

Volume 2 Número 51

Maio/Agosto 2021 | ISSN: 1981-3759



idp

REVISTA

CADERNO VIRTUAL

Sistema de precedentes
e a coerência do direito:
em busca da segurança jurídica

**Caderno Virtual, Brasília, v. 2, n.
51, Maio/Agosto 2021**

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. José dos Santos Carvalho Filho, IDP
Prof^a. Luciana Silva Garcia, IDP
Prof. Atalá Correia, IDP
Prof. Raphael Peixoto de Paula Marques, IDP
Prof^a. Olívia Rocha Freitas, IDP
Prof. Fábio Lima Quintas, IDP
Prof. Marcelo Proença, IDP
Prof^a. Marilda Silveira, IDP
Prof. Ulisses Schwarz Viana, IDP
Prof. Felipe Cortês, IDP
Prof. Pedro Palotti, IDP
Prof. Leandro do Nascimento Rodrigues, IDP
Prof. Mário Augusto Carboni, IDP
Prof. Bruno Magalhães D'Abadia, IDP
Prof. Daniel Falcão, IDP
Prof. Guilherme Pupe, IDP
Prof. Paulo Mendes, IDP
Prof. Rodrigo Mendonça, IDP
Prof. José Henrique Mouta, IDP
Prof^a. Olivia Freitas, IDP
Prof. Daniel Falcão, IDP
Prof. Leonardo Estrela, IDP
Prof. Leandro Gobbo, IDP
Prof. Ivan Allegretti, IDP
Prof. Lahis da Silva Rosa, IDP
Prof. Flávio José Roman, IDP
Prof. Paulo Castro, IDP
Prof. Mathias Schneid Tessmann, IDP
Prof. Rodrigo Becker, IDP
Prof. Milton de Souza Mendonça Sobrinho, IDP
Prof. Alessandro De Oliveira Gouveia Freire, IDP
Prof. Marcio Camargo Cunha Filho, IDP
Prof. Fernando Natal, 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, Lahis da Silva Rosa

Artigos Acadêmicos

A PRIMAZIA DA RESOLUÇÃO DE MÉRITO NO MANDADO DE SEGURANÇA:
NECESSÁRIO DIÁLOGO ENTRE O CPC E A LEI 12.016/09

José Henrique Mouta Araújo

A RECLAMAÇÃO ENQUANTO INSTRUMENTO DE ESTABILIZAÇÃO DOS
PRECEDENTES REPETITIVOS E VINCULANTES: A DICOTOMIA DE
ENTENDIMENTOS ENTRE O STF E O STJ

Fernando Natal Batista

O PAPEL DOS OPERADORES DO DIREITO COMO GARANTIDORES DOS
DIREITOS HUMANOS

Helena Iariucci

Everton Nobre

A ARTIFICIALIZAÇÃO DA FORÇA VINCULANTE DAS DECISÕES JUDICIAIS
NO DIREITO BRASILEIRO

Guilherme Pupe da Nóbrega

Victor Hugo Gebhard de Aguiar

A REPUTAÇÃO JUDICIAL DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL: ENTRE O
AGIR DELIBERATIVO E A IMAGEM PÚBLICA

Hugo Moreira Lima Souza

CLÁUSULA COMPROMISSÓRIA DE ARBITRAGEM E COMPROMISSO ARBITRAL: POSSÍVEL VIOLAÇÃO DO PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL DA INAFASTABILIDADE DA JURISDIÇÃO

Bruno Furtado Silveira

A ALTERAÇÃO DE REQUISITOS FITOSSANITÁRIOS BRASILEIROS DE IMPORTAÇÃO APROVADOS NO ÂMBITO DO MERCOSUL: UM DILEMA ENTRE SEGURANÇA JURÍDICA E RESPONSABILIDADE NO COMÉRCIO INTERNACIONAL AGROPECUÁRIO

Felipe de Melo Alves

SISTEMA DE PRECEDENTES NO JUDICIÁRIO BRASILEIRO. A NECESSIDADE DE COORDENAÇÃO ENTRE OS TRIBUNAIS PARA O ALCANCE DA UNIDADE DO DIREITO

José Américo Azevedo

O ASSÉDIO MORAL ORGANIZACIONAL VIRTUAL E OS INSTRUMENTOS DE PODER, DISCIPLINA E CONTROLE: (RE)MODULAÇÃO, EFEITOS E PROTEÇÃO JURÍDICA

Laura Araújo Machado

Noemia Aparecida Garcia Porto

A NECESSIDADE DE FLEXIBILIZAÇÃO DE INSTITUTOS DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL PARA VIABILIZAR A RESOLUÇÃO DE LITÍGIOS ESTRUTURAIS

Luísa Carolina de Souza Matos

TRIBUNAIS DE CONTAS E TERMO DE AJUSTAMENTO DE GESTÃO O CONSENSUALISMO NO DIREITO ADMINISTRATIVO SANCIONADOR DE CONTAS

Luiz Antônio Santiago Corrêa

AUTONOMIA PRIVADA DO AGENTE PÚBLICO NOS CONTRATOS CELEBRADOS SOB A ÉGIDE DA LEI N. 13.303/2016

Lara Caxico Martins Miranda

Luiz Gustavo Tirol

UMA ANÁLISE DAS SOBREPOSIÇÕES EXISTENTES ENTRE OS ACORDOS DE
LENIÊNCIA DA LEI ANTICORRUPÇÃO E ANTITRUSTE

Raylla Ferreira Matos

RESPONSABILIDADE CIVIL DO FISCAL DE TRIBUTOS DO MUNICÍPIO DE
MORRINHOS/GO

Rodrigo Silva Tavares

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: "Sistema de precedentes e a coerência do direito: em busca da segurança jurídica".

A 51ª edição do Caderno Virtual, segunda edição de 2021, conta novamente com a valiosa contribuição de pesquisas produzidas por professores da Associação Brasileira de Direito Processual Civil – APBC com o intuito de refletir os principais temas debatidos no âmbito do Processo Civil contemporâneo.

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

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

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

A fim de adequar-se aos quesitos estabelecidos pela regulação do Qualis Periódico, o CV conta com Equipe Editorial definida, por meio de Conselho Editorial, Comitê Executivo e Editores Chefes, que se organizam para garantir o processo avaliativo sob o sistema do *duplo blind review* e ao convite para publicação de autores estrangeiros e pesquisadores de renome nacional e internacional.

É com grande satisfação que o Centro de Pesquisa (CEPES) em conjunto com as Coordenações dos Cursos de Graduação, Pós-Graduação *Lato Sensu* e Pós-Graduação *Stricto Sensu*, apresentam a presente a 51ª 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

A PRIMAZIA DA RESOLUÇÃO DE MÉRITO NO MANDADO DE SEGURANÇA: NECESSÁRIO DIÁLOGO ENTRE O CPC E A LEI 12.016/09

José Henrique Mouta Araújo¹

Resumo

O CPC/15 consagrou um contato entre a teoria geral do processo e as normas fundamentais, estabelecendo institutos como a primazia da resolução de mérito, celeridade, efetividade e duração razoável do processo. Este ensaio procura enfrentar alguns aspectos ligados à aplicação da primazia da resolução de mérito no Mandado de Segurança, especialmente em relação aos institutos como a teoria da causa madura, aproveitamento da demanda em caso de incompetência e resolução do mérito mesmo ocorrendo a decadência.

I. Considerações introdutórias

O CPC/15 pretendeu superar alguns pontos de estrangulamento do sistema e abreviar o tempo de duração dos processos judiciais. Um dos aspectos mais debatidos pelos estudiosos de direito diz respeito aos objetivos do processo e a diminuição do excesso de formalismo.

Neste contexto introdutório, vale lembrar que o legislador consagrou um claro e necessário diálogo entre a teoria geral do processo e as normas fundamentais, estabelecendo institutos como a primazia da resolução de mérito, boa-fé processual, celeridade, efetividade e duração razoável do processo, fungibilidade e aproveitamento dos recursos, etc.

¹ Pós-Doutor (Universidade de Lisboa), doutor e mestre e em direito (UFPA), professor do CESUPA/PA e do IDP/DF, advogado e procurador do Estado do Pará (www.henriquemouta.com.br).

Este ensaio procura enfrentar aspectos ligados à aplicação da primazia da resolução de mérito no âmbito do Mandado de Segurança, especialmente em relação aos institutos como a teoria da causa madura, aproveitamento da demanda em caso de incompetência em decorrência do erro na indicação da autoridade coatora e resolução do mérito mesmo ocorrendo a decadência.

Vamos aos argumentos:

II- Necessário diálogo conceitual – primazia de mérito e diminuição do excesso de formalismo

Nenhum instituto processual pode ser analisado de forma isolada. Assim, visando a correta compreensão da aplicação da causa madura, correção da autoridade coatora e julgamento do mérito no *mandamus* mesmo em caso de decadência, é necessário analisar as normas fundamentais que dialogam diretamente com estes temas: *cooperação* (art. 6º, do CPC), *primazia de mérito* (art. 4º, do CPC)², *efetividade e celeridade*, etc.

Aliás, a busca da resolução de mérito efetiva também alcança a teoria recursal. É possível afirmar que o sistema processual procura esvaziar o excesso de formalismo de tempos anteriores³. O parágrafo único, do art. 932, do CPC/15, é um dispositivo que bem estabelece essa primazia de mérito recursal⁴, ao consagrar que, antes de considerar inadmissível o recurso, deverá o relator abrir prazo de cinco dias para o recorrente possa

² No tema, vale citar passagem de Alexandre Câmara: “consolida-se, aí, um princípio fundamental: o de que se deve dar primazia à resolução de mérito (e à produção do resultado satisfativo do direito) sobre o reconhecimento de nulidades ou de outros obstáculos à produção do resultado normal do processo civil. Eis, aí, portanto, o princípio da primazia da resolução de mérito”. CÂMARA, Alexandre Freitas. *O princípio da primazia da resolução do mérito e o novo código de processo civil*. Revista da Advocef, nov/2015, p. 16.

³ Vale transcrever passagem do voto AgRg no AREsp 1117326 / PA (STJ – Rel. Min. Jorge Mussi – 5ª T – J. em 20/02/2018, DJe de 02/03/2018 “O Novo Código de Processo Civil assumiu como uma de suas diretrizes o princípio da primazia da resolução do mérito. Isto significa, na prática, que elementos meramente formais não podem, por si sós, impedir o conhecimento do conteúdo jurídico do pedido apresentado, nem obstar a atividade jurisdicional no sentido de permitir que o juiz conheça e aprecie o direito material envolvido na controvérsia a ele apresentada, corrigindo, se possível, eventuais vícios”.

⁴ Dentre os vários dispositivos do CPC que consagram a primazia de mérito, é possível destacar: 4º, 485, §7º, 488, art. 139, IX, 282, §2º, 317, 321, 932, parágrafo único, 1007, §§4º e 5º, 1029, §3º.

sanar o vício ou complementar a documentação exigível (v.g., *falta de documento, comprovação do preparo ou da tempestividade recursal*)⁵.

Ademais, levando em conta que o art. 932, do CPC, se encontra no título *ordem dos processos dos tribunais*, deve ser utilizado em todos os recursos, incluindo os apelos aos Tribunais Superiores (recursos ordinário, especial e extraordinário)⁶, além daqueles previstos em legislação extravagante.

Em última análise: alguns vícios que obstam o conhecimento do recurso podem ser objeto de correção, visando estimular a análise do próprio mérito (art. 4º, do CPC)⁷⁻⁸.

Aliás, apesar da divergência interpretativa, entendo que a correção dos vícios deve ser oportunizada também em relação aos vícios anteriores à entrada em vigor do CPC/15, desde que o recurso seja apreciado após o início de sua vigência, como consagra o Enunciado 574, do FPPC⁹⁻¹⁰.

⁵ Em relação ao agravo de instrumento, a primazia de mérito indica que o Relator deverá, na falta de cópia de qualquer peça ou outro vício que comprometa a admissibilidade, aplicar o art. 932, parágrafo único, do CPC; ou seja, antes de não admitir, há a necessidade de abrir prazo para a correção do vício processual (art. 1.017, §3º, do CPC).

⁶ O Enunciado 593 do Fórum Permanente de Processualistas Civis (FPPC) consagra: “(arts. 932, parágrafo único; 1.030) Antes de inadmitir o recurso especial ou recurso extraordinário, cabe ao presidente ou vice-presidente do tribunal recorrido conceder o prazo de cinco dias ao recorrente para que seja sanado o vício ou complementada a documentação exigível, nos termos do parágrafo único do art. 932”.

⁷ No que respeita ao REsp e RE, o art. 1.029, §3º, do CPC, estabelece que os Tribunais Superiores podem “desconsiderar vício forma de recurso tempestivo ou determinar sua correção, desde que não o reputa grave.

⁸ Como assinalam Fredie Didier Jr e Leonardo Carneiro da Cunha, após análise do julgamento do STF no AI 375011 (que relativizou a exigência do pre-questionamento): “a previsão do §3º do art. 1.029 do CPC parece claramente inspirada nessa decisão. É bem possível que os tribunais superiores apliquem essa regra desconsiderando defeitos como *pre-questionamento, ilegitimidade recursal ou falta de interesse recursal*. O propósito é exatamente aquele anunciado pela Ministra Ellen Gracie: fazer com que o STF se manifeste sobre questões relevantes e firme precedentes obrigatórios em relação a elas”. *Curso de direito processual*. 13ª edição. Vol 3. Salvador: Juspodivm, 2016, p. 319.

⁹ “Enunciado 574- (arts. 4º; 8º) A identificação de vício processual após a entrada em vigor do CPC de 2015 gera para o juiz o dever de oportunizar a regularização do vício, ainda que ele seja anterior”.

¹⁰ O STJ, contudo, tem entendimento em sentido contrário, como se observa na Ementa a seguir: “AGRAVO INTERNO. RECURSO ESPECIAL. INVENTÁRIO. SUCESSÃO DE CÔNJUGE. DISPOSITIVO VIOLADO. INDICAÇÃO PRECISA. AUSÊNCIA. DEMONSTRAÇÃO DE DISSÍDIO PRETORIANO. FALTA DE COTEJO ANALÍTICO. DEFICIÊNCIA DE FUNDAMENTAÇÃO. SÚMULA 284/STF. 1. O princípio da primazia do julgamento do mérito somente se aplica aos recursos interpostos sob a égide do novo ordenamento de processo civil. 2. A falta de indicação precisa de qual o artigo, parágrafo ou alínea, da legislação foi tida por violada caracteriza deficiência de fundamentação no recurso especial, inviabilizando a abertura da instância excepcional.

A primazia de mérito está presente, também, no processamento e julgamento do Mandado de Segurança, enfrentando aspectos formais que constavam na redação do CPC anterior e também na própria Lei nº 12.016/09.

III-Aplicação da teoria da causa madura e erro na indicação da autoridade coatora no MS

O CPC/15 consagrou modificações importantes em relação ao efeito devolutivo do recurso de apelação (art. 1.013), além da ampliação das hipóteses para o cabimento da chamada teoria da *causa madura*.

Antes de se enfrentar estas modificações, é necessário partir de uma premissa: o principal efeito dos recursos – delimitador dos demais – é o devolutivo por extensão. Ele é inerente a todos os apelos, e pode ser conceituado como encaminhamento da matéria impugnada para apreciação pelo mesmo ou outro órgão jurisdicional.

Em geral há previsão no efeito devolutivo no art. 1.013 do CPC/15¹¹, e pode ser classificado em *extensão* e *profundidade*. O primeiro assegura a remessa ao órgão julgador exatamente a matéria impugnada, a teor da previsão contida *caput*, ao passo que o segundo permite a apreciação de questão suscitada e discutida, mesmo que não tenham sido solucionadas, desde que relativas ao *capítulo impugnado* (art. 1.013, §1º, do CPC/15)¹².

Incidência da Súmula 284-STF. 3. Requisito de conhecimento do recurso especial interposto com base em dissídio pretoriano é a demonstração analítica da alegada divergência, com a transcrição dos trechos que configurem o dissenso, mencionando as circunstâncias que identifiquem os casos confrontados. 4. Agravo interno não provido” (AgInt no AREsp 1073482 / SP – Rel. Min. Luis Felipe Salomão – 4ª T – J. em 17/08/2017 – DJe de 28/08/2017). Há, inclusive, o Enunciado Administrativo nº 2, editado pelo Plenário do STJ, com a seguinte redação: "aos recursos interpostos com fundamento no CPC/1973 (relativos a decisões publicadas até 17 de março de 2016) devem ser exigidos os requisitos de admissibilidade na forma nele prevista, com as interpretações dadas até então pela jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça".

¹¹ Referido dispositivo, apesar de constar no capítulo que trata da apelação, é aplicável em toda a sistemática recursal.

¹² Importante observar que o CPC/15, ao contrário da legislação anterior, expressamente prevê a expressão *capítulo impugnado*, deixando claro que caberá ao recorrente a impugnação total ou parcial do julgado.

Assim, em caso de cumulação simples de pedidos (art. 327, do CPC/15) resolvidos em única sentença, o efeito devolutivo remete ao conhecimento e julgamento pelo tribunal os *capítulos efetivamente impugnados*, transitando em julgado os autônomos que não foram objeto de irresignação recursal. Portanto, dependendo do conteúdo, é possível dividir o recurso em parcial e total¹³.

Destarte, em caso de recurso parcial (*impugnação parcial*), há limitação da devolutividade pelo próprio recorrente, não podendo o tribunal resolver capítulo não suscitado no apelo e já trânsito em julgado.¹⁴ A impugnação parcial também delimita, se for o caso, o efeito substitutivo recursal, nos termos do art. 1.008, do CPC/15¹⁵.

Não se deve olvidar que a eventual imutabilidade do capítulo não recorrido da sentença resolutiva de mérito advém da *aquiescência* do recorrente no que respeita a este.

O CPC/15, de outra banda, ampliou a responsabilidade dos Tribunais de Justiça e Regionais Federais nos julgamentos dos recursos de apelação, especialmente no que respeita ao efeito devolutivo e o julgamento *do mérito* diretamente no órgão *ad quem*.

Com efeito, pelo CPC anterior, a possibilidade do julgamento do mérito, como consequência natural do provimento do recurso, estava presente nas situações previstas no art. 515, §3º; ou seja, havia a permissão do *salto de instância* nos casos em que o

¹³ Essa classificação dependerá dos capítulos efetivamente recorridos. Bem a propósito, observa Virginia Brodbeck Bolzani: “quanto à extensão, a apelação pode ser parcial ou plena. A apelação será parcial quando o vencido recorrer para impugnar parte da sentença. A apelação pode ser plena tanto quando o vencido recorrer para impugnar a totalidade da sentença, como quando, havendo sucumbência recíproca, as partes apelarem da parte da sentença que lhes for desfavorável”. Em seguida, conclui afirmando que “as partes da sentença não atacadas na apelação não serão objeto de reexame pelo tribunal. Ao contrário, em relação a elas operar-se-á a preclusão ou a coisa julgada”. *Efeito devolutivo da apelação*. Rio de Janeiro : Aide, 2001, p. 92.

¹⁴ Aliás, no que respeita ao tema *matérias que podem ser apreciadas pelo tribunal*, ensina Flávio Luiz Yarshell: “operando-se o trânsito em julgado, não há como conhecer em profundidade daquilo que, em extensão, já não comporta exame. Permitir-se tal exame seria, como já dito, dar a um recurso o efeito de rescindir decisão transitada em julgado – o que, como sabido, só pode ser feito através do devido processo legal; que, no caso, traduz-se na ação rescisória”. Em seguida, conclui afirmando que: “o argumento de que a matéria ‘transladada’ ao tribunal é de ordem pública (e, como tal, pode e deve ser conhecida de ofício) é relevante, mas só pode ser entendido no contexto do que se devolveu em extensão e, por isso, escapou à preclusão. Aceitar-se que a matéria de ordem pública atinja a parte da sentença ou acórdão já preclusos seria o mesmo que dizer que sentenças ou acórdãos dados em violação a normas de ordem pública simplesmente não transitam em julgado; o que seria simplesmente desconsiderar a regra do art. 485 do CPC”. *Ação rescisória : juízos rescindente e rescisório*. São Paulo : Malheiros, 2005, p. 66 e 67.

¹⁵ ARAÚJO, José Henrique Mouta. *Notas sobre o efeito substitutivo do recurso e seu reflexo na ação rescisória*. Revista de Processo n. 145, março/2007, pp. 9-23.

tribunal reformava sentença sem resolução de mérito. Como bem observou Eduardo Cambi, ao tratar da legislação anterior:

“A inclusão do §3º, ao art. 515 do CPC partiu da premissa que a *morosidade* é um dos maiores fatores de deslegitimação do mecanismo processo e uma das causas mais graves que impedem o *acesso á ordem jurídica justa*, já que a justiça tardia constitui fonte de descrédito da população no Poder Judiciário, em razão das angústias, sofrimentos psicológicos e econômicos que provoca. Assim, a questão da distribuição do *ônus do tempo* no processo deve estar no centro das novas técnicas de aperfeiçoamento do instrumento processual”¹⁶.

Sem dúvida, o dispositivo revogado teve por objetivo abreviar a duração dos processos. Contudo, importante indagar: qual a consequência processual, considerando o duplo grau de jurisdição e a *reformatio in pejus*? O artigo estava em consonância com os ditames constitucionais?

Estas perguntas são relevantes e merecem ser enfrentadas, levando em conta que o CPC/15 ampliou as hipóteses de julgamento do mérito diretamente pela instância recursal.

Neste fulgor, além das hipóteses de decisão sem resolução de mérito (art. 485 c/c art. 1.013, §3º, I, do CPC/15), também permite o legislador que a apelação tenha dois capítulos (*um recursal e outro, como consequência do provimento, de resolução do mérito da demanda*), desde que o processo esteja em condições de imediato julgamento¹⁷, nas seguintes hipóteses: a) decretação de nulidade da decisão por ela não ser congruente com os limites do pedido ou da causa de pedir (art. 1.013, §3º, II)¹⁸; b) omissão de exame de um dos pedidos, que poderá ser apreciado pelo órgão colegiado (art. 1.013, §3º, III); c) nulidade por falta de fundamentação (art. 1.013, §3º, III)¹⁹; d) reforma de decisão que reconheça a

¹⁶ CAMBI, Eduardo. *Mudando os rumos da apelação : comentário sobre a inclusão, pela Lei 10.352/2001, do §3º ao art. 515 do CPC. In Aspectos Polêmicos e Atuais dos Recursos e de Outros Meios de Impugnação às Decisões Judiciais*. Coord. Nelson Nery Jr. e Teresa Arruda Alvim Wambier. São Paulo : RT, 2002, p.179/180.

¹⁷ O CPC/15, neste particular aspecto, tem redação mais adequada ao ser comparado com a que estava prevista no art. 515, §3º, do CPC/73. A expressão “*condições de imediato julgamento*” permite que o tribunal aplique a teoria da causa madura mesmo nos casos de existência de matéria probatória, desde que constante nos autos. Vale a leitura do ERESP 874.507/ SC (Rel. Min. Arnaldo Esteves – Corte Especial – J. em 19.06.2013, DJe de 01.07.2013), em que o STJ defendeu a extensão da antiga expressão *questão exclusivamente de direito*, para alcançar matéria probatória já constante nos autos.

¹⁸ A rigor, para a sentença *ultra petita*, não há necessidade de novo julgamento, mas apenas a retirada do capítulo do julgado proferido *além dos limites do pedido ou causa de pedir*.

¹⁹ Esta hipótese, analisada em conjunto com o art. 489, §1º, do CPC, permite ao Tribunal o controle da

decadência ou prescrição que poderá provocar o julgamento das demais questões, sem determinar o retorno do feito ao grau de origem (art. 1.013, §4º).

Estes dispositivos, sem dúvida, aumentam o papel e a importância das decisões de 2º grau. A rigor, também consagram a primazia da resolução do mérito (art. 4º, do CPC), diretamente no Tribunal, sem o desgastante, demorado e desnecessário retorno ao 1º grau para novo julgamento.

Não há óbice em relação à aplicação da *causa madura* no julgamento do agravo de instrumento, especialmente nos casos em que é interposto visando impugnar resolução parcial de mérito (art. 1.013 c/c 1015, II). Ora, se o objetivo é alcançar o exame do mérito nos casos de reforma ou anulação da decisão de 1º grau, o mesmo se deve observar para os casos de agravo de instrumento interposto contra, por exemplo, julgamento antecipado parcial (art. 356, do CPC)²⁰.

Vale ressaltar que, de acordo com os entendimentos já presentes desde a interpretação do art. 515, §3º, do CPC/73, a ampliação da teoria da causa madura não é inconstitucional no aspecto ligado ao duplo grau de jurisdição, eis que este princípio não é garantido expressamente em nível constitucional (apesar de se inserir nas garantias inerentes ao *due process of law* – art. 5º, LV, CF/88), podendo legislação infraconstitucional tratar da matéria de modo diverso, como ocorre no art. 34 da Lei 6.830/80²¹.

Importante, nesse aspecto, repisar os ensinamentos de Oreste Nestor de Souza Laspro:

“Aliás, pode-se mesmo dizer que a Constituição em vigor incentivou o legislador ordinário a restringir o direito de apelação. Com efeito, a Carta Política anterior determinava que o recurso extraordinário somente fosse admissível contra as decisões de Tribunal, o que, sem dúvida, impedia o acesso aos Tribunais Superiores a fim de discutir as questões constitucionais e relativas à legislação federal.

fundamentação da decisão recorrida. Assim, quando anulada a decisão recorrida sob o fundamento de falta de fundamentação, deverá o tribunal analisar se há possibilidade de julgar o mérito diretamente no órgão *ad quem*, neste verdadeiro salto de instância.

²⁰ O julgamento parcial, inclusive, pode ocorrer na própria audiência de conciliação ou mediação, desmembrando o feito e permitindo, se for o caso, a interposição de agravo de instrumento pelo prejudicado - E. 576, do FPPC: “(arts. 166, §4º; 354, parágrafo único) Admite-se a solução parcial do conflito em audiência de conciliação ou mediação”.

²¹ Sobre os princípios do processo civil previstos na Constituição Federal, ver obra clássica de NERY JR, Nelson. *Princípios do Processo Civil na Constituição Federal*. 6ª edição, São Paulo : RT, 2000.

Ao ampliar o seu cabimento contra qualquer decisão, a Constituição tacitamente admitiu que a supressão do direito de apelar não ofende o direito ao devido processo legal, na medida em que garantido está o acesso à mais alta Corte, a fim de proteger os direitos fundamentais.

Assim, efetivamente, o duplo grau de jurisdição não é garantido no direito brasileiro a nível constitucional, estando somente regulado a nível ordinário”²²

Ainda sobre o duplo grau de jurisdição, importante transcrever as lições de Cândido Rangel Dinamarco:

“Diferentemente dos demais princípios integrantes da *tutela constitucional do processo*, este não é imposto pela Constituição com a exigência de ser inelutavelmente observado pela lei. Além de não explicitar exigência alguma a respeito, ela própria abre caminho para casos em que a jurisdição será exercida em grau único, sem possibilidade de recurso”²³.

Portanto, não há violação ao princípio do duplo grau de jurisdição a previsão de julgamento imediato do mérito, nos casos ampliados pelo CPC/15, desde que este esteja em condições de imediato julgamento.

Resta, agora, enfrentar a seguinte indagação: *a teoria da causa madura, com a ampliação advinda dos §§3º e 4º, do art. 1.013, do CPC/15, é aplicável no procedimento do Mandado de Segurança?*

É necessário fazer uma divisão, visando inclusive enfrentar alguns precedentes do STJ e STF: *julgamento de apelação e de recurso ordinário em MS (RMS)*.

Em relação ao procedimento da apelação em MS, nas causas de competência originária de 1ª instância, não há qualquer óbice em relação à aplicação do art. 1.013, §3º, do CPC/15. Assim, em caso de extinção do processo sem resolução de mérito e nas demais hipóteses deste dispositivo, nada impede que o Tribunal de Justiça ou Tribunal Regional Federal dê provimento ao recurso e, prosseguindo no julgamento, analise o mérito da demanda, com a *concessão ou não da segurança*.

É possível ao Tribunal, v.g, após anular a sentença por vício de fundamentação, ou mesmo reformar o julgado que extinguiu o processo sem resolução de mérito por falta de prova pré-constituída, apreciar diretamente o *objeto litigioso* para conceder ou denegar a segurança.

²² *Duplo Grau de Jurisdição no Direito Processual Civil*. São Paulo : RT, 1995, p. 159.

²³ *Instituições de Direito Processual Civil*. vol I, 3ª edição, São Paulo :Malheiros, 2003, p. 240/241.

Situação totalmente diversa, mas igualmente importante, ocorre nos casos de *decadência* (art. 23, da Lei 12.016/09), em razão da impetração do *mandamus* fora do prazo de 120 (cento e vinte dias). Como será aprofundado no próximo item, esta decisão é de natureza *processual* e não está alcançada pela redação do art. 1.013, 4º, do CPC/15.

Enquanto na legislação processual comum a *decadência* é hipótese de resolução de mérito (art. 487, II), no *writ* ela alcança apenas o procedimento (*sem qualquer resolução do mérito da relação material deduzida em juízo*), pelo que a teoria da causa madura deve ser observada, quando for o caso e atendidos os requisitos do art. 1.013, §3º, I, do CPC/15.

De outro prisma, resta enfrentar se a teoria da causa madura é cabível no julgamento do RMS, pelo STJ (art. 105, II, *b*, da CF/ 88 c.c 1.027, II, *a*, do CPC/15) ou pelo STF (art. 102, II, *a*, da CF/88 c.c 1027, I, do CPC/15). A rigor, o procedimento do RMS é semelhante ao da apelação (arts. 33 a 35, da Lei 8038/90), inclusive no que respeita ao único juízo de admissibilidade (art. 1028, §3º, do CPC/15).

No sistema processual anterior, existem registros jurisprudenciais favoráveis a aplicação da causa madura (art. 515, §3º, do CPC/73), como se pode observar na passagem da Ementa do RMS 15720-STJ²⁴:

“A matéria impugnada pelo *mandamus* não se relaciona com critérios de julgamento nem com matéria fática. O direito discutido de forma satisfatória. Causa madura para julgamento. O novel § 3º, do art. 515, do CPC aplica-se ao Recurso Ordinário, por interpretação extensiva do art. 34, da Lei 8038/90, guiada pelos princípios da economia e da celeridade processual. Assim, fica permitido ao julgador adentrar no mérito, mesmo se a causa, na instância inferior, fora decidida sem analisá-lo. Com mais razão, possível fazê-lo se o mérito sofreu análise parcial, com a apreciação da *decadência*. CPC, art. 269, IV” (RMS 15720/ SC – 6ª T- Rel. Min. Paulo Medina – J. Em 16/12/2004 – Dje de DJ 19/03/2007 p. 394).

O assunto também foi enfrentado pelo STF. No RMS 26.959 o Min. Relator Eros Grau se posicionou favoravelmente ao instituto, como se observa na seguinte passagem de seu voto: “*não há razão para que o preceito, incluído no rito processual mais extenso*

²⁴ No mesmo sentido: RMS 13021 / RJ – Rel. Min. Paulo Medina – 2ª T – J. em 17/10/2002 – DJ de DJ 11/11/2002 p. 170 - RSTJ vol. 165 p. 193; RMS 15877 / DF – Rel. Min. Teori Albino Zavascki – 1ª T – J. em 18/05/2004 – DJ 21/06/2004 p. 163 - REVPRO vol. 119 p. 187; RMS 31663 / SP – Rel. Min. Herman Benjamin – 2ª T – J. em 05/10/2010 – Dje 02/02/2011.

de nosso ordenamento, deixe de ser aplicado ao mandado de segurança, especialmente diante de feito em que a recorrente é beneficiária da Lei n. 10.741/03, alterando-se o entendimento jurisprudencial deste Tribunal quanto à matéria”. O feito foi remetido ao Plenário, com julgamento por maioria assim ementado (Rel. para acórdão Min. Menezes Direito):

“Recurso em mandado de segurança. Anistia política. Pensão militar. Imposto retido na fonte. Lei nº 10.559/02. Autoridade coatora. Legitimidade. 1. A folha de pagamento dos militares corre à conta do Ministério do Exército. O Ministro de Estado da Defesa e o Comandante do Exército, portanto, detêm o poder de determinar a interrupção dos descontos relativos ao imposto de renda feitos nos proventos da recorrente, exatamente o objeto da impetração. Legitimidade, assim, das citadas autoridades para figurar no pólo passivo do mandado de segurança. 2. Recurso ordinário provido para reconhecer a legitimidade passiva das autoridades apontadas como coatoras e determinar a devolução dos autos ao Superior Tribunal de Justiça para a apreciação do mérito do mandado de segurança, inaplicável o art. 515, § 3º, do Código de Processo Civil” (RMS 26959/DF – Rel. Min. Eros Grau - Relator(a) p/ Acórdão: Min. Menezes Direito - Julgamento: 26/03/2009 - Tribunal Pleno - DJe-089 divul 14-05-2009 e public 15-05-2009 - Ement vol-02360-01 PP-00159 RTJ VOL-00210-01 PP-00259).

Nestas linhas, não se pretende tratar de assunto ligado à efetiva ocorrência de *ilegitimidade passiva* quando há erro na indicação da autoridade coatora, mas apenas a consequência processual decorrente desta constatação²⁵⁻²⁶. No RMS apreciado pelo Pleno do STF, portanto, foi mantido o entendimento da inaplicabilidade da teoria da causa madura (art. 515, §3º, do CPC/73 e atual art. 1.013, §3º, do CPC/15).

A propósito, em manifestações mais recentes, o STJ também tem se posicionado pelo incabimento deste *salto de instância* no recurso ordinário interposto em sede de mandado de segurança (incidência do Enunciado Administrativo nº2). AgInt no RMS

²⁵ Este tema foi tratado no julgamento, no STJ, do RMS 19.378/DF (J. em 01/03/2007 – DJ de 19.04.2007). Da ementa, transcreve-se o item 4: “a errônea indicação da autoridade coatora não implica ilegitimidade *ad causam* passiva se aquela pertence à mesma pessoa jurídica de direito público; porquanto, nesse caso, não se altera a polarização processual, o que preserva a condição da ação”.

