além do incentivo e disseminação destas práticas, a averiguação da satisfação dos usuários destes serviços a fim de que possa aprimorá-lo.

9.2.Satisfação das partes

O procedimento de averiguação das satisfação das partes em relação aos métodos adequados de solução de conflitos é realizado pelo NUPEMEC desde o ano de 2012, a partir da orientação em 2010 do CNJ para que seja aplicada a Pesquisa de Satisfação dos Usuários - PSU⁷⁶. Trata-se de estratégia com fins a avaliar a dimensão subjetiva dos serviços prestados, isto é, a percepção do usuário sobre as unidades e os procedimentos utilizados, bem como estabelecer um canal direto de comunicação com os usuários, por meio do qual é possível identificar as oportunidades de melhoria, além de acompanhar a atuação dos conciliadores, mediadores e expositores de oficinas⁷⁷.

⁷⁶Anexo I.

⁷⁷Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios- TJDFT. Núcleo Permanente de Mediação e Conciliação- *NUPEMEC Relatório Semestral 2019*. Brasília: TJDFT, 2019. Disponível em: <<https://www.tjdft.jus.br/informacoes/cidadania/nupemec/institucional/publicacoes/relatorios/nupemec/2019/relatorio-1o-semester-2019.pdf/view>> Acesso em: mai. 2020.

Por meio desta Pesquisa de Satisfação os usuários são convidados a responder voluntariamente, questões que versam, dentre outros temas, sobre o nível de satisfação, da visão acerca do Poder Judiciário, a atuação dos conciliadores, mediadores, prepostos e expositores, alcance das expectativas, percepção geral da negociação, validade da tentativa de acordo, existência ou não de pressão para o aceite do acordo e a sensação de justiça com o resultado da negociação⁷⁸. Obtendo ao fim do primeiro semestre de 2019 a seguinte proporção de formulários válidos:

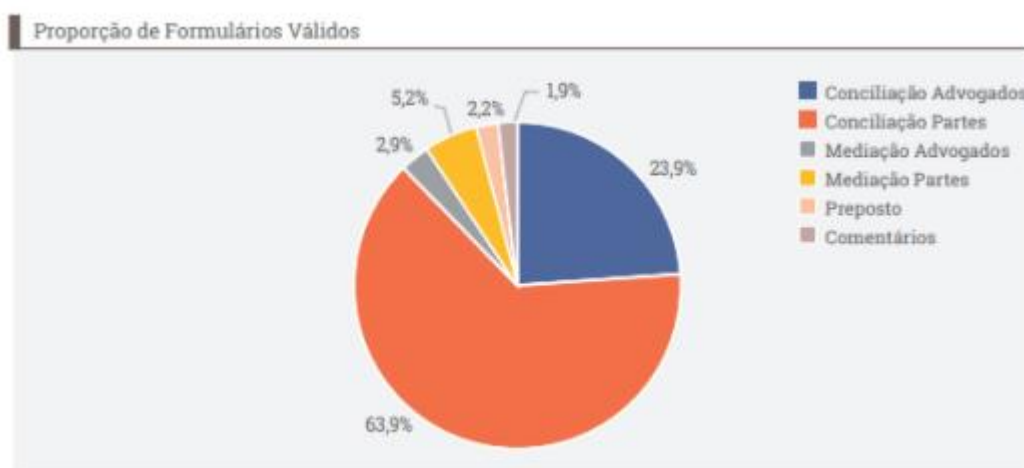


Gráfico 2- Proporção de formulários válidos conforme o tipo

Fonte: NUPEMEC/SVP/TJDFT

De acordo com o Relatório, “o número de formulários coletados a cada mês varia conforme o total de atendimentos realizados. Sendo janeiro um dos meses com menor número de atendimentos no semestre, uma vez que configura período de recesso judiciário”⁷⁹.

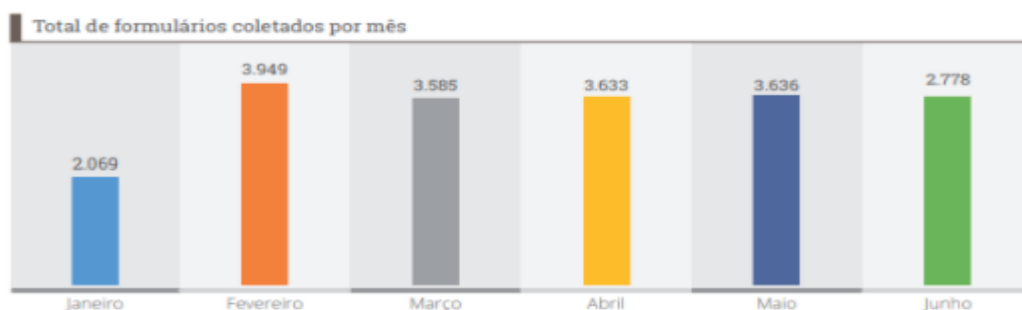


Gráfico 3- Total de formulários coletados por mês

Fonte: NUPEMEC/SVP/TJDFT

⁷⁸Ibidem. p. 59.

⁷⁹Ibidem. p. 61.

Assim, chegando-se finalmente ao que Pesquisa se propõe obteve-se ao fim do primeiro semestre a proporção de Satisfação Geral:

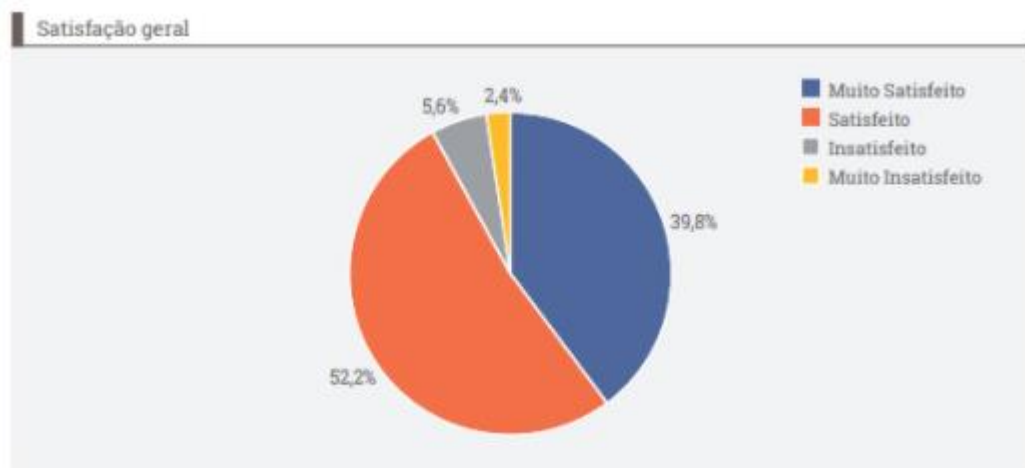


Gráfico 4- Nível de Satisfação Geral

Fonte: NUPEMEC/SVP/TJDFT

Faz-se evidente que os usuários que responderam aos questionários demonstraram grande grau de satisfação em relação ao serviço prestado, 92% de avaliação positiva. Tal nível de satisfação faz-se presente em todos os centros, havendo assim uma uniformidade na qualidade dos serviços prestados nos 22 centros coordenados pelo NUPEMEC. O mesmo ocorreu em relação a pesquisa de satisfação⁸⁰ relativa a 14ª Semana Nacional de Conciliação:

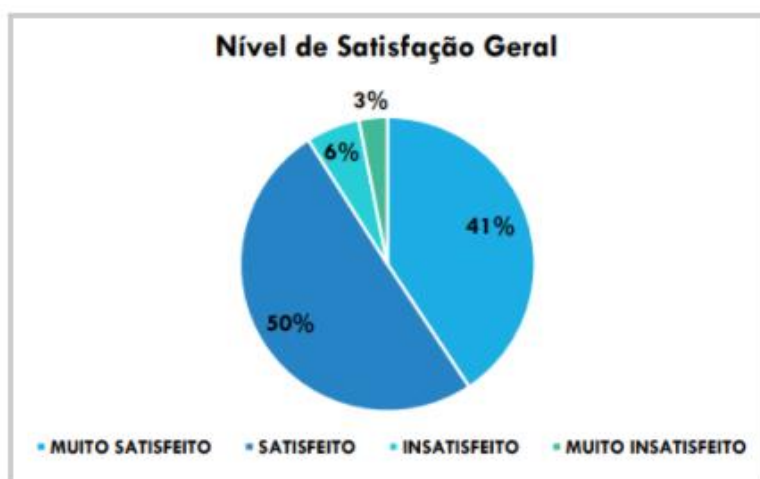


Gráfico 5- Nível de Satisfação Geral 14ª Semana Nacional de Conciliação 2019

Fonte: NUPEMEC/TJDFT

⁸⁰Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios- TJDFT. *Relatório Semana Nacional da Conciliação 2019*. Brasília: TJDFT, 2019. Disponível em: <<https://www.tjdft.jus.br/informacoes/cidadania/nupemec/institucional/publicacoes/relatorios/nupemec/2019/relatorio-semana-nacional-2019.pdf/view>> Acesso em: mai. 2020.

Percebe-se que o nível de Satisfação Geral obteve resultados equiparadamente positivos visto que a porcentagem chegou a 91% na Semana Nacional. Desta forma, depreende-se que, sim além do crescimento na realização de acordos, estes são largamente satisfatórios na perspectiva do jurisdicionado, o que é um potencial indicador da consolidação, mesmo que paulatina, da realização destas práticas no contexto social e jurídico da contemporaneidade.

No entanto, o objeto da presente pesquisa não restringe-se apenas na averiguação da satisfação dos jurisdicionados mas, também na perscrutação em relação a voluntariedade na autocomposição o que, também faz parte da Pesquisa de Satisfação avaliar tal quesito.

9.3. Voluntariedade do jurisdicionado

A proposta da presente pesquisa, como dito, é analisar os métodos adequados de solução de conflitos à luz do Constitucionalismo Fraternal, os quais têm por finalidade comum a inserção do sentimento de irmanação e pacificação no seio social. Como demonstrado, apesar do elevado quantitativo processual tramitando nos Tribunais, o números de acordos vem crescendo nos últimos anos e, a satisfação do jurisdicionado é bastante significativa.

Mas, a importância da voluntariedade nestas práticas é essencial. Ora, se o sistema multiportas inseridos na atual seara jurídica visa elevar as partes como protagonistas na resolução das próprias controvérsias, é a partir delas que deve haver a maior participação a fim de que este propósito seja realmente alcançado. Este quesito está inserido na própria Pesquisa de Satisfação do NUPEMEC e obteve, conforme o Relatório Semestral de 2019 os seguintes resultados nos CEJUSCs do Distrito Federal:

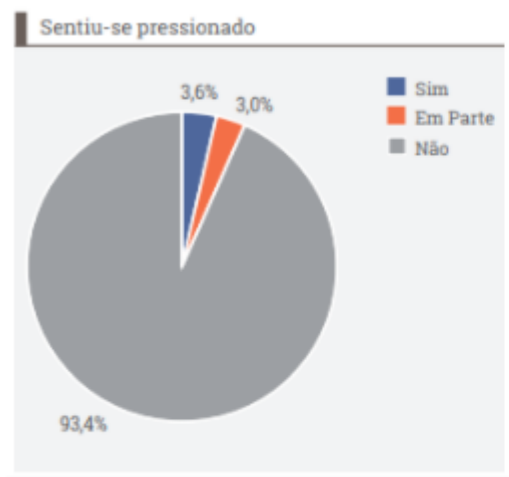


Gráfico 6- Você se sentiu pressionado(a) a fechar um acordo?