²⁶ Em outra oportunidade, escrevi que “em decorrência deste raciocínio, o erro na indicação da autoridade coatora não deverá gerar a extinção do processo por ilegitimidade (desde que não seja alterada a PJDP), sendo possível a decretação de incompetência do Órgão Jurisdicional a quem foi distribuído o feito” *Mandado de segurança*. 6ª edição, Juspodivm, 2017, p. 203. Além disso, no âmbito do *mandamus*, em regra é possível a aplicação dos arts. 338, 339 e 64, §4º, do CPC/15

50749 / SP (Rel. Min. Benedito Gonçalves – J. em 14.06.2021), assim entendeu a 1ª Turma:

“PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO INTERNO NO **RECURSO EM MANDADO DE SEGURANÇA**. TEORIA DA **CAUSA MADURA**. INAPLICABILIDADE. RETORNO DOS AUTOS AO TRIBUNAL DE ORIGEM. 1. Caso em que o **recurso em mandado de segurança** foi protocolizado em 07/01/2016 e, assim, ante o fenômeno da ultra-atividade e do Enunciado Administrativo n. 2 do Superior Tribunal de Justiça, o seu processamento deve observar as disposições do Código de Processo Civil de 1973. 2. A teor da jurisprudência desta Corte não é possível aplicar a teoria da **causa madura** (art. 515, § 3º, do CPC/1973) em sede de **recurso** ordinário, sob pena de supressão indevida do juízo natural constitucionalmente estabelecido para a análise originária do **mandado de segurança**. Nesse sentido: AgInt no RMS 45.729/GO, Rel. Ministro Gurgel de Faria, Primeira Turma, DJe 27/11/2020; RMS 49.972/PR, Rel. Ministra Assusete Magalhães, Segunda Turma, DJe 9/6/2020; AgInt no RMS 48.321/MG, Rel. Ministro Sérgio Kukina, Primeira Turma, DJe 2/4/2020. 3. Agravo interno não provido”.

A rigor, mesmo com alguns posicionamentos dos Tribunais Superiores pautados na interpretação do CPC/73, não se vislumbra impedimento para a aplicação da teoria da causa madura no RMS, desde que atendidos os requisitos do art. 1.013, §3º, do CPC atual (*inclusive nos casos de decretação de decadência pelo decurso do prazo de cento e vinte dias*), por várias razões: a) está em consonância com os princípios da celeridade, duração razoável do processo e primazia da resolução de mérito (arts. 4º e 6º, do CPC); b) o procedimento do RMS é semelhante ao da apelação (arts. 32-35 da Lei 8038/90), inclusive no que respeita ao *único juízo de admissibilidade* (art. 1.028, §3º, do CPC); c) o RMS não possui as restrições cognitivas presentes no REsp e RE (como, *v.g., prequestionamento e vedação de análise de direito local*); d) a devolução da causa ao Órgão de origem gera maior demora na prestação jurisdicional e continuidade da instabilidade do direito subjetivo debatido no *mandamus*; e) há previsão expressa no CPC/15 pelo cabimento da causa madura ao recurso ordinário (art. 1027, §2º).

Ora, se o legislador processual de 2015 permite, por exemplo, correção do polo passivo (arts. 338 e 339), manutenção dos atos decisórios proferidos por juízo incompetente (art. 64, §4º), aproveitamento de ação rescisória proposta perante Tribunal incompetente (art. 968, §5º), a ampliação da retratação nos casos de decisão sem resolução de mérito (art. 485, §7º), é razoável defender a possibilidade deste salto de instância no RMS, nos termos no art. 1.027, §2º, do CPC/15, com a consequente resolução do mérito da causa (*denegação ou concessão da segurança*) pelo próprio Tribunal Superior, desde que atendidos os ditames do art. 1.013, §3º, do CPC/15.

Na mesma pisada, importante é destacar que o princípio da primazia de mérito²⁷ também é prestigiado nas hipóteses de impetração do MS perante Órgão Jurisdicional incompetente em decorrência de erro na indicação da autoridade coatora.

Este equívoco por parte do impetrante pode gerar, se alterar a competência Jurisdicional ou se a mesma for vinculada a outra pessoa jurídica de direito público, a extinção do processo (no STJ: AgInt no RMS 51.527/GO, Rel. Ministro Sérgio Kunina, 1ª T, julgado em 18/10/2016, DJe 04/11/2016; AgRg nos EDcl no RMS 45.074/PE, Rel. Ministro Mauro Campbell Marques, 2ª T, julgado em 05/08/2014, DJe 12/08/2014)²⁸ ou a correção pelo próprio Poder Judiciário, inclusive em atendimento ao art. 338, do CPC²⁹.

A extinção do processo em decorrência do erro na indicação da autoridade e alteração de competência é mais um obstáculo formal que deve ser evitado, para que se garanta a análise do mérito do MS, especialmente pelo curto prazo para o seu manejo que, provavelmente, não mais estará presente na nova impetração. Portanto, sempre que possível e atendendo aos requisitos legais (arts. 338 e 339, do CPC), defende-se a possibilidade de correção da autoridade coatora indicada pelo autor, prosseguindo o feito com a sua redistribuição e, em última análise, atendendo-se ao princípio da primazia de mérito.

IV- Decadência e denegação da segurança – possibilidades processuais – julgamento secundum eventum litis - análise da hipótese prevista no art. 488, do CPC

²⁷ Sobre a primazia de mérito no CPC/15, indica-se a leitura dos seguintes dispositivos: arts. 4º, 6º, 139, IX, 282, § 2º, 317, 319, § 2º, 321, 352, 485, §§ 1º e 7º, 488, 932, parágrafo, 938, § 1º, 968, § 5º, II, 1.007, §§ 2º e 4º, 1.013, § 3º, II e IV, 1.029, § 3º, 1032 e 1.033), além do art. 338.

²⁸ STJ: AgInt no REsp 1505709/SC, Rel. Ministro GURGEL DE FARIA, PRIMEIRA TURMA, julgado em 23/06/2016, DJe 19/08/2016; AgRg no RMS 32184/PI, Rel. Ministro HUMBERTO MARTINS, SEGUNDA TURMA, julgado em 22/05/2012, DJe 29/05/2012; AgRg no RMS 35638/MA, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, SEGUNDA TURMA, julgado em 12/04/2012, DJe 24/04/2012; REsp 1637704/AM (decisão monocrática), Rel. Ministro BENEDITO GONÇALVES, julgado em 14/02/2017, DJe 16/02/2017; AREsp 663498/BA (decisão monocrática), Rel. Ministro OG FERNANDES, julgado em 28/11/2016, DJe 30/11/2016; REsp 1159634/ES (decisão monocrática), Rel. Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ, julgado em 09/06/2014, DJe 20/06/2014.

²⁹ Existem dois enunciados do FPPC que consagram exatamente a situação em questão: E. 488: “No mandado de segurança, havendo equivocada indicação da autoridade coatora, o impetrante deve ser intimado para emendar a petição inicial e, caso haja alteração de competência, o juiz remeterá os autos ao juízo competente”. E. 511: “A técnica processual prevista nos arts. 338 e 339 pode ser usada, no que couber, para possibilitar a correção da autoridade coatora, bem como da pessoa jurídica, no processo de mandado de segurança”.

Derradeira questão que mantém diálogo direto com a primazia de mérito e que merece enfrentamento neste texto, refere-se aos casos de decadência, em virtude da impetração do *mandamus* fora do prazo de 120 dias previsto na Lei nº 12.016/09 – art. 23.

A própria constitucionalidade desta limitação temporal já provocou certa discussão doutrinária³⁰. De toda sorte, há Enunciado de Súmula do STF sobre o assunto:

“Súmula 632. É constitucional lei que fixa o prazo de decadência para a impetração do mandado de segurança”

Superado este questionamento constitucional, cumpre enfrentar outro problema envolvendo a decadência no *mandamus*. Como é fato, o mérito da demanda mandamental constitui a verificação acerca da violação a direito líquido e certo, assim como a existência ou não de ato ilegal praticado por autoridade.

Outrossim, a decisão denegatória de mandado de segurança, quando extingue o processo em virtude de falta de provas, não faz coisa julgada, permitindo a utilização

³⁰ Sobre o assunto, Cassio Scarpinella Bueno informa que “a questão que se põe, no entanto, é que a Constituição Federal não limitou temporalmente a possibilidade de exercício do mandado de segurança. Muito pelo contrário. Embora tenha fixado uns tantos pressupostos e requisitos para sua impetração, quedou-se silente quanto a seu exercício vincular-se ou poder vincular-se a um prazo certo. Mais do que isso: A Constituição, no seu § 1º do art. 5º, deixou claro que a aplicabilidade das normas que definem direitos e garantias têm aplicação imediata, têm eficácia plena, e, portanto, independem de regulamentação infraconstitucional”. *Mandado de Segurança*. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 143. Sérgio Ferraz manifesta-se sobre o assunto, afirmando que: “Quando, por exemplo, afirma-se que o mandado de segurança deve ser impetrado no prazo de cento e vinte dias a partir do cometimento do ato coator, está-se dizendo alguma coisa que o constituinte não disse porque não quis. Caso o constituinte quisesse dizer que a utilização do mandado de segurança deve passar necessariamente por algum critério de tempo, algum sinal ele teria lançado. Mas não o fez. E é bom que se diga que ele assim também procedeu com referência ao *habeas corpus*, ao *habeas data*, ao mandado de injunção e à ação direta de constitucionalidade e de inconstitucionalidade. Em nenhum destes outros instrumentos processuais existe qualquer direção ou sinal do constituinte, mínimo que seja, no sentido de que devem ser balizados por um critério de tempo para sua utilização. E como se trata de direito seria, evidentemente, um tempo decadencial e não um tempo prescricional”. *Regime Jurídico da Liminar em Mandado de Segurança*. In *Direito Processual Público*. Carlos Ari Sundfeld e Cassio Scarpinella Bueno (coord). 1ª edição, 2ª tiragem. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 138. Também Nelson Nery Júnior e Rosa Maria de Andrade Nery observam que: “Inconstitucionalidade. A LMS 18 é inconstitucional. O MS, sendo ação constitucional, tem seus requisitos e limites estabelecidos apenas no texto constitucional (CF 5º, LXIX e LXX), que não remeteu seu regime jurídico à lei federal. Ao legislador ordinário é reservado somente o poder regulamentar, fixando contornos procedimentais para ser exercício. Não pode criar requisitos e limites não previstos na CF. A norma sob comentário, porque restringe o exercício de direito fundamental previsto na CF, é inconstitucional. O impetrante pode impetrar MS mesmo depois de passado o prazo mencionado na LMS 18”. *Código de Processo Civil Comentado e legislação processual civil extravagante em vigor*. 6ª edição. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 1644 – nota 1 – art. 18 LMS.

das vias comuns ou mesmo outro mandado de segurança (desde que seja superado o óbice encontrado na primeira demanda e atendido o prazo de 120 dias), inclusive com a garantia estabelecida no Enunciado de Súmula 304, do STF³¹.

Em se tratando de decadência, será que é vedada a utilização das vias comuns, considerando que a decisão extinguirá o “*processo com julgamento de mérito*”³², nos termos do art. 487, II, do CPC/15? Ou se trata apenas de óbice procedimental, não impedindo outra demanda de controle do ato oriundo do Poder Público, desde que atendido ao prazo prescricional?

O prazo de 120 dias³³ é apenas para a impretração do writ constitucional, pelo que a decadência refere-se tão-somente o direito líquido e certo, não atingindo o direito subjetivo. Logo, assegura-se ao interessado o manejo de ação própria, dentro do prazo prescricional, *ex vi* do art. 19 da LMS.

Em suma: trata-se de prazo ligado ao procedimento e não veda a propositura de outra demanda contra a fazenda pública, desde que atendido o prazo prescricional. Portanto, a “coisa julgada”³⁴ decorrente da decisão denegatória do *mandamus*, não ultrapassa os limites do direito líquido e certo para atingir o *fundo do direito*.

³¹ Aliás, a expressão ‘denegatória’ normalmente significa análise do mérito. Contudo, não se deve ter extremo rigor em sua interpretação, considerando que, em alguns casos, a sua utilização vem empregada no sentido de decisão processual como, *v.g.*, nos casos de falta de prova do direito líquido e certo. O novo art. 6º, § 5º, da Lei 12.016/09 manteve a expressão *denega-se* aos casos previstos no art. 267 do CPC (decisões processuais). Sobre o assunto, Cassio Scarpinella Bueno defende que “nem sempre decisão ‘denegatória’ do mandado de segurança é decisão de mérito. Ela é desfavorável ao impetrante, isso não deixa margem de dúvidas. Essencial, no entanto, pesquisar os fundamentos pelos quais não se reconheceu o direito do impetrante para atestar se se trata, ou não, de decisão de mérito e, por isso mesmo, passível de forrar-se da coisa julgada material”. *Mandado de Segurança*. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 138.

³² Não se deve olvidar que se trata de decisão de mérito atípica, considerando que o objeto (*lide*) não foi apreciado. De qualquer forma, a sentença que decreta a decadência será atingida pela coisa julgada material, a qual deverá ser enfrentada com muita cautela no mandado de segurança.

³³ Não se deve olvidar que há a necessidade de se verificar se o caso concreto refere-se a ato único ou atos sucessivos. Nestes, o prazo decadencial renova-se à cada violação, como bem observa Hely Lopes Meirelles: “Nos atos de trato sucessivo, como no pagamento de vencimentos ou outras prestações periódicas, o prazo renova-se a cada ato e também não corre durante a omissão ou inércia da Administração em despachar o requerido pelo interessado”. *Mandado de Segurança, Ação Popular, Ação civil pública, mandado de injunção, ‘habeas data’, ação direta de inconstitucionalidade, ação declaratória de constitucionalidade e arguição de descumprimento de preceito fundamental*. 26ª edição. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 54. Ainda neste tema, indicam-se os seguintes precedentes: a) STJ – ROMS 13792, Relatora Min. Eliana Calmon. DJ de 05/05/2003 PÁGINA:237; b) STJ – RESP 49960 – RS, Relator. Min Sálvio de Figueiredo Teixeira. DJ de: 23/06/2003).

³⁴ Se é que se pode chamar desta forma, eis que o direito não foi atingido, mas apenas o instrumento (ação de mandado de segurança).

De outra banda, considerando que a *coisa julgada* decorrente da decadência atinge o direito líquido e certo, não poderá o interessado impetrar outro *writ*, eis que esbarra neste pressuposto processual de validade negativo – coisa julgada³⁵⁻³⁶.

No contexto, há precedentes que merecem transcrição:

“Processual civil – Mandado de segurança – Repetição de ação extinta pela ocorrência do prazo decadencial de 120 dias – Impossibilidade – Coisa julgada. A sentença que reconhece a expiração do prazo decadencial de 120 dias configura coisa julgada, o que impede novo ajuizamento da ação mandamental, atacando o mesmo ato inquinado de ilegal (art.267, V, do CPC)” (TRF 2ª Região – Apelação em Mandado de Segurança nº 42739 – 2ª Turma – Rel. Juiz Sérgio Schwaitzer. DJ de 30/08/2002).

“Mandado de segurança. Decadência. Coisa julgada. Mandado de segurança anteriormente impetrado, com decisão de mérito – decadência – transitada em julgado, idêntico ao aqui em fase recursal. Existência de coisa julgada. Recurso improvido” (STJ – Recurso Ordinário em Mandado de Segurança 5589. – Quinta Turma Rel. Min Felix Fischer. DJU de 25/02/1998).

Aliás, discutível é, inclusive, a analogia entre a decadência no MS e a hipótese prevista no art. 487, II, do CPC/15, eis que a extinção do processo, *in casu*, não impedirá a utilização de procedimento comum³⁷. Como bem ressalta Cassio Scarpinella Bueno:

³⁵ É oportuno transcrever os ensinamentos de Mantovanni Colares Cavalcante, quando afirma que “assim, o fato de o mandado de segurança ter sido denegado em face da decadência, vale dizer, na hipótese de constatado o decurso dos cento e vinte dias para a obtenção do direito sob a forma sumária, *nada impede que o autor utilize a ação própria*, exatamente diante da advertência contida no art. 15 da Lei 1.533/51”. *Mandado de Segurança*. São Paulo: Dialética, 2002, p 208.

³⁶ Guilherme Freire de Barros Teixeira aponta que: “de forma peculiar, há reconhecimento de que o art. 18 da LMS traz uma hipótese de prazo decadencial, levando ao julgamento de mérito, mas sem a formação de coisa julgada material e sem que haja impedimento para o ajuizamento de nova demanda, desde que, evidentemente, não seja novo *mandamus*”. *Natureza jurídica do prazo para impetração do mandado de segurança*. Revista de Processo nº 149. São Paulo: Revista dos Tribunais, julho de 2007, p. 15.

³⁷ Aliás, sobre o assunto, vale transcrever a seguinte decisão: “Processo civil. Mandado de segurança – Decadência – Art. 18 da lei nº 1.533/51 – Nova impetração – Coisa julgada formal com efeitos materiais reduzidos. 1 – O reconhecimento da decadência instrumental, prevista no art. 18 da Lei nº 1.533/51, não importa, efetivamente, em provimento de mérito, mas sim em declaração da ausência de adequação da

“Daí que, mesmo quando proclamada a extinção do direito de impetrar o mandado de segurança pela consumação do prazo de 120 dias, essa decisão não pode significar ‘decisão de mérito’, encartável no art. 269, IV, do Código de Processo Civil. Aqui, pelas peculiaridades do mandado de segurança, a ‘decadência’ diz respeito apenas à forma específica do exercício do direito pelo particular e não ao próprio direito material veiculado ao Estado-juiz pelo mandado de segurança (mérito)”³⁸.

Este tema também provoca o necessário diálogo com o princípio da primazia de mérito consagrado no CPC/15, através do enfrentamento da seguinte indagação: *mesmo nos casos de decadência, será possível a denegação da segurança, com julgamento de mérito em favor do réu, à semelhança do previsto no art. 488, do CPC?*

Ora, se for levado em conta que o prazo decadencial está ligado à perda de direito ao procedimento diferenciado ou mesmo à falta de interesse processual³⁹, está correta a

tutela mandamental em relação à vexata quaestio, o que deságua na carência de ação por falta de interesse processual e impõe a aplicação do art. 267, inciso VI, do Digesto Processual, não sendo caso, portanto, de extinção do feito com fulcro no art. 269, inciso IV, do mesmo Diploma Legal. 2 – Malgrado a extinção do processo sem exame de mérito não exclua a possibilidade de renovação da demanda, impõe-se ao Autor a correção da condição antes ausente, apresentando-se inviável o questionamento de aspectos que já foram decididos no feito anterior, os quais, por força da preclusão consumativa (artigos 471 e 473, do CPC), a respeito dos quais produzirá, a sentença terminativa, efeitos materiais reduzidos. 3 – Tendo em conta que o segurado já impetrou mandado de segurança objetivando restabelecer o pagamento de seu benefício previdenciário – comportando idênticos litigantes, causa de pedir e pedido –, tendo sido extinto referido mandamus, com base na decadência prevista no artigo 18 da Lei de Mandado de Segurança, cumpre observar, na espécie, o princípio da intangibilidade da coisa julgada, na medida em que renovado o pleito na via mandamental, devendo se submeter ao comando previsto no artigo 267, inc. V, do Digesto Processual. 4 – Remessa necessária e apelação providas”. (TRF – 2ª Região – Apelação em Mandado de Segurança 41439 – Sexta Turma. Rel. Juiz Poul Erik Dyrland. DJU data 10/06/2003).

³⁸ *Mandado de Segurança*. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 140.

³⁹ Guilherme Freire de Barros Teixeira aponta nesta direção, ao aduzir, no item 11 das conclusões de ensaio publicado na RePro (antes da Lei 12.016/09), que: “o decurso do prazo previsto no art. 18 da LMS conduz ao reconhecimento da falta de interesse de agir, pela inadequação da via eleita, devendo ser reconhecida a carência de ação, mas com as consequências mencionadas, que, no entanto, no caso específico do mandado de segurança, não são relevantes, já que basta ao interessado pleitear o reconhecimento do seu alegado direito pelas ‘vias ordinárias’”. *Natureza jurídica do prazo para impetração do mandado de segurança*. Revista de Processo nº 149. São Paulo: Revista dos Tribunais, julho de 2007, p. 27.

assertiva de que pode ser resolvido o *mérito direto* do mandado de segurança impetrado fora do prazo de 120 dias. Este raciocínio, para quem entende que a decadência está ligada à falta de interesse processual, caminha no sentido de aplicação da teoria da asserção, eis que, a condição da ação (*decadência do MS*) estaria ultrapassada quando analisado o mérito da demanda mandamental.

Destarte, a primazia da solução de mérito permite, mesmo em casos de decadência, a solução definitiva do *objeto litigioso*. Portanto, partindo desta premissa e se acaso tenha ocorrido o aprofundamento do juízo cognitivo do magistrado (após as informações da autoridade coatora e a manifestação do Ministério Público), será possível a *denegação da segurança* mesmo tendo sido impetrado fora dos 120 dias.

Esta conclusão está em consonância com o art. 4º e, mais especificamente, com o art. 488, do CPC, que consagra a resolução de mérito sempre que for *favorável à parte a quem aproveitaria eventual pronunciamento de natureza processual* (art. 485, do CPC). A resolução de mérito é *secundum eventum litis*, permitindo apenas a denegação da segurança mesmo em caso de impetração fora do prazo de 120 dias.

Aqui é necessário fazer uma importante ressalva: *ao contrário das hipóteses inerentes à aplicação da teoria da causa madura no julgamento da apelação ou do RMS, que permitem ao Tribunal conceder ou denegar a segurança, o art. 488, do CPC, consagra apenas o julgamento do mérito favorável à parte que iria se aproveitar pelo julgamento de natureza processual. Portanto, tendo a natureza processual, o magistrado pode julgar o mérito mesmo em caso de decadência, desde que seja para denegar a segurança.*

O próprio sistema processual de 2015 consagra a necessidade de solução definitiva da relação material deduzida em juízo com celeridade e efetividade, pelo que não faz sentido decretar a decadência no âmbito do MS e, em nova demanda, julgar o pedido improcedente.

Esse tema já foi apreciado no STJ, senão vejamos:

“MANDADO DE SEGURANÇA. ADMINISTRATIVO. PREVIDENCIÁRIO. PROCESSO CIVIL. ILEGITIMIDADE PASSIVA. DECADÊNCIA DO DIREITO DE IMPETRAÇÃO. ATO COMISSIVO, E NÃO OMISSIVO. PRINCÍPIO DA PRIMAZIA DA DECISÃO DE MÉRITO. MARÍTIMO SERVIDOR AUTÁRQUICO. AUSÊNCIA DE COMPROVAÇÃO DE ENQUADRAMENTO NO MINISTÉRIO DO TRABALHO. PEDIDO DE APROVEITAMENTO E CONVERSÃO PARA APOSENTADORIA COMPULSÓRIA. IMPOSSIBILIDADE. FALTA DE PREVISÃO LEGAL PARA CUMULAÇÃO DOS BENEFÍCIOS. PRECEDENTES DO TRIBUNAL

FEDERAL DE RECURSOS E DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. 1. Trata-se de Mandado de Segurança em que o impetrante, que pertenceu ao quadro da Lloyd Brasileiro, requer seu imediato aproveitamento e a conversão para a condição de aposentado, bem como o pagamento dos respectivos valores, considerada a prescrição, a partir do Decreto 62.938/1968 c/c a Lei 1.711/1952 e a Lei 8.112/1990. 2. Embora a autoridade apontada como responsável pelo ato omissivo ilegal (Ministro do Transporte) não seja, atualmente, competente para reaproveitar e aposentar o requerente, tem-se que o ato é, em verdade, comissivo, consistente no Despacho que negou expressamente o enquadramento almejado. 3. Nos termos do art. 6º, § 3º, da Lei 12.016/2009, é parte legítima não somente quem pode executar diretamente o ato, mas quem delegou essa possibilidade. Não se exige, quanto à legitimidade, que o impetrante conheça toda a distribuição de competências do órgão em que atua a autoridade. 4. A decisão denegatória expressa, aposta no Processo nº 14.261-98, afasta a hipótese de ato coator omissivo e leva à verificação da decadência para impetrar o Mandado de Segurança. 5. Não obstante a decadência do direito de impetração, de forma excepcional, à luz dos princípios da primazia da decisão de mérito, previsto nos arts. 4º e 6º do CPC de 2015; da duração razoável do processo; da celeridade; da instrumentalidade das formas, bem como da aplicação analógica dos arts. 139, IX e 1.029, § 3º, do CPC de 2015, não é o caso de se extinguir o presente Mandado de Segurança sem adentrar o mérito da demanda, pois o ajuizamento da demanda se deu há mais de 3 (três) anos, e a causa está pronta para julgamento, com documentos e argumentos lançados por ambas as partes. 6. Ademais, e mais importante, a segurança é manifestamente incabível, sendo desarrazoado extinguir o writ sem apreciar o direito material do impetrante, que poderia acessar as vias processuais ordinárias demandando a formação de uma nova relação processual. 7. Por ser manifestamente inadmissível, caberia a pronta denegação da segurança por decisão monocrática (art. 212 do Regimento Interno), o que permitiria a análise do mérito. Consequentemente, e diante dos fundamentos expostos, é de se permitir tal análise neste momento do processo. 8. O nome do impetrante não consta na lista anexa ao Decreto 62.938/1968, de modo que não foi integrado ao quadro do Ministério do Trabalho. 9. Ainda que tivesse ocorrido, os marítimos não possuem direito à percepção cumulativa de duas aposentadorias, uma pelo Regime Próprio da União e outra pelo Regime Geral da Previdência Social. Interpretação da Lei 2.752/1956 que não prevê a referida

acumulação para os servidores autárquicos, seja da Lloyd Brasileiro, seja da Companhia Costeira. Precedentes. 10. Segurança denegada” (MS 20295- 1ª Seção – Rel. Min. Herman Benjamin. J. em 9.11.2016 - DJe 29/11/2016)

Estas reflexões devem ser objeto de análise cautelosa, tendo em vista que no MS a consequência da decadência atinge apenas o procedimento, enquanto nos demais casos, leva a extinção do processo com resolução de mérito.

Assim, não se vislumbra qualquer impedimento na sua superação, apenas em caso de denegação da segurança, atendendo-se, em consequência, a outros princípios constitucionais, como bem identificou o STJ no julgamento do MS 20295.

Portanto, cabe ao estudioso à análise do princípio da primazia de mérito no âmbito do Mandado de Segurança, garantindo-se, de um lado, a utilização desta importante ação constitucional e, de outro, o atendimento aos ditames estruturantes da legislação processual de 2015.

V-Conclusão

Em face do exposto, é possível concluir que:

- O legislador de 2015 consagrou um necessário e claro diálogo entre a teoria geral do processo e as normas fundamentais, estabelecendo institutos como a primazia da resolução de mérito, boa-fé processual, celeridade, efetividade e duração razoável do processo, fungibilidade e aproveitamento dos recursos, etc.
- Visando a correta compreensão da aplicação da causa madura, correção da autoridade coatora e julgamento do mérito no *mandamus* mesmo em caso de decadência, é necessário enfrentar as normas fundamentais que dialogam diretamente com estes temas: cooperação (art. 6º, do CPC), primazia de mérito (art. 4º, do CPC), efetividade e celeridade.
- Apesar da divergência interpretativa, entendo que a correção dos obstáculos procedimentais deve ser oportunizada também em relação aos vícios anteriores à entrada em vigor do CPC/15, desde que o recurso seja apreciado após o início de sua vigência, como consagra o Enunciado 574, do FPPC.

- Em caso de cumulação simples de pedidos (art. 327, do CPC/15) resolvidos em única sentença, o efeito devolutivo remete ao conhecimento e julgamento pelo tribunal os *capítulos efetivamente impugnados*, transitando em julgado os autônomos que não foram objeto de irresignação recursal.
- Além das hipóteses de decisão sem resolução de mérito (art. 485 c/c art. 1.013, §3º, I, do CPC/15), o legislador permite que a apelação tenha dois capítulos (*um recursal e outro, como consequência do provimento, de resolução do mérito da demanda*), desde que o processo esteja em condições de imediato julgamento, nas seguintes hipóteses: a) decretação de nulidade da decisão por ela não ser congruente com os limites do pedido ou da causa de pedir (art. 1.013, §3º, II); b) omissão de exame de um dos pedidos, que poderá ser apreciado pelo órgão colegiado (art. 1.013, §3º, III); c) nulidade por falta de fundamentação (art. 1.013, §3º, III); d) reforma de decisão que reconheça a decadência ou prescrição que poderá provocar o julgamento das demais questões, sem determinar o retorno do feito ao grau de origem (art. 1.013, §4º).
- Estes dispositivos, sem dúvida, aumentam o papel e a importância das decisões de 2º grau. A rigor, também consagram a primazia da resolução do mérito (art. 4º, do CPC), diretamente no Tribunal, sem o desgastante, demorado e desnecessário, retorno ao 1º grau para novo julgamento.
- Não há violação ao princípio do duplo grau de jurisdição a previsão de julgamento imediato do mérito, nos casos ampliados pelo CPC/15, desde que esteja em condições de imediato julgamento.
- Em relação ao procedimento da apelação em MS, nas causas de competência originária de 1ª instância, não se encontra qualquer óbice na aplicação do art. 1.013, §3º, do CPC/15. Assim, em caso de extinção do processo sem resolução de mérito e demais hipóteses deste dispositivo, nada impede que o Tribunal de Justiça ou Tribunal Regional Federal dê provimento ao recurso e, prosseguindo no julgamento, analise o mérito da demanda, com a *concessão ou não da segurança*.
- Enquanto na legislação processual comum a *decadência* é hipótese de resolução de mérito (art. 487, II), no *writ* ela alcança apenas o procedimento (*sem qualquer resolução do mérito da relação material deduzida em juízo*), pelo que a teoria da causa madura deve ser observada, quando for o caso e atendidos os requisitos do art. 1.013, §3º, I, do CPC/15.
- No RMS 26959, apreciado pelo Pleno do STF, foi mantido o entendimento da inaplicabilidade da teoria da causa madura (art. 515, §3º, do CPC/73 e art. 1.013, §3º, do CPC/15).

- Não se vislumbra impedimento para a aplicação da teoria da causa madura no RMS, desde que atendidos os requisitos do art. 1.013, §3º (*inclusive nos casos de decretação de decadência pelo decurso do prazo de cento e vinte dias*), por várias razões: a) está em consonância com os princípios da celeridade, duração razoável do processo e primazia da resolução de mérito (arts. 4º e 6º, do CPC); b) o procedimento do RMS é semelhante ao da apelação (arts. 32-35 da Lei 8038/90), inclusive no que respeita ao *único juízo de admissibilidade* (art. 1.028, §3º, do CPC); c) o RMS não possui as restrições cognitivas presentes no REsp e RE (como, *v.g.*, *prequestionamento e vedação de análise direito local*); d) a devolução da causa ao Órgão de origem gera maior demora na prestação jurisdicional e continuidade da instabilidade do direito subjetivo debatido no *mandamus*; e) há previsão expressa no CPC/15 pelo cabimento da causa madura ao recurso ordinário (art. 1027, §2º).

- Ora, se o legislador processual de 2015 permite, por exemplo, correção do polo passivo (arts. 338 e 339), manutenção dos atos decisórios proferidos por juízo incompetente (art. 64, §4º), aproveitamento de ação rescisória proposta perante Tribunal incompetente (art. 968, §5º), a ampliação da retratação nos casos de decisão sem resolução de mérito (art. 485, §7º), é razoável defender a possibilidade deste salto de instância no RMS, nos termos no art. 1.027, §2º, do CPC/15, com a consequente resolução do mérito da causa (*denegação ou concessão da segurança*) pelo próprio Tribunal Superior, desde que atendidos os requisitos do art. 1.013, §3º, do CPC/15.

- O erro na indicação da autoridade coatora pode gerar, se alterar a competência Jurisdicional ou se a mesma for vinculada a outra pessoa jurídica de direito público, a extinção do processo (no STJ: AgInt no RMS 51.527/GO, Rel. Ministro Sérgio Kunina, 1ª T, julgado em 18/10/2016, DJe 04/11/2016; AgRg nos EDcl no RMS 45.074/PE, Rel. Ministro Mauro Campbell Marques, 2ª T, julgado em 05/08/2014, DJe 12/08/2014)⁴⁰ ou a correção pelo próprio Poder Judiciário, inclusive em atendimento ao art. 338, do CPC.

- Sempre que possível e atendendo aos ditames legais (arts. 338 e 339, do CPC), defende-se a possibilidade de correção da autoridade coatora indicada pelo autor, prosseguindo o feito com a sua redistribuição e, em última análise, sendo atendido o princípio da primazia de mérito.

⁴⁰ STJ: AgInt no REsp 1505709/SC, Rel. Ministro GURGEL DE FARIA, PRIMEIRA TURMA, julgado em 23/06/2016, DJe 19/08/2016; AgRg no RMS 32184/PI, Rel. Ministro HUMBERTO MARTINS, SEGUNDA TURMA, julgado em 22/05/2012, DJe 29/05/2012; AgRg no RMS 35638/MA, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, SEGUNDA TURMA, julgado em 12/04/2012, DJe 24/04/2012; REsp 1637704/AM (decisão monocrática), Rel. Ministro BENEDITO GONÇALVES, julgado em 14/02/2017, DJe 16/02/2017; AREsp 663498/BA (decisão monocrática), Rel. Ministro OG FERNANDES, julgado em 28/11/2016, DJe 30/11/2016; REsp 1159634/ES (decisão monocrática), Rel. Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ, julgado em 09/06/2014, DJe 20/06/2014.