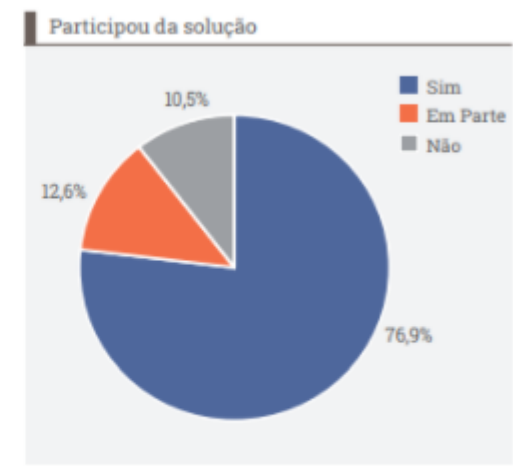


Gráfico 7- Você sentiu que participou da construção da solução?

Fonte: NUPEMEC/SVP/TJDFT

A partir dos questionamentos, 93,4% dos usuários não sentiram-se pressionados para fechar um acordo. Outrossim, 76,9% sentiram que participaram da construção da solução. Tais percentuais demonstram um valor consideravelmente positivo mas, que ainda tem o que melhorar. Igualmente, na 14ª Semana Nacional de Conciliação obteve-se, neste quesito, os seguintes resultados:

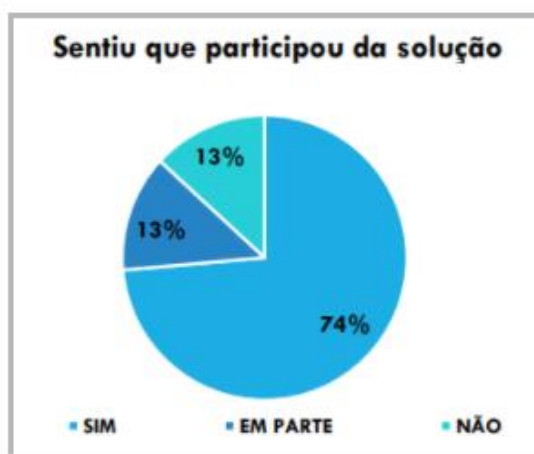


Gráfico 8- Sentiu que participou da solução?
14ª Semana Nacional de Conciliação 2019

Fonte: NUPEMEC/TJDFT

Atrelada a participação efetiva das partes no acordo, é também de igual relevância a visão que o jurisdicionado tem em relação a imagem do judiciário a partir da utilização de tais métodos. Observou-se que a participação em sessões de conciliação e mediação,

bem como, os demais serviços prestados pelos CEJUSCs aos cidadãos, favorece uma mudança positiva na imagem que a população tem do Poder Judiciário, vejamos:

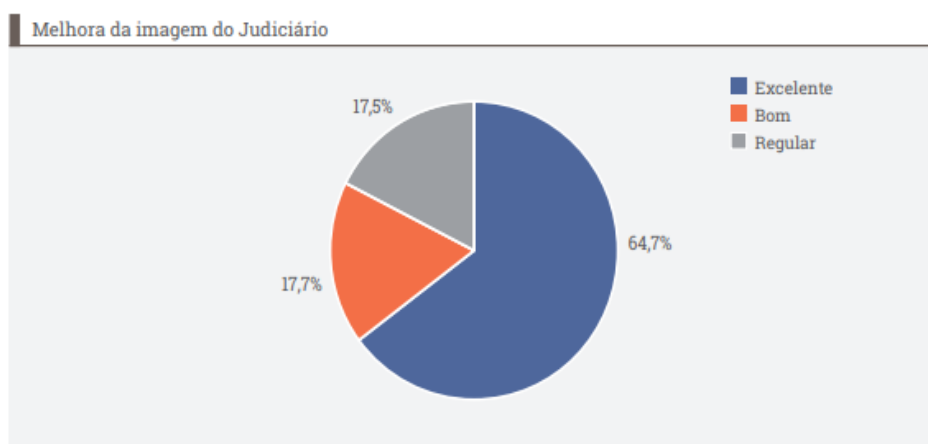


Gráfico 9- Houve melhora na imagem do Poder Judiciário?

Fonte: NUPEMEC/SVP/TJDFT

Em igual medida, na 14ª Semana Nacional da Conciliação obteve-se a seguinte proporção:



Gráfico 10- Houve melhora na imagem do Judiciário?

14ª Semana Nacional de Conciliação 2019

Fonte: NUPEMEC/TJDFT

A partir destes dados, depreende-se que a aplicabilidade dos métodos adequados de solução de conflitos apresentam-se bastante satisfatórios na perspectiva do jurisdicionado. No entanto, quando relacionado a participação efetiva no acordo os índices caíram um pouco apesar de, mais de 90% não se sentirem pressionados para realizá-lo. A melhoria na imagem do Judiciário apresenta-se regular vez que, mais de 60% o avaliaram como positivos.

Considerações finais

Mediante todo o exposto, faz-se notório o incentivo e esforço do Estado no fomento dos métodos adequados de solução de conflitos, de maneira que tornou-se uma verdadeira Política Pública no Brasil. A ideia inicial que se tem a partir da aplicabilidade de tais métodos diante do contexto de abarrotamento do Judiciário hodiernamente é exatamente desafogá-lo. Mas, tem-se notado de igual maneira, a preocupação na qualidade do serviço prestado a partir da aplicação das Pesquisas de Satisfação.

O NUPEMEC neste sentido tem notória atuação, os resultados paulatinamente vem apresentando mudanças e, ao que parece, é só o início de uma grande revolução. Transformar a tradição do litígio enraizada no país na cultura da pacificação não é algo que ocorre de imediato. Os esforços aplicados juntamente com a conscientização da sociedade têm o potencial de inserir de maneira efetiva e indelével estes métodos na seara jurídica brasileira.

Desta forma, o sistema multiportas pode futuramente superar a problemática do Judiciário brasileiro, não apenas como ferramenta para o desafogar mas, também e principalmente, como uma prática implantada na consciência coletiva como exercício da solidariedade nos conflitos cotidianos, deixando para a Justiça resolver apenas aqueles em que sua intervenção seja imprescindível.

REFERÊNCIAS

FONSECA, Reynaldo Soares da. **O Princípio Constitucional da Fraternidade: seu resgate no Sistema de Justiça**. Belo Horizonte: Editora D'Placido, 2019.

DAVID, René. tradução Hermínio A. Carvalho. **Os grandes sistemas do direito contemporâneo**. 4a ed. São Paulo: Martins Fontes. 2002. - Coleção justiça e direito.

MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**. 13. ed., São Paulo: Atlas, 2003.

BRITTO, Carlos Ayres. **Teoria da constituição**. Rio de Janeiro: Forense, 2003.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. **Justiça em Números 2019**. Brasília: CNJ, 2019. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/conteudo/arquivo/2019/08/justica_em_numeros20190919.pdf>. Acesso em: mar. 2020.

IBGE - INSTITUTO BRASILEIRO DE GEOGRAFIA E ESTATÍSTICA. Resolução nº 3, de agosto de 2019. **Estimativas da População para Estados e Municípios**. Diário

Oficial da União: Edição 166, Seção: 1, Página: 374. Brasília: IBGE, 2019. Disponível em: <<http://www.in.gov.br/en/web/dou/-/resolucao-n-3-de-26-de-agosto-de-2019-212912380>> Acesso em: mar. 2020.

Notícias CNJ. **Julgamento dos processos mais antigos reduz tempo médio do acervo.** Brasília: CNJ, 2019. Disponível em: <<https://www.cnj.jus.br/julgamento-dos-processos-mais-antigos-reduz-tempo-medio-do-acervo/>> Acesso em: mar. 2020.

LANÇANOVA, Jônatas Luís. **O Poder Judiciário e a mediação como meio alternativo de solução de conflitos.** Revista do Departamento de Ciências Jurídicas e Sociais da Unijai. Ano XXIII nº 42, jul. -dez. 2014. p. 157 Disponível em: <<https://www.revistas.unijui.edu.br/index.php/revistadireitoemdebate/issue/view/141>> Acesso em: abr. 2020

MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. **Comentários ao Código de Processo Civil [livro eletrônico]; artigos 1º ao 69.** (Coleção comentários ao Código de Processo Civil- coord. Luiz Guilherme Marinoni, Sérgio Cruz Arenhart, Daniel Mitidiero; v.1. 1. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016. Disponível em: <<https://proview.thomsonreuters.com/title.html?redirect=true&titleKey=rt%2Fmonografias%2F115969805%2Fv1.6&titleStage=F&titleAcct=i0adc41900000015b4310c5aaeefa25cd#sl=e&eid=d2e83d4cb955d705d5e90e5e6beca8cb&eat=&pg=&ppl=&nvgS=false>>. Acesso em: ago. 2020.

MESQUITA, Ivonaldo da Silva Mesquita; NETO, Florenço Alves Brandão. **O princípio da fraternidade sob a perspectiva do denominado Constitucionalismo Fraternal e a sua influência na Jurisprudência do Supremo Tribunal Federal.** In: Teorias dos direitos fundamentais [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI/UFGM/FUMEC/Dom Helder Câmara; coordenadores: Sérgio Urquhart de Cademartori, Rui Décio Martins, Thiago Lopes Decat – Florianópolis: CONPEDI, 2015.p. 179. Disponível em: <<http://conpedi.danilolr.info/publicacoes/66fsl345/tzfal2an/N63z93Fn8lbcfjxY.pdf>> Acesso em: jun. 2020.

LUBICH, Chiara, 2008. **Mensagem ao I. Congresso nacional sobre o tema “Direito e Fraternidade”.** Apud FONSECA, Reynaldo Soares da. *O Princípio Constitucional da Fraternidade: seu resgate no Sistema de Justiça.* Belo Horizonte: Editora D’Placido, 2019.

FONSECA, Reynaldo Soares da. **A conciliação à luz do princípio constitucional da fraternidade: a experiência da Justiça Federal da Primeira Região.** 2014. Dissertação (Mestrado em Direito) - Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2014. Disponível em: <<https://sapientia.pucsp.br/bitstream/handle/6642/1/Reynaldo%20Soares%20da%20Fonseca.pdf>> Acesso em: mar. 2020.

Assembleia Geral da ONU. **Declaração Universal dos Direitos Humanos**. Paris, 1948. Disponível em: <<http://www.un.org/en/universal-declaration-human-rights>>. Acesso em: jun. 2020.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm> Acesso em: mai. 2020.

LORENCINI, Marco Antônio Garcia Lopes. **“Sistema Multiportas”: Opções para tratamento de conflitos de forma adequada**. In: Negociação, Mediação, Conciliação e Arbitragem: curso de métodos adequados de solução de controvérsias. Adolfo Braga Neto... [et al.]; coordenação Carlos Alberto de Salles, Marco Antônio Garcia Lopes Lorencini, Paulo Eduardo Alves da Silva. – 2 ed. – Rio de Janeiro: Forense, 2019.