- A extinção do processo em decorrência do erro na indicação da autoridade e alteração de competência é mais um obstáculo formal que deve ser evitado, para que se garanta a análise do mérito do MS, especialmente pelo curto prazo de impetração que, provavelmente, não mais estará presente na nova impetração. Portanto, sempre que possível e atendendo aos ditames legais (arts. 338 e 339, do CPC), defende-se a possibilidade de correção da autoridade coatora indicada pelo autor, prosseguindo o feito com a sua redistribuição e, em última análise, sendo atendido o princípio da primazia de mérito.
- A decisão denegatória de mandado de segurança, quando extingue o processo em virtude de falta de provas, não faz coisa julgada, permitindo a utilização das vias comuns ou mesmo outro mandado de segurança (desde que seja superado o óbice encontrado na primeira demanda e atendido o prazo de 120 dias), inclusive com a garantia estabelecida no Enunciado de Súmula 304, do STF.
- A decadência refere-se apenas ao procedimento mandamental e não veda a propositura de outra demanda contra a fazenda pública, desde que atendido o prazo prescricional.
- Levando em conta que o prazo decadencial está ligado à perda de direito ao procedimento, pode ser resolvido o *mérito direto* do mandado de segurança impetrado fora do prazo de 120 dias.
- Esta conclusão está em consonância com o art. 4º e, mais especificamente, com o art. 488, do CPC, que consagra a resolução de mérito sempre que for favorável à parte a quem aproveitaria eventual pronunciamento de natureza processual (art. 485, do CPC). Portanto, o sistema processual permite, *secundum eventum litis*, que seja denegada a segurança mesmo em caso de impetração do MS fora do prazo de 120 dias.

VI- Bibliografia

ARAÚJO, José Henrique Mouta. *Notas sobre o efeito substitutivo do recurso e seu reflexo na ação rescisória*. Revista de Processo n. 145, março/2007

BOLZANI, Virginia Brodbeck. *Efeito devolutivo da apelação*. Rio de Janeiro : Aide, 2001

BUENO, Cassio Scarpinella. *Mandado de Segurança*. São Paulo: Saraiva, 2002.

CÂMARA, Alexandre Freitas. *O princípio da primazia da resolução do mérito e o novo código de processo civil*. Revista da Advocef, nov/2015

CAMBI, Eduardo. *Mudando os rumos da apelação : comentário sobre a inclusão, pela Lei 10.352/2001, do §3º ao art. 515 do CPC. In Aspectos Polêmicos e Atuais dos Recursos e de Outros Meios de Impugnação às Decisões Judiciais*. Coord. Nelson Nery Jr. e Teresa Arruda Alvim Wambier. São Paulo : RT, 2002.

CAVALCANTE, Mantovanni Colares. *Mandado de Segurança*. São Paulo: Dialética, 2002

CUNHA, Leonardo Carneiro da e DIDIER JR, Fredie. *Curso de direito processual*. 13ª edição. Vol 3. Salvador: Juspodivm, 2016.

DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de Direito Processual Civil*. vol I, 3ª edição, São Paulo :Malheiros, 2003.

FERRAZ, Sérgio. *Regime Jurídico da Liminar em Mandado de Segurança*. In *Direito Processual Público*. Carlos Ari Sundfeld e Cassio Scarpinella Bueno (coord). 1ª edição, 2ª tiragem. São Paulo: Malheiros, 2003.

LASPRO, Oreste Nestor de Souza. *Duplo Grau de Jurisdição no Direito Processual Civil*. São Paulo : RT, 1995.

MEIRELLES, Hely Lopes. *Mandado de Segurança, Ação Popular, Ação civil pública, mandado de injunção, 'habeas data', ação direta de inconstitucionalidade, ação declaratória de constitucionalidade e arguição de descumprimento de preceito fundamental*. 26ª edição. São Paulo: Malheiros, 2003.

NERY JR, Nelson. *Princípios do Processo Civil na Constituição Federal*. 6ª edição, São Paulo : RT, 2000.

_____ e NERY, Rosa Maria de Andrade. *Código de Processo Civil Comentado e legislação processual civil extravagante em vigor*. 6ª edição. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

TEIXEIRA, Guilherme Freire de Barros. *Natureza jurídica do prazo para impetração do mandado de segurança*. Revista de Processo nº 149. São Paulo: Revista dos Tribunais, julho de 2007

YARSHELL, Flávio Luiz. *Ação rescisória : juízos rescindente e rescisório*. São Paulo : Malheiros, 2005.

A RECLAMAÇÃO ENQUANTO INSTRUMENTO DE ESTABILIZAÇÃO DOS PRECEDENTES REPETITIVOS E VINCULANTES: A DICOTOMIA DE ENTENDIMENTOS ENTRE O STF E O STJ

Fernando Natal Batista¹

Sumário: 1. Introdução; 2. A evolução histórica da reclamação no ordenamento jurídico brasileiro; 3. A teoria dos precedentes no Código de Processo Civil de 2015; 4. A reclamação enquanto instrumento de estabilização dos precedentes repetitivos e vinculantes: a dicotomia de entendimentos entre o STF e o STJ; 5. Conclusões; Referências bibliográficas.

Resumo: O presente trabalho visa apresentar e examinar a dicotomia de entendimentos hoje existente entre as Cortes de Vértice (o Supremo Tribunal Federal e o Superior Tribunal de Justiça) sobre o cabimento da reclamação enquanto instrumento de observância e confirmação dos precedentes repetitivos obrigatórios, após o esgotamento das instâncias jurisdicionais inferiores. O objetivo do estudo é compreender, a partir da evolução histórica dessa ação de impugnação, o seu papel na consolidação do sistema brasileiro do *stare decisis* e na reconfiguração institucional das Cortes de Precedentes.

Palavras-chaves: Direito Processual Civil. Código de Processo Civil de 2015. Reclamação. Ação de impugnação de decisão judicial. Cabimento. Teoria dos Precedentes. Cortes de Vértice.

1. Introdução

A reclamação é um instituto processual que possui uma construção evolutiva muito interessante e rica em nosso ordenamento jurídico. Desde a sua origem, pode-se afirmar, está ligada à função de reafirmação e de

¹ O autor é Assessor de Ministro do STJ. É Doutorando e Mestre em Direito Constitucional pelo Instituto Brasileiro de Desenvolvimento e Pesquisa - IDP (linha de pesquisa: Direito Processual Civil na Ordem Constitucional). É membro da Associação Brasileira de Direito Processual Civil - ABPC. É autor do livro: A questão da arguição de inconstitucionalidade no recurso especial e a legitimação do Superior Tribunal de Justiça no exercício da jurisdição constitucional, publicado pela Editora JusPodivm (2018). É professor da Graduação em Direito, da Especialização em Direito Processual Civil do IDP e do curso de L.L.M. Processo e Recursos nos Tribunais do IDP.

consolidação da autoridade das decisões emanadas pelas Cortes de Vértice (Supremo Tribunal Federal – STF e Superior Tribunal de Justiça - STJ) de nosso ordenamento judicial.

Sua evolução histórica explica o seu natural papel, ora ratificado pelo Código de Processo Civil, ao ligá-la estruturalmente à teoria dos precedentes (arts. 926 a 927 do CPC/2015), como instrumento processual apto a conservar ou reparar os efeitos dos precedentes judiciais vinculantes, sobretudo na ordem vertical (*binding effect*) da composição do Poder Judiciário brasileiro, na qual a *ratio decidendi* firmada no precedente, pelas Cortes de Vértice, é de submissão obrigatória pelos tribunais hierarquicamente inferiores.

A partir do estudo, no presente trabalho acadêmico, de casos jurisprudenciais distintos e notórios, observa-se, todavia, que existe hoje um tratamento dicotômico pelo STF e pelo STJ sobre a amplitude de sua finalidade no sistema processual. Nessa dissonância de compreensão do instituto, verifica-se, primeiramente, no seu esvaziamento funcional pelo Superior Tribunal de Justiça, ao passo que, no âmbito do Supremo Tribunal Federal, constata-se, mais uma vez, o seu uso como forma de imposição da autoridade de seus precedentes, sobretudo aqueles de acatamento obrigatório, nos exatos termos de sua previsão legal hoje vigente (art. 988, § 5º, II, do Código de Processo Civil).

2. A evolução histórica da reclamação no ordenamento jurídico brasileiro.

A evolução histórica da reclamação na jurisprudência e na legislação brasileira é muito peculiar e pode ser dividida, quanto à sua previsão e regulação, em cinco fases específicas a seguir estudadas.

A reclamação foi inicialmente um fruto de uma construção jurisprudencial firmada pelo Supremo Tribunal Federal, durante a segunda

metade do século XX, tratando-se de instituto sem correspondente no Direito Comparado.

A **primeira fase** é reconhecida a partir do nascimento da reclamação constitucional como resultado da construção pretoriana do Supremo Tribunal Federal, sustentada na teoria dos poderes implícitos (*implied powers*) norte-americana.

Sua gênese remonta a julgados, em que, com inspiração na teoria dos poderes implícitos do direito estadunidense (*implied powers*), precisamente no caso *MCCULLOCH vs MARYLAND*, o STF começou a dar contornos a um instituto voltado à preservação de sua competência e à garantia da autoridade de seus julgados.

No citado *leading case* estadunidense, a Suprema Corte dos Estados Unidos da América, sobre a presidência do *Chief of Justice* John Marshall, decidiu que os Estados-membros não podiam interferir no governo federal quando este exerce seus poderes implícitos em cláusula própria e estruturante para promover seus poderes constitucionais expressamente previstos.

Observa-se da leitura do julgado² em análise, que o Congresso dos EUA criou o Segundo Banco dos Estados Unidos em 1816. Um ano depois, o Banco abriu uma agência em Baltimore, no Estado de *Maryland*, onde realizava todas as operações bancárias típicas. Sua legitimidade baseava-se exclusivamente na aplicabilidade direta da Constituição dos Estados Unidos da América ao Estado de *Maryland*. Em 1818, no entanto, a legislatura estadual de *Maryland* votou e aprovou a imposição de um tributo a todos os bancos atuantes no Estado que não foram licenciados ou criados pelo poder local.

²

Disponível em: <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/17/316/>. Acesso: 14 de julho de 2021.

O Segundo Banco dos Estados Unidos se recusou a cumprir a referida lei, resultando em um processo judicial contra seu gerente, James William McCulloch. O Estado de *Maryland* argumentou, com sucesso na instância da justiça estadual, que o Segundo Banco dos Estados Unidos era inconstitucional porque a Constituição de 1787 não previa um compromisso textual para o governo federal de criar e gerenciar um banco.

Nessa decisão unânime da Suprema Corte dos EUA, John Marshall observou que a criação, pelo Congresso, do *Second Bank of the United States* também decorria da vontade constituinte originário – e, por decorrência, da vontade popular – albergada pela Constituição de 1787, de modo a suplantar a soberania dos Estados-membros, razão pela qual a Suprema Corte entendeu que não era necessária a existência de uma cláusula específica no texto constitucional que tratasse detalhadamente sobre a criação dos bancos federais pelo Congresso Nacional, porquanto, dentro de suas competências estruturais³ expressas, compreendia a atuação regulatória da economia e das finanças federais.

3 **Constituição dos Estados Unidos da América de 1787:** “Seção 8. Será da competência do Congresso: Lançar e arrecadar taxas, direitos, impostos e tributos, pagar dívidas e prover a defesa comum e o bem-estar geral dos Estados Unidos; mas todos os direitos, impostos e tributos serão uniformes em todos os Estados Unidos; Levantar empréstimos sobre o crédito dos Estados Unidos; Regular o comércio com as nações estrangeiras, entre os diversos estados, e com as tribos indígenas; Estabelecer uma norma uniforme de naturalização, e leis uniformes de falência para todo o país; Cunhar moeda e regular o seu valor, bem como o das moedas estrangeiras, e estabelecer o padrão de pesos e medidas; Tomar providências para a punição dos falsificadores de títulos públicos e da moeda corrente dos Estados Unidos; Estabelecer agências e estradas para o serviço postal; Promover o progresso da ciência e das artes úteis, garantindo, por tempo limitado, aos autores e inventores o direito exclusivo aos seus escritos ou descobertas; Criar tribunais inferiores à Suprema Corte; Definir e punir atos de pirataria e delitos cometidos em alto mar, e as infrações ao direito das gentes; Declarar guerra, expedir cartas de corso, e estabelecer regras para apresamentos em terra e no mar; Organizar e manter exércitos, vedada, porém, a concessão de crédito para este fim por período de mais de dois anos; Organizar e manter uma marinha de guerra; Regulamentar a administração e disciplina das forças de terra e mar; Regular a mobilização da guarda nacional (milícia) para garantir o cumprimento das leis da União, reprimir insurreições, e repelir invasões; Promover a organização, armamento, e treinamento da guarda nacional, bem como a administração de parte dessa guarda que for empregada no serviço dos Estados Unidos, reservando-se aos Estados a nomeação dos oficiais e a obrigação de instruir a milícia de acordo com a disciplina estabelecida pelo Congresso; Exercer o poder legiferante exclusivo no distrito (não excedente a dez milhas quadradas) que, cedido por determinados Estados e aceito pelo Congresso, se torne a sede do Governo dos Estados Unidos, e exercer o mesmo poder em todas as áreas adquiridas com o consentimento da Assembleia do Estado em que estiverem situadas, para a construção de fortificações, armazéns, arsenais, estaleiros e outros edifícios necessários; e **Elaborar todas as leis necessárias e apropriadas ao exercício dos poderes acima especificados e dos demais que a**

Restou expressamente asseverado no citado precedente⁴ que:

“O Governo da União, embora limitado em seus poderes, é supremo em sua esfera de ação, e suas leis, quando elaboradas em conformidade com a Constituição, constituem a lei suprema do país.

Não há nada na Constituição dos Estados Unidos semelhante aos Artigos da Confederação, que excluem poderes incidentais ou implícitos.

Se o fim for legítimo, e no âmbito da Constituição, podem ser constitucionalmente empregados todos os meios apropriados, claramente adaptados a esse fim e que não sejam proibidos, para sua efetivação.”

Consagrou-se a teoria constitucional de que os governos estaduais não tinham o direito de tributar nenhum dos meios constitucionais empregados pelo Governo da União para o exercício de suas atribuições constitucionais. Os Estados federados não tinham poder, por tributação ou de outra forma, para retardar, impedir, onerar ou de qualquer maneira controlar as operações das leis constitucionais aprovadas pelo Congresso para exercer os poderes conferidos ao governo nacional.

Assim, o *Justice* Marshall rejeitou o argumento do Estado de *Maryland* de que a cláusula constitucional se limitava a autorizar apenas leis que fossem absolutamente essenciais para o cumprimento de seus poderes enumerados. Marshall entendeu que uma interpretação mais ampla era necessária, uma vez que a cláusula não foi colocada entre as limitações da autoridade do Congresso e, portanto, deveria ser vista como uma expansão de sua autoridade.

Como resultado, ele redefiniu o significado de "necessário" como algo mais próximo de "adequado e legítimo", abrangendo todos os métodos para promover os objetivos cobertos pelos poderes enumerados. E, ao final,

presente Constituição confere ao Governo dos Estados Unidos, ou aos seus Departamentos e funcionários.”

Disponível em: < <http://www.direitoshumanos.usp.br/index.php/Documentos-antiores-criacao-da-Sociedade-das-Nacoes-ate-1919/constituicao-dos-estados-unidos-da-america-1787.html> >. Acesso em 14 de julho de 2021.

4 Livre tradução do texto disponível em: < <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/17/316/> >. Acesso em: 14 de julho de 2021.

no caso em concreto, Marshall anulou, no âmbito da Suprema Corte, o imposto aplicado ao Segundo Banco, pois o declarou inconstitucional.

Em resumo, segundo esta teoria (*implied powers*), se a Constituição atribuiu a um órgão uma atividade-fim, deve-se compreender que também conferiu, implicitamente, todos os meios e poderes necessários para a consecução desta atribuição ou atividade.

No Brasil, segundo GRINOVER (2000), a doutrina dos *poderes implícitos*, que legitimava o uso da reclamação, pode ser resumida na citação do voto do Ministro ROCHA LAGOA, no voto preliminar da **Reclamação nº 141**, julgada em 25 de janeiro de 1952: “Tudo o que for necessário para fazer efetiva alguma disposição constitucional, envolvendo proibição ou restrição ou a garantia a um poder, deve ser julgado implícito e entendido na própria disposição”. Isso porque, conforme arrematou em seu voto, “vão seria o poder, outorgado ao STF, de julgar, mediante RE, as causas decididas em única ou última instância se lhe não fora possível fazer prevalecer seus próprios pronunciamentos, acaso desrespeitados pelas Justiças locais”.

A reclamação se tornou, portanto, a partir deste precedente pátrio, um desdobramento das atribuições jurisdicionais que eram e ainda são conferidas constitucionalmente ao Supremo Tribunal Federal. Assim, com este fundamento, o STF admitia, no âmbito de sua jurisprudência, o manejo da reclamação para fazer cumprir suas decisões, já que o remédio jurídico não contava com qualquer respaldo positivo no ordenamento jurídico pátrio, conforme restou assentado na Rcl 141/SP (STF, **Rcl 141/SP**, Rel. Min. Rocha Lagoa, Tribunal Pleno, julgado em 25/01/1952, DJ de 17/04/1952).

Observa-se, portanto, que a reclamação emergiu no nosso sistema jurídico a partir da “teoria dos poderes implícitos”, por influência do direito norte-americano (*implied powers*), segundo a qual “todas as vezes que é atribuída uma competência geral para fazer

alguma coisa, nela estão compreendidos todos os particulares poderes necessários para realizá-la.”

O Supremo Tribunal Federal, vale destacar, continua a adotar integralmente esta teoria, conforme se verifica de trecho do seguinte julgado de relatoria do ministro CELSO DE MELLO: “(...) a outorga de competência expressa a determinado órgão estatal importa em deferimento implícito, a esse mesmo órgão, dos meios necessários à integral realização dos fins que lhe foram atribuídos” (STF, **MS 26.547-MC/DF**, Rel. Min. Celso de Mello, julgado em 23/05/2007, DJ de 29/05/2007).

Ainda como nos ensina GRINOVER (2000), sobre a natureza desse instituto processual, vale registrar também a lúcida ponderação do Ministro NELSON HUNGRIA, igualmente manifestada na referida Reclamação 141/1952, no sentido de que “não se tratava de recurso, mas de simples representação, em que se pede ao STF que faça cumprir o julgado tal como nele se contém, acrescentando: se um interessado verifica que é malguardada uma decisão do STF e representa contra esse abuso, é claro que não podemos cruzar os braços, alheando-nos ao caso, pouco importando que o nosso Regimento seja omissivo a respeito”.

Posteriormente, em resposta a provocação da omissão regimental, houve, em 1957, a previsão, mediante reforma, no Regimento Interno do STF (RISTF/1957, Capítulo V-A ao Título II), que dispunha sobre este remédio jurídico, inaugura a **segunda fase**, caracterizada exatamente pela positividade do instituto, ainda que em norma “*interna corporis*.”

A **terceira fase** tem como marco inicial a Constituição de 1967, que ampliou consideravelmente o âmbito de regulação do Regimento Interno do STF (art. 115, parágrafo único, alínea c), a permitir que a Corte dispusesse sobre o processo e o julgamento dos feitos de sua competência originária.

A **quarta fase** histórica se caracteriza pela previsão explícita na Constituição da República Federativa do Brasil da competência do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça para processar e julgar “a reclamação para a preservação de sua competência e garantia da autoridade de suas decisões” (CRFB/88, art. 102, I, *l*, e art. 105, I, *f*, respectivamente). Extraía-se a sua normatividade, até então, embora regulada na Lei 8.038/1990, do direito constitucional de petição⁵ a sua normatividade no ordenamento jurídico brasileiro, (art. 5º, inc. XXXIV, alínea “a”, da CRFB de 1988).

Por fim (**quinta fase**), a reclamação se encontra hoje expressamente prevista e regulada pelo Código de Processo Civil de 2015, constituindo-se como ação⁶ de impugnação autônoma de decisões judiciais, nos termos do artigo 988 do CPC/2015. Nesse sentido, aliás, é o posicionamento de MITIDIERO (2018), “a reclamação é uma ação que visa preservar a competência de tribunal, garantir a autoridade das decisões de tribunal e garantir a eficácia dos precedentes vinculantes das Cortes Superiores”. Isso

5 **STF: AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. ARTIGO 108, INCISO VII, ALÍNEA I DA CONSTITUIÇÃO DO ESTADO DO CEARÁ E ART. 21, INCISO VI, LETRA J DO REGIMENTO DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA LOCAL. PREVISÃO, NO ÂMBITO ESTADUAL, DO INSTITUTO DA RECLAMAÇÃO. INSTITUTO DE NATUREZA PROCESSUAL CONSTITUCIONAL, SITUADO NO ÂMBITO DO DIREITO DE PETIÇÃO PREVISTO NO ARTIGO 5º, INCISO XXXIV, ALÍNEA A DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. INEXISTÊNCIA DE OFENSA AO ART. 22, INCISO I DA CARTA. 1. A natureza jurídica da reclamação não é a de um recurso, de uma ação e nem de um incidente processual. Situa-se ela no âmbito do direito constitucional de petição previsto no artigo 5º, inciso XXXIV da Constituição Federal.** Em consequência, a sua adoção pelo Estado-membro, pela via legislativa local, não implica em invasão da competência privativa da União para legislar sobre direito processual (art. 22, I da CF). 2. A reclamação constitui instrumento que, aplicado no âmbito dos Estados-membros, tem como objetivo evitar, no caso de ofensa à autoridade de um julgado, o caminho tortuoso e demorado dos recursos previstos na legislação processual, inegavelmente inconvenientes quando já tem a parte uma decisão definitiva. Visa, também, à preservação da competência dos Tribunais de Justiça estaduais, diante de eventual usurpação por parte de Juízo ou outro Tribunal local. 3. A adoção desse instrumento pelos Estados-membros, além de estar em sintonia com o princípio da simetria, está em consonância com o princípio da efetividade das decisões judiciais. 4. Ação direta de inconstitucionalidade improcedente. (ADI 2212, Relator(a): ELLEN GRACIE, Tribunal Pleno, julgado em 02/10/2003, DJ 14/11/2003).

6 STJ: “Com a vigência do Código de Processo Civil de 2015, consolidou-se o entendimento doutrinário e jurisprudencial no sentido de que o instituto da reclamação possui natureza de ação, de índole constitucional, e não de recurso ou incidente processual” (EDcl na Rel 33.747/SP, Rel. Ministra NANCY ANDRIGHI, SEGUNDA SEÇÃO, julgado em 12/12/2018, DJe 14/12/2018).

porque, nos termos do artigo 926 do CPC/2015, os tribunais têm o dever de uniformizar sua jurisprudência e mantê-la estável, íntegra e coerente.

E, ainda, segundo a dicção do artigo 988, § 5º, inciso II, do Código de Processo Civil, também é cabível a reclamação⁷ para garantir a observância de acórdão proferido em recurso extraordinário com repercussão geral ou em recurso especial repetitivo, somente depois de esgotadas as instâncias ordinárias, residindo aqui, como se verá a seguir, a dicotomia de entendimento entre o Supremo Tribunal Federal e o Superior Tribunal de Justiça.

3. A teoria dos precedentes no Código de Processo Civil de 2015.

O Código de Processo Civil (Lei n.º 13.105/2015) inseriu, em nosso sistema jurídico, adepto à Escola do *Civil law*⁸, conceitos oriundos da teoria do *stare decisis*⁹, tornando-o simbiótico com a Escola do *Common law*, no intuito de fortalecer os princípios da estabilidade e segurança jurídica dos julgados pelos órgãos judiciais.

A teoria dos precedentes judiciais, em linhas gerais, proclama que os tribunais devem manter uma jurisprudência coerente e constante, possuindo

⁷ STF: “(...) preenchido o requisito do art. 988, § 5º, II, do Código de Processo Civil, a Suprema Corte, excepcionalmente, pode admitir a reclamação constitucional com paradigma na repercussão geral, quando presente teratologia na aplicação do precedente obrigatório do STF” (Rcl 26928 AgR, Relator(a): DIAS TOFFOLI, Segunda Turma, julgado em 17/08/2018, DJe de 14-09-2018).

⁸ “(...) o Brasil, integrante do *civil law*, adota a premissa da igualdade de todos perante a lei (CF, art. 5º, II), o que, obviamente, deve aplicar-se às duas dimensões da norma legal: enquanto abstratamente posta no ordenamento positivo (a norma legislada) e, também, quando vem a ter o seu momento judiciário (a norma julgada), vindo aplicada num processo judicial in concreto” (MANCUSO, 2016, p. 176).

⁹ “A expressão *stare decisis* é oriunda do brocardo *stare decisis et non quieta movere* e visa garantir a estabilidade e a confiabilidade do precedente. Com a determinação do significado do Direito a partir de determinado caso no precedente, o que visa a proporcionar a sua cognoscibilidade, a estabilidade da ordem jurídica é assegurada pela necessidade de respeito àquilo que foi decidido anteriormente, o que gera a confiança na sua manutenção por um determinado período de tempo e na sua aplicação aos casos futuros idênticos e semelhantes. A regra do *stare decisis*, portanto, é a regra pela qual a segurança jurídica é promovida judicialmente em um sistema que respeita precedentes” (MITIDIERO, 2017, p. 121).

previsibilidade de julgamento ante a força obrigatória de aplicação dos precedentes pelos juízes, ao passo que, como adverte DONIZETTI (2021), “no *Civil law*, de regra, o precedente tem a função de orientar a interpretação da lei, mas necessariamente não obriga o julgador a adotar o mesmo fundamento da decisão anteriormente proferida e que tenha como pano de fundo situação jurídica idêntica.”¹⁰ Não obstante, o Código de Processo Civil de 1973, após a reforma da Emenda Constitucional n.º 45/2004 e das Leis n.ºs 11.418/2006 e 11.672/2008, já se aproximava do sistema dos precedentes, ao regular as súmulas vinculantes, a repercussão geral do recurso extraordinário e o julgamento dos recursos especiais repetitivos.

Na vigência do CPC/1973, as decisões emanadas pelos tribunais da federação produziam eficácia ou força meramente persuasiva¹¹ aos juízes a eles vinculados. Nesse particular, BARROSO (2021)¹² assevera, em seu estudo sobre a eficácia dos precedentes, que “entendimentos firmados nestas decisões obrigavam apenas as partes do processo e não determinavam como seriam julgados casos futuros, embora pudessem contribuir argumentativamente para a defesa da aplicação de solução semelhante em demandas análogas.” Embora o CPC/2015 preveja e regule a teoria dos precedentes em nosso ordenamento processual, o legislador se esqueceu de conceituar o que constitui um precedente judicial, afastando-se, assim, do conceito de julgado. O preenchimento dessa lacuna conceitual, coube à doutrina, podendo-se adotar, para o nosso estudo, a ideia de que “precedente é a decisão judicial tomada à luz de um caso concreto, cujo núcleo essencial pode servir como diretriz para o julgamento posterior de casos análogos.”¹³

¹⁰ DONIZETTI, 2021, p. 5.

¹¹ “Os julgados com essa eficácia produzem efeitos restritos às partes e aos feitos em que são afirmados, são relevantes para a interpretação do direito, para a argumentação e para o convencimento dos magistrados; podem inspirar o legislador; e sua reiteração dá ensejo à produção da jurisprudência consolidada dos tribunais” (BARROSO, 2021, p. 19).

¹² BARROSO, 2021, p. 14.

¹³ DIDIER JÚNIOR, 2009, p. 381.

No mesmo diapasão, MARINONI (2013)¹⁴ afirma que “um precedente não é somente uma decisão que tratou de dada questão jurídica com determinada aptidão, mas também uma decisão que tem qualidades externas que escapam ao seu conteúdo”, ou seja: “é possível dizer que o precedente é a primeira decisão que elabora a tese jurídica ou é a decisão que definitivamente a delinea, deixando-a cristalina.”

Quanto à sua força de aplicação ou observação pelas instâncias inferiores, BARROSO (2021)¹⁵ aduz que os precedentes podem, de acordo com a sua fonte judicial de produção, possuir a seguinte classificação, relativamente à sua força vinculativa¹⁶: julgados *meramente persuasivos*, de *normativa intermediária* e *normativos em sentido forte*.

Na classificação de BARROSO (2021), os precedentes com *eficácia meramente persuasiva* produzem efeitos apenas às partes envolvidas e aos feitos nos quais foram firmados, servindo para os demais casos tão somente como orientação a ser, preferencialmente, seguida pelos demais julgadores. Há, também, aqueles dotados de *eficácia intermediária*, cujos efeitos transcendem os casos em que foram produzidos, seja em favor ou desfavor de quem neles não era parte, “ou, ainda, porque o próprio direito determina expressamente que a observância dos entendimentos proferidos em tais julgados é obrigatória”¹⁷. Por fim, os precedentes *normativos em sentido forte*: correspondem aos julgados e entendimentos que devem ser

¹⁴ MARINONI, 2013, p. 214.

¹⁵ BARROSO, Luís Roberto. *Trabalhando com uma nova lógica: a ascensão dos precedentes no direito brasileiro*. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/dl/artigo-trabalhando-logica-ascensao.pdf>>. Acesso em: 14 de julho de 2021.

¹⁶ “A noção de força vinculante é intuída na prática processual e constitucional. Em seu sentido estrito, concerne à imposição de que uma dada dicção judicial seja obrigatoriamente observada e aplicada por outros órgãos estatais à generalidade das pessoas - sob pena de afronta à autoridade e competência daquele órgão que emitiu a dicção” (TALAMINI, Eduardo. *Objetivação do controle incidental de constitucionalidade e força vinculante (ou “Devagar com o andor que o santo é de barro”)*). Disponível em: <<https://ufpr.academia.edu/EduardoTalamini>>. Acesso em: 15 de julho de 2021.

¹⁷ BARROSO, 2021, p. 20.

necessariamente considerados pelas demais instâncias e cujo desrespeito, ao contrário daqueles com força intermediária, ensejam reclamação, ao STJ ou ao STF, para que seja restabelecido o seu acatamento.

Cumprе destacar, ainda, que no atual sistema judicial, para que uma Corte seja considerada de vértice é necessário que dentre as funções institucionais esteja obrigatoriamente albergado o zelo pela uniformidade de seus precedentes vinculantes. Ora, a negação de um precedente da Corte de Vértice implica, indubitavelmente, uma incoerência interna do Poder Judiciário, pois, se o juiz está sujeito à lei, com muito mais razão está obrigado perante a decisão que tem autoridade para interpretá-la.

Nesse sentido, é a lição de PEREIRA (2014, p. 159):

“Assim, se ao STJ incumbe a função própria de uma Corte Suprema, que é assegurar a uniformidade da jurisprudência como elemento indispensável para a realização do direito fundamental à igualdade perante o direito, o acesso à corte deve se dar por motivos que estejam em conformidade com os valores por ela tutelados.

(...)

Com essa percepção da finalidade pública, pretende-se superar, portanto, a visão tradicionalmente compreendida à generalidade da doutrina processual civil brasileira de que a norma constitucional, que prevê as hipóteses específicas de cabimento do recurso especial, tutela apenas as partes litigantes, como resposta a um suposto direito subjetivo de acesso à Corte por motivo de revisão e correção ao caso concreto”.

Igualmente, alerta TARUFFO (2011, p. 32), que as Cortes de Vértice assumiram uma função proativa na medida em que o que justifica a apreciação do recurso é a possibilidade de regular futuras e idênticas questões, suplantando o interesse de resolução do caso individual. Nesse aspecto, a reclamação seria o instrumento ideal para a sua consecução, porquanto, o Novo Código de Processo Civil procurou sistematizar a doutrina da força obrigatória dos precedentes nos artigos 926, 927 e 928,

orientando, sobretudo as Cortes de Vértice ¹⁸, a uniformizarem sua jurisprudência e mantê-la estável, íntegra e coerente.

E essa incoerência, a negativa de aplicação de um precedente vinculante, dever ser prontamente retificada, sendo a reclamação o meio processual adequado (art. 988, § 5º, II, do CPC/2015).

Esse, aliás, é o posicionamento de FREDIE DIDIER (2020, p. 686):

Quem edita o precedente obrigatório tem o poder implícito de fazer valê-lo ou de impor seu cumprimento, sendo a reclamação o instrumento adequado para tanto.

Também destacando a reclamação como instrumento de outorga de eficácia e estímulo dos pronunciamentos submetidos ao rito dos repetitivos, ALVIM (2019, p. 811) afirma que:

“A lei cria estímulos para ações posteriormente movidas em que se pretenda discutir tema a respeito do qual já tenha havido decisão em repetitivo. Havendo decisão de recurso repetitivo, em todos os recursos e ações cujos procedimentos foram sobrestados, fica o juiz ou tribunal vinculado, em sentido forte, a decidir à luz do precedente firmado. Se o autor desistir da ação, dispensando o juiz de proferir sentença de mérito: sendo a desistência da ação anterior à contestação, o autor ficará isento de custas e honorários de sucumbência. Se, todavia, ocorrer depois de apresentada a contestação, por força de determinação legal, dispensa-se a anuência do réu. No entanto, não fica o autor dispensado de arcar com custas e honorários (art. 1.040, §§ 1º, 2º e 3º). Além de estímulos, o CPC estabelece o desrespeito à decisão proferida em recurso repetitivo, como hipótese de cabimento de reclamação (art. 988, § 5º, II – incluído pela Lei 13.256/2016).

A hipótese de desrespeito aos repetitivos como ensejadora do manejo da reclamação era prevista, na versão original do CPC (art. 988, IV). A nova Lei 13.256/2016 retirou dos incisos do art. 988 esta hipótese, mas surpreendentemente, a recolocou no § 5º, II, só para dizer que, quando for o caso de se usar a reclamação para impugnar decisão que desrespeita precedente proferido no julgamento dos repetitivos (recurso especial ou recurso extraordinário) – e assim restabelecendo a hipótese de cabimento retirada dos incisos – dever-se-á, antes de usar a reclamação, esgotar as instâncias ordinárias. Assim, o precedente proferido em julgamento de recursos repetitivos continua

18 Igualmente é o pensamento de PEREIRA (2014, p. 153): A finalidade pública da Corte Suprema tem como principal objetivo tutelar a integridade do ordenamento jurídico, ou seja, devolver ao Estado de Direito a prospectividade, estabilidade, cognoscibilidade e generalidade das normas jurídicas que foram objeto de discussão nos processos jurisdicionais. E aos cidadãos a definição dos seus direitos e deveres, com o fim de favorecer o desenvolvimento igualitário e racional de uma dada comunidade política.

tendo obrigatoriedade forte, já que cabe reclamação contra decisão que o desrespeita. Todavia, a força dissuasiva desta reclamação está bastante atenuada, com esta exigência”.

Essa, aliás, é a lógica¹⁹ do atual sistema.

4. A reclamação enquanto instrumento de estabilização dos precedentes repetitivos e vinculantes: a dicotomia de entendimentos entre o STF e o STJ.