FALECK, Diego; TARTUCE, Fernanda. **Introdução histórica e modelos de mediação**. In: Armando Sérgio Prado de Toledo; Jorge Tosta; José Carlos Ferreira Alves. (Org.). Estudos Avançados de Mediação e Arbitragem. 1ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 2014. p. 171-189. Disponível em: <<http://www.fernandatartuce.com.br/wp-content/uploads/2016/06/Introducao-historica-e-modelos-de-mediacao-Faleck-e-Tartuce.pdf>>. Acesso em: abr. 2020.

CRESPO, Mariana Hernandez; ALMEIDA, Rafael Alves de; ALMEIDA, Tania. **Tribunal Multiportas: investindo no capital social para maximizar o sistema de solução de conflitos no Brasil**. Rio de Janeiro: Editora FGV, 2012. pg. 32. Disponível em: <<https://bibliotecadigital.fgv.br/dspace/bitstream/handle/10438/10361/Tribunal%20Multiportas.pdf>> Acesso em: jul. 2020.

NETO, João Luiz Lessa. **O novo CPC adotou o modelo multiportas!!! E agora?**. Revista dos Tribunais Online. Revista de Processo. Vol. 244/2015. p. 430. Disponível em: <https://edisciplinas.usp.br/pluginfile.php/4557178/mod_resource/content/0/O%20novo%20CPC%20adotou%20o%20sistema%20multiportas%20-%20Jo%C3%A3o%20Lessa.pdf> Acesso em: Mai. 2020.

GABBAY, Daniela Monteiro. **Negociação**. In: Negociação, Mediação, Conciliação e Arbitragem: curso de métodos adequados de solução de controvérsias / Adolfo Braga Neto... [et al.]; coordenação Carlos Alberto de Salles, Marco Antônio Garcia Lopes Lorencini, Paulo Eduardo Alves da Silva. – 2. ed. – Rio de Janeiro: Forense, 2019.

NETO, Adolfo Braga. **Mediação de conflitos: conceitos e técnicas**. In: Negociação, Mediação, Conciliação e Arbitragem: curso de métodos adequados de solução de controvérsias / Adolfo Braga Neto... [et al.]; coordenação Carlos Alberto de Salles, Marco Antônio Garcia Lopes Lorencini, Paulo Eduardo Alves da Silva. – 2. ed. – Rio de Janeiro: Forense, 2019.

BRASIL. LEI Nº 13.105, DE 16 DE MARÇO DE 2015. **Código de Processo Civil**. Brasília, DF, mar. 2015. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm>. Acesso em: mai. 2020.

AZEVEDO, André Gomma de. **Manual de Mediação Judicial**. Ministério Público do Distrito Federal e Territórios- MPDFT. 5ª Edição. Brasília/DF: MPDFT, 2016. p. 24. Disponível em: <https://www.mpdft.mp.br/portal/pdf/programas_projetos/gase/Manual_de_Mediacao_Judicial_MPDFT_CNJ.pdf> Acesso em: mar. 2020.

BRASIL. Ministério da Justiça. Conselho Nacional de Justiça. **Recomendação nº 50, de 8 de maio de 2014**. Recomenda aos Tribunais de Justiça, Tribunais Regionais do Trabalho e Tribunais Regionais Federais realização de estudos e de ações tendentes a dar continuidade ao Movimento Permanente pela Conciliação. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2011/02/recomendacao_50_08052014_09052014145015.pdf>. Acesso em: jun. 2020.

BRASIL. Ministério da Justiça. Conselho Nacional de Justiça. **Recomendação nº 198, de 1 de julho de 2014**. Recomenda aos Tribunais de Justiça, Tribunais Regionais do Trabalho e Tribunais Regionais Federais realização de estudos e de ações tendentes a dar continuidade ao Movimento Permanente pela Conciliação. Disponível em: <<https://atos.cnj.jus.br/atos/detalhar/2029>>. Acesso em: jun. 2020.

MUNIZ, Tânia Lobo; SILVA, Marcos Claro da. **O Modelo de Tribunal Multiportas Americano e o Sistema Brasileiro de Solução de Conflitos**. Revista da Faculdade de Direito da UFRGS, Porto Alegre, n. 39, vol. esp., p. 302, dez. 2018. Disponível em: <<https://seer.ufrgs.br/revfacdir/article/view/77524>> Acesso em: abr. 2020.

TJDFT Entrevistas. **A Conciliação não é só uma simples alternativa , é a busca de uma solução adequada.** Disponível em: <<https://www.tjdft.jus.br/institucional/imprensa/artigos-discursos-e-entrevistas/entrevistas/2019/conciliacao-1>>. Acesso em: jul. 2020.

Conselho Nacional de Justiça- CNJ. **Política Judiciária Nacional, NUPEMECs e CEJUSCs**. Disponível em: <[https://www.cnj.jus.br/programas-e-acoes/conciliacao-e-mediacao/perguntas-frequentes-7/politica-judiciaria-nacional-nupemecs-e-cejuscs/#:~:text=Qual%20%C3%A9%20a%20origem%20dos,9.099%2F1995\)>](https://www.cnj.jus.br/programas-e-acoes/conciliacao-e-mediacao/perguntas-frequentes-7/politica-judiciaria-nacional-nupemecs-e-cejuscs/#:~:text=Qual%20%C3%A9%20a%20origem%20dos,9.099%2F1995)>)> Acesso em: jun. 2020.

TARTUCE, Fernanda. **Conciliação em juízo: o que (não) é conciliar?**. In: Negociação, Mediação, Conciliação e Arbitragem: curso de métodos adequados de solução de controvérsias / Adolfo Braga Neto... [et al.]; coordenação Carlos Alberto de Salles, Marco Antônio Garcia Lopes Lorencini, Paulo Eduardo Alves da Silva. – 2. ed. – Rio de Janeiro: Forense, 2019. p. 121.

Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios- TJDFT. Núcleo Permanente de Mediação e Conciliação- **NUPEMEC Relatório Semestral 2019**. Brasília: TJDFT, 2019. Disponível em: <<https://www.tjdft.jus.br/informacoes/cidadania/nupemec/institucional/publicacoes/relatorios/nupemec/2019/relatorio-1o-semester-2019.pdf/view>> Acesso em: mai. 2020.

Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios- TJDF. **Relatório Semana Nacional da Conciliação 2019**. Brasília: TJDF, 2019. Disponível em: <<https://www.tjdft.jus.br/informacoes/cidadania/nupemec/institucional/publicacoes/relatorios/nupemec/2019/relatorio-semana-nacional-2019.pdf/view>> Acesso em: mai. 2020.

ANEXO A - Modelo da pesquisa de satisfação do TJDF

Poder Judiciário da União
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO DISTRITO FEDERAL E DOS TERRITÓRIOS

Segunda Vice-Presidência
Núcleo Permanente de Mediação e Conciliação

CEJUSC _____

Centro Judiciário de Solução de Conflitos e Cidadania de _____

PESQUISA DE SATISFAÇÃO	MEDIAÇÃO — PARTES
Tipo de ação: ☐ Cível ☐ Família	
ala _____	ata _____
Prezado(a) cidadão(ã), A presente <i>Pesquisa de Satisfação</i> tem o propósito de avaliar a qualidade do serviço prestado. As informações prestadas serão utilizadas para aprimorar o nosso trabalho. Com sua ajuda, poderemos assegurar serviços de mediação de qualidade para outros cidadãos. Garantimos o sigilo quanto à sua identidade e que as informações serão apresentadas em conjunto. Por favor, responda às questões abaixo	
FRENTE E VERSO	

Nessa ação você é:

- ☐ Requerente (parte que deu entrada no processo)
☐ Requerido (parte que foi acionada no processo)

Para este caso, a mediação foi:

- ☐ Muito apropriada ☐ Pouco apropriada
☐ Apropriada ☐ Inapropriada

Houve acordo sobre:

☐ Todas as questões ☐ Não houve acordo ☐ Algumas questões

Você se sentiu pressionado(a) a fechar um acordo?

☐ Sim ☐ Não ☐ Em parte

Aspecto ou comportamento que fez com que se sentisse pressionado:

Você acredita que a mediação contribuiu para evitar conflitos futuros?

☐ Sim ☐ Não ☐ Em parte

Você participaria do processo de mediação novamente?

☐ Sim ☐ Não

Você recomendaria a mediação para outras pessoas? ☐ Sim

☐ Não

Assinale o seu nível geral de satisfação com a mediação:

☐ Muito satisfeito ☐ Insatisfeito
☐ Satisfeito ☐ Muito Insatisfeito

Satisfação com a mediação e seus resultados

Sentiu-se auxiliado(a) pelo mediador para negociar melhor com
a outra parte? ☐ Sim ☐ Não ☐ Em parte

Sentiu que participou da construção da solução?

☐ Sim ☐ Não ☐ Em parte

Sentiu-se melhor compreendido(a) pela outra parte?

☐ Sim ☐ Não ☐ Em parte

Sentiu-se que compreende melhor a outra parte?

☐ Sim ☐ Não ☐ Em parte

Com o auxílio da escala abaixo, por favor, avalie os seguintes aspectos:

	5	4	3	2	1	N/A
	Excelente	Bom	Regular	Ruim	Péssimo	Não se aplica
Mediadores A _____ B _____						

Apresentação do mediador e das regras gerais	5	4	3	2	1	N/A
Auxílio na comunicação com a outra parte	5	4	3	2	1	N/A
Ajuda dada para aperfeiçoar as propostas e alcançar um acordo	5	4	3	2	1	N/A
Imparcialidade e neutralidade (não julgar nenhuma das partes, não tomar partido)	5	4	3	2	1	N/A
Atenção, zelo e preocupação em atender bem a todos	5	4	3	2	1	N/A
Esclarecimento de possíveis dúvidas em relação ao acordo	5	4	3	2	1	N/A
Esclarecimento dos procedimentos seguintes em caso de não haver acordo	5	4	3	2	1	N/A

Aspectos gerais

Facilidade de encontrar o local da mediação	5	4	3	2	1	N/A
Atendimento dado pelos servidores do Tribunal ao chegar no local	5	4	3	2	1	N/A
Qualidade do espaço físico para a realização da mediação	5	4	3	2	1	N/A

Visão do Poder Judiciário

A sua imagem do Poder Judiciário melhorou depois da mediação?

☐ Sim ☐ Não ☐ Em parte

Foi possível ver o Poder Judiciário como um centro de paz?

☐ Sim ☐ Não ☐ Em parte

Foi possível perceber o cuidado do Poder Judiciário com o usuário?

☐ Sim ☐ Não ☐ Em parte

Você tem interesse em ser um mediador voluntário do Poder Judiciário?