Conforme restou anteriormente asseverado no primeiro tópico do presente artigo, o cabimento da reclamação, antes da vigência do Código de Processo Civil de 2015, restringia-se para assegurar a competência e a autoridade das decisões das Cortes de vértice (STF e STJ).

Ainda na vigência do Código de Processo Civil de 1973, todavia, esse cenário começou a ser alterado, quando o Supremo Tribunal Federal, em 2009, no julgamento do RE 571.572 ED/BA (de relatoria da Ministra Ellen Gracie), entendeu que a inexistência de um órgão jurisdicional uniformizador no âmbito dos juizados especiais estaduais (Lei 9.099/1995) seria uma circunstância que inviabilizaria não apenas a aplicação da jurisprudência do STJ na consolidação do direito federal, mas também a preservação do sistema de precedentes vinculantes, inserido pela Lei 11.418/2006.

Segundo o voto apresentado pela Ministra Ellen Gracie, haveria “nesses casos, risco de manutenção de decisões divergentes quanto à interpretação da legislação federal, gerando insegurança jurídica e uma

¹⁹ Nesse sentido, é o pensamento de PEREIRA (2014, p. 57) “a contribuição específica dada pela certeza do direito – como redução da insegurança diante dos riscos de natureza jurídica – é a possibilidade de que todos os cidadãos se dediquem com confiança aos próprios afazeres e reivindiquem, com uma boa expectativa de sucesso, os próprios direitos”.

prestação jurisdicional incompleta” (RE 571.572 ED/BA, Relatora: ELLEN GRACIE, Tribunal Pleno, julgado em 26/08/2009, DJe 27/11/2009).

Em decorrência e em cumprimento a esse julgado, o Superior Tribunal de Justiça²⁰ editou em resposta a Resolução 12/2009, normatizando o cabimento de reclamação, dirigida ao STJ, em face de decisão de Turma Recursal dos Juizados Especiais dos Estados ou do Distrito Federal, enquanto não fosse criada a Turma Nacional de Uniformização de Jurisprudência dos Juizados Especiais dos Estados e do Distrito Federal, nos casos em que a decisão afrontasse jurisprudência pacificada em recurso repetitivo (art. 543-C do CPC/1973) ou em súmula do STJ, ou, ainda, em caso de decisão judicial teratológica.

Sua finalidade procedimental era simples e clara: a fiscalização ou a revisão pelo Superior Tribunal de Justiça quanto à aplicação de seus precedentes vinculantes (acórdãos repetitivos e súmulas) pela instância dos juizados especiais estaduais. Cumpre destacar que essa razão de ser da reclamação, quanto ao seu papel processual de instrumento de preservação de julgados vinculantes, foi posteriormente replicada na redação original do artigo 988 pela Comissão de Elaboração do Código de Processo Civil de 2015, de modo que a reclamação seria cabível para “garantir a observância de enunciado de súmula vinculantes e de precedente proferido em julgamento de casos repetitivos ou em incidente de assunção de incompetência”.

Nesse linha de pensamento, inclusive, o art. 927 do novo Código definiu, como entendimentos jurisprudenciais a serem obrigatoriamente

²⁰ “É cabível a reclamação constitucional prevista no artigo 105, I, f, da Constituição Federal, ainda que não apontada ofensa a súmula ou a recurso julgado sob o rito do artigo 543-C do CPC, na hipótese em que a decisão impugnada apresenta sinais de teratologia que justifiquem a relativização dos critérios usados para a definição de jurisprudência consolidada no tribunal, conforme precedente do STJ” (Rcl 7.861/SP, Rel. Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO, SEGUNDA SEÇÃO, julgado em 11/09/2013, DJe 06/03/2014).

observados pelas instâncias julgadoras (teoria brasileira dos precedentes judiciais): a) as súmulas vinculantes (EC 45/2004); b) as decisões proferidas pelo STF em sede de controle concentrado da constitucionalidade; c) os acórdãos proferidos em julgamento com repercussão geral ou em recurso extraordinário ou especial repetitivo; d) os julgados dos tribunais proferidos em incidente de resolução de demanda repetitiva; e, por fim, e) em incidente de assunção de competência.

Isso porque, como bem delimita MARINONI (2017, p.23), “a eficácia obrigatória nada mais é do que o resultado da circunstância de que as decisões das Cortes Supremas definem o sentido do direito e, assim, destinam-se a orientar a sociedade e a regular os casos futuros para que a igualdade e a liberdade não sejam violadas”.

A eficácia (força obrigatória) vertical e horizontal dos precedentes vinculantes é parâmetro de segurança jurídica e celeridade dos julgamentos e deve ser controlado, ao menos, pelo seu órgão jurisdicional prolator. Os precedentes obrigatórios, para BARROSO (2021)²¹, correspondem aos julgados e entendimentos que devem ser **necessariamente** considerados e respeitados pela própria Corte de Vértice, sobretudo pelos seus órgãos fracionários de julgamento, e, com maior razão lógica, pelas demais instâncias jurisdicionais, cujo desrespeito, ao contrário daqueles com força intermediária, **ensejam reclamação**, ao STJ ou ao STF, para que seja restabelecido o seu acatamento²² pela própria Corte de Vértice que o emanou no caso em concreto.

²¹ BARROSO, Luís Roberto. *Trabalhando com uma nova lógica: a ascensão dos precedentes no direito brasileiro*. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/dl/artigo-trabalhando-logica-ascensao.pdf>>. Acesso em: 14 de julho de 2021.

²² “Nada obstante, até que as Cortes Supremas, as Cortes de Justiça e os juízes de primeiro grau assimilem uma efetiva cultura do precedente judicial, é imprescindível que se admita a reclamação com função de outorga de eficácia de precedente. E foi com esse objetivo deliberado que o novo Código ampliou as hipóteses de cabimento da reclamação. Essa finalidade fica muito clara não só com a leitura dos incs. III e IV do caput do art. 988 do CPC/2015, mas também com a dos seus §§ 4.º e 5.º, inc. II, que expressamente destinam a reclamação ao controle da aplicação indevida de precedentes e da ausência de sua aplicação,

Um sistema de precedentes obrigatórios tem como pressuposto de regulação a possibilidade de o jurisdicionado pleitear diretamente ao órgão jurisdicional prolator a correta aplicação ao caso do precedente vinculante, por intermédio de um instrumento processual que seja apto e direcionado a impor a autoridade de sua observância. E esse instrumento, em nosso ordenamento, é a reclamação (art. 988, § 5º, II, do CPC/2015), constituindo um erro alijá-la quanto ao seu cabimento.

O uso da reclamação na aplicação dos precedentes vinculantes apresenta, hoje, um cenário dicotômico no âmbito de nossas Corte de Vértice.

Com efeito, recentemente, o Superior Tribunal de Justiça, em julgamento realizado pela Corte Especial, divergiu do posicionamento de que a reclamação constitui instrumento de manutenção da integridade das jurisprudência firmada em teses repetitivas, restando, por maioria, prevalecida a corrente de que “não se consegue conceber que seja admitido o cabimento da reclamação para que seja examinada a aplicação supostamente indevida ou errônea de precedente oriundo de recurso especial repetitivo” (**Rcl 36.476/SP**, Rel. Ministra NANCY ANDRIGHI, CORTE ESPECIAL, julgado em 05/02/2020, DJe 06/03/2020).

Observa-se do estudo do acórdão prolatado na Rcl 36.476/SP, que o Superior Tribunal de Justiça definiu, à luz da política judiciária de redução da taxa de congestionamento²³ de processos, uma nova e morosa dinâmica

desde que devidamente esgotadas as instâncias ordinárias. A propósito, embora o art. 988, § 5º, inc. II, CPC/2015, fale em “acórdão” oriundo de julgamento de “recurso extraordinário com repercussão geral reconhecida” e em “acórdão proferido em julgamento de recurso extraordinário ou especial repetitivos”, é certo que a reclamação tutela todo e qualquer precedente constitucional e federal, pouco importando a forma repetitiva. A restrição que interessa aí diz respeito à necessidade de esgotamento da instância ordinária para o cabimento da reclamação” (Luiz Guilherme Marinoni e Daniel Mitidiero em **Comentários ao Código de Processo Civil: artigos 976 a 1.044**. Dir. Luiz Guilherme Marinoni. Coord. Sérgio Cruz Arenhart e Daniel Mitidiero. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2018, vol. XVI, p. 141).

23 “O temor da Corte, que infelizmente se arrasta há mais de uma década, mesmo antes da criação da sistemática dos recursos especiais repetitivos, diz com o crescente número de processos que aqui são distribuídos, situação que inevitavelmente compromete a celeridade e a qualidade da prestação jurisdicional

do sistema de julgamentos de precedentes qualificados, qual seja: a definição da tese é dos tribunais de vértice e a aplicação subjetiva, pela via do sistema recursal, é dos tribunais ordinários de revisão, negando vigência ao disposto no artigo 988, § 5º, II, do CPC/2015. Pois, segundo restou asseverado pela relatora, isso seria, em resumo, convolar a reclamação em mero substitutivo recursal, pois os recursos ordinários possuem espaço para o questionamento da incorreta aplicação de precedente obrigatório.

É, aliás, o que se extrai das razões do voto da ministra NANCY ANDRIGHI:

“Nesse regime, o STJ se desincumbe de seu múnus constitucional definindo, por uma vez, mediante julgamento por amostragem, a interpretação da Lei federal que deve ser obrigatoriamente observada pelas instâncias ordinárias. Uma vez uniformizado o direito, é dos juízes e Tribunais locais a incumbência de aplicação individualizada da tese jurídica em cada caso concreto.

Em tal sistemática, a aplicação em concreto do precedente não está imune à revisão, que se dá na via recursal ordinária, até eventualmente culminar no julgamento, no âmbito do Tribunal local, do agravo interno de que trata o art. 1.030, § 2º, do CPC/15” (Rcl 36.476/SP, Rel. Ministra NANCY ANDRIGHI, CORTE ESPECIAL, julgado em 05/02/2020, DJe 06/03/2020).

Existiram, entretanto, entendimentos divergentes no referido julgamento que devem ser externados e analisados.

O ministro OG FERNANDES, por exemplo, em seu voto, afastou a premissa de que haveria um gargalo na distribuição de processos ao Superior Tribunal de Justiça, justificando a impropriedade do argumento pela juntada de dados estatísticos do CNJ que evidenciam que as reclamações, ainda sob a égide da Resolução STJ nº 12/2009, não inviabilizaram os trabalhos da Corte.

esperada pelo jurisdicionado. É fato que o STJ, com apenas 33 Ministros, não possui o aparelho necessário para revisar, individualmente, todos os processos que tramitam no território nacional, boa parte deles versando sobre controvérsias de massa” (trecho do voto proferido pela relatora da Rcl 36.476/SP).

Consignou, ainda, que a prevalência da tese que ao final restou definida, deixaria “o jurisdicionado sem remédio processual para pleitear a correção da ilegalidade e o STJ sem instrumento para garantir a observância de seus julgados repetitivos, em manifesta violação dos princípios da segurança jurídica e da isonomia”.

Por sua vez, o ministro HERMAN BENJAMIN, ao acompanhar a divergência, assim se manifestou:

O sistema trazido pelo CPC/2015 é incompatível com o automatismo na reprodução dos precedentes e nele também não há lugar para o arbítrio. Os acórdãos proferidos sob a sistemática dos repetitivos são textos, neles se contém uma *ratio decidendi* que se expressa sob a forma de um texto, e existe, em torno de qualquer texto, a possibilidade de interpretações, restrições e complementações.

Entretanto, no exercício da tarefa de aplicar o precedente, pode ser que o juiz do caso sucessivo, a pretexto de estar interpretando a tese emitida pelo STJ, acabe desfigurando-a por completo.

Em tais feitos, se o julgamento do Agravo Interno previsto no art. 1.030, § 2º, encerrar a discussão, acabará havendo um “ponto cego” no sistema de precedentes. Por isso, deve-se admitir o controle da procedência das razões que afastam o precedente pela via reclamatória.

Assim, na linha da jurisprudência do STJ, o único recurso possível para suscitar eventuais equívocos na aplicação dos precedentes repetitivos é o agravo interno da decisão que inadmitiu o recurso especial, com fundamento em tese repetitiva, a ser julgado pelo Tribunal de origem, com exclusividade e em caráter definitivo.

Posteriormente, o Superior Tribunal de Justiça enfrentou a questão novamente, em maio de 2021, no julgamento do AgInt em RMS 53.790/RJ e entendeu que, em razão do incabimento de reclamação após o julgamento do agravo interno pela Presidência do Tribunal local (*seguindo o padrão decisório advindo da Rcl 36.476/SP*), é admissível o mandado de segurança na Corte de origem, visando controlar a aplicação de precedente qualificado.

A solução não é adequada.

Primeiro, porque, para justificar a impetração de mandado de segurança, confunde teratologia com aplicação equivocada de precedentes repetitivos; e, segundo, novamente impõe por uma segunda e nova via a revisão da interpretação do precedente obrigatório pelo mesmo e próprio tribunal local, burocratizando, sem qualquer sentido prático, a jurisdição.

Ora, como é sabido, nos termos do artigo 1.030, § 2º, do CPC/2015, após o julgamento do agravo interno interposto em face da decisão de inadmissibilidade do recurso especial, não restará ao jurisdicionado a possibilidade de reexame pelo Superior Tribunal de Justiça sobre a correção ou não da aplicação do precedente vinculante. Justifica-se, portanto, a partir dessa lacuna jurisdicional, o uso da reclamação nos exatos termos do art. 988, § 5º, do CPC/2015, decorrendo, aliás, dessa situação fático-jurídica, a sua razão de existir e sua lógica sistêmica.

Logo, a previsão de seu cabimento, na dicção do art. 988, § 5º, II, do CPC/2015, não se encontra em contrariedade ao disposto no rol taxativo previsto no art. 988, e seus incisos, do CPC/2015. Sua interação, na verdade, no ordenamento processual vigente, é em relação ao art. 1.030, § 2º, do CPC/2015, emprestando-lhe uma coerência harmônica e funcional em sua interpretação e aplicação.

Sendo assim, não é razoável o Superior Tribunal de Justiça esvaziar a finalidade processual da reclamação no contexto da nossa teoria dos precedentes. Além, é claro, de contribuir com a inefetividade do atual sistema, desfavorece a isonomia, fomenta a rebeldia dos tribunais inferiores e, quiçá o mais importante, nega sua própria função e missão constitucional enquanto Corte de Precedentes²⁴.

24 “(...) a decisão do Superior Tribunal de Justiça, ao definir o sentido do direito, integra a ordem jurídica vinculante, constituindo 'precedente obrigatório'. A Corte passa a ser uma Corte de Precedentes, deixando de ser uma corte de correção. O seu objetivo é definir a interpretação, mediante a instituição de precedente, para a tutela da igualdade de todos perante o direito; não mais a de revelar

Nesse sentido, inclusive, é a advertência de MARINONI (2017, p. 154):

A ordem constitucional confere ao Superior Tribunal de Justiça a função de dar sentido à lei federal e de garantir que esse seja observado pelos tribunais ordinários e juízes de 1º grau de jurisdição. Isso também evidencia, de modo indiscutível, que os precedentes do Superior Tribunal de Justiça devem obrigar os tribunais e juízes inferiores. Mais do que isso: o Superior Tribunal de Justiça, em face do ditado constitucional, tem o dever de zelar pela observância de suas decisões.

Por outro lado, verifica-se que o Supremo Tribunal Federal aceita a reclamação nesses termos, por desrespeito à aplicação dos precedentes repetitivos e vinculantes, condicionando-a, tal como dispõe a legislação processual, apenas ao esgotamento dos recursos ordinários (**Rcl 27.798 AgR/PR**, Relator: ALEXANDRE DE MORAES, Primeira Turma, julgado em 27/10/2017, DJe de 14/11/2017).

No julgamento da Rcl 27.798 AgR/PR pelo STF, a Primeira Turma, por maioria, deu provimento ao agravo regimental para cassar a decisão reclamada, proferida pelo Tribunal Superior do Trabalho - TST, que negou seguimento ao Agravo de Instrumento em Recurso de Revista (AIRR) por “ausência de transcendência” da controvérsia e, no caso em concreto, afastar a responsabilidade subsidiária da União, conforme o decidido no pelo STF no RE 760.931 (Tema 246 da repercussão geral).

Conforme se depreende da leitura do **Informativo 990 do STF**, os autos versavam sobre a questão da responsabilidade solidária do ente público, matéria cuja repercussão geral foi reconhecida e decidida pelo STF (Tema 246). O ministro ALEXANDRE DE MORAES, em seu voto, assinalou que o TST tem negado a transcendência da questão com base no

o exato sentido da lei, sedimentando jurisprudência uniforme, para o controle da legalidade das decisões” (MARINONI, 2017, p. 79).

art. 896-A da Consolidação das Leis do Trabalho (CLT) e, ao mesmo tempo, determinado o imediato trânsito em julgado.

Segundo constatou o ministro, o que o TST na verdade faz é impedir que a posição pacificada do STF, em sede de recurso repetitivo, ou seja: precedente vinculante, prevaleça nos casos. Por oportuno, vale destacar trecho do voto proferido pelo ministro ALEXANDRE DE MORAES, no qual se afirmou expressamente o cabimento da reclamação como instrumento processual de observância dos precedentes proferidos em recursos repetitivos nos termos do art. 988, § 5º, II, do CPC/2015:

Por decorrência lógica, a reclamação em tela somente caberá do julgamento do agravo interno de que trata o art. 1.030, § 2º, do CPC, devendo ser proposta antes da formação da coisa julgada (CPC, art. 988, § 5º, II). De outro lado, o Código deixa muito claro que o reclamante pode usar como fundamento somente "acórdão de recurso extraordinário com repercussão geral reconhecida" ou "acórdão proferido em julgamento de recurso extraordinário repetitivo". Dentro desses exíguos limites, não cabe alegar nesta reclamação (a) desrespeito a acórdão que afirmou inexistente a repercussão geral de certa matéria e (b) a aplicação de óbices processuais ou de outros precedentes, destituídos da força da repercussão geral ou do caráter repetitivo definido nos arts. 1.036 a 1.041. Em síntese: a reclamação prevista no art. 988, § 5º, II, do CPC (a) cabe tão somente do julgado que resultar da apreciação do agravo interno de que trata o art. 1.030, § 2º, do CPC e (b) pode apontar como fundamento exclusivamente acórdão de recurso extraordinário repetitivo ou com repercussão geral reconhecida. (STF, Primeira Turma, Rcl 27.798 AgR, rel. min. Alexandre de Moraes, julgada em 27/10/2017, DJE de 14/11/2017)

Com efeito, como igualmente preceitua a Ministra ROSA WEBER, na **Rcl 24.259/SP**, “o cabimento da reclamação proposta para garantir a autoridade de decisão proferida sob a sistemática da repercussão geral está condicionado ao esgotamento da instância ordinária, consoante dispõe o inciso II do §5º do art. 988 do CPC/2015, o qual se concretiza após o julgamento de agravo interno contra o juízo de admissibilidade do recurso extraordinário pela Presidência da Corte de origem”.

Verifica-se, portanto, que o Supremo Tribunal Federal, respeitada a dicção normativa condicionante do art. 988, § 5º, II, do CPC/2015, faz uso

da reclamação para reafirmar adequadamente suas teses repetitivas e, assim, zelar pela autoridade de seus precedentes vinculantes, utilizando-a adequadamente tal como concebida no sistema processual, emprestando, assim, segurança jurídica e previsibilidade à ordem econômica, política e social.

O STF não restringe a utilidade da reclamação, ao contrário, maximiza, dentro da reserva legal, a sua aplicabilidade, como deveria ser também feito pelo Superior Tribunal de Justiça, para o fortalecimento de seus precedentes.

5. Conclusões.

Como visto, o entendimento restritivo firmado pelo Superior Tribunal de Justiça, no julgamento da Rcl 36.476/SP, torna a ação de impugnação da reclamação um instrumento inefetivo na consolidação da teoria do *stare decisis* e reduz consideravelmente a força do precedente vinculante oriundo pelo Superior Tribunal de Justiça a partir da técnica de julgamento dos recursos especiais repetitivos, desobrigando os tribunais inferiores da federação a seguirem a orientação obrigatória firmada por aquela Corte de Vértice. Nessa reconfiguração, obrigatoriamente, seria exigido e esperado do STJ uma função de protagonismo – **como sempre foi exercido pelo Supremo Tribunal Federal** - na formação e aplicação de seus precedentes vinculantes.

Trata-se, portanto, do seu uso adequado nos termos do art. 988, § 5º, II, do CPC/2015.

Com efeito, o acesso decisório igualitário às Cortes de Vértice é uma exigência social que exige uma resposta previsível, célere e juridicamente consistente pelo Poder Judiciário, não podendo aguardar os interessados e os jurisdicionados, por anos e anos, pela estabilização de uma jurisprudência

cambaleante firmada sem a adequada fiscalização e reafirmação por meio da reclamação na consolidação do novel sistema de precedentes judiciais brasileiro.

Referências Bibliográficas.

ALVIM, Teresa Arruda. *CPC em foco: temas essenciais e sua receptividade – dois anos de vigência do novo CPC*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2019.

BARROSO, Luís Roberto. *Trabalhando com uma nova lógica: a ascensão dos precedentes no direito brasileiro*. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/dl/artigo-trabalhando-logica-ascensao.pdf>>. Acesso em: 14 de julho de 2021.

BRASIL. Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015. *Código de Processo Civil*. Diário Oficial da União. Brasília, DF, 17 mar. 2015. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm>. Acesso em: 14 de julho de 2021.

BRASIL. Superior Tribunal Justiça. *Reclamação nº 36.476/SP*, Rel. Ministra Nancy Andrighi, Corte Especial, julgado em 05 fev. 2020, publicado no DJe de 06 mar. 2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 2122/CE*, Rel. Ministra Ellen Gracie, Tribunal Pleno, julgado em 02 out. 2003, publicado no DJ de 14 nov. 2003.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Reclamação nº 27.798 AgR/PR*, Rel. Ministro Alexandre de Moraes, Primeira Turma, julgado em 27 out 2017, DJe de 14 nov 2017.

DIDIER JUNIOR, Fredie. *Curso de Direito Processual Civil: o processo civil nos tribunais, recursos, ações de competência originária de*

tribunal e querela nullitatis, incidentes de competência originária de tribunal. Salvador: Editora JusPodivm, 2020.

_____. *Curso de Direito Processual Civil: teoria da prova, direito probatório, teoria do precedente, decisão judicial, coisa julgada e antecipação dos efeitos da tutela*. Salvador: Editora JusPodivm, 2009.

DONIZETTI, Elpídio. A força dos precedentes no Novo Código de Processo Civil. Disponível em: <
<https://elpidiodonizetti.jusbrasil.com.br/artigos/155178268/a-forca-dos-precedentes-do-novo-codigo-de-processo-civil> >. Acesso em: 14 de julho de 2021.

GRINOVER, Ada Pellegrini. *A reclamação para garantia da autoridade das decisões dos tribunais*. Disponível em: <
http://www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/documentacao_e_divulgacao/doc_biblioteca/bibli_servicos_produtos/bibli_boletim/bibli_bol_2006/RDP_02_11.pdf >. Acesso em: 14 de julho de 2021.

MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Sistema brasileiro de precedentes: natureza, eficácia e operabilidade*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016.

MARINONI, Luiz Guilherme. *Julgamento nas cortes supremas: precedentes e decisão do recurso diante do novo CPC*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2017.

_____. *Precedentes obrigatórios*. 3 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013.

MITIDIERO, Daniel. *Cortes superiores e cortes supremas: do controle à interpretação, da jurisprudência ao precedente*. São Paulo: Editora Revistas dos Tribunais, 2017.

NEVES, Daniel Amorim Assumpção Neves. *Ações constitucionais*. Salvador: Editora JusPodivm, 2020.

PEREIRA, Paula Pessoa. *Legitimidade dos precedentes: universalidade das decisões judiciais do STJ*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014.

SOUTO, João Carlos. *Suprema Corte dos Estados Unidos – principais decisões*. São Paulo: Editora Atlas, 2015.

TARUFFO, Michele. *Le funzioni delle Corti supreme: cenni generali*. Annuario di Diritto Comparato e di Studi Legislativi. Nápoles: Edizione Scientifiche Italiane, 2011.

UNITED STATES. Supreme Court of the. *McCulloch v. Maryland*, 17 U.S. 4. First Party: McCulloch. Second Party: Maryland. March 5, 1819. Disponível em: < <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/17/316/case.html> >. Acesso em: 14 de julho de 2021.

O PAPEL DOS OPERADORES DO DIREITO COMO GARANTIDORES DOS DIREITOS HUMANOS

THE ROLE OF LAW OPERATORS AS HUMAN RIGHTS GUARANTEES

*Helena Lariucci¹
Everton Nobre²*

Resumo

Os Direitos Humanos são mundialmente defendidos, todavia diariamente ignorados, mesmo tendo se estabelecido, no mundo moderno, através da Declaração Universal dos Direitos Humanos, a qual fora construída no período pós guerra, em que os atentados à dignidade da pessoa humana ultrapassaram todos os limites do aceitável. Nota-se que, a grande maioria das Constituições dos Países Ocidentais, adequaram-se, ou mesmo transcreveram artigos da mencionada Declaração, como garantias e direitos sociais, principalmente porque a sociedade encontrava-se impregnada de princípios e conteúdo axiológico. Partindo da construção histórica do Estado e dos princípios fundamentais, da dignidade da pessoa humana e a relação destes com a ordem social e econômica, verificar-se-á a responsabilidade do Estado em garantir a aplicação dos direitos humanos, sejam como agente efetivador desses direitos, por intermédio de políticas públicas, seja como guardião da aplicação destes, tanto na aplicação vertical como na horizontalização desses direitos, por intermédio da justiça estatal. Em todas as instâncias, tem o Estado a obrigação de respeitá-los, mantendo a ordem e a aplicação da legislação. Contudo, diante das violações cotidianas aos Direitos e Garantias Fundamentais, eleitos pelos homens como o garantidor da dignidade, surge a necessidade de se verificar o papel dos operadores de direito como agentes garantidores desses direitos, o que ganha relevância com o surgimento do neoconstitucionalismo, com a mitigação do positivismo kelseniano, e a abertura para uma maior elucidação pelo intérprete da lei, possibilitando ou não a mitigação dos Direitos tidos como Universais. Apresentar que o papel dos Operadores do Direito, através do Judiciário, em tempos modernos, é defender o Direito e a Justiça, tendo como horizonte a realização da função social das leis em busca do pleno desenvolvimento do ser, respeitando, consequentemente, e primordialmente, os Direitos Humanos.

¹ Advogada, Professora e Mestre em Direito. Pós-Graduada em Direito Processual pela FESURV (2016). Presidente da Comissão de Honorários da Ordem dos Advogados do Brasil Subseção Taguatinga-DF (2019-2021). Membro da Associação Brasileira de Processo Civil – ABPC e membro do Instituto Brasileiro de Direito Processual - IBDP

² Advogado, Professor, Mestrando em Direito pelo Centro Universitário de Brasília - UNICEUB. Pós-graduado com docência em Direito Público pela Faculdade Projeção (2012). Presidente da Comissão Permanente de Direitos Humanos e Cidadania do Subseção do Paranoá - OAB/DF (2019-2021).

Palavras chaves: direitos humanos; poder judiciário; operadores do direito; neoconstitucionalismo: proporcionalidade

Abstract

Human rights are globally defended, yet ignored daily, even though they were established in the modern world through the Universal Declaration of Human Rights, which was built in the postwar period, when the attacks on the dignity of the human person surpassed all limits. acceptable. It is noted that the vast majority of the Constitutions of Western Countries have adapted, or even transcribed articles of the aforementioned Declaration, as guarantees and social rights, mainly because society was impregnated with principles and axiological content. Starting from the historical construction of the state and the fundamental principles, the dignity of the human person and their relationship with the social and economic order, it will be verified the responsibility of the state to guarantee the application of human rights, whether as an effective agent of these rights. , through public policies, either as a guardian of their application, both in the vertical application and in the horizontalization of these rights, through state justice. In all instances, the State has an obligation to respect them while maintaining the order and application of legislation. However, in view of the daily violations of Fundamental Rights and Guarantees, elected by men as the guarantor of dignity, there is a need to verify the role of legal operators as guarantors of these rights, which gains relevance with the emergence of neoconstitutionalism, with the mitigation of Kelsenian positivism, and the openness to further elucidation by the interpreter of the law, whether or not to mitigate the Rights regarded as Universal. To present that the role of the Law Operators, through the Judiciary, in modern times, is to defend the Law and Justice, having as horizon the accomplishment of the social function of the laws in search of the full development of the being, respecting, consequently, and primarily human rights.

Key words: human rights; judicial power; law operators; neoconstitutionalism; proportionality

1. Conceito de Justiça e de Direito

O conceito de Direito para Aristóteles está intrinsecamente ligado à justiça, pois o direito existe para que se faça prevalecer a justiça, sendo, portanto, a normatização da realização do que é justo.

Segundo Guimarães³ o Direito pode ser definido como:

³ Deocleciano Torrieri Guimarães. Dicionário Técnico Jurídico, 13ª ed (São Paulo: Rideel, 2010), 282.

“Ciência que sistematiza as normas necessárias para o equilíbrio das relações entre o Estado e os cidadãos e destes entre si, impostas coercitivamente pelo Poder Público. Universalidade das normas legais que disciplinam e protegem os interesses ou regulam as relações jurídicas. A palavra vem do latim popular *directu*, substituindo a expressão do latim clássico *jus*, que indicava as normas formuladas pelos homens destinadas ao ordenamento da sociedade.”

Ainda no mesmo sentido, Grotius apud Groppali⁴ leciona:

“Segundo Grotius, o direito é determinado pelo “conjunto das regras ditadas por uma razão humana e sugeridas pelo *appetitus societatis*”: mas, como todos compreendem, além de não ser exato afirmar que o direito é o produto exclusivo da razão humana, nesta definição não se esclarece a diferença específica do direito, por que esta se poderia entender muito bem também as normas da moralidade.”

Ferraz Jr.⁵ leciona:

“O direito é um dos fenômenos mais notáveis na vida humana. Compreendê-lo é compreender uma parte de nós mesmos. É saber em parte por que obedecemos, por que mandamos, por que nos indignamos, por que aspiramos a mudar em nome de ideias, por que em nome de ideias conservamos as coisas como estão. Ser livre é estar no direito e, no entanto, o direito também nos oprime e tira-nos a liberdade.”

Conceituar justiça, conforme já exposto, é algo difícil ante a abstratividade do termo. Pode-se concluir, em razão da especial abordagem feita por Aristóteles que a Justiça é uma virtude e que para ser efetivada é necessário que o indivíduo compreenda o que é justo e que, dentro dessa compreensão, porte-se como tal. O Direito, por sua vez, é uma criação do homem para pacificação social sendo que apesar de relacionar-se intimamente com a justiça, o mesmo não pode ser confundido com a moral, que embora influencie na conduta do indivíduo trata-se de um elemento de cunho mais cultural do que aquele. Vale dizer que o direito é um conjunto de princípios e normas destinados a alcançar a justiça, sendo que, quando há descumprimento de tais regramentos sociais impostos, haverá as sanções necessárias.

Vale dizer ainda, que nem sempre a aplicação do Direito é justa, seja pela ineficácia da legislação aprovada e aplicada, seja pela evolução social sem a correta adequação, ou quando o Direito se torna um mero objeto em si, o que muitas vezes o torna injusto.

⁴ Alexandre Groppali. *Filosofia do Direito* (Campinas-SP: LZN Editora, 2003), 176

⁵ Tercio Sampaio Ferraz JR. *Introdução ao Estudo do Direito*, 5ª ed (São Paulo: Atlas, 2007), 21

Tem-se ainda que, o Direito é uma consequência das normas sociais, dos costumes, da moral e da cultura de um povo, entretanto, este deve ser usado como forma de legitimação do Estado para exercer o Poder Jurisdicional, visando sempre o interesse público social.

Verifica-se que o Direito não deve se limitar a resolver questões entre particulares, sob pena de perder seu objeto e ser ineficaz, ante a morosidade que se formará, sendo que entre particulares devem ser utilizados meios alternativos de solução de conflito.

Nesta linha de raciocínio, leciona Machado⁶:

“A definição do Direito certamente fica a depender da postura filosófica que adotarmos. E com certeza não será possível uma definição razoavelmente satisfatória se não levarmos em conta o fim a que o Direito se destina. Para o qual existe”.

Portanto, a melhor aplicação do Direito é em busca da justiça, lembrando que está se falando de bem comum e social, sendo que dentre particulares o adequado seria se utilizar do Poder Jurisdicional somente após tentar todos os meios alternativos de solução de conflitos, os quais têm ganhando maior espaço hodiernamente, haja vista que a morosidade e insegurança jurídica têm assustado os jurisdicionados.

2. O Poder Judiciário

O Estado possui como poder-dever total obrigação de promover a efetivação de normas sociais, as quais estão diretamente vinculadas aos direitos humanos, espalhados pelo ordenamento jurídico, especialmente nas Cartas Magnas dos estados democráticos.

E dentro dessa divisão dos poderes do Estado, verifica-se que cabe ao Legislativo o dever de “fazer” as leis, o Executivo, salvo algumas exceções, possui como principal atribuição a administração e execução das leis e normas sociais criadas e emanadas do povo, através de seus representantes (legislativo), cabendo, portanto, ao Judiciário a função/dever de interpretar e aplicar a lei, com a finalidade de solucionar os impasses oriundos das relações, conforme preceitua a função jurisdicional.

Tal função jurisdicional é exercida pelos juízes, que representam o Estado, possuindo competência, prerrogativa e capacidade para proferir julgamentos, de acordo com as normas constitucionais, infraconstitucionais, internacionais e qualquer outra norma criada pelo legislativo do país.

⁶ Hugo de Brito Machado. Introdução ao Estudo do Direito, 2ª ed (São Paulo: Atlas, 2004), 21

Verifica-se acima, a separação/divisão dos poderes do Estado, conforme preconizou Montesquieu⁷ em sua teoria da separação dos poderes.

Segundo a Constituição Federal Brasileira⁸, no artigo 2º, são poderes da União, independentes e harmônicos entre si, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário.

Conclui-se, então que a função primordial do Poder Judiciário é aplicar os conceitos de justiça e de direito, já defendidos neste artigo, justamente com a intenção de garantir a aplicação dos direitos de cada cidadão, resolvendo os prováveis conflitos que possam surgir na sociedade, através da investigação, apuração, julgamento e punição, se for o caso.

Jurisdição é assim definida por Cintra, Grinover e Dinamarco⁹, os quais afirmam que coadunam e convivem em harmonia o poder, a função e a atividade:

“Como poder, é a manifestação do poder Estatal, conceituado como capacidade de decidir imperativamente e impor decisões. Como função, expressa o encargo que têm os órgãos estatais de promover a pacificação de conflitos interindividuais, mediante a realização do Direito justo e através do processo. E como atividade ela é o complexo de atos do juiz no processo, exercendo o poder e cumprindo a função que a lei lhe comete.”

Ocorre que, diante da nova estrutura globalizada, e de tantas dificuldades encontradas em diversas situações em que a justiça tem perecido para o direito, principalmente quando se observa a inércia do poder legislativo em resolver questões primordiais como Direitos Humanos, por exemplo, se está verificando um alargamento/aumento da função jurisdicional, sendo que essa atitude recebe o nome de ativismo judicial ou judicialização.

Emilio Bittencourt¹⁰ assim conceitua o ativismo judicial:

A defesa de um ativismo judicial, definidor de políticas públicas, em um estado de direito, está em desacordo com o necessário prestígio do princípio do pluralismo político, tem sido levado a cabo, com a compreensível preocupação de aproximar as disposições jusfundamentais da realidade constitucional, ao ponto de se postular mais que um juiz-legislador, verdadeiro juiz-administrador.

⁷ Charles de Secondat Montesquieu. O Espírito das leis. (São Paulo: Martins Fontes, 1996).

⁸ Brasil. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. (Brasília: Senado Federal, 1988)

⁹ Antonio Carlos de Araújo Cintra, Ada Pelegrini Grinover e Candido Rangel Dinamarco. Teoria Geral do Processo, 20ª ed (São Paulo: Malheiros, 2004), 23

¹⁰ Emilio Bittencourt Neto. O direito ao mínimo para uma existência digna. (Porto Alegre: Editora Livraria do Advogado, 2010), 150

Infelizmente, em casos de omissão da lei, principalmente em sistemas *civil law*¹¹, como no Brasil e na Europa de um modo geral, o Poder Judiciário acabou por, cumprindo a função jurisdicional de proteção do direito e da justiça, proferir julgamentos baseados em princípios supraconstitucionais quando a norma está omissa.

Ricardo Freire Soares¹² diz:

“não se argumente contra o ativismo judicial porque ele é um modo de exteriorização pela via hermenêutica da valorização dos princípios constitucionais.”

E verifica-se que surgiu uma nova escola pós-moderna, que veio em socorro ao Poder Judiciário, colocando o indivíduo comunitário como centro das decisões do Estado.

3. Neoconstitucionalismo e um novo Poder Judiciário interpretativo

A Constituição é estabelecida como pedra fundamental do Estado Democrático de Direito, segundo a qual está regulamentada a separação dos poderes, conforme anteriormente explicado, entendida como meio de organização e limitação política do poder estatal, bem como os direitos fundamentais, expressa a vontade da "maioria" no que toca os direitos tidos como essenciais para o convívio naquela sociedade.

Ocorre que, diante da perplexidade das violações aos direitos humanos decorrentes das maiorias totalitárias (como o fascismo e o nazismo), o conceito de constituição teve que ser expandido para compreender os direitos das minorias, com respeito às cláusulas pétreas, tidas como inabólieis pelo constituinte originário.

Como é sabido, a ausência ou o desrespeito às normas constitucionais implica na não caracterização do Estado Constitucional ou na ausência de constituição¹³.

Nesse diapasão, Cambi¹⁴ explica que o

¹¹ “O sistema romano-germânico ou Civil Law é o sistema jurídico mais disseminado no mundo, baseado no direito romano, tal como interpretado pelos glosadores a partir do século XI e sistematizado pelo fenômeno da codificação do direito, a partir do século XVIII. Prioriza o positivismo consubstanciado em um processo legislativo. A norma jurídica constitui-se em um comando abstrato e geral procurando abranger, em uma moldura, uma diversidade de casos futuros.”

¹² Ricardo Maurício Freire Soares. *Hermenêutica e Interpretação Jurídica*. (São Paulo: Saraiva, 2010), 17

¹³ Marcelo Neves. *A Constituição Simbólica*, (São Paulo: Martins Fontes, 2011): 61-62

¹⁴ Eduardo Cambi, *Neoconstitucionalismo e Neoprocessualismo: direitos fundamentais, políticas públicas e protagonismo judiciário*. 2ª ed (São Paulo: RT, 2011), 24

“princípio da maioria não está assentado no absolutismo da maioria ou na opressão das minorias. O conceito de democracia não pode ser reduzido ao governo da maioria.”

Verifica-se também que houve uma alteração do entendimento que a lei seria um produto da vontade da maioria. A legislação pode ser resultado de grupos de pressões e de mecanismos de votação ilegítimos que perseguem interesses particulares, assim como também esta pode resultar da vontade de um partido ou de uma coligação majoritária, além de interesses momentâneos dos detentores do Poder Estatal.

O direito ao voto, a liberdade partidária, o mandato livre, o direito de acesso aos cargos políticos, a igualdade de tratamento tributário tem significância reduzida em uma sociedade marcada pelo tráfego de influências, pelo *clientelismo* e pela corrupção¹⁵.

Deve ser destacado que a qualidade de uma legislação não está apenas ligada à atividade do parlamento, mas de outros fatores externos como exercer a cidadania, o grau de informação do povo e dos legisladores, além de a real compreensão de questões políticas tanto da população quanto dos governantes.

O poder judiciário, com a explosão da litigiosidade em busca dos direitos sociais, teve que ampliar a visibilidade social e política da magistratura, sendo cobrado pela concretização destes direitos.

Acrescente-se a isso o fato de o neoliberalismo contribuir para as desigualdades sociais, exigindo firmeza do Poder Judiciário no cumprimento das disposições democráticas constitucionais, na promoção de critérios de desenvolvimento humano e de justiça social. Isso tem como consequência a expansão da jurisdição constitucional, surgindo uma necessidade de revisão na teoria da separação dos poderes.

A revisão do princípio da separação dos poderes no estado social começa na reanálise do princípio da isonomia, o qual não é mais visto por um viés formal, mas material, de forma a demandar do estado ações positivas, o que importa falar em desigualdades jurídicas. Em outras palavras, o tratamento desigual deve estar fundamentado em razões – fáticas e jurídicas – plausíveis para a sua permissão, o que afasta, de toda sorte, as arbitrariedades.

Sempre que os demais poderes comprometerem a integridade e a eficácia dos fins do Estado, impedindo a concretização de direitos fundamentais, o Judiciário tem a

¹⁵ Eduardo Cambi, Neoconstitucionalismo e Neoprocessualismo: direitos fundamentais, políticas públicas e protagonismo judiciário. 2ª ed (São Paulo: RT, 2011), 25

função de controlá-los. Isso ressoa como um amadurecimento do Poder Judiciante, que agora deixa de ser mero interprete da lei para se tornar guardião dos direitos e garantias fundamentais, bem como legislador “passivo” no que toca à ausência de norma efetivadora dos referidos direitos.

Com isso, é alterada o alcance da função do Poder Judiciário, que não mais se restringe apenas a tarefa de subsunção do fato a norma, mas em examinar se o exercício discricionário do poder de legislar e de administrar conduzem à efetivação dos resultados objetivados pelas Cartas Magnas dos países, especialmente no que se refere aos fundamentos e às diretrizes pro futuro delineadas nestes diplomas (normas pragmáticas).

Portanto, o neoconstitucionalismo implica na mudança de paradigmas dogmáticos, com uma maior responsabilidade e técnica do aplicador da norma, evidenciando uma nova maneira de interpretar o direito, aplicando-se a lei de acordo com as premissas constitucionais, o que denota um maior esforço intelectual do aplicador da lei e maior aprofundamento dos operadores do direito no conhecimento do interesse constitucional metalegal, não só denotado nas normas supremas, mas também implícitas nestas, assim como pulverizadas em toda ordem social, balizando as ações dos poderes e o povo, inclusive entre particulares¹⁶.

4. O Direito Humano de Acesso à Justiça

A Declaração Universal de Direitos Humanos de 1948, a qual baseou os direitos e garantias fundamentais da Constituição Portuguesa e Brasileira, que preveem o direito de acesso à justiça sob a perspectiva interna, quando estabelece que toda pessoa tem direito a uma audiência justa e um tribunal para decidir seus direitos e deveres¹⁷.

Os direitos humanos são aqueles que, sem os quais, a pessoa humana não convive, vive ou sobrevive, incluindo a dignidade, igualdade e liberdade do ser humano¹⁸.

A dignidade da pessoa humana, viu a sua noção ser enunciada por Emanuel Kant¹⁹:

¹⁶ Miguel Carbonel. El Neoconstitucionalismo: significado y niveles de análisis. (Editorial Trotta: Instituto de Investigaciones Jurídicas – UNAM), 153-164

¹⁷ Declaração Universal dos Direitos Humanos, Art. X: “Toda pessoa tem direito, em plena igualdade, a uma audiência justa e pública por parte de um tribunal independente e imparcial, para decidir de seus direitos e deveres ou do fundamento de qualquer acusação criminal contra ele”.

¹⁸ José Afonso da Silva Silva. Curso de direito constitucional positivo. (São Paulo: Melhoramentos, 2009), 178.

¹⁹ Jorge Miranda. Direito Constitucional Tomo IV Direitos Fundamentais. 3.ª edição. (Coimbra: Coimbra Editora, 2000), 188

“No reino dos fins, tudo tem um preço e uma dignidade. Quando uma coisa tem um preço, pode-se pôr em vez dele qualquer outro como equivalente; mas quando uma coisa está acima de todo o preço e, portanto, não permite equivalente, então tem ela dignidade”.

Bacelar Gouveia refere-se à dignidade da pessoa humana como a que

“designa as características intrínsecas da pessoa como ser dotado de inteligência e vontade, que se autodetermina”, apontando três funções para a dignidade da pessoa humana: a de “estabelecer a fundamentação jusnaturalista de parte do nosso sistema de direitos fundamentais, a de permitir o alargamento também parcial das normas que fazem a sua atribuição e a de resolver, de acordo com um critério ético, as colisões de direitos fundamentais”²⁰.

O princípio da dignidade da pessoa humana assegura os direitos fundamentais, a exemplo, da liberdade pessoal, dignidade e o exercício de direitos sociais e políticos, sendo que o acesso à justiça vem proteger atos que afrontam a dignidade da pessoa humana, tais como discriminações, atos degradantes, abusivos ou até mesmo cruéis.

Verifica-se que com a repartição dos poderes, cabe ao poder judiciário proceder com a justiça punitiva, sendo que, qualquer que sejam os direitos fundamentais, humanos, ou qualquer outro direito garantido ao ser humano, somente será efetivo, se houver acesso pleno à justiça, através da prestação jurisdicional efetiva, eficiente, eficaz e em hábil tempo.

O acesso à justiça é apontado pelos doutrinadores como direito humano essencial garantidor da efetividade de toda e qualquer norma. Cappelletti, em sua obra *Acesso à Justiça*, afirma que o acesso à justiça é instrumento fundamental para a verdadeira efetivação dos direitos, pois de nada adianta os ter se não podemos reivindicá-los:

“De fato, o direito ao acesso efetivo tem sido progressivamente reconhecido como sendo de importância capital entre os novos direitos individuais e sociais, uma vez que a titularidade de direitos é destituída de sentido, na ausência de mecanismos para sua efetiva reivindicação”²¹.

Tem-se que os direitos humanos vão se adaptando ao longo do tempo, quanto a seu conteúdo, eficácia e efetivação, diante das situações ocorridas no mundo globalizado, podendo destacar-se que, atualmente, os direitos humanos já estão na 5ª (quinta) geração.

²⁰ Jorge Bacelar Gouveia. *Direitos Fundamentais Atípicos*. (Lisboa: Aequitas, 1995), 397

²¹ Mauro Cappelletti. *Acesso a justiça*. Tradução de Ellen Gracie Northfleet. (Porto Alegre: Fabris, 1988), 11

A primeira, são aqueles direitos individuais inerentes a liberdade, ou seja, são os direitos civis e políticos, que exigem a não intervenção estatal na vida do cidadão. Os Direitos Humanos de segunda geração, são direitos sociais, econômicos e culturais, exigindo a atuação direta do estado, pois se trata de direito coletivo positivado. O acesso à justiça encontra-se enquadrado nesta classificação.

Já os direitos humanos de terceira geração, são aqueles ligados a fraternidade e solidariedade, tais como meio ambiente e consumo saudável. Já os de quarta e quinta geração, são os direitos ligados a informação, democracia, pluralismo e saúde genética.

Com efeito, o acesso à justiça como direito humano de 2ª geração outorga o direito de ação - compreendido como o direito de ir a juízo, fazendo afirmação de um direito, e postulando uma tutela de mérito, permitindo a postulação por meio do processo judicial.

Carlos Alberto Menezes Direito afirma que o

“maior esforço que a ciência do direito pode oferecer para assegurar os direitos humanos é voltar-se, precipuamente, para a construção de meios necessários à sua realização nos Estados e, ainda, para o fortalecimento dos modos necessários de acesso à Justiça com vistas ao melhoramento e celeridade da prestação jurisdicional”²²

O exercício da chamada proteção judiciária dos direitos, que vem à baila por meio da tutela jurisdicional, evita ou restaura o perecimento do direito material invocado, uma vez que o núcleo do processo passa a ser constituído pela afirmação deste direito, o qual virá a ser assegurado pela tutela jurisdicional, caso venha a ser reconhecido pelo judiciário.

E para que isso ocorra, é necessário que o processo disponha de mecanismos capazes de realizar a devida prestação jurisdicional com qualidade e efetividade, qual seja, de garantir ao jurisdicionado o seu direito real, efetivo, e no menor lapso temporal possível.

Tal se afirma pelo fato de que, a morosidade do processo produz uma justiça tardia, que segundo Barbosa²³ não pode ser considerada uma justiça, senão uma injustiça qualificada.

Também nesse entendimento, Bielsa e Grana²⁴ advertem que,

²² Carlos Alberto Menezes Direito, A prestação jurisdicional e a efetividade dos direitos declarados, Revista da EMERJ, v. 1, nº. 1, (1998) 14

²³ Rui Barbosa. Orações aos Moços. (Rio de Janeiro: Simões, 1947): 70

²⁴ José Rogério Cruz e Tucci. Tempo e processo. (São Paulo: RT, 1997).

“a demora processual irá perdendo progressivamente seu sentido reparador, na medida em que se postergue o momento do reconhecimento judicial dos direitos. E, transcorrido o tempo razoável para resolver a causa, qualquer solução será, de modo inexorável, injusta, por maior que seja o mérito científico do conteúdo da decisão.”

Dessa maneira, o acesso à justiça, como um direito humano, requer uma atuação sintonizada e firme por parte do Estado, que, através da divisão de poderes invocou para si a tarefa de solucionar as lides, retirando o particular a possibilidade de “fazer justiça com as próprias mãos”, razão pela qual deve prestar o serviço com eficácia e eficiência.

A busca da tutela jurisdicional é desenvolvida exclusivamente pelo Estado, por meio do seu Poder Judiciário. Logo, o Estado, através do Poder Judiciário assumiu para si o monopólio da jurisdição, visando à solução dos litígios e a paz social.

Por se tratar de organização do Estado, tem-se que há estudos desenvolvidos no campo das Ciências Políticas, pois são analisadas as formas de organização social e estatal que existem, destacando-se que quando o assunto é Estado, o mesmo possui função tríplice: Legislativa, Executiva e Judiciária, além de ter como finalidade: o Bem Comum, a Segurança e a Justiça.

Quando se observa a existência da ameaça de um direito, através de uma pretensão resistida, verifica-se que o Poder Judiciário, ao ser provocado, deixa a sua inércia e é obrigado a, efetivamente, prestar a tutela jurisdicional, aplicando o direito ao caso concreto.

Ocorre que apesar da prestação da tutela jurisdicional ser desenvolvida pelo Estado, através do Poder Judiciário, tem-se que a mesma possui características, quanto as custas e despesas jurídicas, de entes privados, ou seja, para se ter acesso a Justiça, o Cidadão tem que efetuar o pagamento das custas e despesas do processo, além da contratação de advogado para lhe defender. Lembrando que tal situação ocorre em todos os graus de jurisdição, sendo que, salvo raras exceções, a capacidade postulatória é ato restritivo do advogado.

E para que se evite o ferimento do direito humano fundamental de acesso à justiça, é preciso que países como Portugal e Brasil, tracem novas estratégias de atuação do poder jurisdicional, para que a crise da morosidade não seja o maior impedimento ao acesso à justiça.

5. Os Operadores do Direito e os Direitos Humanos

Sob a ótica dos Direitos Humanos, verifica-se que a Corte Suprema do Brasil, STF, adota a teoria defendida por Norberto Bobbio²⁵ na qual podemos destacar a “vitória” do cidadão sobre o poder estatal, em razão de que sob aspectos políticos, sociais e civis há uma preservação dos direitos humanos individuais, em sobreposição do direito estatal.

No preâmbulo da Declaração Universal dos Direitos Humanos assim se encontra:

“Considerando ser essencial que os direitos do homem sejam protegidos pelo império da lei, para que o homem não seja compelido, como último recurso, à rebelião contra a tirania e a opressão”.

Para o professor Alexandre de Moraes²⁶:

“Conjunto institucionalizado de direitos e garantias do ser humano que tem por finalidade básica o respeito e a sua dignidade, por meio de sua proteção contra o arbítrio do poder estatal e o estabelecimento de condições mínimas de vida e desenvolvimento da personalidade humana”

E quando se faz uma análise mais aprofundada acerca dos direitos humanos e a função do poder judiciário em garanti-los é preciso lembrar que somente através dos Operadores do Direito é possível garantir o acesso ao judiciário e consequentemente a garantia dos direitos humanos.

Podemos destacar algumas profissões tais como advogados públicos e privados, promotores, juízes e serventuários, os quais são essenciais para o funcionamento do Poder Judiciário e consequentemente a garantia efetiva de alcance da melhor justiça.

Tais profissões são tão essenciais que algumas delas estão descritas na Constituição Federal Brasileira, das quais destaca-se:

“Art. 93. Lei complementar, de iniciativa do Supremo Tribunal Federal, disporá sobre o Estatuto da Magistratura, observados os seguintes princípios:

I - ingresso na carreira, cujo cargo inicial será o de juiz substituto, mediante concurso público de provas e títulos, com a participação da Ordem dos Advogados do Brasil em todas as fases, exigindo-se do bacharel em direito, no mínimo, três anos de atividade jurídica e obedecendo-se, nas nomeações, à ordem de classificação; (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004)

²⁵ Norberto Bobbio. Dicionário de Política. 7ª ed., (Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1995), 353-355.

²⁶ Alexandre Moraes. Direito Constitucional. 27 ed (São Paulo: Atlas, 2011), 37

Art. 127. O Ministério Público é instituição permanente, essencial à função jurisdicional do Estado, incumbindo-lhe a defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis.

Art. 133. O advogado é indispensável à administração da justiça, sendo inviolável por seus atos e manifestações no exercício da profissão, nos limites da lei.

Art. 134. A Defensoria Pública é instituição permanente, essencial à função jurisdicional do Estado, incumbindo-lhe, como expressão e instrumento do regime democrático, fundamentalmente, a orientação jurídica, a promoção dos direitos humanos e a defesa, em todos os graus, judicial e extrajudicial, dos direitos individuais e coletivos, de forma integral e gratuita, aos necessitados, na forma do inciso LXXIV do art. 5º desta Constituição Federal.” (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 80, de 2014)

As atribuições demandam zelo pela aplicabilidade correta da legislação, dentro na nova perspectiva constitucional, garantindo-se a igualdade, a liberdade e o bem-estar, buscando-se a justiça que, conforme anteriormente conceituado, nada mais é que um fim social.

Todavia, visualizando os editais de concursos brasileiros para as referidas carreiras se constata que cada órgão têm uma literatura específica a ser cobrada em prova para os referidos cargos, diferença que se engradece quando se trata da matéria de Direito Penal, ramo do direito que se tem mais divergências quando o assunto são Direitos Humanos.

Por outro lado, constata-se que há uma grande dificuldade na formação de professores na área de direitos humanos. O próprio Programa Nacional de Educação em Direitos Humanos Brasileiro – PNED reconhece a grande dificuldade que não abrange apenas a formação de professores, mas a decadência da própria conscientização da significância dos direitos humanos para a valorização do que somos. Vejamos:

“Em tempos difíceis e conturbados por inúmeros conflitos, nada mais urgente e necessário que educar em direitos humanos, tarefa indispensável para a defesa, o respeito, a promoção e a valorização desses direitos.”²⁷

Nesse diapasão, a educação deve ser compreendida como um projeto humano, não apenas de caráter conteudista ou “fordista”, para possibilitar a construção de seres humanos mais responsáveis, com ética, que possam discorrer sobre os mais determinados temas, dentro da área de conhecimento, dada a multidisciplinariedade do conteúdo.

²⁷ Brasil. Programa Nacional de Educação em Direitos Humanos, decreto n. 7037, (2006).

Deve-se, também, possibilitar a participação da comunidade em geral, de modo que possa haver um intercâmbio de conhecimento entre a academia e a sociedade, deixando o acadêmico como

“um ser da intervenção no mundo [...] e por isso mesmo deve deixar suas marcas de sujeito e não pegadas de puro objeto.”²⁸

O estudante, futuro profissional e agente transformador da sociedade, carece de apoderamento de sua própria autonomia, para que deixe de ser um mero repetidor de discursos e tome o seu lugar no mundo, pelo conhecimento das relações pessoais e interpessoais entre os sujeitos, que, desta maneira, constrói e reconstrói, processualmente, a sua própria autonomia, jamais doada²⁹.

Infelizmente, a ausência dessa educação tem impossibilitado o pensamento humano-filosófico e a reprodução de frases clichês geralmente citadas quando se fala de direitos humanos como “direitos humanos é coisa de bandido” e “direitos humanos para humanos direitos”, esquecendo-se da tortura, do trabalho escravo, da injustiça, das políticas de segurança, da ansia por saúde e educação, direitos pelos quais as referidas carreiras deveriam resguardar, mas que acabam por muitas vezes esquecendo-os, ante a sanha sensacionalista-punitivista.

Conclui-se, portanto, que os Operadores do Direito são essenciais para manutenção e efetivação dos direitos humanos, independentemente do cargo ou profissão ocupados, sendo responsáveis por obter conhecimento técnico e específico acerca dos direitos fundamentais, trabalhando com garra e determinação no sentido de se evitar que os atos de discricionariedade se tornem mais comuns que o usual, haja vista que o que se tem observado é uma degradação e desrespeito dos seres humanos em razão de novas políticas adotadas no dia a dia, árduo trabalho que deve ser iniciado não apenas na graduação na área jurídica, mas para a sociedade em geral desde o ensino médio, ou até mesmo da educação fundamental, pois entendemos que a matéria é tão essencial que deveria ser tratada de forma séria, a partir de conceitos filosóficos e políticos, verificando-se a aplicabilidade da teoria no dia a dia, haja vista que conhecimento é poder, e nada melhor do que seres humanos apoderados dos direitos e, especialmente, da sua qualidade de humanidade.

Referências bibliográficas

²⁸ Paulo Freire. *Pedagogia da autonomia: saberes necessários à prática educativa*. (São Paulo: Paz e Terra, 1997), 119

²⁹ Paulo Roberto Padilha. “Educação em Direitos Humanos sob a ótica dos ensinamentos de Paulo Freire”. *Revista Múltiplas Leituras*. v.1, n. 2, (2008), 27.

Alexy, Robert. Teoría de los derechos fundamentales. Tradução de Ernesto Garzon Valdés. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales. 1993.

Ávila, Humberto. “A distinção entre princípios e regras e a redefinição do dever de proporcionalidade”. Bahia: Revista Diálogo Jurídico, Ano I, Vol. I (2001).

Barroso, Luis Roberto. “Constituição, democracia e supremacia judicial: direito e política no Brasil contemporâneo”. Revista do Estado, vol.23 (2010): 5. <http://www.direitodoestado.com.br/artigo/luis-roberto-barroso/constituicaodemocracia-e-supremacia-judicial-direito-e-politica-no-brasil-contemporaneo>. (05.10.2019)

Bastos, Celso Ribeiro. Curso de Direito Constitucional. São Paulo: Saraiva. 1999.

Biterncourt Neto, Emilio. O direito ao mínimo para uma existência digna. Porto Alegre: Editora Livraria do Advogado. 2010.

Bobbio, Norberto. A era dos direitos. Rio de Janeiro: Campus. 1992.

Bobbio, Norberto. Dicionário de Política. Brasília: Editora Universidade de Brasília. 1995.

Brasil. Código Civil Brasileiro. Brasília: Senado Federal. 2002.

Brasil. Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília: Senado Federal. 1988.
Brasil. Programa Nacional de Educação em Direitos Humanos, decreto n. 7037, 2006.
Cambi, Eduardo, Neoconstitucionalismo e Neoprocessualismo: direitos fundamentais, políticas públicas e protagonismo judiciário. São Paulo: RT. 2011.

Canotilho, Joaquim José. Direito Constitucional. Coimbra: Almedina. 1993.

Carbonel, Miguel. El Neoconstitucionalismo: significado y niveles de análisis. Editorial Trotta: Instituto de Investigaciones Jurídicas – UNAM. 2010

Cintra, Antonio Carlos de Araújo; Ada Pelegrini Grinover e Candido Rangel Dinamarco. Teoria Geral do Processo. São Paulo: Malheiros. 2004.

Comparato, Fábio. A afirmação histórica dos direitos humanos. São Paulo: Saraiva. 2005.

Freire, Paulo. Pedagogia da autonomia: saberes necessários à prática educativa. São Paulo: Paz e Terra. 1997.

Freire, Paulo. Educação como prática da liberdade. Rio de Janeiro: Paz e Terra. 1982.

Freire, Paulo. Pedagogia da indignação: cartas pedagógicas e outros escritos. São Paulo: Editora UNESP. 2000.

Freire, Paulo. Pedagogia do oprimido. Rio de Janeiro: Paz e Terra. 2015.

Hobbes, Thomas. Leviatã. São Paulo: Martins Fontes. 2003.

Lembo, Cláudio. A pessoa e seus direitos. São Paulo: Manole. 2007.

Mello, Celso Antônio. Constituição Federal Anotada. São Paulo: Editora Saraiva. 2003.

Montesquieu, Charles de Secondat. O Espírito das leis. São Paulo: Martins Fontes. 1996.

Neves, Marcelo. A Constituição Simbólica. São Paulo: Martins Fontes. 2011.

Novais, Jorge. Contributo para um estado de direito. Coimbra: Almedina. 2006.

Nunes, Rizzatto. O princípio constitucional da dignidade da pessoa humana: doutrina e jurisprudência. São Paulo: Saraiva. 2002.

Padilha, Paulo Roberto. Educação em Direitos Humanos sob a ótica dos ensinamentos de Paulo Freire. Revista Múltiplas Leituras. v.1, n. 2 (2008).

Platão. A República. Tradução de Enrico Corvisieri. São Paulo: Editora Nova Cultural. 1997.

Soares, Ricardo Maurício Freire. Hermenêutica e Interpretação Jurídica. São Paulo: Saraiva. 2010

Weber, Max. O político e o cientista. Lisboa: Presença. 1982.

A ARTIFICIALIZAÇÃO DA FORÇA VINCULANTE DAS DECISÕES JUDICIAIS NO DIREITO BRASILEIRO

Guilherme Pupe da Nóbrega¹

Victor Hugo Gebhard de Aguiar²

SUMÁRIO: Introdução; 1. A dispersão jurisprudencial como um fenômeno histórico do direito brasileiro; 2. A (falha) tentativa de uniformização da jurisprudência por meio dos assentos e dos prejudgados; 3. Da criação da súmula de jurisprudência ao advento do cpc/2015: a persistência da dispersão jurisprudencial; conclusão; referências.

INTRODUÇÃO

É comum falar que algumas mudanças normativas relativamente recentes, como a criação da repercussão geral e o advento do CPC/2015, consolidaram no direito brasileiro a ideia de vinculação aos pronunciamentos judiciais; indo além, há quem fale na criação de um

¹ Doutorando e Mestre em Direito (IDP/Brasília). Pós-graduado em Direito Constitucional (IDP/Brasília). Graduado em Direito (UniCEUB/Brasília). Presidente da Associação Brasiliense de Direito Processual Civil. Advogado do Mudrovitsch Advogados (Brasília). pupedanobrega@gmail.com. SHIS QI 03, Conjunto 06, Casa 25, Lago Sul, 71.605-260, Brasília/DF.

² Doutorando e Mestre em Direito (UniCEUB/Brasília). Pós-graduado em Direito Processual Civil (IDP/Brasília). Graduado em Direito (UniCEUB/Brasília). Membro da Associação Brasiliense de Direito Processual Civil. Advogado do Mudrovitsch Advogados (Brasília). gebhard.vh@gmail.com. Tel: (61) 99109-1909. SHIS QI 03, Conjunto 06, Casa 25, Lago Sul, 71.605-260, Brasília/DF.

“sistema de precedentes”³ e ⁴. Desde logo, adianta-se que o escopo deste estudo não é debater a criação desse chamado “sistema de precedentes”, mas, isto sim, buscar compreender a forma como o direito brasileiro lida com o fenômeno da dispersão jurisprudencial e com a ideia de vinculação aos pronunciamentos judiciais.

Para tanto, faz-se uma análise detalhada da história do direito brasileiro, da época colonial até o CPC/2015, abordando a criação e o abandono de instrumentos processuais destinados ao fomento da uniformidade da jurisprudência nacional. A partir dessa recapitulação histórica, pretende-se identificar as motivações, falhas e êxitos das principais investidas normativas em favor do incremento da força vinculante das decisões judiciais. Consequentemente, espera-se que, ao final, seja possível compreender os motivos pelos quais o combate à dispersão jurisprudencial é tão antigo e, aparentemente, de difícil solução.

1. A DISPERSÃO JURISPRUDENCIAL COMO UM FENÔMENO HISTÓRICO DO DIREITO BRASILEIRO

É do direito português que se origina a preocupação do direito brasileiro com uniformidade das decisões proferidas pelos diversos órgãos jurisdicionais que hoje existem no território nacional.⁵ Desse modo, embora seja verdadeiramente inegável que essa influência portuguesa semeou um anseio de uniformização de jurisprudência na própria essência de nossa cultura jurídica, o que se nota é que o desenvolvimento dos institutos processuais que culminaram no que é apresentado no atual sistema processual se deu forma pouco natural e, em alguma medida, até mesmo artificializada por uma sucessão de imposições normativas que jamais alcançaram efetivamente sua finalidade.

As primeiras notícias de organização político-judiciária em território nacional — considerando, por óbvio, as bases portuguesas sob as quais se desenvolveu o sistema jurídico

³ MARINONI, Luiz Guilherme. A ética dos precedentes: justificativa do novo CPC. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016. p. 103.

⁴ BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Pleno). Acórdão. Agravo interno na ação rescisória n. 2.580/PR. Rel. Min. Edson Fachin. Julgado em 22/09/2017. Publicado no DJE em 03/10/2017.

⁵ PANUTTO, Peter. Precedentes judiciais vinculantes: o sistema jurídico-processual brasileiro antes e depois do código de processo civil de 2015 (Lei n. 13.105, de 16 de março de 2015). 1ª ed. Florianópolis: Empório do Direito, 2017. p. 33.

brasileiro — remontam à época das capitanias hereditárias, estabelecidas entre 1534 e 1536. Àquele tempo, o capitão gozava de poderes absolutos para distribuir “sua” justiça da forma como melhor entendesse.⁶

Em 1548, com a nomeação, pelo rei de Portugal, dos governadores-gerais, as leis portuguesas passaram a regulamentar a organização judiciária brasileira, cuja “primeira instância” era situada ainda na Metrópole. Com o passar do tempo, a intensificação do processo de colonização e necessidade de desenvolvimento de um aparato burocrático mais robusto, figuras típicas da justiça de Portugal começaram a ser transportadas para terras brasileiras. Foram, então, quase dois séculos em que as decisões proferidas no Brasil se espargiam por diversas autoridades — v.g., ouvidores-gerais, corregedores, ouvidores-de-comarca, provedores, juízes de fora, juízes ordinários, juízes de vintena, juízes de órfãos, juízes das sesmarias e outras tantas —, que criavam e aplicavam as leis à sua própria maneira, gerando significativa dispersão do direito vigente na colônia.⁷

Por esse motivo, atraindo para si a função de dar unidade ao direito aplicado na colônia, Portugal estabeleceu os Tribunais de Relação da Bahia (1609) e do Rio de Janeiro (1752), que, com a Lei da Boa Razão, datada de 18 de agosto de 1769, deveriam obrigatoriamente seguir os assentos da Casa de Suplicação de Lisboa, tida como Corte Suprema tanto para Portugal como para suas colônias.⁸ O § 8º da Lei da Boa Razão, bem a propósito, estabelecia que os assentos⁹ da Casa de Suplicação de Lisboa deveriam ser lançados nos Livros dos Tribunais de Relação, fazendo “*leis geraes e impreteriveis*”¹⁰.

Anos mais tarde, com a vinda da família real portuguesa ao Brasil, foi editado o alvará de 10 de maio de 1808, que alçou o Tribunal da Relação do Rio de Janeiro à condição

⁶ SIFUENTES, Mônica. Súmula vinculante: um estudo sobre o poder normativo dos tribunais: São Paulo: Saraiva, 2005. p. 228.

⁷ SIFUENTES, Mônica. Súmula vinculante: um estudo sobre o poder normativo dos tribunais: São Paulo: Saraiva, 2005. p. 230.

⁸ SIFUENTES, Mônica. Súmula vinculante: um estudo sobre o poder normativo dos tribunais: São Paulo: Saraiva, 2005. p. 231.