☐ Não ☐ Sim (Envie um e-mail para mediadores@tjdft.jus.br)

Comentários e sugestões quanto ao processo de mediação e os mediadores:

DECISÕES ADITIVAS COMO REPRESENTAÇÃO DO ATIVISMO JUDICIAL? UMA ANÁLISE DA ADO 26

Elias Cândido da Nóbrega Neto¹

RESUMO: O recente julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão - ADO 26, cuja procedência teve como consequência prática a criminalização das condutas homotransfóbicas, aqueceu os debates nacionais acerca do fenômeno do ativismo judicial, na forma dos limites de atuação do Supremo Tribunal Federal - STF e das técnicas de decisão adotadas pela Corte. Diante desse cenário, este trabalho se propõe (i) a analisar o ativismo judicial, de modo a tentar delimitar no que, de fato, consiste o fenômeno, bem como as razões pelas quais subsiste tanta polêmica em seu entorno; (ii) a estudar a figura das decisões manipulativas de efeitos aditivos, gênero decisório de origem italiana cuja incidência tem se tornado recorrente no STF; e (iii), finalmente, a relacionar os institutos por meio do exame dos votos proferidos no âmbito da mencionada ADO 26. Em termos de metodologia, utilizou-se revisão bibliográfica e revisão de julgado pelo método indutivo. Em sede de resultados, concluiu-se que (i) há uma incongruência semântica que repousa sobre o termo 'ativismo judicial'; (ii) as decisões manipulativas de efeitos aditivos, a despeito de não serem necessariamente ativistas, apresentam-se como possíveis de se lhe tornarem; e (iii) a ADO 26 é um exemplo de decisão manipulativa de efeitos aditivos ativista.

Palavras-chave: Ativismo judicial. Decisões manipulativas de efeitos aditivos. ADO 26. STF.

ADDITIVE DECISIONS AS A REPRESENTATION OF JUDICIAL ACTIVISM? AN ANALYSIS OF ADO 26

ABSTRACT: The recent judgment of ADO 26 led to the intensification of national debates about the phenomenon of judicial activism, in the form of the limits of action of STF and also about the decision techniques adopted by the Court. Given this scenario, this paper proposes (i) to analyze judicial activism, in order to try to delimit what, in fact, the phenomenon consists of, as well as the reasons why there is so much controversy in its surroundings; (ii) to study the figure of manipulative decisions with additive effects, a Italian kind of decision whose incidence has become usual in the STF; and (iii), finally, to connect the topics by examining the votes in the mentioned ADO 26. In terms of methodology, a bibliographic review and a case review by the inductive method were used. In terms of results, it was concluded that (i) there is a semantic incongruity that rests on the term 'judicial activism'; (ii) manipulative decisions with additive effects, in spite of not necessarily being activists, present themselves as possible to become; and (iii) ADO 26 is an example of an activist additive manipulative decision.

Keywords: Judicial Activism. ADO 26. STF.

¹ Graduando em direito pela UFRN em mobilidade acadêmica no IDP.

1. INTRODUÇÃO

A constituição de 1988 é marco temporal de uma transformação colossal no direito brasileiro. No momento posterior à vigência da Carta, o Poder Judiciário assumiu inédito protagonismo, de forma que, movido pelo ímpeto de atuação, ou tão somente pelo dever constitucional de inafastabilidade da jurisdição, passou a exercer funções que outrora eram privativas do Legislativo e do Executivo.

A expansão da atividade jurisdicional nesse novo cenário, de forma deliberada, recebeu vulgarmente o nome de ativismo judicial e passou a ocupar lugar de especial relevância no debate jurídico contemporâneo. Ora colocado como instrumento positivo na defesa do Estado Democrático de Direito, ora visto como usurpação de competência dos demais Poderes.

Diante do contexto, este trabalho se propõe a discutir os pressupostos e as peculiaridades do fenômeno em voga, de maneira a conseguir delimitar os argumentos substanciais das correntes que lhe são derivadas. Ademais, serão estudadas, também, as decisões manipulativas de efeitos aditivos, gênero decisional de origem italiana que tem ganhado relevo na jurisprudência recente do Supremo e cuja principal característica é a transformação da norma, mediante pronunciamento judicial, por meio da adição de conteúdo. Lançar-se-á mão do recente enquadramento das condutas LGBTfóbicas no rol dos crimes de racismo, tipificados na Lei de número 7.716/89 – ‘Lei Caó’ – para discutir se as decisões manipulativas, sobretudo em sua forma aditiva, são ou não representação do ativismo judicial.

Embora tenham sido apreciados conjuntamente o mandado de injunção 4.733 e ADO 26, dar-se-á maior relevo à última, em função da maior densidade do debate e por se tratar de controle abstrato de constitucionalidade.

Em síntese, os questionamentos a que se pretende responder são: se (i) o ativismo judicial representa exercício legítimo da Jurisdição ou intromissão indevida em atribuições alheias; (ii) se as decisões manipulativas de efeitos aditivos são representação do ativismo judicial; (iii) se a ADO 26 é exemplo de decisão manipulativa de efeitos aditivos e/ou de ativismo judicial.

Para lograr êxito no caminho, far-se-á revisão bibliográfica da literatura que permeia o tema, bem como análise esmiuçada do caso acima mencionado.

2. O ATIVISMO JUDICIAL

Como bem pontua o professor Paulo Gonet (2019, p. 01), ‘ativismo judicial’ é uma expressão de origem atécnica e que refletia uma visão pejorativa, por parte de jornalistas, acerca da postura expansiva, notadamente progressista, na atuação de alguns ministros da Suprema Corte norte-americana, nos idos da década de 1940. Malgrado a última constatação, com o passar dos anos o termo foi ganhando força e espaço até mesmo entre os juristas, de modo que passou a representar, decididamente – e com uma conotação negativa – a incorporação, por parte do poder Judiciário, de tarefas originalmente atribuídas aos Poderes Legislativo e Executivo, sem compromisso com a direita ou com a esquerda; com o progressismo ou com o conservadorismo (BRANCO, 2019, p. 2-3).

É a representação máxima da doutrina neoconsitucionalista, caracterizada por “uma maior intervenção do Poder Judiciário na vida política do país com vistas a promover transformação social por meio de interpretações que se utilizam dos princípios constitucionais e do juízo de ponderação como matéria prima” (GALVÃO, 2012).

No *Black’s Law Dictionary* (1999), o “judicial activism” é definido como “uma filosofia de decisões judiciais na qual os juízes permitem que suas perspectivas pessoais guiem as decisões. Também é pontuado que “os adeptos dessa filosofia tendem a apontar violações constitucionais e a desrespeitar precedentes”².

O professor Elival da Silva Ramos, por sua vez, apresenta da seguinte forma o movimento:

Ao se fazer menção ao ativismo judicial, o que se está a referir é à ultrapassagem das linhas demarcatórias da função jurisdicional, em detrimento principalmente da função legislativa, mas, também, da função administrativa e, até mesmo, da função de governo. Não se trata do exercício desabrido da legiferação (ou de outra função não jurisdicional), que, aliás, em circunstâncias bem delimitadas, pode vir a ser deferido pela própria Constituição aos órgãos superiores do aparelho judiciário, e sim da descaracterização da função típica do Poder Judiciário, com incursão insidiosa sobre o núcleo essencial de funções constitucionalmente atribuídas a outros Poderes. (RAMOS, 2015, p. 119).

Resta claro, portanto, que a perspectiva do autor, corroborada por grande parte da

² Tradução nossa.

doutrina e da sociedade em geral, até mesmo em função da forma depreciativa com que se inaugurou o termo, é de que o ativismo representa a ruptura dos limites fixados pelos vetores de contenção constitucionalmente estabelecidos, no que diz respeito à liberdade hermenêutica do magistrado.

Por outro lado, professor Luís Roberto Barroso, hoje ministro do Supremo Tribunal Federal, apresenta uma visão diametralmente oposta do fenômeno, apontando-lhe como consequência natural da organização de Estado aqui adotada. Na perspectiva de Barroso (2012), em função do extenso catálogo de direitos fundamentais positivado pelo legislador constituinte e da crise de representatividade, de legitimidade e de funcionalidade, sobretudo do Poder Legislativo, é prerrogativa do Judiciário, na figura de sua Suprema Corte, ocupar o vácuo de poder aberto pelos pares. Ele leciona que:

O ativismo judicial, por sua vez, expressa uma postura do intérprete, um modo proativo e expansivo de interpretar a Constituição, potencializando o sentido e alcance de suas normas, para ir além do legislador ordinário. Trata-se de um mecanismo para contornar, *bypassar* o processo político majoritário quando ele tenha se mostrado inerte, emperrado ou incapaz de produzir consenso. Os riscos da judicialização e, sobretudo, do ativismo envolvem a legitimidade democrática, a politização da justiça e a falta de capacidade institucional do Judiciário para decidir determinadas matérias. (BARROSO, 2012, p. 17).

Em trabalho mais recente, o professor (BARROSO, 2019, p. 45) ratifica o entendimento, quando afirma que “um tribunal constitucional deverá agir com ousadia e ativismo, nos casos em que o processo político majoritário não tenha atuado satisfatoriamente”.

À vista das lições, fica claro que os autores estão usando a mesma nomenclatura para designar coisas diferentes. Não se trata, apenas, de uma distinção na valoração do fenômeno, mas, sim, de fenômenos distintos.

É que Ramos (2015) assenta a possibilidade “de exercício desabrido da legiferação”, diferenciando-o de uma “incursão insidiosa” nas atribuições dos demais Poderes. Em outras palavras: o professor reconhece que no novo recorte consitucional, em certas ocasiões, poderá o Judiciário exercer tarefas que não lhe eram tradicionalmente direcionadas, sem que isso seja uma postura ‘ativista’.

Para Barroso (2012), entretanto, o ativismo denota proatividade judiciária, sem que haja fronteiras bem definidas. Logo, para Barosso, não importa se a expansão – ou

intromissão – é relevante ou irrelevante, grande ou pequena: proatividade judiciária é sinônimo de ativismo judicial.

Tanto que, em outro texto, ao tratar das diferenças entre o ativismo e seu antônimo, qual seja a autocontenção, afirma (BARROSO, 2019, p. 435) que “o ativismo judicial legitimamente exercido procura extrair o máximo das potencialidades do texto constitucional”. Do excerto, se conclui que há ativismo legítimo e ilegítimo. Todavia, ainda que ilegítimo seja, não deixa de receber a alcunha de ativismo.

O próprio Ramos (2015), em sua obra, reconhece este embate, quando assevera que os filiados ao literalismo consideram qualquer prática jurídica que não interpretativista como ativista – aqui pejorativamente concebida – ao passo que os não interpretativistas veem com bons olhos o fenômeno em tela, pautados na “inevitabilidade da criatividade jurisprudencial” demonstrada pela hermenêutica contemporânea.

Schreiber e Konder (2016, p. 19), ao oferecerem uma agenda para o direito civil-constitucional, defendem que o termo ‘ativismo judicial’ ganha uma nova roupagem, com necessidade de maior rigor argumentativo e metodológico:

Essa profunda mudança de papel não pode ser guiada por meras convicções pessoais ou opiniões particulares, sob pena de resultar em intolerável casuísmo. Tampouco pode ser direcionada à realização da chamada opinião pública ou de interesses ocasionais de setores sociais e econômicos específicos. Deve, muito ao contrário, ter como norte os parâmetros constitucionais, trazidos para as relações concretas, por meio de uma interpretação aplicativa, calcada em sólidas premissas metodológicas e controlada em seu caráter argumentativo, quer pelo próprio tribunal do qual emana, quer pela doutrina que exerce importante e indispensável tarefa na revisão crítica das decisões judiciais. (SCHREIBER; KONDER, 2016, p. 19).