⁹ Os assentos eram “critérios jurídicos, universalmente vinculantes, mediante enunciados de normas gerais e abstratas, *stricto sensu*, prescritos por um órgão judicial” (ALVIM, Teresa Arruda; DANTAS, Bruno. Recurso especial, recurso extraordinário e a nova função dos tribunais superiores no direito brasileiro. 4ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017. p. 259).

¹⁰ TELLES, José Homem Corrêa. *Commentario critico à Lei da Boa Razão*. Lisboa: Typographia de Maria da Madre de Deus, 1865. p. 27.

de Casa de Suplicação, passando a ser este considerado como Superior Tribunal de Justiça e seus agora ministros a gozar da “*mesma alçada que têm os da Casa da Supplicação de Lisboa*”¹¹. Menos de duas décadas depois, em 1824, o Brasil tornou-se independente de Portugal, estabelecendo-se um regime imperial no qual o conceito de divisão dos poderes era ignorado, não cabendo ao Judiciário interpretar as leis ou, tampouco, uniformizar a sua interpretação.¹²

Essa competência, a rigor, cabia ao Legislativo, ao qual o artigo 15, inciso VIII, da Constituição Imperial, atribuiu o poder de “*fazer Leis, interpretal-as, suspendel-as, e rovogal-as*”¹³, ao passo em que, ao Poder Judiciário — ou Judicial, na denominação da época — restava apenas aplicar a lei (artigo 152). Acontece que o Legislativo nunca exerceu sua função como intérprete da lei, a qual acabou sendo absorvida pelo Executivo, que o fazia através do Conselho de Estado, enquanto o Supremo Tribunal de Justiça se reduziu a um aplicador da legislação, não sendo considerado como tribunal uniformizador de jurisprudência e sem que seus julgados fossem seguidos pelos Tribunais de Relação.¹⁴

2. A (FALHA) TENTATIVA DE UNIFORMIZAÇÃO DA JURISPRUDÊNCIA POR MEIO DOS ASSENTOS E DOS PREJULGADOS

O fato é que, durante praticamente todo o período imperial, não havia nenhum órgão jurisdicional com função de uniformização de jurisprudência, especialmente porque o Supremo Tribunal de Justiça — já com a nomenclatura que lhe foi dada pela Constituição de 1824¹⁵ (artigo 163) — não poderia tomar assentos.¹⁶ Somente a partir de 1850, com o Decreto n. 737, de 25 de novembro, que se instaurou no Brasil legislação própria a respeito de processo civil.

¹¹ BRASIL. Collecção das leis do Brazil. Rio de Janeiro: Imprensa Nacional, 1808. p. 24.

¹² SIFUENTES, Mônica. Súmula vinculante: um estudo sobre o poder normativo dos tribunais: São Paulo: Saraiva, 2005. p. 231.

¹³ BRASIL. Constituição (1824). Constituição Política do Império do Brazil (de 25 de março de 1824). Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao24.htm. Acesso em 30/09/2019.

¹⁴ SIFUENTES, Mônica. Súmula vinculante: um estudo sobre o poder normativo dos tribunais: São Paulo: Saraiva, 2005. p. 232.

¹⁵ BRASIL. Constituição (1824). Constituição Política do Império do Brazil (de 25 de março de 1824). Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao24.htm. Acesso em 30/09/2019.

¹⁶ SIFUENTES, Mônica. Súmula vinculante: um estudo sobre o poder normativo dos tribunais: São Paulo: Saraiva, 2005. p. 233.

É bem verdade que, naquele texto legal, nada se versava a respeito de pronunciamentos judiciais vinculantes, o que mantinha o vazio normativo sobre eventuais lacunas da legislação e meios de se prevenir e/ou solucionar divergências jurisprudenciais. Em razão disso, surgiu a necessidade de que todos os assentos pré-existentes no Brasil e em Portugal fossem incorporados ao direito pátrio, o que ocorreu por meio Decreto n. 2.684/1875¹⁷, originado de projeto apresentado por Lopes Gama ainda em 1841.¹⁸

Curiosamente, de acordo com o artigo 1º do Decreto n. 2.684/1875, os assentos das Casas de Suplicação de Lisboa e da do Rio de Janeiro, salvo se derogados por legislação posterior, teriam força de lei em todo o território nacional. Para além disso, o artigo 2º também autorizava o então Supremo Tribunal de Justiça, pelo voto de dois terços do número total de seus ministros, a editar assentos sobre matéria civil, comercial e criminal quando houvesse divergência na aplicação da legislação respectiva. Tais assentos, uma vez tomados, não poderiam ser revogados pela corte e seriam de observância obrigatória até sua derrogação pelo Poder Legislativo.¹⁹ Nesse momento histórico, é amplamente perceptível a força da tradição romano-germânica, uma vez que, ainda que as decisões judiciais fossem vinculantes, somente o eram porque foram equiparados à própria lei.

Essa sistemática de assentos com força de lei perdurou até o final da era imperial, sendo significativamente alterada com o advento da República. Com a nova lógica, foi extirpada a tomada de assentos com força de lei e criada a figura do recurso extraordinário, inspirada no *writ of error* do direito estadunidense, que se destinava à garantia de uniformidade na aplicação da Constituição e da legislação federal pelo Supremo Tribunal Federal²⁰, criado pelo Decreto n. 848, de 11 de outubro de 1890, em substituição ao antigo Supremo Tribunal de

¹⁷ TUCCI, José Rogério Cruz e. O Advogado, a Jurisprudência e outros temas de Processo Civil. São Paulo: Editora Quartier Latin do Brasil, 2010. p. 55.

¹⁸ SIFUENTES, Mônica. Súmula vinculante: um estudo sobre o poder normativo dos tribunais: São Paulo: Saraiva, 2005.p. 233.

¹⁹ BRASIL. Decreto n. 2.684, de 23 de outubro de 1875. Dá força de lei no Imperio a assentos da Casa da Supplicação de Lisboa e competencia ao Supremo Tribunal de Justiça para tomar outros.. Disponível em: <https://www2.camara.leg.br/legin/fed/decret/1824-1899/decreto-2684-23-outubro-1875-549772-publicacaooriginal-65290-pl.html>. Acesso em 30/09/2019.

²⁰ TUCCI, José Rogério Cruz e. O Advogado, a Jurisprudência e outros temas de Processo Civil. São Paulo: Editora Quartier Latin do Brasil, 2010. p. 55.

Justiça²¹. Já naquela época, foram feitas críticas à forma de criação do Supremo Tribunal Federal, desenhado aos moldes da Suprema Corte dos Estados Unidos, mas sem que a Constituição de 1891 previsse a observância dos julgamentos por ele proferidos ou lhe facultasse escolher os casos que seriam apreciados, o que, posteriormente, viria a justificar a conhecida “crise do Supremo”.²²

Anos mais tarde, tentou-se suprir a falta dos assentos e resolver o problema da falta de mecanismos para uniformização da jurisprudência através do Decreto n. 16.273, de 20 de dezembro de 1923²³, que se restringia a normatizar a organização judiciária do Distrito Federal²⁴ e criou os institutos do recurso de revista e dos prejudgados.²⁵ Enquanto o recurso de revista era cabível, dentre outras hipóteses, nos casos de “*divergencia, implicando manifesta contradição na interpretação da lei, entre julgados de Camaras diversas, com identica jurisdição ratione materiae, desde que ellas não tenham procedido á fixação das normas de uniformização*” (artigo 108, III, “c”), os prejudgados tinham lugar “*quando a lei receber interpretação diversa nas Camaras de Appellação civil ou criminal, ou quando resultar da manifestação dos votos de uma Camara em um caso sub-judice que se terá de declarar uma interpretação diversa*”, sendo a decisão tomada “*obrigatoria para o caso em apreço e norma aconselhavel para os casos futuros, salvo relevantes motivos de direito, que justifiquem renovar-se identico procedimento de installação das Camaras Reunidas*” (artigo 103, § 1º)²⁶.

Esses institutos acabaram sendo extintos três anos após sua criação, na reforma

²¹ BRASIL. Decreto n. 848, de 11 de outubro de 1890. Organiza a Justiça Federal. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1851-1899/D848.htm. Acesso em 30/09/2019.

²² PANUTTO, Peter. Precedentes judiciais vinculantes: o sistema jurídico-processual brasileiro antes e depois do código de processo civil de 2015 (Lei n. 13.105, de 16 de março de 2015). 1ª ed. Florianópolis: Empório do Direito, 2017. p. 40.

²³ BRASIL. Decreto n. 16.273, de 23 de dezembro de 1923. Reorganiza a Justiça do Distrito Federal. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1910-1929/D16273.htm. Acesso em 30/09/2019.

²⁴ O Distrito Federal, à época, correspondia ao atual município do Rio de Janeiro. Havia sido criado pelo Ato Adicional de 1834 (Lei n. 16, de 12 de agosto de 1834) à Constituição de 1824, como “município neutro” e, posteriormente, foi renomeado para Distrito Federal pela Constituição de 1891. (SOUZA, Carlos Fernando Mathias de. O Senado e o Distrito Federal. Revista de Informação Legislativa. Brasília, a. 47, n. 187, jul./set. de 2010. p. 46).

²⁵ PANUTTO, Peter. Precedentes judiciais vinculantes: o sistema jurídico-processual brasileiro antes e depois do código de processo civil de 2015 (Lei n. 13.105, de 16 de março de 2015). 1ª ed. Florianópolis: Empório do Direito, 2017. p. 40.

²⁶ BRASIL. Decreto n. 16.273, de 23 de dezembro de 1923. Reorganiza a Justiça do Distrito Federal. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1910-1929/D16273.htm. Acesso em 30/09/2019.

judiciária de 1926²⁷, mas os prejudgados foram logo reestabelecidos pelo artigo 7º do Decreto n. 19.408, de 18 de novembro de 1930²⁸. Ademais, como ainda havia um sistema em que o processo civil era regulado por cada estado, o Código de Processo Civil e Comercial do Estado de São Paulo (Lei n. 2.421, de 14 de janeiro de 1930) também adotou o prejudgado ao prever, em seu artigo 1.126 que, “*quando ao relator parecer que já existe divergência entre as Camaras, proporá, depois da revisão do feito, que o julgamento da causa se effectue em sessão conjunta*”²⁹.

Somente anos mais tarde, com a Lei n. 319^{30, 31 e 32}, de 25 de novembro de 1936, foi que o instituto do prejudgado passou a ser aplicado em todo o território nacional, “visando a obviar os males da contradição entre julgados no âmbito de todas as cortes de justiça brasileiras”, como destacou José Rogério Cruz e Tucci³³, que também entendia que o prejudgado possuía eficácia vinculante apenas *intra muros*:

No entanto, parece-nos que sob a égide da Lei 319, o prejudgado possuía eficácia vinculante *intra muros*, e, portanto, horizontal, porque, a teor do art. 1º, letra b, se

²⁷ TUCCI, José Rogério Cruz e. O Advogado, a Jurisprudência e outros temas de Processo Civil. São Paulo: Editora Quartier Latin do Brasil, 2010. p. 59.

²⁸ BRASIL. Decreto n. 19.408, de 18 de novembro de 1930. Reorganiza a Corte de Apelação, e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1930-1949/D19408.htm. Acesso em 30/09/2019.

²⁹ ESTADO DE SÃO PAULO. Lei n. 2.421, de 14 de janeiro de 1930. Código do Processo Civil e Commercial. Disponível em: <https://www.al.sp.gov.br/repositorio/legislacao/lei/1930/lei-2421-14.01.1930.html>. Acesso em 30/09/2019.

³⁰ BRASIL. Lei n. 319, de 25 de novembro de 1936. Regula o recurso das decisões finais das Côrtes de Apelação e de suas Camaras. Disponível em: <https://www2.camara.leg.br/legin/fed/lei/1930-1939/lei-319-25-novembro-1936-556810-republicacao-76951-pe.html>. Acesso em 30/09/2019.

³¹ Na lei também havia previsão do recurso de revista, cabível contra as decisões finais das cortes de apelação ou de quaisquer de suas câmaras ou turmas, quando estas fossem contrárias ou divergissem de outra decisão final da mesma corte.

³² Pontes de Miranda apontou que, com a Lei n. 319, de 25 de novembro de 1936, houve significativa evolução legislativa no tratamento dispensado ao prejudgado: “Na lei n. 319, art. 2º, a evolução de técnica legislativa é fora de dúvida. Já se não fala da simples provocação pelo relator, como ocorria no art. 1.126 do Código de Processo Civil e comercial do Estado de S. Paulo, nem do simples dever do presidente, que era o sistema do Decreto n. 16.273. O requerimento cabe a qualquer dos juízes, devendo-se interpretar que não expressão ‘juízes’ está compreendido o próprio Presidente da Câmara, ou turma, julgadora, que terá de se pronunciar a respeito.” (PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. Embargos, Prejudgado e Revista no Direito processual brasileiro (Côrte Suprema e Lei n. 319, de 25 de novembro de 1937, relativa às Côrtes de Apelação de todo o Brasil). Rio de Janeiro: A. Coelho Branco Filho, 1937.)

³³ TUCCI, José Rogério Cruz e. O Advogado, a Jurisprudência e outros temas de Processo Civil. São Paulo: Editora Quartier Latin do Brasil, 2010. p. 59.

porventura uma das turmas contrariasse a regra jurídica antes fixada pelo tribunal pleno, era cabível, contra o acórdão, recurso de revista.³⁴

Cabem, aqui, parênteses para destacar que não foi apenas no processo comum que o prejulgado teve destaque. Ramos processuais especializados, como o trabalhista e o eleitoral também adotaram o instituto³⁵. A Consolidação das Leis do Trabalho, em seu artigo 902³⁶, conferia “efeito vinculante aos prejulgados do Tribunal Superior do Trabalho, aos quais se sujeitavam as instâncias inferiores da Justiça do Trabalho”³⁷. Já no âmbito eleitoral, o Código Eleitoral de 1965 (Lei n. 4.737, de 15 de julho de 1965), em seu artigo 263 estabelecia que “*no julgamento de um mesmo pleito eleitoral, as decisões anteriores sobre questões de direito constituem prejulgados para os demais casos, salvo se contra a tese votarem dois terços dos membros do Tribunal*”³⁸. Os institutos vigoraram até 1982 na Justiça do Trabalho e 1992 na Justiça Eleitoral, quando a Lei n. 7.033, de 5 de outubro de 1982³⁹, o revogou no âmbito trabalhista e o Tribunal Superior Eleitoral declarou o artigo 263 como contrário à Constituição ao prolatar o acórdão n. 12.051, de 14 de setembro de 1992⁴⁰.

Retornando a uma observação mais específica do processo comum, o CPC/1939, aprovado já em um contexto de unificação do processo civil nacional, também trazia o

³⁴ TUCCI, José Rogério Cruz e. O Advogado, a Jurisprudência e outros temas de Processo Civil. São Paulo: Editora Quartier Latin do Brasil, 2010. p. 59.

³⁵ FERRAZ, Sérgio. O prejulgado no direito processual trabalhista brasileiro. Revista de Direito da Procuradoria Geral, n. 23, 1970.

³⁶ BRASIL. Decreto-lei n. 5.452, de 1 de maio de 1943. Aprova a Consolidação das Leis do Trabalho. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del5452.htm. Acesso em 30/09/2019.

³⁷ PANUTTO, Peter. Precedentes judiciais vinculantes: o sistema jurídico-processual brasileiro antes e depois do código de processo civil de 2015 (Lei n. 13.105, de 16 de março de 2015). 1ª ed. Florianópolis: Empório do Direito, 2017. p. 40.

³⁸ BRASIL. Lei n. 4.737, de 15 de julho de 1965. Institui o Código Eleitoral. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/14737.htm. Acesso em 30/09/2019.

³⁹ BRASIL. Lei n. 7.033, de 5 de outubro de 1982. Revoga o § 3º do artigo 899, o artigo 902 e seus parágrafos, e modifica a redação da alínea "f" do inciso I do artigo 702, da alínea "b" do artigo 894, da alínea "a" do artigo 896, da Consolidação das Leis do Trabalho, bem como do artigo 9º da Lei nº 5.584, de 26 de junho de 1970. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L7033.htm. Acesso em 30/09/2019.

⁴⁰ BRASIL. Tribunal Superior Eleitoral (Pleno). Recurso especial eleitoral. RESPE n. 9.936/RJ (0000504-95.2003.6.00.0000). I. Recurso especial: regularidade da representação do partido político pelo diretório municipal na sua interposição: revisão, por maioria absoluta de votos, da jurisprudência anterior: inexigibilidade, para a revisão, da maioria qualificada de dois terços, porque incompatível o art. 263 do Código Eleitoral com as constituições posteriores. II. Inelegibilidade: prefeito, ainda que tendo renunciado no prazo do art. 14, parágrafo 6, da constituição, e inelegível para vice-prefeito no período imediatamente anterior: inteligência compreensiva do art. 14, parag. 5, da constituição federal, de modo a inibir a fraude ao dogma constitucional de irreelegibilidade dos chefes do poder executivo, permitindo-lhes atingir, por via indireta a recondução ao exercício do mandato que, ostensivamente, a constituição lhes vedava. Brasília, 14 de setembro de 1992. Rel. Min. Sepúlveda Pertence. Diário de justiça, 11/03/1993, p. 3.478. Revista de jurisprudência do TSE, Vol. 4, Tomo 4, p. 207.

prejulgado, previsto no artigo 861⁴¹, mas sem admitir a interposição de recurso de revista contra eventual decisão que o contrariasse, o que “demonstra que o prejulgado sob a égide do Código de 39 não era dotado de efeito vinculante”⁴². Contudo, o fenômeno da dispersão jurisprudencial se mantinha presente no direito brasileiro, o que motivou a criação de novos institutos jurídicos para seu combate.

3. DA CRIAÇÃO DA SÚMULA DE JURISPRUDÊNCIA AO ADVENTO DO CPC/2015: A PERSISTÊNCIA DA DISPERSÃO JURISPRUDENCIAL

Em 1963, por meio de emenda ao regimento interno, foi criada a “Súmula da Jurisprudência Predominante do Supremo Tribunal Federal”, na qual seriam inscritos enunciados correspondentes “às decisões do Tribunal, por maioria qualificada que tenham concluído pela constitucionalidade ou inconstitucionalidade de lei ou ato do poder público” e “à jurisprudência que o Tribunal tenha por predominante e firme, embora com votos vencidos”⁴³. De acordo com Victor Nunes Leal, então ministro do STF e idealizador do instituto, a súmula seria “método destinado a ordenar melhor e facilitar a tarefa judicante”⁴⁴.

A súmula, que foi adotada também por diversos outros tribunais⁴⁵ (como o Tribunal Federal de Recursos, o Tribunal Superior do Trabalho, os Tribunais de Alçada do Estado de São Paulo), ainda não ostentava eficácia vinculante, servindo apenas como argumento persuasivo⁴⁶. Sua criação teve como norte representar um ponto intermediário entre a rigidez dos antigos assentos e a inoperância apresentada pelos prejulgados, como bem destacou Victor Nunes Leal:

⁴¹ BRASIL. Decreto-lei n. 1.608, de 18 de setembro de 1939. Código de Processo Civil. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-Lei/1937-1946/Del1608.htm. Acesso em 30/09/2019.

⁴² TUCCI, José Rogério Cruz e. O Advogado, a Jurisprudência e outros temas de Processo Civil. São Paulo: Editora Quartier Latin do Brasil, 2010. p. 63.

⁴³ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Emendas do Regimento. Disponível em: http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/bibliotecaConsultaProdutoBibliotecaRI/anexo/1940/art_183_3agosto1963.pdf; Acesso em 30/09/2019.

⁴⁴ LEAL, Victor Nunes. Passado e futuro da súmula do STF. Ajuris, n. 25, 1982, p. 02.

⁴⁵ LEAL, Victor Nunes. Passado e futuro da súmula do STF. Ajuris, n. 25, 1982, p. 02.

⁴⁶ TUCCI, José Rogério Cruz e. O Advogado, a Jurisprudência e outros temas de Processo Civil. São Paulo: Editora Quartier Latin do Brasil, 2010. p. 64.

O método que o Supremo Tribunal incorporou na Súmula — para documentar, de modo formal e simplificar os seus julgamentos — refletia uma posição equilibrada, isto é, sem qualquer excesso. Como tive ocasião de observar, de público, em Belo Horizonte, em 12.08.64, Ver. Dir. Pr. Civil 5/71, a Súmula realizou “o ideal do meio-termo, quanto à estabilidade da jurisprudência (...), ela ficou entre a dureza implacável dos antigos assentos da Casa da Suplicação, ‘para a inteligência geral e perpétua da lei e a virtual inoperância dos prejudgados. É um instrumento flexível, que simplifica o trabalho da justiça em todos os graus, mas evita a petrificação porque a Súmula regular o procedimento pelo qual pode ser modificada (...). Apenas exige, para ser alterada, mais aprofundado esforço dos advogados e juizes. Deverão eles procurar argumentos novos, ou aspectos inexplorados nos velhos argumentos, ou realçar as modificações operadas na própria realidade social e econômica. Com essa precaução, a Súmula substitui a loteria judiciária das maiorias ocasionais pela perseverança esclarecida dos autênticos profissionais do direito’.⁴⁷

Avançando até o anteprojeto do CPC/1973, nele havia a previsão de retomada dos assentos⁴⁸, para dar força de lei às decisões proferidas pela maioria absoluta dos membros efetivos dos tribunais, mas a ideia acabou sendo abandonada em razão de sua inconstitucionalidade, eis que, de acordo com a ordem constitucional vigente, se estaria a ferir a autonomia do Poder Legislativo⁴⁹. A proposta acabou sendo substituída por um outro mecanismo: o incidente de uniformização de jurisprudência, regulado no artigo 476 do texto aprovado e inspirado exatamente na recém-criada súmula do STF⁵⁰.

Seguindo nessa direção, a emenda constitucional n. 07/1977 modificou o artigo 119, inciso I, da Constituição vigente para atribuir ao STF competência para julgar “a representação do Procurador-Geral da República, por inconstitucionalidade ou para interpretação de lei ou ato normativo federal ou estadual”⁵¹, ao passo em que o regimento interno daquela Corte conferia força vinculante à decisão tomada.⁵² Essa representação,

⁴⁷ LEAL, Victor Nunes. Passado e futuro da súmula do STF. *Ajuris*, n. 25, 1982, p. 17.

⁴⁸ BRASIL. Anteprojeto de Código de Processo Civil (1964). Disponível em: <https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/177246/anteprojeto%20de%20codigo%20de%20processo%20civil.pdf?sequence=2&isAllowed=y>. Acesso em 20/02/2021.

⁴⁹ PANUTTO, Peter. Precedentes judiciais vinculantes: o sistema jurídico-processual brasileiro antes e depois do código de processo civil de 2015 (Lei n. 13.105, de 16 de março de 2015). 1ª ed. Florianópolis: Empório do Direito, 2017. p. 40.

⁵⁰ BARBOSA MOREIRA, José Carlos. Comentários ao Código de Processo Civil. Vol. V (Arts. 476 a 565). 2ª ed. Forense: Rio de Janeiro, 1976. p. 17.

⁵¹ BRASIL. Emenda constitucional n. 7, de 13 de abril de 1977. Incorpora ao texto da Constituição Federal disposições relativas ao Poder Judiciário. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Emendas/Emc_anterior1988/emc07-77.htm. Acesso em 30/09/2019.

⁵² PANUTTO, Peter. Precedentes judiciais vinculantes: o sistema jurídico-processual brasileiro antes e depois do código de processo civil de 2015 (Lei n. 13.105, de 16 de março de 2015). 1ª ed. Florianópolis: Empório do Direito, 2017. p. 43.

contudo, acabou sendo extinta quando da promulgação da Constituição de 1988.

Já na ordem constitucional vigente, foi criado o Superior Tribunal de Justiça — como hoje o conhecemos —, que assumiu a competência de interpretação do direito federal infraconstitucional, de modo que o Supremo Tribunal Federal se concentrou no papel de guardião da Constituição. O cenário que se apresentou foi de que os enunciados das súmulas do STF e STJ não eram sempre observados pelos tribunais ordinários, o que alimentava uma cadeia de recursos até as instâncias superiores e contribuiu significativamente para o acúmulo de processos pendentes de julgamento. Isso, somado ao fato de que havia inúmeros processos com decisões transitadas em julgado em contrariedade aos enunciados de súmulas — já que vários recursos especiais ou extraordinários não eram conhecidos por vícios processuais diversos —, trouxe a necessidade de se pensar em uma nova alternativa: a súmula vinculante⁵³.

Instituída pela emenda constitucional n. 45/2004, a súmula vinculante surgiu como remédio tanto para se evitar o acúmulo de processos no STF quanto para se conferir segurança jurídica sobre determinada questão constitucional, evitando que decisões discrepantes surgissem no âmbito do tribunal.⁵⁴ Os enunciados da súmula vinculante, aprovados por decisão de dois terços dos membros do STF, após reiteradas decisões sobre matéria constitucional, haveriam de possuir efeito vinculante em relação não apenas aos demais órgãos do Poder Judiciário, mas também face à administração pública direta e indireta, em todas as esferas federativas.⁵⁵

Em paralelo, também por meio da emenda constitucional n. 45/2004, foi criado o instituto da repercussão geral, requisito de admissibilidade do recurso extraordinário bastante conhecido e estudado, cuja razão de ser é “velar pela unicidade do direito mediante exame de casos significativos para a ótima realização dos fins do Estado Constitucional, sem sobrecarregar a Suprema Corte com o exame de casos sem relevância ou sem transcendência, cujas soluções não importem contribuição da mesma Corte para a compatibilização vertical das

⁵³ PANUTTO, Peter. Precedentes judiciais vinculantes: o sistema jurídico-processual brasileiro antes e depois do código de processo civil de 2015 (Lei n. 13.105, de 16 de março de 2015). 1ª ed. Florianópolis: Empório do Direito, 2017. p. 54.

⁵⁴ CÔRTEZ, Osmar Mendes Paixão. Recursos repetitivos, súmula vinculante e coisa julgada. 1ª ed. Brasília: Gazeta Jurídica, 2018. p. 244.

⁵⁵ BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em 30/09/2019.

decisões e/ou desenvolvimento do direito brasileiro”⁵⁶. A aplicação da repercussão geral foi regulamentada cerca de dois anos mais tarde, com a aprovação da Lei n. 11.418, de 19 de dezembro de 2006, que acrescentou ao CPC/1973 os artigos 543-A e 543-B. De maior relevo quanto a este ponto, tem-se o § 3º do artigo 543-B, segundo o qual “julgado o mérito do recurso extraordinário, os recursos sobrestados serão apreciados pelos Tribunais, Turmas de Uniformização ou Turmas Recursais, que poderão declará-los prejudicados ou retratar-se”.

É nítido que o intuito da norma era possibilitar que as decisões tomadas em sede de repercussão geral fossem reproduzidas pelos demais tribunais nacionais, mas sem impor a ela caráter obrigatório, uma vez que, nos termos do § 4º, os demais tribunais poderiam manter a decisão tomada — ainda que contrária àquilo que decidido pelo Supremo —, admitir o recurso extraordinário e remetê-lo ao STF, que, por sua vez, poderia cassar ou reformar liminarmente o acórdão dissonante de seu entendimento⁵⁷. Essa sistemática de funcionamento da repercussão geral foi chamada por Luciano Fuck de efeito multiplicador:

Por outro lado, o reconhecimento da repercussão geral permite imediato efeito multiplicador: recursos semelhantes ou idênticos devem permanecer sobrestados e aguardar a decisão de mérito do STF. Logo após esse exame de mérito, os recursos contrários ao entendimento fixado pelo STF devem ser considerados prejudicados, enquanto os demais devem acarretar juízo de retratação na origem. Em síntese, todo volume de processos idênticos ou semelhantes deve ser resolvido definitivamente na origem, sem necessidade de pronunciamentos reiterados no STF para aplicar a mesma norma constitucional em cada caso.⁵⁸

É, de fato, engenhosa a sistemática da repercussão geral e a forma como se manifesta seu efeito multiplicador. O instituto, embora criado tendo como uma de suas finalidades proporcionar a redução do número de processos remetidos ao STF, não vincula os demais tribunais à decisão tomada em recurso extraordinário julgado em regime de repercussão geral. Isso significa que as cortes poderiam, ainda assim, seguir julgando contrariamente àquilo que decidido pelo STF, o que motivaria a interposição de diversos recursos extraordinários, rechaçando o objetivo do instituto. Ao revés, o bom funcionamento do instituto depende de uma relação azeitada entre o STF e as demais cortes, que devem, de forma voluntária,

⁵⁶ OLIVEIRA, Paulo Miranda de. O binômio repercussão geral e súmula vinculante: necessidade de aplicação conjunta dos dois institutos. In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (org.). Direito jurisprudencial. Vol. I. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012. p. 689.

⁵⁷ BRASIL. Lei n. 5.869, de 11 de janeiro de 1973. Institui o Código de Processo Civil. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L5869impressao.htm. Acesso em 30/09/2019.

⁵⁸ FUCK, Luciano Felício. O Supremo Tribunal Federal e a repercussão geral. Revista de Processo, ano 35, n. 181, mar./2010, p. 22.

reproduzir e multiplicar aquilo que decidido em sede de repercussão geral.

Além da repercussão geral, em 2008, por meio da Lei n. 11.672, de 8 de maio, o CPC/1973 recebeu mais um novo dispositivo: o artigo 543-C, que criava o rito dos recursos especiais repetitivos, aplicável “quando houver multiplicidade de recursos com fundamento em idêntica questão de direito”⁵⁹. Esse novo instituto, aplicável apenas aos recursos especiais, apresenta uma sistemática de funcionamento bastante parecida com a da repercussão geral, dela se diferenciando por ser um rito procedimental específico para julgamento de determinadas matérias — e não um requisito de admissibilidade do recurso — e por exigir efetiva repetição do tema a ser apreciado — a repercussão geral, lado outro, independe de repetição, exigindo apenas que a questão tenha grande repercussão econômica, política, social ou jurídica que ultrapasse os limites das partes envolvidas.

A par disso, a lógica do efeito multiplicador também era reproduzida para os recursos especiais repetitivos, cujas decisões não eram obrigatórias para os demais tribunais. Julgado o recurso repetitivo, os tribunais locais poderiam inadmitir os recursos especiais que contrariassem o posicionamento do STJ ou reapreciar a questão quando a dissonância residir entre o acórdão recorrido e aquele lavrado pela Corte Superior. Nesse cenário, poderia o tribunal local alinhar seu entendimento àquele fixado ou ratificar seu posicionamento, fazendo a remessa do recurso especial ao STJ, que poderá, se for o caso, provê-lo.

Chega-se, então, ao mais recente capítulo da história de decisões vinculantes no direito brasileiro, consubstanciado pelo advento do CPC/2015. O atual código, para além de estender o rito dos recursos repetitivos também aos recursos extraordinários, estabeleceu, como visto no capítulo anterior, uma série institutos cujos julgamentos configurariam decisões que deveriam ser obrigatoriamente reproduzidas, dotadas de força vinculante. O dispositivo que simboliza essa intenção de criar efetivas decisões vinculantes é o artigo 927, que estabelece que os juízes e tribunais “observarão” — de forma imperativa —, (i) as decisões do STF tomadas em controle concentrado de constitucionalidade, (ii) os enunciados da súmula vinculante, (iii) os acórdãos lavrados em incidentes de resolução de demandas repetitivas, de assunção de competência ou em recursos especiais ou extraordinários repetitivos, (iv) os enunciados das súmulas do STF e do STJ e (v) a orientação do plenário ou do órgão especial aos quais estiverem

⁵⁹ BRASIL. Lei n. 5.869, de 11 de janeiro de 1973. Institui o Código de Processo Civil. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L5869impressao.htm. Acesso em 30/09/2019.

vinculados.⁶⁰

Mesmo sem aqui se voltar às minúcias desses novos institutos criados no CPC/2015, a análise de todo esses eventos históricos permite algumas constatações. A mais natural delas, talvez, seja a de que sempre se tentou, através de imposições normativas, criar meios para que se firmasse um cenário no qual as decisões judiciais e a jurisprudência dos tribunais se mantivessem uniformes, com o menor grau de dispersão possível. Outra conclusão é que nunca houve um instituto realmente capaz de proporcionar essa uniformização, sendo todos os até então criados em alguma medida falhos e sucessivamente substituídos por outros. E há, ainda, uma terceira constatação: todos os institutos criados — com algum grau de variação, é evidente — parecem adaptações ou repaginações dos antigos assentos ou dos prejudgados.

Explicando com maiores detalhes, são evidentes as semelhanças entre os prejudgados, o incidente de uniformização de jurisprudência e o incidente de resolução de demandas repetitivas. Em todos eles, ainda que existam disposições procedimentais próprias e particularidades específicas, a essência é a mesma: verificada a existência de divergência jurisprudencial ou risco de ofensa à isonomia, fixa-se, em abstrato, qual seria a melhor interpretação da norma em discussão, para que, em sequência, essa interpretação seja reproduzida em diversos outros casos. O mesmo fenômeno ocorre quando se compara os assentos e a súmula vinculante. Em ambos se cria um enunciado obrigatório, que deve ser necessariamente seguido por todos, seja porque equiparado à lei, como os assentos, seja porque dotado de força vinculante decorrente de disposição constitucional, como a súmula vinculante.

Ora, mas se há cerca de 500 anos tenta se estabelecer no Brasil esse cenário de uniformidade nas decisões judiciais, qual seria motivo do fracasso de todos os institutos citados? A resposta para esse questionamento parece estar atrelada à própria cultura — tanto geral como jurídica — brasileira, que resiste fortemente às tentativas de criação de mecanismos uniformizadores da jurisprudência, mas este assunto deve ser objeto de estudo próprio.

⁶⁰ BRASIL. Lei n. 13.105, de 16 de março de 2015. Código de Processo Civil. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/ato2015-2018/2015/lei/113105.htm. Acesso em 30/09/2019.

CONCLUSÃO

A dispersão jurisprudencial é um fenômeno que sempre se manifestou no direito brasileiro, podendo ser verificado desde a época colonial. E, como visto, não foram poucos os esforços empregados e institutos jurídicos criados para que se viabilizasse uma maior uniformização das decisões dos órgãos jurisdicionais: assentos, prejudgados, súmulas, repercussão geral, recursos repetitivos e outros tantos.

Nada, contudo, proporcionou resultados verdadeiramente efetivos. Uma análise histórica revela que os mecanismos de uniformização de jurisprudência empregados no direito brasileiro — mesmo os mais recentes, criados pelo CPC/2015, como os incidentes de resolução de demandas repetitivas e de assunção de competência — parecem adaptações ou repaginações dos antigos assentos ou dos prejudgados, ainda que com ajustes pontuais.

Esse ponto é importante, especialmente porque o fenômeno da dispersão jurisprudencial não parece ser decorrente da inadequação de mecanismos processuais. Muito ao revés, está ligado à força vinculante das decisões judiciais — à falta disso, na verdade —, o que nos remete às raízes da cultura geral e jurídica brasileira. Se observada a história de como nosso ordenamento jurídico se relaciona com a concepção de decisões vinculantes, é bastante claro que sempre houve uma repulsão — que variou em grau ao longo do tempo, mas nunca deixou de existir — ao reconhecimento da obrigatoriedade de reprodução das decisões judiciais.⁶¹

Sem aqui se pretender desenvolver um tratado sobre cultura — que certamente não é escopo deste estudo —, o fato objetivo é que, como aponta Daniel Mitidiero⁶², por força dessa relação entre cultura e processo⁶³, este deve ser o “espelho seguro e fiel da realidade histórica

⁶¹ TUCCI, José Rogério Cruz e. *O Advogado, a Jurisprudência e outros temas de Processo Civil*. São Paulo: Editora Quartier Latin do Brasil, 2010. p. 61.

⁶² MITIDIERO, Daniel Francisco. *Processo e Cultura: Praxismo, Processualismo e Formalismo em Direito Processual*. Revista Cadernos do Programa de Pós-Graduação em Direito PPGDir./UFRGS, n. 2, 2004. p. 102.

⁶³ No mesmo sentido: “Para que se possa compreender a atual conjuntura do processo civil, necessário se faz cultivar a ideia de que o processo civil, tal qual qualquer objeto de conhecimento, é produto da mão do homem, moldado por ideologias, aflições, interesses e anseios de uma determinada sociedade. Logo, sofre também ele de mutações, eis que resulta da vivência humana e forja-se dentro de um determinado momento histórico, arraigado de significações culturais de um povo no tempo e no espaço. (...) Não obstante seu caráter formal, é impossível negar que as questões processuais se encontram permeadas de estruturas culturais, resultado de um entremeio entre a produção de normas processuais racionais, de modo a evitar o arbítrio estatal, mas que, no entanto, sejam

neste ou naquele sucesso de tempo socialmente considerado”. E, de fato, parece haver um descompasso entre a cultura jurídica brasileira e a lógica de vinculação aos pronunciamentos judiciais que, sobretudo após o advento do CPC/2015, vigora em nosso ordenamento jurídico. A rigor, é bastante crível que as tentativas normativas de combater a dispersão jurisprudencial não se mostraram efetivas porque eram, na verdade, medidas que incrementavam a força vinculante das decisões judiciais de forma artificializada e sem que houvesse uma mudança cultural sobre o tema.

A partir disso, é de se questionar: a dispersão jurisprudencial — ainda que traga consigo consequências normalmente taxadas de negativas, como o aumento da litigiosidade — é um fenômeno que deve seguir sendo combatido ou, lado outro, deve ser aceito como um traço cultural do direito brasileiro? Talvez nem sequer haja uma resposta definitiva para essa questão, mas a história evidencia que imposições legislativas incompatíveis com a cultura da sociedade dificilmente trazem resultados animadores. Se a intenção geral é garantir a força vinculante das decisões judiciais e evitar a dispersão jurisprudencial no direito brasileiro, o caminho menos tortuoso parece ser fomentar mudanças culturais que permitam uma melhor recepção dessa visão.

REFERÊNCIAS

ALENCAR, Angélica Oliveira. Processo Civil Cooperativo: um modelo constitucional de processo. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2014.

ALVIM, Teresa Arruda; DANTAS, Bruno. Recurso especial, recurso extraordinário e a nova função dos tribunais superiores no direito brasileiro. 4ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017.

BARBOSA MOREIRA, José Carlos. Comentários ao Código de Processo Civil. Vol. V (Arts. 476 a 565). 2ª ed. Forense: Rio de Janeiro, 1976.

BRASIL. Anteprojeto de Código de Processo Civil (1964). Disponível em: <https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/177246/anteprojeto%20de%20codigo%20de%20processo%20civil.pdf?sequence=2&isAllowed=y>. Acesso em 20/02/2021.

_____. Collecção das leis do Brazil. Rio de Janeiro: Imprensa Nacional, 1808.

_____. Constituição (1824). Constituição Política do Império do Brazil (de 25 de março de 1824). Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao24.htm. Acesso em 30/09/2019.

_____. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em 30/09/2019.

_____. Decreto n. 16.273, de 23 de dezembro de 1923. Reorganiza a Justiça do Distrito Federal. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1910-1929/D16273.htm. Acesso em 30/09/2019.

_____. Decreto n. 19.408, de 18 de novembro de 1930. Reorganiza a Corte de Apelação, e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1930-1949/D19408.htm. Acesso em 30/09/2019.

_____. Decreto n. 2.684, de 23 de outubro de 1975. Dá força de lei no Imperio a assentos da Casa da Supplicação de Lisboa e competencia ao Supremo Tribunal de Justiça para tomar outros.. Disponível em: <https://www2.camara.leg.br/legin/fed/decret/1824-1899/decreto-2684-23-outubro-1875-549772-publicacaooriginal-65290-pl.html>. Acesso em 30/09/2019.

_____. Decreto n. 848, de 11 de outubro de 1890. Organiza a Justiça Federal. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1851-1899/D848.htm. Acesso em 30/09/2019.

_____. Decreto-lei n. 1.608, de 18 de setembro de 1939. Código de Processo Civil. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-Lei/1937-1946/Del1608.htm. Acesso em 30/09/2019.

_____. Decreto-lei n. 5.452, de 1 de maio de 1943. Aprova a Consolidação das Leis do Trabalho. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del5452.htm. Acesso em 30/09/2019.

_____. Emenda constitucional n. 7, de 13 de abril de 1977. Incorpora ao texto da Constituição Federal disposições relativas ao Poder Judiciário. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Emendas/Emc_anterior1988/emc07-77.htm. Acesso em 30/09/2019.

_____. Lei n. 13.105, de 16 de março de 2015. Código de Processo Civil. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/113105.htm. Acesso em 30/09/2019.

_____. Lei n. 319, de 25 de novembro de 1936. Regula o recurso das decisões finais das Câmaras de Apelação e de suas Câmaras. Disponível em: <https://www2.camara.leg.br/legin/fed/lei/1930-1939/lei-319-25-novembro-1936-556810-republicacao-76951-pe.html>. Acesso em 30/09/2019.

_____. Lei n. 4.737, de 15 de julho de 1965. Institui o Código Eleitoral. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l4737.htm. Acesso em 30/09/2019.

_____. Lei n. 5.869, de 11 de janeiro de 1973. Institui o Código de Processo Civil. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L5869impressao.htm. Acesso em 30/09/2019.

_____. Lei n. 7.033, de 5 de outubro de 1982. Revoga o § 3º do artigo 899, o artigo 902 e seus parágrafos, e modifica a redação da alínea "f" do inciso I do artigo 702, da alínea "b" do artigo 894, da alínea "a" do artigo 896, da Consolidação das Leis do Trabalho, bem como do artigo 9º da Lei nº 5.584, de 26 de junho de 1970. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L7033.htm. Acesso em 30/09/2019.

_____. Supremo Tribunal Federal (Pleno). Acórdão. Agravo interno na ação rescisória n.

2.580/PR. Rel. Min. Edson Fachin. Julgado em 22/09/2017. Publicado no DJE em 03/10/2017.

_____. Supremo Tribunal Federal. Emendas do Regimento. Disponível em: http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/bibliotecaConsultaProdutoBibliotecaRI/anexo/1940/art_183_3agosto1963.pdf; Acesso em 30/09/2019.

_____. Tribunal Superior Eleitoral (Pleno). Recurso especial eleitoral. RESPE n. 9.936/RJ (0000504-95.2003.6.00.0000). I. Recurso especial: regularidade da representação do partido político pelo diretório municipal na sua interposição: revisão, por maioria absoluta de votos, da jurisprudência anterior: inexigibilidade, para a revisão, da maioria qualificada de dois terços, porque incompatível o art. 263 do Código Eleitoral com as constituições posteriores. II. Inelegibilidade: prefeito, ainda que tendo renunciado no prazo do art. 14, parágrafo 6, da constituição, e inelegível para vice-prefeito no período imediatamente anterior: inteligência compreensiva do art. 14, parag. 5, da constituição federal, de modo a inibir a fraude ao dogma constitucional de irreelegibilidade dos chefes do poder executivo, permitindo-lhes atingir, por via indireta a recondução ao exercício do mandato que, ostensivamente, a constituição lhes vedava. Brasília, 14 de setembro de 1992. Rel. Min. Sepúlveda Pertence. Diário de justiça, 11/03/1993, p. 3.478. Revista de jurisprudência do TSE, Vol. 4, Tomo 4, p. 207.

CÔRTEZ, Osmar Mendes Paixão. Recursos repetitivos, súmula vinculante e coisa julgada. 1ª ed. Brasília: Gazeta Jurídica, 2018.

ESTADO DE SÃO PAULO. Lei n. 2.421, de 14 de janeiro de 1930. Código do Processo Civil e Commercial. Disponível em: <https://www.al.sp.gov.br/repositorio/legislacao/lei/1930/lei-2421-14.01.1930.html>. Acesso em 30/09/2019.

FERRAZ, Sérgio. O prejudgado no direito processual trabalhista brasileiro. Revista de Direito da Procuradoria Geral, n. 23, 1970.

FUCK, Luciano Felício. O Supremo Tribunal Federal e a repercussão geral. Revista de Processo, ano 35, n. 181, mar./2010.

LEAL, Victor Nunes. Passado e futuro da súmula do STF. Ajuris, n. 25, 1982.

MARINONI, Luiz Guilherme. A ética dos precedentes: justificativa do novo CPC. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

MITIDIERO, Daniel Francisco. Processo e Cultura: Praxismo, Processualismo e Formalismo

em Direito Processual. Revista Cadernos do Programa de Pós-Graduação em Direito PPGDir./UFRGS, n. 2, 2004.

OLIVEIRA, Paulo Miranda de. O binômio repercussão geral e súmula vinculante: necessidade de aplicação conjunta dos dois institutos. In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (org.). Direito jurisprudencial. Vol. I. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012..

PANUTTO, Peter. Precedentes judiciais vinculantes: o sistema jurídico-processual brasileiro antes e depois do código de processo civil de 2015 (Lei n. 13.105, de 16 de março de 2015). 1ª ed. Florianópolis: Empório do Direito, 2017.

PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. Embargos, Prejulgado e Revista no Direito processual brasileiro (Côrte Suprema e Lei n. 319, de 25 de novembro de 1937, relativa às Côrtes de Apelação de todo o Brasil). Rio de Janeiro: A. Coelho Branco Filho, 1937.

SIFUENTES, Mônica. Súmula vinculante: um estudo sobre o poder normativo dos tribunais: São Paulo: Saraiva, 2005.

SOUZA, Carlos Fernando Mathias de. O Senado e o Distrito Federal. Revista de Informação Legislativa. Brasília, a. 47, n. 187, jul./set. de 2010.

TELLES, José Homem Corrêa. *Commentario critico à Lei da Boa Razão*. Lisboa: Typographia de Maria da Madre de Deus, 1865.

TUCCI, José Rogério Cruz e. O Advogado, a Jurisprudência e outros temas de Processo Civil. São Paulo: Editora Quartier Latin do Brasil, 2010.

A REPUTAÇÃO JUDICIAL DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL: ENTRE O AGIR DELIBERATIVO E A IMAGEM PÚBLICA.

Hugo Moreira Lima Sauaia¹

SUMÁRIO: 1 Introdução – 2 Afinal, qual o papel das cortes constitucionais? – 3 A reputação judicial das cortes constitucionais e supremas e seus mecanismos de aprimoramento – 4 A relevância do estudo da reputação judicial do Supremo Tribunal Federal diante de suas atribuições institucionais – 5 Conclusão – 6 Referências.

RESUMO: O presente artigo inicia com a discussão sobre o papel da jurisdição constitucional, em especial quanto à missão institucional das cortes constitucionais, enfrentando, inclusive, a afirmação de sua necessária postura contramajoritária. Em seguida, abordar-se o instituto da reputação judicial, e seus possíveis mecanismos de aprimoramento, com a abordagem de precedentes nacionais e de direito constitucional comparado. Ao final, enfatiza-se a relevância do estudo da reputação judicial do próprio Supremo Tribunal Federal enquanto elemento indispensável para a realização de sua missão constitucional.

PALAVRAS-CHAVE: Supremo Tribunal Federal – Reputação Judicial – Cortes Constitucionais – Jurisdição Constitucional.

The judicial reputation of the Brazilian Supreme Court: between deliberative acting and public image.

CONTENTS: 1 Introduction – 2 After all, what is the role of the constitutional courts? 3 The judicial reputation of constitutional and supreme courts and their mechanisms of its enhancement – 4 The relevance of studying the reputation of the Brazilian Supreme Court before its institutional attributions – 5 Conclusion – 6 References.

¹ O autor é Advogado, Doutor em Direito Constitucional pela USP, Mestre em Direito Constitucional pelo IDP, professor da graduação e pós-graduação do UNICEUMA em São Luís-MA e autor de livros e artigos. Este, em particular, é um estudo seminal que foi mais extensamente desenvolvido no livro: Como decide o STF? (Lumenjurs, 2021).

ABSTRACT: This article starts arguing about the role of judicial review, especially concerning the mission of Constitutional Courts, facing also the affirmation of its necessary contramajoritarian position. Following, it approaches the institute of judicial reputation, and its possible mechanisms of enhancement, discussing national precedents and foreign cases. At the end, it emphasizes the relevance of studying the judicial reputation of the Brazilian Supreme Court itself, as an indispensable element for the achievement of its constitutional mission.

KEY-WORDS: Brazilian Supreme Court – Judicial Reputation – Constitutional Courts – Judicial Review.

Reputación judicial del Supremo Tribunal Federal: entre el actuar deliberativo y la imagen pública.

RESUMEN: 1 Introducción - 2 Después de todo, ¿cuál es el papel de las cortes constitucionales? - 3 La reputación judicial de las cortes constitucionales y supremas y sus mecanismos de perfeccionamiento - 4 La relevancia del estudio de la reputación judicial del Supremo Tribunal Federal ante sus atribuciones institucionales - 5 Conclusión - 6 Referencias.

RESUMEN: El presente artículo comienza con la discusión sobre el papel de la jurisdicción constitucional, en especial en cuanto a la misión institucional de las Cortes Constitucionales, enfrentando, inclusive, la afirmación de su necesaria postura contramayoritaria. A continuación, abordar el instituto de la reputación judicial, y sus posibles mecanismos de perfeccionamiento, con el enfoque de precedentes nacionales y de derecho constitucional comparado. Al final, se enfatiza la relevancia del estudio de la reputación judicial del propio Supremo Tribunal Federal como elemento indispensable para la realización de su misión constitucional.

PALABRAS CLAVE: Supremo Tribunal Federal - Reputación Judicial - Cortes Constitucionales - Jurisdicción Constitucional.

1 Introdução

O Supremo Tribunal Federal, enquanto espaço de discussão e decisão de relevantes questões constitucionais, dispõem de uma série de mecanismos inerentes à construção de sua reputação judicial – imagem pública, de como é visto por audiências internas e externas ao Poder Judiciário –, e que dizem respeito ao seu agir estratégico enquanto instituição, funcionando ainda, como ferramenta que auxilia no cumprimento de suas decisões pelos poderes públicos e pela sociedade civil. O objeto do presente artigo parte da discussão do papel contemporâneo das cortes supremas e constitucionais, prosseguindo em direção à compreensão

do instituto da reputação judicial, em especial quanto à relevância do seu estudo no tocante ao panorama atual brasileiro, de agravada crise política e necessária estabilidade institucional.

2 Afinal, qual o papel das cortes constitucionais?

Após a Segunda Guerra mundial, o mundo testemunhou, simultaneamente, a expansão da jurisdição constitucional e a adoção de cartas de direitos nacionais ou supranacionais. Dezenas de países transferiram, por meio de reformas constitucionais, poderes e competências decisórias de instituições representativas para tribunais constitucionais e cortes supremas. A supremacia constitucional passou, assim, a dogma contemporâneo, progredindo, continuamente, nos dois lados do Atlântico (HIRSCHL, 2007, p. 7; ACKERMAN, 1997, p. 771). A partir de então, a maioria dos países já democratizados ou em processo de (re)democratização passou a conferir às referidas cortes o importante papel de guardar as constituições, tendo ou não sobre elas a última palavra. A título de exemplo, cortes com competência para decidir em última instância questões constitucionais emergiram no Japão (1946), Alemanha (1951), Itália (1956), Espanha (1978), Portugal (1982), Rússia (1991) e África do Sul (1996) (GINSBURG, 2003, p. 20; BARROSO, 2009, p. 263).

A mudança não se deu apenas em países em processo de redemocratização. Como destaca Ran Hirschl (2007, p. 7-9), até mesmo o Reino Unido, Nova Zelândia e Israel, países que adotavam o típico modelo de Westminster, sucumbiram à supremacia dos tribunais. Devido especialmente ao grande número de poderes concedidos a essas cortes, o final do Século XX e o início do XXI têm testemunhado tribunais constitucionais julgarem questões morais e políticas controversas, e a jurisdição constitucional é apontada como uma nota distintiva de maturidade nas democracias contemporâneas. Todavia, ainda hoje segue sem solução a questão a propósito da legitimidade da função dessas cortes (RAMOS, 2009, p. 150).

A discussão sobre o papel do Poder Judiciário e da corte suprema remonta ao Século XVIII, quando nos *Federalist Papers*, Alexander Hamilton (1961, p. 200) defendeu que seria este sempre o *the least dangerous branch*, o braço menos perigoso dos poderes constituídos, em razão de ser o menos capaz de se impor. O Executivo teria não apenas a honra, quanto a força, em razão de sua posição representativa de destaque, por controlar as forças militares; o Legislativo comandaria os recursos públicos; e ao Judiciário, ao contrário, não restaria qualquer influência sobre a espada ou as receitas, ou seja, não deteria outra capacidade senão a de emitir julgamentos. Sem manter o controle dos braços armados ou ter recursos próprios, dependeria dos demais poderes até para assegurar a eficácia de suas decisões (HAMILTON, 1961, p. 461).

Quase dois séculos depois, Alexander Bickel (1986, p. 90) chama a atenção para o caráter contramajoritário do controle judicial de constitucionalidade, opondo-se à compreensão *hamiltoniana*, para afirmar que realisticamente seria preocupante e extremamente ameaçadora a interferência de uma corte na vontade representativa, especialmente ao atuar contra maiorias constituídas, e quando pautada em princípios ou vetores hermenêuticos não expressos. Entendia ele, que essa postura poderia gerar grave desequilíbrio no jogo democrático, e no processo eleitoral como seu pilar mestre, onde minorias deveriam se aglutinar para a proteção dos seus interesses, unindo forças e ganhando consequente representatividade para a tomada de decisões políticas.

Por outro lado, tornaram-se frequentes, modernamente, os autores que apontam a contramajoritariedade como a própria razão da existência das cortes supremas, indicando-as como instância de proteção aos direitos fundamentais – enquanto trunfos das minorias – que de outra forma seriam suprimidos durante o processo representativo. Como destaca Ronald Dworkin (1996, p. 34), democracias maduras deveriam se proteger contra a tirania da maioria por meio da constitucionalização e da *judicial review*. Esta exigência guardaria relação com o próprio reconhecimento da força normativa da constituição, ou com levá-la a sério. Ignorar essa missão implicaria em permitir a subversão por maiorias, ainda que temporariamente constituídas, daqueles direitos reconhecidos como fundamentais, ignorando-se que direitos não podem ser deixados somente nas mãos de Legislativo e Executivo, em razão de sua natureza majoritária (ABBOUD, 2014, p. 109; BARAK, 2002, p. 20).

Autores como Barry Friedman (2009, p. 9), no entanto, promovem verdadeira reviravolta quanto à percepção do caráter majoritário da jurisdição constitucional, ao afirmar, a partir de análise histórica do processo de estabelecimento da Suprema Corte dos Estados Unidos no cenário político-institucional do país, que “The American people have always had the ability to limit judicial review - or even to eliminate it entirely. The persistent question throughout history has been whether, and to what extent, they should exercise this power.”² Em uma análise retrospectiva, e em apoio à sua tese, Friedman (2009, p. 110) discorre sobre momentos históricos marcantes do constitucionalismo norte-americano, para enfatizar que é por meio de um processo de observância da repercussão das decisões junto à opinião pública que o significado da constituição progressivamente se forma. Diz ele, “[...] the Court rules. The public responds. Over time, sometimes a long period, public opinion jells, and the Court comes into

² “Que o povo americano sempre possuiu a habilidade para limitar a *judicial review* - ou mesmo eliminá-la totalmente. A questão que persiste através da história seria quando e em que extensão esse poder deveria ser exercido.” (Tradução nossa).

line with the considered views of the American public.” (FRIEDMAN, 2009, p. 383)³. Em razão dessa dinâmica, a melhor definição de independência judicial seria aquela conquistada perante a maioria, uma vez que somente por meio do apoio público seria possível, às cortes, preservar estabilidade, distinguindo um apoio difuso – a capacidade do público de aceitar decisões da corte em razão da posição institucional de respeito e consolidação na história constitucional do país – de um apoio específico – o suporte oriundo de decisões que agradam a opinião pública (SUNSTEIN, 2002, p. 292; RUBENFELD, 2001, p. 272; ACKERMAN, 1998, p. 528; GUTMANN; THOMPSON, 1966, p. 432; NINO, 1995, p. 264).

Há também aqueles para quem as cortes constitucionais representariam uma espécie de seguro, um foro alternativo em países onde o prognóstico fosse o de perda de posições de maioria política, funcionando frequentemente como porto seguro para possíveis futuros confrontos. A metáfora é pertinente, pois, da mesma forma que seguros minimizam o risco de atividades comerciais, haveria diminuição dos riscos da supressão de conquistas, ainda que aristocráticas, em um momento de transição, e da impossível resistência a aberturas a outros grupos populares (GINSBURG, 2003, p. 247). Afinal: “After all, why would a political majority adopt an institution that constrains itself in policy making? And why would it rely on judges to undertake the task of constraint?” (GINSBURG, 2003, p. 22)⁴. Em síntese, reconhecer a essas cortes apenas a missão de produzir reformas sociais significativas encerra o risco de se ignorar as razões ocultas que apoiaram sua criação, razões essas que em muitos casos representam verdadeiras amarras ao seu livre funcionamento (ROSENBERG, 1993, p. 10).

Em virtude de toda a controvérsia formada, Conrado Hübner Mendes (2013, p. 102) salienta a posição privilegiada que as cortes constitucionais ocupam: um ponto singular da arquitetura política, se encontram em uma linha tênue que separa interpretação constitucional e discricionariedade, em razão da insuficiência de critérios ou consensos hermenêuticos para a solução dos dilemas que se apresentam para deliberação em uma comunidade política. Reafirma, ainda, a necessidade de se pensar na ação deliberativa dessas cortes e nos mecanismos os quais dispõem para assegurar o cumprimento de suas decisões, as quais não são tomadas dentro de um ambiente politicamente estéril ou neutro, mas repleto de convicções pessoais e de influências de todas as ordens. O agir deliberativo e a utilização de tais mecanismos seriam condições legitimadoras de um processo decisório inteligente e eficiente,

³ “[...] decidem. O público responde. Com o passar do tempo, às vezes um longo período, a opinião pública se forma, e a corte se adequa às visões do público americano.” (Tradução nossa).

⁴ “Por que adotaria uma maioria política uma instituição que limitaria sua própria liberdade? E por que confiaria a juízes tal papel?” (Tradução nossa).

se não pressupostos da própria sobrevivência institucional. Cortes constitucionais podem enfrentar, em algumas circunstâncias, pesados desafios quanto à efetividade de suas decisões. O gerenciamento bem-sucedido desses desafios vai além da interpretação legal. Depende de destreza política. Uma corte constitucional geralmente dispõe de um número de instrumentos para lidar com essa política encoberta do escrutínio constitucional. (MENDES, 2013, p. 197).

As cortes parecem assumir, assim, um papel inegável de catalizadores deste debate com a opinião pública e demais instituições representativas, onde a formação do significado constitucional é o resultado de um extenso diálogo entre poderes e a sociedade civil. Elas operariam como válvulas de segurança, declarando inaceitáveis provisões oriundas do processo representativo, e insistindo na busca por outra alternativa. Nem se imporiam a legisladores recalitrantes ou protegeriam a sociedade contra a pura vontade majoritária. Pelo contrário, deveriam usar sua autoridade para permitir que os legisladores enfrentassem suas próprias contradições, forçando-os a rever ou aprofundar o debate sobre suas posições (SHAPIRO, 2006, p. 15; MENDES, 2008, p. 206; FRIEDMAN, 2009, p. 384; BARAK, 2006, p. 238).

3 A reputação judicial das cortes constitucionais e supremas e seus mecanismos de aprimoramento

Diante desta complexa função acima descrita, sem aprofundar-se ainda os erros e acertos de tais concepções, torna-se visível a circunstância de que toda corte constitucional dispõe de uma imagem pública, a qual é fruto de como a percebem tanto audiências internas ao próprio Poder Judiciário – considerados aqui apenas os magistrados e servidores – quanto audiências externas, como advogados, a mídia ou o público em geral. Enquanto algumas cortes estão essencialmente voltadas para o interior do Poder Judiciário, e, portanto, a única socialização existente ocorre entre os profissionais e juízes – permanecendo isoladas de outras audiências, outras são mais atenciosas e voltadas para o exterior, onde juízes subscrevem opiniões individuais e atraem atenção da mídia. Enquanto naquelas resta acentuada a imagem da corte enquanto órgão único, nestas alguns magistrados tendem a assumir diferentes popularidades, faltando incentivos para a formação de uma imagem coletiva, uma vez que são continuamente ressaltadas as posições e particularidades de cada julgador (GAROUPA; GINSBURG, 2015, p. 6).

A relevância desta impressão pública sobre a corte está presente em diversos relatos. Em 1992, no exato dia em que a Suprema Corte norte-americana anunciou sua decisão em *Planned Parenthood v. Casey*, no qual foi novamente chamada a decidir sobre a sensível

questão da constitucionalidade ou não do aborto, o juiz Anthony Kennedy conversou em seu gabinete com um repórter, enquanto olhava através da janela o público extremamente dividido, e declarou: “Sometimes you don't know if you're Caesar about to cross the Rubicon or Captain Queeg cutting your own tow line.” (Informação verbal)⁵, pretendendo afirmar, que a corte, ao decidir, muitas vezes não tem certeza se está trilhando o caminho certo em direção ao seu reconhecimento e respeito institucionais, ou se caminha em postura que contraria os interesses da sociedade civil, dos Poderes Públicos e os seus próprios (GREENBURG, 2007, p. 23; BAUM, 2006, p. 2). Em 2000, após a controversa decisão proferida em *Bush v. Gore*, no qual a Suprema Corte proibiu a recontagem de votos na Flórida, o que garantiu a reeleição de George W. Bush, ao menos dois dos seus juízes se manifestaram com preocupação e pesar. Sandra Day O'Connor afirmou que talvez a corte devesse simplesmente ter agido com autocontenção, e rejeitado a apreciação do recurso, a decisão tomada deu à corte uma reputação menor que a ideal. Stephen Breyer, por sua vez, foi ainda mais direto, ao declarar explicitamente que a decisão da corte representaria “[...] a self-inflicted wound.” (BAUM, 2006, p. 70)⁶.

Em ambas as circunstâncias, a preocupação comum era a reputação da corte. Como enfatizam Nuno Garoupa e Tom Ginsburg (2015, p. 16), em obra recente, pois tal atributo tem diversos papéis relevantes para este órgão, e para o próprio Poder Judiciário como um todo, por várias razões. Em primeiro lugar, ela transmite informação ao público em geral sobre a qualidade do judiciário, e a boa reputação judicial favorece a percepção de uma corte e de magistrados enquanto qualificados e respeitados. Isso propicia, inclusive, uma disponibilidade geral de prover tais instituições com maiores recursos materiais, e evita o esvaziamento dos já existentes, sejam monetários ou sociais. Ademais, a reputação judicial exerce influência sobre como os Poderes Executivo e Legislativo, assim como a forma que os grupos que compõem a sociedade civil conceberão as decisões tomadas, e em que medida as seguirão. Isso não significa dizer que não possa ou não deva a corte, sem lesões à sua reputação, decidir contrariamente à maioria. Em verdade, a construção deste capital reputacional – por meio da utilização dos mecanismos de aprimoramento que dispõe – é que permitirá, em larga escala, maior liberdade para que a corte possa tomar decisões contramajoritárias, que não gozarão de apoio específico da sociedade. Por isso, importa perceber que a reputação judicial de uma corte está diretamente relacionada com a capacidade de fazer com que os demais protagonistas do processo democrático obedeçam suas decisões. Assim, quanto mais alta sua reputação, menor será a

⁵ “Às vezes, você não sabe se é César cruzando o Rubicão ou Capitão Queeg cortando seu próprio cabo de reboque.” (Tradução nossa).

⁶ “[...] uma ferida decorrente de autoflagelo.” (Tradução nossa).

expectativa de descumprimento. Sem obediência espontânea, as cortes, em diversas circunstâncias, não dispõem de meios para solucionar sua função primordial de resolver disputas, articulando a interpretação sobre regras, e servindo como veículos de controle social.

Compreende-se mais facilmente a importância da reputação judicial ao se considerar a situação de juízes em países em desenvolvimento, onde reformas voltadas à eficiência são de difícil implementação, mesmo quando os gastos anuais para a manutenção de estruturas e otimização do funcionamento dos mais diversos tribunais são de grande vulto. Em muitos desses países o Judiciário tem a reputação de corrupto; magistrados são apontados como agentes públicos que não trabalham o suficiente; ou que atuam como ilhas, isoladas e sem coerência entre seus julgados (ROSE-ACKERMAN, 2007, p. 15). Nesses ambientes, o aprimoramento da reputação judicial é especialmente valioso, uma vez que, se elevada, poderá contribuir antecipadamente para a obediência direta às decisões e estabilidade institucional, o que poderá gerar crescimento econômico e aumento de investimentos.

Diversos mecanismos postos à disposição da corte podem contribuir para a formação de sua reputação, e o aumento desta parece estar diretamente relacionado com sua capacidade de proferir julgamentos que demandem maior esforço para seu cumprimento. Ou seja: quanto mais agregarem reputação positiva, mais capazes estarão essas cortes de enfrentar a oposição da opinião pública, ou dos Poderes Executivo e Legislativo, em razão de sua estabilidade e histórico de obediência às suas decisões. Esse agir estratégico da corte guarda relação com a necessidade de manter uma reserva de credibilidade. É esse construto reputacional difuso, oriundo da sua história institucional, que permitirá a ela se posicionar diante de circunstâncias onde seja necessário decidir contra fortes grupos políticos ou a opinião pública, em situações nas quais não dispõe de apoio específico, mas cumpre missão constitucional (GILES; BLACKSTONE; VINING, 2008, p. 15; MELLO, 2015, p. 315).

Um dos primeiros mecanismos que merecem ser explorados diz respeito ao modelo deliberativo. Ao suprimirem as divergências ou prolatarem decisões no modelo *per curiam* – onde é emitida uma única opinião institucional – as cortes transmitem, especialmente em casos particularmente controvertidos, a ideia de unidade e coerência interna, e ajudam a apresentar o julgamento como derivação direta da lei, e não de preferência individuais. Em muitos casos a corte estará claramente falando em uma só voz. Contrariamente, a prolação em grande escala de decisões monocráticas – como ocorre em relação ao STF –, ainda que posteriormente submetidas a julgamento colegiado, pode ensejar à corte uma imagem disfuncional. Um órgão que se manifesta por várias vozes, muitas vezes contraditórias, produzindo inegável insegurança jurídica, na medida em que nenhuma expectativa de comportamento individual,

social e institucional pode ser resguarda, já que os destinatários do direito não sabem o que esperar, em cada caso julgado, pela mais alta corte do país.

Da mesma forma, os julgamentos onde são apontados diversos votos concordantes em suas parcelas dispositivas, porém, divergentes quanto à *ratio decidendi*, podem, ao não permitir a compreensão adequada dos fundamentos decisórios, transmitir a noção de frágil convicção, e não permitir sequer o crescimento reputacional pelo acompanhamento preciso e uniforme do precedente pelos demais tribunais nacionais, uma vez que não será possível extrair um fundamento comum dos votos individuais (DOTHAN, 2014, p. 41; MENDES, 2011, p. 337; MARINONI, 2015, p. 157). Os exemplos a seguir merecem menção.

A Suprema Corte de Israel prolatou muitos dos seus julgamentos *per curiam* na década de 50, mas parou de fazê-lo nos anos seguintes. Em contrapartida a nítido decréscimo nos níveis de obediência às suas decisões, especialmente por parte do Poder Executivo, retornou ela a utilizar o modelo deliberativo na década de 90, na qual decidiu questões altamente controversas, como, *v. g.*, a absolvição de nazista em razão de dúvidas quanto à sua identidade no caso *Demjanjuk* (1993), ou na decisão de inadmissão de recurso contra a deportação temporária de 415 membros de organizações hostis à unidade nacional no caso *Association for Civil Rights in Israel* (1992) (DOTHAN, 2014, p. 42). Neste último, há registros que vários juízes pretendiam apresentar fortes votos divergentes, mas que o presidente à época, Meir Shamgar, dotado de poderes regimentais, determinou a supressão dos registros. Outros precedentes famosos, onde a inibição do dissenso fora utilizada para o aumento da reputação da corte, no sentido de evitar-se a imagem de qualquer dúvida quanto à legitimidade da decisão, dizem respeito à constatação de que a obediência à decisão requereria grandes custos ou altas dificuldades operacionais, como em *Brown v. Board of Education* – que determinava a reorganização da alocação de alunos no sistema público de educação para se evitar práticas discriminatórias e enfrentava forte divergência em alguns estados-membros –, ou em casos como *United States v. Nixon* – onde a Corte Norte-Americana determinava a entrega pelo presidente da república de fitas contendo material que o incriminava, o que não deveria ser visto como ingerência excessiva e direta sobre o Poder Executivo (DOTHAN, 2014, p. 22).