A perspectiva de Schreiber e Konder, portanto, repousa no meio desse conflito teórico, na medida em que repudia decisões ‘intrometidas’ e carentes de rigor metodológico e argumentativo; ao mesmo tempo em que defende que a atuação responsável do Judiciário, de “ir além de simplesmente dizer o direito”, isto é, de fazer cumprir a Constituição, representa ativismo. Frise-se que, desse entendimento, se depreende que “o ir além” não deve sequer ser visto como “ativismo ilegítimo”, tal como sugere Barroso, mas como outra figura:

Adquire nova dimensão nessa perspectiva o chamado “ativismo judicial”, a ser encarado não como atuação exorbitante do magistrado, em desrespeito à separação de Poderes consagrada no texto

constitucional mas sim como atuação comprometida com a realização concreta dos valores constitucionais. (SCHREIBER; KONDER, 2016, p. 19).

É certo que para esses autores o limite do que seria uma atuação adequada do Judiciário pode contrastar com o limite do professor Ramos. Todavia, em termos gerais, as concepções não são de todo inconciliáveis.

No sentido da controvérsia, Leal (2007, p. 7805) empreendeu interessante ensaio em que questiona, em relação ao Supremo: altivo ou ativista? Apesar de o trabalho apresentar mais indagações do que respostas, sugere-se que a tomada de partido no sentido da defesa dos direitos e das garantias dos cidadãos oprimidos pelo arbítrio estatal representaria “glória”; ao passo que o contrário, isto é, o silêncio diante das ofensas, colocaria a sociedade em “maus lençóis”. Vê-se, então, que o autor considera a defesa dos direitos como tarefa constitucional do Supremo, e o exercício dessa prerrogativa simbolizaria altivez, não ativismo.

Na mesma linha, Eduardo Mendonça (2016, p. 146-148), ao tempo em que afirma que a autocontenção deve prevalecer sobre o ativismo, defende que em “razão da abrangência e do detalhismo do texto constitucional” é conferido ao Judiciário não apenas a oportunidade, mas o dever de afastar “uma série de decisões políticas que, materialmente, pouco tem a ver com as condições democráticas”.

A verdade é que toda a problemática terminológica, que gera manifesta incompreensão do instituto, na medida em que se utiliza a mesma expressão para apresentar ideias distintas, parece derivar da “equivocidade e trivialidade” (Gonet, 2019, p. 01, no prelo) com a qual se criou o termo. A doutrina, em larga escala, passou a se referir a ativismo sem distinguir o que de fato dela entendia: se meramente ação proativa ou, de fato, usurpação de poder. A consequência prática disso é a perpetuação da banalidade e da carência metodológica em torno da pauta. É um problema, em grande parte, derivado da linguagem.

Diante disso, e em função da própria linguagem, distinguiremos a ação meramente proativa da ativista, na medida em que as prerrogativas constitucionalmente atribuídas – como o controle de constitucionalidade, seja em caráter difuso ou abstrato, por exemplo – não podem significar um ‘ir além’, que é denotação direta do ativismo.

3. AS DECISÕES MANIPULATIVAS DE EFEITOS ADITIVOS

As decisões manipulativas, enquanto gênero de decisões judiciais, representam clara manifestação de atividade proativa do Poder Judiciário. Importadas da doutrina e da jurisprudência italianas, têm como principal marca a produção normativa por parte do órgão jurisdicional que, por via de adição ou da substituição de conteúdo, ‘conserta’ o vício de constitucionalidade de determinado dispositivo. Leal (2014, p. 90) pontua que a Corte Constitucional italiana costuma lançar mão desses pronunciamentos, “por meio dos quais a Corte procede a uma modificação e a uma integração da disposição submetida a seu exame, conferindo-lhe um caráter normativo diverso do originário”. Rombolli (2007, p. 304) anota que “A Corte modifica diretamente a norma posta ao seu exame, através de decisões que são definidas como ‘autoaplicativas’, a indicar o caráter imediato de seus efeitos, que prescindem de qualquer sucessiva intervenção parlamentar”.

De início, imprescindível destacar que a modalidade em estudo recebeu diferentes terminologias no passar dos anos (PAIVA, 2008, p. 3), de maneira que os espanhóis a chamaram tanto de “decisões interpretativas”, quanto de “decisões de efeitos aditivos”. Na própria Itália, berço do fenômeno, por várias décadas persistiu debate acerca de qual seria a melhor nomenclatura. Delfino optou por “decisões criativas”, ao passo que Rizza utilizou “decisões intermédias” – majoritário até hoje em Portugal, por exemplo. Por algum tempo prevaleceu o entendimento de “decisões estimatórias interpretativas”, até que se chegasse à estabilidade de decisões manipulativas, subdividida nas espécies ‘aditiva’ e ‘substitutiva’.

As decisões manipulativas de efeitos aditivos, como se infere do título, são verificadas quando o Tribunal declara inconstitucionalidade diante de uma omissão na norma, ao mesmo tempo em que adiciona disposição que corrige o vício. Já nas de caráter substitutivo, o fator preponderante é o estabelecimento de determinada disposição no lugar da que vigia, “substituindo a disciplina advinda do poder legislativo por outra, consentânea com o parâmetro constitucional (MENDES, 2014).

Bom exemplo de decisão manipulativa de caráter aditivo é a derivada da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental - ADPF 54³, em que se julgou inconstitucional a interpretação de que o aborto de fetos anencéfalos constituía crime, ao passo que se estabeleceu, nesta hipótese, a atipicidade da conduta, de forma que a matéria, no Código Penal, restou acompanhada da expressão ‘vide ADPF 54’.

³ O professor Elival da Silva Ramos discorda de que a ADPF 54 seja exemplo de decisão manipulativa de caráter aditivo, porquanto considera que tão somente se reconheceu a inconstitucionalidade da interpretação atacada, isto é, defende que não houve adição de hipótese de atipicidade à norma.

Por outro lado, no tangente à decisão substitutiva, o melhor exemplo parece ser a decisão da Suprema Corte Italiana que entendeu por inconstitucional o art. 313 do Código Penal local, no que dizia respeito à competência do Ministro da Justiça de autorizar a persecução penal referente ao crime de desacato à Corte. Entendeu-se que apenas a própria Corte poderia fazê-lo, de maneira que se transferiu a atribuição em tela para o próprio Tribunal (RAMOS, 2015).

Passar-se-á a dar maior atenção à ditas decisões manipulativas aditivas, pela maior relevância que guardam com a jurisprudência brasileira. Para Elival da Silva Ramos (apud MORAIS, 2005):

A sentenças aditivas se estruturam sobre dois componentes: um, que pode se denominar ablativo, que corresponde à eliminação da parte inconstitucional de um enunciado normativo, e outro, por assim dizer, reconstutivo, ou adjuntivo, que consiste na identificação de um critério jurídico de decisão passível de ser junto a uma norma ou ao segmento remanescente de um regime normativo, de forma a que sejam criadas condições de conformidade do sentido recomposto da disposição normativa com a Constituição. (RAMOS, 2015, p. 221).

A partir de uma primeira leitura de suas características, o referido instituto se apresenta como forte candidato ao exercício do ativismo. Ora, na medida em que declara inconstitucional determinada interpretação – geralmente uma omissão – e acrescenta um suposto remédio para a inconstitucionalidade – via de regra o trecho omissa – o Judiciário, de pronto, age proativamente. O ministro Gilmar Mendes vai além. Em seu voto, no julgamento da ADPF 132, asseverou que caso o Supremo viesse a julgar procedente o pedido constante na ADPF 54 aturaria, pois, a Corte, como “verdadeiro legislador positivo”. Assim o STF o fez. Afirmou Mendes, ainda, no mesmo julgamento, que:

Também é possível verificar-se que o Tribunal, a pretexto de dar interpretação conforme à constituição a determinados dispositivos, acabou proferindo o que a doutrina constitucional, amparada na prática da Corte Constitucional italiana, tem denominado decisões manipulativas de efeitos aditivos⁴.

Não por acaso, em sua obra acerca do ativismo judicial, Campos (2014) destaca que as decisões aditivas da Corte Constitucional italiana representaram não apenas marco do ativismo da corte, mas meio de concretização da Constituição daquele país:

⁴ STF, ADPF: 132 RJ, Rel. Min. Ayres Britto, Data de julgamento: 05/05/2011, Tribunal Pleno, Data de Publicação: DJe-198.

A postura decisória criativa da Corte Constitucional italiana, desde a instalação em 1956, foi imprescindível para dar vida concreta à Constituição de 1947. O Parlamento manteve-se inerte na tarefa de reformar a legislação fascista e a Corte de Cassação se mostrou passiva em opor os direitos fundamentais à legislação pré-constitucional. Desse modo, a Corte Constitucional precisou assumir o papel político de *reforma e democratização* do ordenamento jurídico italiano. Para suprir a omissão do Parlamento, a Corte desenvolveu uma jurisprudência ativista de manipulação dos sentidos das leis, adicionando novos significados normativos ou substituindo os já existentes. Trata-se do uso das chamadas sentenças manipulativas, destacadamente as sentenças aditivas, por meio das quais a Corte reconhece a inconstitucionalidade de lacunas axiológicas e adiciona os significados normativos faltantes. (CAMPOS, 2014).

Muito embora tal perspectiva, o professor Elival da Silva Ramos (2015, p. 222) defende que “esse tipo de decisão de acolhimento não dá ensejo a ativismo judiciário”. Apoiado nos argumentos (a) de que o princípio ou a norma justificadora da operação tem de possuir “plenitude eficaz”, isto é, abarcar, também, a omissão que se pleiteia solucionar; e (b) de que o texto do dispositivo não é incompatível com a reconstrução, anota que a doutrina pacificou o entendimento de que as sentenças aditivas “ou são constitucionalmente obrigatórias, ou são juridicamente ilegítimas”. E por constitucionalmente obrigatórias se entende o exercício de competência atribuída pela Carta Política.

Nesse sentido, quando discorrendo acerca das ações diretas de inconstitucionalidade por omissão - ADO, o professor Barroso (2012, p. 300-302) apresentou as decisões manipulativas aditivas como forma de superação de “patente injustiça”, ainda que, àquela época, a jurisprudência do Supremo fosse relutante em aceitar a incidência da referida modalidade decisional.

Prevalecia, ainda, voto do Ministro Celso de Mello⁵, em que afirmava que “o respeito ao princípio da separação de poderes impede que se estendam às categorias funcionais eventualmente discriminadas as vantagens das quais vieram elas a ser injustamente excluídas pelo ato legislativo impugnado”.

Decididamente essa é, ainda – ofensa ao princípio da separação de poderes – a principal ressalva à utilização das decisões manipulativas de efeitos aditivos no Brasil, ainda que o movimento tenha ganhado força nos últimos anos. Leal (2014, p. 94) afirma

⁵ STF, Recurso Ordinário em Mandado de Segurança nº 21662-3/DF Rel.: Min. Celso de Mello; DJU, 20.05.1994.

que o “grau de sofisticação” de técnicas modernas implica “resistência inicial aos adeptos do raciocínio binário resultante do código procedente/improcedente”. O professor Virgílio Afonso da Silva (2010, p. 589) leciona que o conceito difundido de “teoria da separação de poderes” é, no entanto, uma simples visão enviesada das ideias de Montesquieu, aplicada a um regime presidencialista, em uma sociedade infinitamente mais complexa do que aquela que Montesquieu tinha como paradigma”. Dessa lição, concluiu Leal (2014, p. 95) que as sentenças aditivas são cabíveis quando se enfrenta casos complexos, diante dos quais os modelos decisórios tradicionais agravariam o contexto.

Não obstante o último apontamento, o plano ontológico muitas vezes toma caminho distinto do deontológico, isto é, o ‘ser’ se apresenta em realidade antagônica ao ‘dever ser’. Assim, por mais que em um plano ideal e metodologicamente rigoroso as decisões manipulativas de efeitos aditivos não se apresentem como ativistas, a bem da verdade é que se situam, de pronto, numa zona limítrofe, “de penumbra”, muito próximas de cruzarem a linha do razoável. A consequência, portanto, é a de que ainda que não sejam necessariamente ativistas podem, não dificilmente, as sentenças aditivas, se lhe tornarem.

Desse modo, se analisará uma das mais polêmicas decisões da história do Supremo Tribunal Federal, discutindo se essa é, de fato, decisão de efeitos aditivos e, também, se é ou não ativista.

4. A AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE POR OMISSÃO 26

No primeiro semestre de 2019, o Supremo Tribunal Federal apreciou conjuntamente – dada a semelhança entre as demandas – a Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão (ADO) 26 e o Mandado de Injunção 4.733, ajuizados, respectivamente, pelo Partido Popular Socialista (PPS) e pela Associação Brasileira de Gays, Lésbicas e Transgêneros (ABGLT). Ambas foram julgadas procedentes em parte.

4.1 Breve relato dos votos dos ministros

Nesta altura, será feita uma breve análise dos votos dos ministros, com apresentação obedecendo à ordem de antiguidade na Corte, no sentido decrescente – do mais antigo ao mais novo.

Uma vez que quando da submissão deste trabalho o acórdão do julgamento ainda não foi publicado, os votos dos ministros Celso de Mello (2019), Gilmar Mendes (2019), Ricardo Lewandowski (2019), Edson Fachin (2019) e Alexandre de Moraes (2019) foram percebidos por meio das minutas disponibilizadas pelo STF e pelo portal CONJUR. Já em relação aos ministros Marco Aurélio, Cármen Lúcia, Luiz Fux, Rosa Weber e Luis Roberto Barroso, utilizou-se como referencial os respectivos votos orais.

O ministro Dias Toffoli não disponibilizou seu voto e, no plenário, limitou-se a concordar com o voto do ministro Lewandowski.

4.1.1 Celso de Mello

O decano do Supremo Tribunal Federal, ministro Celso de Mello, foi o relator da ADO 26, tendo proferido extenso voto – 155 páginas – no sentido de dar procedência parcial à ação, negando a reparação civil das vítimas por parte do Estado e a tipificação da homofobia.

A priori, defendeu a função contramajoritária da Corte, afirmando saber que, em função de seu voto, seria execrado "pelos cultores da intolerância cujas mentes sombrias desconhecem a importância do convívio harmonioso e respeitoso entre visões antagônicas".

Prosseguiu lecionando acerca de conceitos importantes para a pauta, como o de gênero e de orientação sexual, enquanto refutava o valor científico do que se convencionou chamar de "ideologia de gênero". Julgou impossível a tipificação de delitos e a cominação de sanções mediante provimento jurisdicional, em respeito à legalidade e às suas ramificações – anterioridade e reserva legal. Disse que do contrário, o STF agiria como "legislador positivo". Destacou o histórico de perseguição aos homossexuais que remontam à época do Brasil Colônia, chegando à conclusão de que a homofobia é a mais cruel das repressões, de maneira que "também os homossexuais têm o direito de receber a igual proteção das leis e do sistema político-jurídico instituído pela Constituição da República".

Classificou a efetivação da criminalização da homofobia como obrigação jurídica, em função do comando do Art. 5º, XLI, – “a lei punirá qualquer discriminação atentatória dos direitos e liberdades fundamentais – considerando pertinente e cabível o recurso à ADO como meio de pragmatizar direitos, "enquanto não sobrevier a legislação reclamada". Reputou artificial e equivocada a construção do conceito de raça como ligada, por assim dizer, exclusivamente à questão racial. Afirmou que o referido termo,

numa interpretação que se julgue 'correta', significa dizer o "dogma da desigualdade entre os seres humanos, resultante da exploração do preconceito e da ignorância.

Recorreu, em última instância, à conjugação da motivação e da finalidade do racismo – estruturadas pela Convenção Internacional sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação Racial – como elementos aptos a legitimarem a interpretação conforme à Constituição, na medida em que tanto o racismo, quanto a homofobia, derivam da motivação preconceituosa e da finalidade de "submeter a vítima a situações de diferenciação quanto ao acesso e gozo de bens, serviços e oportunidades tanto no domínio público, quanto na esfera privada."

Negou a aplicação analógica das normas penais, a construção de sentença manipulativas de efeitos aditivos e a violação da liberdade religiosa.

4.1.2 Marco Aurélio

O Ministro Marco Aurélio, de início, aduziu que " o céu é o limite, não é no Supremo"; que a atividade do judiciário é vinculada ao direito positivo, aprovado no Congresso Nacional; e que a arte de interpretar não é discricionária.

Afirmou que a Corte, historicamente e sobretudo nas últimas composições, não tem falhado com o fortalecimento dos direitos da comunidade LGBT – vide o reconhecimento da união estável homoafetiva⁶ como entidade familiar e do nome social dos transgêneros por meio de simples manifestação da vontade⁷.

Destacou a inexistência de direito subjetivo à criminalização de outrem, razão pela qual desconheceu do mandado de injunção. Defendeu que a ADO é meramente declaratória, não implicando efeitos constitutivos, para se posicionar contrariamente ao pleito de criminalização da homofobia. Nesse sentido, apoiou-se no princípio da reserva legal para justificar seu voto, defendendo que a competência de criação de leis penais é exclusiva do Congresso Nacional.

Asseverou que a 'Lei Caó' não contempla a orientação sexual do indivíduo como critério apto a caracterizar o sujeito passivo do crime de racismo. Leciona que quando o Congresso legisla, adota uma posição política, algo que como um não fazer deliberado.

Certificou que do vislumbre de espécie de criminalização à vinculação do legislador a fazê-lo, há imensa distância. Desse modo, inadmitiu o mandado de injunção

⁶ ADI 4277, Rel. Min. Ayres Britto, Tribunal Pleno, julgado em 05/05/2011, DJe 14/10/2011.

⁷ ADI 4275, Rel. Min. Marco Aurélio, Rel. p/ Acórdão: Min. Edson Fachin, Tribunal Pleno, julgado em 01/03/2018, DJe 07/03/2019.

e reconheceu a omissão legislativa para o trato da questão, ao passo que se opôs à criminalização.

4.1.3 Gilmar Mendes

De plano, o Ministro Gilmar Mendes afirmou que se tratava de pedido de adoção de sentença de efeitos aditivos para que se procedesse com a criminalização das "ofensas, homicídios, agressões e discriminações motivadas pela orientação sexual e/ou identidade de gênero".

Destacou que "a orientação sexual e a identidade de gênero devem ser consideradas como manifestações do exercício de uma liberdade fundamental". Discorreu, de forma elucidativa, sobre a mora congressional ao enfrentamento da questão, sinalizando que a despeito de inúmeras tentativas de criminalizar a matéria, os embaraços inerentes ao processo legislativo impediram a sua concretização. Ato contínuo, ressaltou que a reação legislativa à discussão em pauta é representação dos diálogos institucionais entre os Poderes, extremamente positivos no contexto da maturação do Estado de Direito.

Ao tratar da questão fática em análise, reconheceu a mora legislativa e o cabimento das ações. Por fim, suscitou postura "ativa" e não ativista da Corte e acolheu integralmente os votos dos relatores.

4.1.4 Ricardo Lewandowski

O Ministro Ricardo Lewandowski, em um dos votos mais objetivos do caso vertente, destacou que "a lei pode muito, não pode tudo". Manifestou inquietude em relação à situação degradante e de violência em que se encontra a comunidade LGBT e concordância com a necessidade de criminalização das condutas discriminatórias ao grupo em voga.

Entretanto, consagrou o princípio da reserva legal a um patamar mais elevado. Asseverou, com base em pronunciamentos da própria Corte, que a despeito da "repugnância" de atos derivados de preconceito de qualquer sorte, "é certo que apenas o poder legislativo pode criminalizar condutas, sendo imprescindível lei em sentido formal nessa linha". Derradeiramente, ressaltou que a casa não poderia fazer muito além de julgar a omissão inconstitucional. Assim, votou pela procedência parcial do pleito, reconhecendo apenas a mora legislativa.

4.1.5 Cármen Lúcia

A ministra Cármen Lúcia introduziu sua fala, no Plenário, asseverando que é atividade expressamente conferida ao Supremo Tribunal Federal a guarda da Constituição, no sentido de fazê-la eficaz jurídica e socialmente.

Destacou que há formas plurais de escravização humana, dentre as quais a postura de tentar estabelecer e cercar o espaço daqueles que os grupos dominantes julgaram diferentes, como se houvesse 'forma' para a humanidade.

Afirmou que todo preconceito é violência e que toda discriminação é causa de sofrimento, mas que aprendeu que alguns preconceitos impõem mais sofrimento do que outros, na medida em que nascem dentro de casa e afastam as famílias desde muito cedo.

Defendeu que o direito, no caso, é instrumento indispensável na proteção dos direitos humanos em sua esfera única e singular. Pontuou que a previsão de texto constitucional, sem reverência ao contexto, transforma-se em mero pretexto para esvaziar direitos afirmados e assegurados em seu exercício: “se se tem a norma e não há eficácia, direito não há, verdadeiramente”.

Julgou que a configuração do dever constitucional é inegável, uma vez que a ordem constitucional foi de criminalizar ou estabelecer critérios punitivos relacionados à discriminação, seja qual fosse o modo de manifestação.

Deixou claro que percebe a proatividade de determinado setor legislativo no sentido de colmatar a omissão em questão, ao tempo em que reconhece a dificuldade de, em um ambiente deliberativo enormemente maior em números absolutos e diverso em concepções do mundo – Congresso Nacional em relação ao Supremo – se chegar à lei que a Constituição exige que seja feita.

4.1.6 Luiz Fux

O Ministro Luiz Fux consignou que a despeito de o Congresso Nacional ter sinalizado que irá apreciar/votar a pauta, o Supremo Tribunal Federal não tem certeza se o projeto será aprovado, ou sequer votado. Diante disso, se imporia a judicialização da questão, bem como a consequente palavra final do Judiciário, na medida em que, por vezes, “vozes e votos não são suficientes”.

Disse, ainda, que viu artigo com argumento extremamente sedutor no sentido de que o judiciário não poderia "criar figuras", em função dos princípios da legalidade e da reserva legal.

O Ministro afirmou que o Judiciário não está criando figura, apenas exercendo interpretação da legislação infraconstitucional que trata do racismo, à luz da homofobia;

e que o próprio STF já firmou seu conceito, de que racismo é delito cometido “contra o homem de carne e osso”.

Defendeu que integrantes da comunidade LGBT, judeus, afrodescendentes; são todos vítimas de racismo e que a interpretação conforme em questão tem de ser promovida porquanto o crime em discussão é imprescritível.

4.1.7 Rosa Weber

A Ministra Rosa Weber iniciou seu discurso perante o plenário parabenizando seus colegas, que “que proferiram votos iluminados”. Trouxe a literatura, a música e o cinema para retratar a homofobia, destacando biografia recente que trata da homossexualidade de Tchaikovsky.

Destacou a “viabilidade de, mediante pronunciamento judicial, com eficácia *erga omnes* e caráter vinculante, afirmar como direito objetivo a tipificação específica de certas condutas quando qualificadas por motivação homofóbica ou transfóbica”.

Estabeleceu como critério preponderante do entendimento do racismo não o que se entende por raça, mas se quem promove o preconceito discrimina grupos enquanto raça: “o que vale não é o que pensamos, se se trata ou não de uma raça, mas se quem promove o preconceito tem o discriminado como uma raça, e exatamente com base nessa concepção promove e incita sua segregação”.

Propôs a ampliação, por meio de interpretação conforme, do conceito jurídico-constitucional de racismo, para que seja abarcada, em sua “abrangência semântica, a discriminação com base em gênero e orientação sexual, ligadas à homofobia e à transfobia.” Disse que a Corte promove efetiva ampliação conceitual do conceito jurídico constitucional de racismo.

4.1.8 Luís Roberto Barroso

O ministro Luís Roberto Barroso, ao tratar da questão, introduziu, no Plenário, sua fala, estabelecendo conceitos, a exemplo do decano, e afirmando que a orientação sexual, constatatadamente, seria “fato da vida, e não escolha”.

Prosseguiu apresentando estatísticas que colocam o Brasil na “pouco meritosa” posição de líder mundial em violência para com a comunidade LGBT. Afirmou que o papel do Estado e do direito é de intervir nesse contexto, para preservar não apenas a orientação sexual, mas a integridade física dessas pessoas, sendo, pois, imprescindível um diálogo respeitoso com o Congresso Nacional, que tem o dever primário de criação

das leis, enquanto a interpretação dessas é incumbência do Supremo. “No normal da vida” disse que é fácil estabelecer a fronteira entre a legislação e interpretação, mas que ante o dinamismo da contemporaneidade não se o faz de forma tão simples.

Pontuou que a mora legislativa legítima, frente à existência de mandamento constitucional, a possibilidade de ação jurisdicional. Reafirmou a função contramajoritária da Corte ao lado das funções representativa e “iluminista”, que seria a de “empurrar a história” mesmo contra vontades que insistissem em lhe ‘emperrar’. Esclareceu que ‘iluminista’ não é a Corte, mas a própria Constituição. Asseverou que os dois fatores que “alargam a fronteira da interpretação constitucional estão presentes”, quais sejam “a omissão legislativa e direitos fundamentais em jogo”.

Destacou que o art. 5º, XLI, não define a forma de punição, se administrativa, criminal ou meramente civil. Posiciona-se em concordância com a sanção penal em função (i) da relevância do bem jurídico e da sistematicidade das agressões; (ii) da já existência de punição criminal à discriminação de grupos igualmente vulneráveis; e (iii) da ineficiência das outras esferas sancionatórias em relação à questão. Defendeu, à luz de “interpretação pré-existente que o Supremo deu”, que a homofobia é forma de racismo. Pontuou que “no normal das circunstâncias, fixaria um prazo” para que o Congresso agisse e nega a presença de sentença aditiva.

4.1.9 Edson Fachin

Relator do mandado de injunção, o Ministro Fachin estabeleceu suas premissas: (i) qualquer discriminação é atentatória ao Estado de Direito; (ii) o direito à igualdade sem discriminações abrange a identidade ou expressão de gênero e a orientação sexual; (iii) se infere, a partir dos tratados internacionais do qual o Brasil é signatário, um mandado de criminalização de qualquer discriminação; (iv) a omissão legislativa em discussão representa tolerância para com as práticas; e (v) “a discriminação por orientação sexual ou identidade de gênero, tal como qualquer forma de discriminação, é nefasta, porque retira das pessoas a justa expectativa de que tenham igual valor.

Deu seguimento a seu voto reconhecendo o direito à legislação em função do comando constitucional” presente no art. 5º, XLI, que afirma que “a lei punirá qualquer discriminação atentatória dos direitos e liberdades fundamentais”. Destacou que o direito penal é instrumento adequado à defesa de bens jurídicos expressamente direcionados pela Constituição. Ato contínuo, pontuou que a Lei 7.716 foi criada para efetivar o comando constitucional de combate à discriminação, a despeito de ter omitido a questão de

orientação sexual e de gênero.

Nesse sentido, classificou o mandado de injunção como meio apto a superar a referida omissão, em função do mandado de criminalização constitucionalmente estabelecido. Por fim, reconheceu a mora inconstitucional do Congresso Nacional e aplicou efeitos “prospectivos” à Lei 7.717/89, no sentido de estender a tipificação dos crimes ali dispostos à discriminação em função de gênero e orientação sexual.

4.1.10 Alexandre de Moraes

O Ministro Alexandre de Moraes fundamentou seu voto quase que à exatidão do Ministro relator Celso de Mello. Reconheceu a situação de fragilidade e vulnerabilidade social da comunidade LGBT por meio da exposição de dados estatísticos; bem como a mora inconstitucional do Poder Legislativo em positivar norma incriminadora da discriminação, na medida em que se o fez em relação a diversos grupos da sociedade: idosos, mulheres, consumidores.

Reputou igualmente inconstitucional a tipificação de conduta pelo STF, em atenção aos princípios da legalidade e da reserva legal, ao tempo que afasta a possibilidade de aplicação analógica prejudicial, quando das questões penais.

Por fim, defendeu a utilização da técnica da interpretação conforme para sustentar a ampliação do conceito de racismo e, assim, estender seu manto protetivo à comunidade LGBT. Também sustentou a manutenção da liberdade religiosa.

4.1.2 Interpretação conforme ou decisão manipulativa de efeitos aditivos?

A esta altura, surgem alguns questionamentos: foi a referida decisão pautada meramente na técnica da interpretação conforme, como defendeu o relator da ADO?

O ministro Celso afirma não ter empreendido analogia no caso em voga, uma vez que a medida não seria idônea por se tratar de caso inserido na seara penal. Também se exime, vale dizer, de possível “formulação de tipo criminal”, postura “juridicamente inviável, sob perspectiva constitucional”. O que propôs foi, por via de interpretação conforme à Constituição, a:

Subsunção de condutas homotransfóbicas aos diversos preceitos primários de incriminação definidos em legislação penal já existente, na medida em que atos de homofobia e de transfobia constituem concretas manifestações de racismo, compreendido este em sua dimensão social: o denominado racismo social.

Diante dos apontamentos, é válida visita às Lições Preliminares de Direito, de Miguel Reale, (2002, p. 298), das quais se extrai que o pressuposto do processo analógico é uma lacuna na lei. No caso em voga, não se desenha uma lacuna na lei, mas na legislação. Desse modo, a lei de racismo foi meio utilizado para se superar a omissão no ordenamento, mediante interpretação extensiva que, segundo o professor, deriva da ideia de que a despeito da plenitude da norma – em questão de vigência, de validade e de eficácia – estende-se a sua aplicação a entendimento além do usual. Portanto, fez-se interpretação extensiva sob forma da técnica da interpretação conforme à constituição.

Segundo Mendes e Gonet (2014, p. 1291-1293), dogmaticamente, a interpretação conforme à Constituição implica declaração de constitucionalidade de uma lei, conquanto limitada à literalidade do texto e à chamada vontade do legislador: “apenas admissível se não configurar violência contra expressão literal do texto e não alterar o significado do texto normativo, com mudança radical da própria concepção original do legislador”.

Nesse sentido leciona Mártires Coelho (2007, p. 114), quando assevera que mecanismos de controle – que não sejam inibidores – são indispensáveis no contexto de criatividade judicial, para que cumpram decidida função de “normas de vigilância” e afastem decisões “erradas ou clamorosamente inaceitáveis”.

Ante o cenário, a interpretação extensiva em voga parece ter se estendido demasiadamente, em função de duas razões principais. A primeira, é que o Congresso Nacional, a despeito das acusações de mora, vem discutindo a questão em sede de processo legislativo, o que demonstra, desde já, que o comando normativo da Lei Caó não abarca, segundo os próprios legisladores, o conceito de racismo social que o Supremo julgou inserido em sua estrutura. A segunda, bastante discutida pelos ministros, reside na perspectiva do princípio da legalidade, especialmente na forma da reserva legal, isto é, na prerrogativa privativa do Legislativo de legislar em seara penal. Não obstante a bem-intencionada justificativa de formulação de medida protetiva à comunidade LGBT, se está criando instrumento verdadeiramente restritivo de direitos, porquanto expande a repressão do aparato punitivo do Estado a uma situação não delimitada pelo legislador ordinário, único agente legítimo, sob comando constitucional, a fazê-lo.

O decano do Supremo, a exemplo dos ministros que lhe seguiram, justificou sua manobra hermenêutica, cuja consequência foi a criminalização da homofobia no Brasil, na técnica de interpretação conforme à Constituição, da qual resultou leitura expansiva do conceito de racismo e, assim, a incorporação, ao termo, da homotransfobia. Mais

parece, como defendeu Gilmar Mendes, decisão de efeitos aditivos. A despeito disso, assim se posicionou o Decano:

Inaccolhível, portanto, a alegação de que a decisão do Supremo Tribunal Federal a ser proferida no caso presente qualificar-se-ia como sentença aditiva, conforme sustenta o Senado Federal, pois, na realidade, está-se a utilizar o modelo de decisão de caráter estritamente interpretativo, sem que se busque reconstruir, no plano exegético, a própria noção de racismo, cujo sentido amplo e geral já foi reconhecido pelo Supremo Tribunal Federal em relevantíssimo precedente (“caso Ellwanger”), que observou, na espécie, o próprio sentido que emergiu dos debates travados no seio da Assembleia Nacional Constituinte, como enfatizou o eminente Ministro Nelson Jobim, em passagem por mim anteriormente referida – e realçada – neste voto.

Em sentido oposto, se manifestou o Ministro Gilmar:

O pedido imediato das ações é que seja adotada sentença de perfil aditivo com o intuito de criminalizarem-se as ofensas (individuais e coletivas), os homicídios, as agressões e discriminações motivadas pela orientação sexual e/ou identidade de gênero, real ou suposta, da vítima. Tal criminalização seria feita em igual medida à punição constante da Lei 7.716/1989 (Lei Antirracismo).

Da discordância em voga, e com base nas lições às quais se recorreu nas linhas pretéritas deste texto, parece assistir razão Gilmar Mendes. Ora, há, como salientou o professor Carlos Blanco de Moraes (2005), um componente ‘oblatoivo’, qual seja o reconhecimento da inconstitucionalidade da omissão da criminalização das condutas homofóbicas e; também, um fator ‘reconstrutivo’, na medida em que determinou-se que na pendência de legislação específica, a homofobia estará compreendida na Lei de Racismo, isto é, sanou-se a omissão por meio da extensão de suposto benefício – proteção decorrente de criminalização de conduta discriminatória – ao grupo ‘esquecido’ pelo legislador.

4.1.3 Ativismo ou altivez?

Se por um lado as razões de decidir dos ministros Celso de Mello e Gilmar Mendes foram distintas – ainda que tenham levado a um mesmo resultado e que o ministro Gilmar, no dispositivo, tenha seguido o relator também quanto à interpretação conforme – ambos fizeram questão de expurgar de seus pronunciamentos qualquer perspectiva ativista.

O decano chegou, inclusive, a justificar sua interpretação conforme no sentido de afastá-la de uma decisão de efeitos aditivos, atitude da qual se infere associação direta

entre a última modalidade decisional e o fenômeno do ativismo. Todavia, diante da já mencionada lição de Ramos (2015, p. 223), decisões de efeitos aditivos não implicam ativismo, mas exercício regular da guarda da Constituição por parte do Supremo Tribunal Federal. A questão é que ainda que se defenda que as sentenças aditivas não implicam ativismo, é importante destacar que não o fazem necessariamente, porquanto nada impede que a Corte se valha da referida técnica para ocupar espaço decisório que não lhe é devido.

O caso em análise é paradigmático para a questão. Ora, oito ministros elaboraram longos votos escritos e orais para justificar um pronunciamento, ao mínimo, pouco usual. Defendiam, tal como Celso de Mello, Cármen Lúcia e Alexandre de Moraes, atitude necessária na guarda da Constituição. Por outro lado, Lewandowski, Toffoli e, sobretudo, Marco Aurélio, entenderam que a legalidade seria impeditivo intransponível para a questão, por se tratar de matéria penal. Vale dizer: se se tratasse de questão cível ou trabalhista, por exemplo, o espaço de atuação dos magistrados seria mais amplo. Mas em questões penais, não.

Salta aos olhos, dentre todos os votos, o do ministro Fux, que afirmou a palavra final da controvérsia como pertencendo ao Judiciário, uma vez que por vezes “vozes e votos não são suficientes”. Também há de se falar de Luís Roberto Barroso, que defendeu “função iluminista” da Corte e disse que, “em circunstâncias normais”, fixaria prazo para que o Congresso abandonasse a suposta inércia.

Não se entra no mérito de que seriam possíveis outras formas de intervenção estatal de caráter punitivo, a serem disciplinadas pelos legisladores, no combate à violência decorrente de orientação sexual e de identidade de gênero, que não criminal. Não se discute que os homicídios, por exemplo, marcados por essas motivações, já sejam qualificados pela torpeza que lhes são inerentes. Não se apresenta a pauta de que a procedência do pedido em voga representaria caminhar em sentido oposto ao minimalismo penal, contribuindo para o questionável movimento do encarceramento em massa da população, cuja maior vítima é a comunidade negra. Não se debate, por fim, que na hipótese de o Congresso votar e negar a referida criminalização, se estaria diante de uma postura que não omissa, mas comissiva. Neste caso, estaria invalidada a decisão do Supremo?

Por outro lado, também não se nega a cruel e institucionalizada violência direcionada nas mais distintas formas de preconceito à comunidade LGBT, fruto exclusivamente da respectiva orientação sexual e/ou identidade de gênero das vítimas – fato extremamente bem delineado pelo Ministro Celso de Mello em seu voto – bem como

a necessidade de superação desta deplorável realidade para o avanço do Brasil enquanto democracia e nação.

Entretanto, a discussão esbarra em matéria formal anterior: a criação de normas penais é de competência exclusiva do Congresso Nacional, de acordo com os arts. 5º, XXXIX; 22, I; e 48 da Constituição. E essa barreira formal não representa mero formalismo, mas garantia alcançada a duras penas ao longo do processo civilizatório.

Conquanto se defenda que “não foram criadas figuras novas”, na verdade se o fez. Ainda que se justifique a decisão no precedente *Ellwanger*⁸, cujo dispositivo apregoeou que o antissemitismo compreenderia postura racista, na perspectiva social ensejada pelo termo, não se pode negar o conteúdo da própria Constituição, na exigência do respeito ao princípio da legalidade e suas ramificações: não há lei que tipifique a homotransfobia e apenas o legislador pode criar lei.

A professora Ana Beatriz Presgrave (2017, p. 03), em curto ensaio, se utiliza da metáfora da cor salmão para traçar as fronteiras da atividade hermenêutica: a depender da luz pode parecer vermelho, rosa ou até mesmo bege; mas nunca preto, verde ou azul. Desse modo, por mais que se diga – que o Supremo diga – que homofobia é racismo, para questões penais, extremamente ligadas à literalidade, se sabe que não o é. Tanto que a Corte reconheceu mora legislativa em dizer que a homofobia é crime. Se homofobia é racismo e racismo é crime desde 1989, por que o STF acusa de omissão o Congresso? Presgrave inicia seu texto questionando: o Supremo é supremo ou soberano? Deveria ser supremo, mas, às vezes, se diz soberano.

Portanto, à vista de tudo que se trabalhou, parece inequívoca a constatação de que se está diante de uma decisão manipulativa de efeitos aditivos marcadamente ativista.

5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Diante de tudo o que se correu, podemos chegar a algumas conclusões.

A primeira, é que em função da carência metodológica com a qual se inaugurou o termo ativismo judicial há, ainda, certa incompreensão relacionada ao fenômeno. Não se fala, apenas, de uma discrepância valorativa, mas de significado.

Contudo, diante das perspectivas lançadas, parece mais concreta a que encara o ativismo judicial enquanto atuação proativa do Poder Judiciário que transcende as

⁸ HC 82424, Rel. Min. Moreira Alves, Rel. p/ Acórdão: Min. Maurício Corrêa, Tribunal Pleno, julgado em 17/09/2003, DJ3 19.03.2004.

competências que lhe foram constitucionalmente atribuídas.

É que existe uma enorme diferença entre o exercício regular de guarda da Constituição e a intromissão indevida em atividades alheia, sob os pretextos de efetivar a Carta Política violando-a, ou mesmo de “empurrar a história para frente”.

A segunda, a seu turno, está relacionada ao fato de que as decisões manipulativas de efeitos aditivos, com efeito, representam atuação voluntariosa e criativa da atividade jurisdicional. Todavia, não necessariamente o fazem de maneira a desrespeitar o sistema de freios e contrapesos da República, isto é, não o fazem de maneira necessariamente ativista.

A terceira, por fim, diz respeito ao julgamento da ADO 26 que, decididamente, é exemplo digno de manuais não apenas de decisão manipulativa de efeitos aditivos, mas também de ativismo judicial.

Ora, a partir do momento em que o Supremo se valeu de suposta interpretação conforme – que à vista do recorrido mais parece interpretação extensiva – para expandir o campo de incidência de lei penal para além dos limites estabelecidos pelo legislador, inevitavelmente se está violando o princípio constitucional, positivado enquanto regra, também constitucional, da legalidade – de forma mais específica, na figura da reserva legal.

Logo, em se estando diante de uma decisão proativa e criativa do Poder Judiciário, que transcende os limites constitucionalmente estabelecidos, se está diante de uma decisão ativista.

Da mesma maneira, quando fora reconhecida a omissão, na Lei de Racismo, acerca da posição da comunidade LGBT enquanto sujeito passivo, ao mesmo tempo em que se “corrigiu” a suposta omissão, com a criminalização das condutas homotransfóbicas, descreveu-se, de maneira irrepreensível, uma decisão manipulativa de efeitos aditivos.

REFERÊNCIAS

BARROSO, Luis Roberto. **Curso de direito constitucional contemporâneo**. 8. Ed. São Paulo: Saraiva, 2019.

_____. Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática. **[Syn]Thesis**, Rio de Janeiro, vol.5, nº 1, 2012, p.23-32.

_____. O controle de constitucionalidade no direito brasileiro. 6. ed. São Paulo/SP: Saraiva, 2012.

BRANCO, Paulo Gonet. **Ativismo judicial e jurisdição constitucional**. Brasília/DF. 2019. No prelo.

CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. **Dimensões do ativismo judicial no STF**. Rio de Janeiro: Forense, 2014

COELHO, Inocêncio Mártires. **Interpretação Constitucional**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

FACHIN, Luis Edson. MI 4733. Supremo Tribunal Federal. 2019. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/MI4733mEF.pdf>>. Acesso em: mai. 2020.

GALVÃO, Jorge Octávio Lavocat. **O neoconstitucionalismo e o fim do estado de direito**. 2012. Tese (Doutorado em Direito do Estado) - Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2012. doi:10.11606/T.2.2012.tde-29082013-113523. Acesso em: 20.07.2020.

GARNER, Bryan A. Black's Law Dictionary. 7. ed. St. Paul: West Group. 1999.

IOTTI, Paulo. **Decisões manipulativas da jurisdição constitucional não se prestam a restringir direitos**. 2019. Disponível em: <<http://www.justificando.com/2019/04/15/deciso-es-manipulativas-da-juris-dicao-constitucional-nao-se-prestam-a-restringir-direitos/>>.

LEAL, Saul Tourinho. **Controle de constitucionalidade moderno**. 2. ed. Niterói/RJ: Impetus, 2012.

_____. **Ativista ou ativo?** O outro lado do Supremo Tribunal Federal. In: Congresso Nacional do CONPEDI, XVII., 2008, Brasília/DF. Anais.

LEWANDOWSKI, Enrique Ricardo. ADO 26 e MI 4733. Supremo Tribunal Federal. 2019. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/ADO26votoRL.pdf>>. Acesso em: mai. 2020.

MENDES, Gilmar Ferreira. **Jurisdição constitucional: o controle abstrato de normas no Brasil e na Alemanha**. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

_____. ADO 26 e MI 4733. CONJUR. 2019. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/dl/gilmar-voto-homofobia.pdf>>. Acesso em: mai. 2020.

MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de direito constitucional**. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2019.

MELLO FILHO, José Celso de. ADO 26. Supremo Tribunal Federal. 2019. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/ADO26VotoRelatorMCM.pdf>>. Acesso em: mai. 2020.

MENDONÇA, Eduardo. **A constitucionalização da política: entre o inevitável e o excessivo**. Jurisdição constitucional em 2020. In: MENDES, Gilmar Ferreira; GALVÃO, Jorge Octácio Lavocat; MUDROVITSCH, Rodrigo de Bittencourt. São Paulo: Saraiva, 2016.

MORAES, Alexandre de. ADO 26 e MI 4733. CONUR. 2019. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/dl/ado-26-voto-alexandre-moraes.pdf>. Acesso em: mai. 2020.

MORAIS, Carlos Blanco de. **Justiça constitucional**. Coimbra: Coimbra ed., 2005. t. 2.

PAIVA, Paulo Frederico. **Decisões manipulativas em controle de constitucionalidade e sua admissibilidade em matéria criminal**. Observatório da jurisdição constitucional. Brasília: IDP, Ano 2, 2008/2009.

PRESGRAVE, Ana Beatriz Ferreira Rebello. **Supremo ou soberano?** FIDES, Natal, V. 8, n. 2, jul./dez. 2017.

RAMOS, Elival da Silva. **Ativismo judicial: parâmetros dogmáticos**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

REALE, Miguel. **Lições preliminares de direito**. 27. ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

REIS, Wanderley José dos. Ativismo judicial e a nova postura do STF nas ações diretas de inconstitucionalidade por omissão: justiça social ou criação judicial de norma jurídica penal na equiparação da homofobia e transfobia ao crime de racismo (ADO N.º 26/DF e MI N.º 4.733/DF)?. Revista Eletrônica do UNIVAG, vol. 23, 2020.

SCHREIBER, Anderson; KONDER, Carlos Nelson. Uma agenda para o direito civil constitucional. Revista Brasileira de Direito Civil (RBDCivil). Rio de Janeiro, vol. 10, n. 04, out/dez 2016, p. 9-27.