Outro fator de nítido destaque diz respeito à forma como as cortes utilizam a publicidade e a transparência em favor de sua reputação. O Brasil e o México são exemplos de países que inclusive transmitem parcela dos julgamentos por canais próprios de televisão – havendo estudo que demonstra que, neste último, a estratégia serviu para cultivar a reputação da corte (STATON, 2010, p. 9) – enquanto outros países resistem firmemente à transmissão de julgamentos, apesar de pesquisas de opinião mostrarem que a maioria significativa dos norte-

americanos, por exemplo, acreditam que as sessões deveriam ser televisionadas (MAURO, 2011, p. 259; MCELROY, 2012, p. 1842; BRILL, 1997, p. 13). Não há, todavia, análise adequada do problema, e critério que determine que julgamentos devam ser televisionados, havendo sérias críticas no sentido de que possivelmente o televisionamento, ao menos no caso brasileiro, haja incentivado um aumento significativo no tamanho dos votos, o que iria na contramão dos esforços por eficiência na administração das sessões de julgamento (FONTE, 2015, p. 3; MENDES, 2016, p. 6):

Publicity is helpful for the cultivation of reputation and can be used strategically by courts. But if the courts do not communicate clearly in an increasingly dense media environment, they will find that publicity may actually harm the reputation of the court as a whole. Furthermore, appearances on television may encourage individual justices to seek to distinguish themselves, leading to a more incoherent jurisprudence and harming collective reputation. (GAROUPA; GINSBURG, 2015, p. 35)⁷.

A transparência é um atributo que guarda relação com diversos mecanismos de funcionamento interno do próprio STF, não só com a transmissão de seus julgamentos (LOPUCKI, 2009, p. 533). Recentemente, têm sido discutidas questões como o controle de pauta, ou seja, dentre aqueles recursos, ou ações disponibilizadas para julgamento pelos relatores, às vezes há anos, quais os critérios utilizados para a seleção dos casos que terão primazia de julgamento. A seleção, a depender do momento político pelo qual passe o país, parece guardar intrínseca relação com a forma que a corte é observada, e como age diante do seu papel institucional, permitindo inclusive maior ou menor apoio político e público para a prolação de decisão em um sentido, ou em outro. A formação da pauta, e o debate em torno deste mecanismo, têm sido objeto de análise em outras cortes constitucionais, e merecem atenção adequada sob um viés constitucional no Brasil (FONTANA, 2011, p. 10). Pode-se citar, como fato recente, a inclusão em pauta para julgamento do Mandado de Segurança nº 22972-DF, 18 anos após sua impetração, em meio à recente crise política relacionada ao processo de *impeachment* do mais alto membro do Poder Executivo brasileiro, e que permitiu à imprensa deduzir que estaria aquela corte – em razão da circunstância escolhida, de acentuada crise institucional – em favor da adoção do parlamentarismo, ou de alguma forma contra o sistema de governo atual, ou ainda, contribuindo para a construção de uma saída para a crise política (MUDANÇA..., 2016).

⁷ “Publicidade é útil para se cultivar a reputação e pode ser usada estrategicamente pelas Cortes. Mas se as cortes não se comunicarem claramente em um ambiente crescente de exposição descobrirão que a publicidade pode em verdade prejudicar a reputação da corte como um todo. Ademais, aparências em televisão podem encorajar que magistrados tentem se distinguir dos demais, resultando em uma jurisprudência mais incoerente, o que danificará a reputação coletiva.” (Tradução nossa).

No mesmo sentido, indaga-se frequentemente sobre o alongamento demasiado do prazo para votos-vista, o que termina por colocar o referido ministro, que haja solicitado o expediente, em controle do processo, o qual somente será julgado quando este decidir restituir os autos, ainda que maioria já haja sido formada em um sentido, não permitindo, assim, a breve conclusão do julgamento. Estudo da Fundação Getúlio Vargas (FGV) (2015, p. 23) mostra, por exemplo, que enquanto o Ministro Nelson Jobim retinha processos com pedidos de vista pela média de 1000 (mil) dias, o Ministro Sidney Sanches os devolvia em 30 (trinta) dias. Ademais, o Supremo não divulga a lista de liminares à espera de decisão do mérito. Processos com decisões liminares proferidas pelo Ministro Joaquim Barbosa esperaram oito anos pelo julgamento do mérito. Com um controle transparente seria possível acompanhar a organização do ministro-relator, do presidente do tribunal, do pleno e de suas turmas (RIBEIRO, 2015; BRASIL, 2013, p. 5; FUNDAÇÃO GETÚLIO VARGAS, 2015, p. 15).

Tem-se discutido, sem, contudo, haver ainda concordância, qual deveria ser o critério constitucional para a organização dos mecanismos que permitem ao STF decidir como e em que amplitude receberá as partes e voltará seus olhares e atenções para a participação de terceiros. Desde o recebimento de partes pelos Ministros, pessoalmente em seus gabinetes, até o parâmetro que permitirá decidir, em cada processo, quantos e quais *amicus curiae* serão aceitos, de tal forma que eventuais obstáculos à oitiva de partes e procuradores, ou à seleção não criteriosa de quais intervenientes participarão, não coloque jurisdicionados em situação de aparente privilégio ou desvantagem. A adoção de procedimentos não isonômicos, ineficientes ou meramente obscuros, afeta a qualidade da própria prestação jurisdicional, e a reputação da corte enquanto espaço de oitiva e deliberação.

Pesquisa mostra que a Suprema Corte Norte-Americana teve a participação de ao menos um *amicus curiae* em 85% (oitenta e cinco por cento) de seus julgamentos, sendo que, entre 1946 e 2001, 15.214 solicitações de participação foram ajuizadas em 3.865 casos. Essa dinâmica, não criteriosa, resultou em mudança de orientação da corte, após ser inundada com 78 solicitações de *amicus* em um único caso, relativo a discussões sobre os limites do direito ao aborto (UNITED STATES, 1989, p. 2). Editou, então, a Regra 37, para determinar que apenas argumentos relevantes, e novos, interessariam à corte em tais pronunciamentos, e que a repetição somente induziria situação de empecilho à celeridade dos julgamentos (MOHAN, 2010, p. 55).

A percepção em nossa mais alta corte, no entanto, parece ser outra. Na sessão plenária de 25 de maio de 2016, o STF retomou o julgamento do Agravo Regimental na Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) 3396, que discute a legitimidade recursal do *amicus curiae*, na

hipótese de o relator recusar o pedido por não ver nele chance de uma boa contribuição (art. 7º, § 2º da Lei nº 9.868, de 10 de novembro de 1999). O Presidente, Ministro Ricardo Lewandowski, chegou a ponderar: “Esse plenário é uma ribalta extraordinária. Dá uma exposição tremenda. Quem é que não quer ser *amicus curiae* com essa exposição nacional que essa situação propicia?” (LEAL, 2016), em uma reflexão quanto à possibilidade do expediente estar sendo usado como palco para demonstrações pessoais e exposições, o que não auxiliaria a prestação jurisdicional, postergando julgamentos e maculando, ainda mais, a reputação negativa sobre o engessamento da corte (BRASIL, 2012b). No âmbito da admissão das participações, a corte tem sido apontada como imprevisível, uma vez que na ADI 4785, ajuizada pela Confederação Nacional das Indústrias contra a Lei 19.976, de 27 de dezembro de 2011, de Minas Gerais – que criou taxa sobre a mineração – foi admitido o Estado do Pará como *amicus curiae*, mesmo após a pauta estar definida, contrariando precedentes anteriores (BRASIL, 2012a).

4 A relevância do estudo da reputação judicial do Supremo Tribunal Federal diante de suas atribuições institucionais

A reputação judicial se tornou, assim, neste século, ferramenta que amplia a eficiência política e social do processo decisório, e permite a comunicação, inclusive transacional, dos tribunais, quando uns se tornam modelos de probidade e eficiência a serem avistados e seguidos por outros. Isso não significa descuidar-se da autocontenção indispensável, a qual somente poderá ser obtida pelo estabelecimento de critérios constitucionais adequados para a utilização das ferramentas disponíveis para o exercício da missão constitucional. Esse procedimento é muito mais complexo e denso que simplesmente o ato de proferir uma decisão colegiada sobre um *hard case*, como acentua Oscar Vilhena, ao apontar a reputação enquanto pressuposto da autoridade do STF, e enfatizar a existência de mecanismos ou instrumentos para sua preservação:

O Supremo tem motivos e mecanismos para não se deixar capturar por interesses ilegítimos daqueles sobre os quais recai a sua jurisdição. **Sua autoridade decorre, sobretudo, de sua reputação.** Essa é alcançada pela sua capacidade de demonstrar, ao longo do tempo, que a Corte é uma instituição imparcial, que suas decisões representam a melhor interpretação daquilo que lhe determina a Constituição e, também, de que a Corte não utilizará de seu poder de dar a última palavra para usurpar função alheia. **Os instrumentos para preservar sua reputação são a colegialidade, a transparência, a discricção e a consistência jurídica de suas decisões,** mas

também a capacidade de se proteger de algumas armadilhas. (VIEIRA, 2016, grifos nossos).

O Min. Lewandowski, em 2014, em seu discurso de posse na Presidência do STF, destacou explicitamente o papel de protagonista da corte, “[...] em situações limítrofes, nas quais nem o Legislativo, nem o Executivo, lograram alcançar os necessários consensos para resolvê-las.” (BRASIL, 2014, p. 3). Ressaltou, assim, o papel da instituição enquanto instância participativa deste processo democrático de tomada de decisões constitucionalmente adequadas. Essa participação ativa da corte teve seu auge em 2016, com o intenso debate sobre sua participação no processo de *impeachment*, inclusive com a declaração jocosa, apesar de em tom sereno, do Min. Barroso, em audiência com comissão da Câmara dos Deputados, de que: “O que os senhores não terão dúvida e a sociedade também deve saber é que nesse Fla-Flu o Supremo não tem lado. O Supremo é o árbitro desse jogo. Portanto se o Flamengo fizer um gol legítimo, ele vai ser validado. E se o Fluminense fizer um gol legítimo, ele vai ser validado.”, afirmou o ministro (RAMALHO, 2016). Colocou-a em posição de árbitro – constitucional – de um diálogo eminentemente político, mesmo que com pressupostos e procedimentos juridicamente aferíveis.

Como ressaltam estudiosos do tema, o modelo brasileiro, onde a corte constitucional decide uma enorme quantidade de processos por ano quando em comparação com outras cortes (Estados Unidos em média 80 casos por ano, Canadá 70 casos, Conselho Constitucional Francês 100, e Itália 500), gera uma atmosfera crítica, diante do enorme número de derrotados e dilemas morais enfrentados, o que significa, inegavelmente, a aquisição de diversos inimigos políticos no processo. Para enfrentar este extenuante desafio, a corte estará em desvantagem. As críticas – especialmente se ausentes critérios nítidos para sua organização e relacionamento com os demais coparticipantes desses processos – excederão facilmente as fontes de apoio político, as quais servem de contrapeso para inibir atuações contra a sua estabilidade de funcionamento (FONTANA, 2011, p. 110).

Estudos têm demonstrado que julgamentos colegiados muito frequentemente atingem resultados inferiores a julgamentos individuais, e que a eficiência do próprio processo deliberativo depende mais da forma estruturada na qual as diversas opiniões são reunidas, e do formato de diálogo existente, do que na simples presença de coautores nesse ato decisório (SUNSTEIN, 1999, p. 984; 2005, p. 587). A qualidade do próprio modelo deliberativo depende da avaliação das variáveis pertinentes ao agir institucional e colaborativo, bem como sua relação com as demais instituições e a sociedade civil. Pode-se dividir as diversas dimensões em: uma etapa preparatória da deliberação, ou seja, todo o processo que antecede e precede o julgamento;

o momento deliberativo em si; e um terceiro momento, onde é elaborado e comunicado o produto desta decisão (MENDES, 2016, p. 348).

Essas etapas estão interligadas por diversos mecanismos que conformam o agir deliberativo do STF, e permitem que este adquira ou perca legitimidade, aos olhos dos demais poderes e da sociedade, à medida que disponha ou não de critérios uniformes, e constitucionalmente previsíveis, para reger toda essa relação interinstitucional. A formação do capital reputacional da corte – sua imagem institucional e o zelo pela sua manutenção enquanto instituição primordial para a *judicial review* e sobretudo para o controle da legitimidade dos atos da administração pública em geral – depende da construção de parâmetros para o manejo eficiente das suas próprias ferramentas de atuação. Todavia, no Brasil, a corte, tamanhas as incongruências comportamentais e de agir institucional, tem recebido o epítome de *onze ilhas* (MENDES, 2010; VIEIRA; ANDRADE, 2016, p. 27), ou sido apontada como detentora de uma *caixa-preta* (ALESSI, 2016), ou seja, indivíduos invariavelmente separados e desunidos quanto ao próprio propósito maior do órgão, vértice superior da estrutura jurídica nacional.

Mark Tushnet (2015, p. 4) atribui esta diferença de comportamento institucional entre os Ministros brasileiros, e também dos próprios juízes da Suprema Corte norte-americana, à falta de internalização sobre o conjunto de normas que incentivam o processo deliberativo, não bastando a mera publicidade do modelo decisório, ou o televisionamento, devendo os Ministros estarem imbuídos do firme propósito de construir coletivamente e dialogicamente a decisão, renunciando a comportamentos individualistas, e atendendo a critérios democráticos e viabilizadores das práticas institucionais.

5 Conclusão

Conclui-se assim, que o tema merece maior destaque, primeiro, para se propor uma estrutura teórica que sistematize os mecanismos que dispõe o STF durante todo o seu agir deliberativo, mormente naquilo que diz respeito à forma que se relacionam os próprios Ministros, e como estes se relacionam com as audiências externas. Isto somente poderá ser realizado a partir da compreensão de que esta sua atuação institucional guarda relação intrínseca com a formação da sua reputação, no sentido da capacidade que a corte tem de ser respeitada e ter atendidas suas decisões. Do diagnóstico desses mecanismos de interação interna e externa, e da análise da noção de reputação judicial em cotejo com a missão constitucional do Supremo, poderão ser indicados os critérios constitucionais que sejam aptos a regular cada um desses mecanismos, instrumentos ou traços do agir deliberativo e interrelacional, de tal forma que se

permita uma visão unificadora da atividade jurisdicional daquela corte, dentro de um viés democrático, íntegro e em atenção ao *due process of law*.

6 Referências

ABBOUD, Georges. **Discrecionalidade administrativa e judicial**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

ACKERMAN, Bruce. The rise of world constitutionalism. **Virginia Law Review**. Charlottesville, v. 83, 1997, p. 771-797.

_____. **We the people: transformations**. Cambridge, MA: Belknap Press, 1998.

ADVANI, Manish. Strengthening Relationships through Reputational Capital. **Global Journal of Management and Business Studies**. Massachusetts, v. 3, n. 9, 2013, p. 985-990. Disponível em: <<http://www.ripublication.com/gjmbs.htm>>. Acesso em 20 jul. 2016.

ALESSI, Gil. A caixa preta do STF: por que o tribunal julga o que quer quando quer? **El País**. Madrid, 2016. Não paginado. Disponível em: <http://brasil.elpais.com/brasil/2016/06/10/politica/1465591620_578341.html>. Acesso em: 20 jul. 2016.

BARAK, Aharon. A judge on judging: the role of a Supreme Court in a democracy. **Harvard Law Review**. Cambridge, MA, v. 116, 2002, p. 19-21.

_____. **The judge in a democracy**. New Jersey: Princeton University Press, 2006.

BARROSO, Luís Roberto. **Curso de Direito Constitucional Contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo**. São Paulo: Saraiva, 2009.

BAUM, Lawrence. **Judges and their audiences: a perspective on judicial behavior**. New Jersey: Princeton University Press, 2006.

BICKEL, Alexander M. **The least dangerous branch: the supreme court at the bar of politics**. 2. ed. New Haven: Yale University Press, 1986.

BRASIL. **ADI 4.650 DF**. Brasília, DF, 2013. Disponível em: <www.stf.jus.br>. Acesso em: 20 jul. 2016.

_____. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade - ADI 4785. Relator(a) Min. Ricardo Lewandowski. **Diário da Justiça Eletrônico**. Brasília, DF, n. 112, 2012a. Não paginado.

_____. _____. **Discurso de posse do Ministro Ricardo Lewandowski**. Brasília, DF, 2014. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/discursoMinistroRL.pdf>>. Acesso em: 20 jul. 2016.

_____. _____. **Julgamento sobre pedido de "amicus curiae" é suspenso.** Brasília, DF, 2012b. Não paginado. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=207131>>. Acesso em: 20 jul. 2016.

BRILL, Steven. Courtroom cameras, **Notre Dame Law Review**. [S. l.], v. 72, 1997, p. 1181-1192.

DOTHAN, Shai. How international courts enhance their legitimacy. **Theoretical Inquiries in Law**. [S. l.], v. 14, n. 2, 2013, p. 455-478.

_____. **Reputation and judicial tactics: a theory of National and International Courts.** Cambridge, UK: Cambridge University Press, 2014.

DWORKIN, Ronald. **Freedom's Law.** Cambridge, MA: Harvard University Press, 1996.

FONTANA, David. Docket Control and the success of constitutional courts. In: GINSBURG, Tom.; DIXON, Rosalind (Eds.). **Comparative constitutional law.** Massachusetts: Edward Elgar Publishing, 2011. Disponível em: <http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2256946>. Acesso em: 20 jul. 2016.

FONTE, Felipe de Melo. **O Supremo Tribunal Federal antes e depois da TV justiça: rumo à sociedade aberta de telespectadores?** [S. l.: s. n.], 2015. Disponível em: <<http://s.conjur.com.br/dl/pesquisa-decisoes-colegiadas-stf.pdf>>. Acesso em: 20 jul. 2016.

FRIEDMAN, Barry. **The will of the people: how public opinion has influenced the Supreme Court and shaped the Meaning of the Constitution.** 1. ed. New York: Farrar, Straus and Giroux, 2009.

FUNDAÇÃO GETÚLIO VARGAS. **Supremo em números.** Rio de Janeiro, 2015. Disponível em: <<http://www.fgv.br/supremoemnumeros/>>. Acesso em: 18 jul. 2016.

GAROUPA, Nuno; GINSBURG, Tom. **Judicial reputation: a comparative theory.** Chigaco: University of Chicago Press, 2015.

GILES, Micheal W.; BLACKSTONE, Bethany; VINING, Richard L. The Supreme Court in american democracy: unraveling the linkages between public opinion and judicial decision-making. **The Journal of Politics**. Cambridge, v. 70, n. 2, apr. 2008, p. 293-306.

GINSBURG, Tom. **Judicial review in new democracies: constitucional courts in asian cases.** Cambridge, UK: Cambridge University Press, 2003.

GREENBURG, Jan Crawford. **Supreme conflict: the inside story of the Struggle for Control of the United States Supreme Court.** New York: The Penguin Press, 2007.

GUTMANN, Amy; THOMPSON, Dennis. **Democracy and disagreement.** Cambridge, MA: Belknap Press, 1966.

HAMILTON, Alexander. Federalist n. 78. In: WRIGHT, Benjamin (Ed.). **The Federalist Papers.** Cambridge, MA: Harvard University Press, 1961.

HIRSCHL, Ran. **Towards juristocracy: the origins and consequences of the new constitutionalism**. Cambridge: Harvard University Press, 2007.

JACKSON, Kevin T. **Building reputational capital: strategies for integrity and fair play that improve the bottom line**. Oxford: Oxford University Press, 2004.

KLARMAN, Michael J. Brown v. Board of Education: law or politics? **University of Virginia School of Law**. Charlottesville, n. 2-11, dec. 2002. Disponível em: <http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=353361>. Acesso em: 20 jul. 2016.

LEAL, Saul Tourinho. O amigo que a Suprema Corte precisa. **UOL Online**. [S. l.], 2016. Não paginado. Disponível em: <<http://jota.uol.com.br/o-amigo-que-suprema-corte-precisa>>. Acesso em: 20 jul. 2016.

LOPUCKI, Lynn M. Court-System Transparency. **Iowa Law Review**. Iowa City, 2009, p. 481-538.

MARINONI, Luiz Guilherme. **Julgamento nas Cortes Supremas**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

MAURO, Anthony E. Let the Cameras Roll: cameras in the Court and the Myth of Supreme Court Exceptionalism. **Reynolds Courts and Media Law Journal**. [S. l.], v. 1, 2011, p. 259.

MCELROY, Lisa T. Cameras at the Supreme Court: a rhetorical analysis. **BYU Law Review**. [S. l.], n. 6, 2012, p. 1837-1900.

MELLO, Patrícia Perrone Campos. **Nos bastidores do STF**. Rio de Janeiro: Forense, 2015.

MENDES, Conrado Hübner. **Constitutional Courts and deliberative democracy**. Oxford: Oxford University Press, 2013.

_____. Desempenho deliberativo de cortes constitucionais e o STF. In: MACEDO JÚNIOR, Ronaldo Porto; BARBIERI, Catarina Helena Cortada (Orgs.). **Direito e Interpretação: racionalidades e instituições**. São Paulo: Saraiva, 2011.

_____. **Direitos fundamentais, separação de poderes e deliberação**. 2008. 219 f. Tese (Doutorado em Ciência Política) - Departamento de Ciência Política, Faculdade de Filosofia, Letras e Ciências Humanas, Universidade de São Paulo, 2008.

_____. O STF é refém do capricho dos seus ministros. **Justificando.com**. São Paulo, 2016. Disponível em: <<http://justificando.com/2016/06/08/conrado-hubner-mendes-o-stf-e-refem-do-capricho-dos-seus-ministros/>>. Acesso em: 20 jul. 2016.

_____. Onze ilhas. **Folha de São Paulo**. São Paulo, fev. 2010. Não paginado. Disponível em: <<http://www1.folha.uol.com.br/fsp/opiniaofz0102201008.htm>>. Acesso em: 26 jan. 2016.

MOHAN, S. Chandra. The amicus curiae: friends no more? **Singapore Journal of Legal Studies**. Singapore, v. 2, 2010, p. 1-24.

MUDANÇA para o parlamentarismo pode ter apoio do STF. **Folha Nobre**. [S. l.], 2016. Não paginado. Disponível em: <<http://folhanobre.com.br/2016/03/14/mudanca-para-parlamentarismo-pode-ter-apoio-do-stf/24394>>. Acesso em: 20 jul. 2016.

NINO, Carlos Santiago. **The Constitution of Deliberative Democracy**. New Haven: Yale University Press, 1995.

RAMALHO, Renan. 'Impeachment não é golpe', diz Barroso à comissão da Câmara. **G1**. Brasília, DF, 2016. Não paginado. Disponível em: <<http://g1.globo.com/politica/processo-de-impeachment-de-dilma/noticia/2016/03/impeachment-nao-e-golpe-diz-barroso-comissao-da-camara.html>>. Acesso em: 20 jul. 2016.

RAMOS, Elival da Silva. **Parâmetros dogmáticos do ativismo judicial em matéria constitucional**. 2009. 289 f. Tese (Professor Titular) - Curso de Direito, Universidade do Estado de São Paulo, São Paulo, 2009.

RIBEIRO, Victor. Gilmar Mendes libera voto-vista sobre financiamento de campanha. **Radioagência nacional**. Brasília, DF, 2015. Não paginado.

ROSE-ACKERMAN, Susan. Judicial Independence and corruption. In: TRANSPARENCY INTERNATIONAL. **Global Corruption Report, 2007: corruption in judicial systems**. Cambridge: Cambridge University Press, 2007.

ROSENBERG, Gerard N. **The hollow hope: can courts bring about social change?** Chicago: University of Chicago Press, 1993.

RUBENFELD, Jed. **Freedom and time: a theory of constitutional self-government**. New Haven: Yale Univ. Press, 2001.

SERGEANT, Randolph Stuart. Building reputational capital: the right of attribution under section 43 of the Lanham Act. **Columbia-VLA Journal of Law & the Arts**. [S. l.], v. 19, n. 1/2, 1995, p. 45-84.

SHAPIRO, Ian. **The State of democracy theory**. New Jersey: Princeton University Press, 2006.

STATON, Jeffrey K. **Judicial Power and Strategic Communications in Mexico**. Cambridge, UK: Cambridge University Press, 2010.

SUNSTEIN, Cass R. **Designing Democracy: What Constitutions Do**. Oxford: Oxford University Press, 2002.

_____. Group judgments: statistical means, deliberation, and information markets. **New York University Law Review**. New York, v. 80, n. 3, jun. 2005, p. 962-1049.

_____. The law of group polarization. **John M. Olin Law and Economics Working Paper**. Stanford, n. 91, dec. 1999. Disponível em: <http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=199668>. Acesso em: 20 jul. 2016.

TUSHNET, Mark. Novos mecanismos institucionais para a criação do direito constitucional. **Quaestio Juris**. Rio de Janeiro, v. 8, n. 2, 2015, p. 1188-1206.

UNITED STATES. Supreme Court. **Webster v. Reproductive Health Services**, 492 U.S. 490. Washington, D.C., n. 88-605, 1989.

VIEIRA, José Ribas; ANDRADE, Mario Cesar. Onze ilhas supremas ou ministros invisíveis: o que o STF reserva para 2016? **Jota**. [S. l.], fev. 2016. Não paginado. Disponível em: <<http://jota.uol.com.br/onze-ilhas-supremas-ou-ministros-invisiveis-o-que-o-stf-reserva-para-2016>>. Acesso em: 20 jul. 2016.

_____, Oscar Vilhena. Senhor de seus juízos. **Folha de São Paulo**. São Paulo, 2016. Não paginado. Disponível em: <<http://www1.folha.uol.com.br/colunas/oscarvilhenavieira/2016/06/1780605-senhor-de-seus-juizos.shtml>>. Acesso em: 20 jul. 2016.

CLÁUSULA COMPROMISSÓRIA DE ARBITRAGEM E COMPROMISSO ARBITRAL: POSSÍVEL VIOLAÇÃO DO PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL DA INAFASTABILIDADE DA JURISDIÇÃO

ARBITRATION COMMITMENT CLAUSE AND ARBITRATION COMMITMENT: POSSIBLE VIOLATION OF THE CONSTITUTIONAL PRINCIPLE OF ACCESS TO JUSTICE

Bruno Furtado Silveira¹

Sumário: 1. Introdução - 2. Princípio da inafastabilidade da jurisdição - 3. Arbitragem: Princípio da autonomia privada - autonomia da vontade - autonomia negocial - 4. *Kompetenz-Kompetenz* - 4.1. Cláusulas patológicas como exceção ao princípio do *Kompetenz Kompetenz* - 5. Limites materiais da arbitragem - 6. Vias adequadas ao tratamento de controvérsias - 7. Considerações finais - Referências.

Resumo: Este artigo pretende examinar a arbitragem como uma forma de acesso à Justiça. Preliminarmente, é analisado o conceito e abrangência do princípio da inafastabilidade da jurisdição. Em seguida, são apresentados os fundamentos teóricos para a investidura da competência arbitral, com ênfase no conceito de autonomia privada. Será objeto de análise a chamada *Kompetenz-Kompetenz*, que consiste na competência atribuída para que o próprio árbitro ou órgão arbitral examine impugnações à existência, validade e eficácia da convenção de arbitragem ou cláusula compromissória. Por fim, busca-se trazer mais reflexões sobre a arbitragem como uma legítima e adequada via de tratamento de conflitos. Concluímos que a vedação de exame prévio pelo Poder Judiciário de controvérsia com cláusula compromissória ou compromisso arbitral não viola o art. 5º, inciso XXXV, da Constituição Federal, por ser a arbitragem uma espécie de jurisdição e também porque envolve o livre exercício da autonomia privada. Para a elaboração deste trabalho foi realizada a análise da legislação, da doutrina de

¹ Mestrando em Direito pela Escola Paulista de Direito (EPD). Especialista em Contratos e Responsabilidade Civil pelo Instituto Brasiliense de Direito Público (IDP). Juiz do trabalho.

Direito Civil e de Direito Processual Civil e também de precedentes judiciais de tribunais brasileiros.

Palavras-chave: Arbitragem. Direito Processual Civil. Autonomia privada. Acesso à Justiça. Brasil.

Abstract: This article aims to examine arbitration as a form of access to justice. Preliminarily, the concept and scope of the principle of access to jurisdiction is analyzed. Then, the theoretical foundations for the investiture of arbitration are presented, with emphasis on the concept of private autonomy. The Kompetenz-Kompetenz will be the object of analysis, which consists of the competence attributed to the arbitrator or arbitration body to examine impugnement to the existence, validity and effectiveness of the arbitration agreement or arbitration clause. Finally, it seeks to bring more reflections on arbitration as a legitimate and appropriate way of dealing with conflicts. We conclude that the prohibition of prior examination by the Judiciary of controversy with arbitration clause or arbitration commitment does not violate art. 5, item XXXV, of the Federal Constitution, as arbitration is a kind of jurisdiction and also because it involves the free exercise of private autonomy. For the elaboration of this work, an analysis of the legislation, the doctrine of Civil Law and Civil Procedural Law and also judicial precedents of Brazilian Courts was carried out.

Keywords: Arbitration. Civil Procedural Law. Private autonomy. Access to justice. Brazil.

1. INTRODUÇÃO

A Lei de Arbitragem (Lei nº 9.307/1996) estabeleceu uma importante mudança no sistema processual ao fixar a competência arbitral na hipótese de existência de contrato com cláusula compromissória ou de compromisso arbitral. Diferentemente do que ocorria antes da referida lei, o Poder Judiciário não poderá intervir na mesma lide objeto do pacto arbitral, antes da decisão final no âmbito da arbitragem. Em regra, haverá a extinção, sem exame do mérito, de eventual ação judicial anterior ao esgotamento do processo arbitral.

O Supremo Tribunal Federal declarou a constitucionalidade da Lei nº 9.307/1996, por meio da decisão proferida no processo de homologação de sentença estrangeira SE-AgR: 5206. Nessa decisão o STF afastou, de forma explícita e enfática, a arguição de que a Lei nº 9.307/1996 teria vulnerado o princípio da inafastabilidade da jurisdição (art. 5º, inciso XXXV, da Constituição Federal de 1988).

Apesar da referida decisão do Supremo Tribunal Federal ter pacificado a jurisprudência acerca do assunto, é importante aprofundarmos o estudo dos fundamentos teóricos da arbitragem como um meio legítimo de acesso à Justiça. Cabe indagar se realmente haveria a vulneração do princípio da inafastabilidade da jurisdição pela recusa da análise de uma lide pelo Poder Judiciário com fundamento em um pacto arbitral.

Questionamentos acerca da violação do princípio da inafastabilidade da jurisdição surgem principalmente na hipótese em que as partes firmaram cláusula compromissória. Esse tipo de cláusula consiste na contratação, antes da existência de qualquer demanda, de que, havendo qualquer controvérsia sobre determinada relação jurídica, ela deve ser resolvida por um árbitro ou órgão arbitral. É também possível a impugnação do compromisso arbitral, que se constitui em uma espécie de contrato em que as partes optam por submeter à arbitragem a resolução da controvérsia já instalada. O posterior ingresso de uma ação no Poder Judiciário implicaria na invalidação da cláusula compromissória ou do compromisso arbitral, em nome do princípio da inafastabilidade da jurisdição? Sob outro prisma, a anterior manifestação da vontade das partes que firmaram a cláusula compromissória ou o compromisso arbitral deve ser prestigiada, mesmo que tenha o resultado de provocar a extinção da ação judicial, sem exame do mérito? Cabe indagar, portanto, se existiria um direito subjetivo e incondicionado de exame de demandas pelo Poder Judiciário.

2. PRINCÍPIO DA INAFASTABILIDADE DA JURISDIÇÃO

O art. 5º, XXXV, da Constituição Federal determina que, “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”. Já o art. 3º do Código de Processo Civil repete o texto constitucional, acrescentando em seu § 1º, que “é permitida a arbitragem, na forma da lei”.

O referido dispositivo constitucional contém o princípio da inafastabilidade da jurisdição, também chamado de direito de ação, ubiquidade da justiça ou princípio do livre acesso ao Judiciário.

Antes de tudo, cabe definir o que se entende por princípio da inafastabilidade da jurisdição. Para Fernanda Tartuce, a inafastabilidade da jurisdição é: “a fundamental promessa de conceder tutela jurisdicional, constituindo a moderna expressão do que tradicionalmente, em um prisma técnico, era denominado garantia constitucional da ação”.² Observa-se que esse conceito destaca o princípio da ação ou demanda, por meio do qual é assegurado a todos o ingresso em juízo para a defesa dos seus interesses.

O direito de ação possui duplo espectro, pois abarca tanto a possibilidade de exigir a atividade jurisdicional, quanto o direito de se pleitear a tutela ao Poder Judiciário. Quanto às suas características, ele é autônomo, pois independe da existência do direito alegado, e um direito subjetivo, ou seja, da esfera de cada indivíduo³. Cabe observar que o direito de ação é também um dever inescusável do Estado.

Fredie Didier Jr., ao tratar do princípio da inafastabilidade da jurisdição, tece as seguintes considerações: “Quando a Constituição fala de exclusão de lesão ou ameaça de lesão do Poder Judiciário quer referir-se, na verdade, à impossibilidade de exclusão de alegação de lesão ou ameaça, tendo em vista que o direito de ação (provocar a atividade jurisdicional) não se vincula à efetiva procedência do quanto alegado.”⁴ Dá-se ênfase, portanto, ao caráter abstrato da ação, ou seja, ao direito de ingressar com uma ação perante o Poder Judiciário, independentemente dos fundamentos fáticos e jurídicos alegados pela parte autora.

Nesse contexto, existe o debate sobre a natureza jurídica da arbitragem. Diversos doutrinadores entendem que a arbitragem é jurisdição, no caso, uma modalidade de jurisdição privada. Dentre os estudiosos que consideram a natureza jurisdicional da arbitragem se encontra Arruda Alvim, que sintetiza da seguinte forma o seu posicionamento:

Em primeiro lugar, pode ser dito que a arbitragem é revestida de substitutividade, já que o árbitro detém poderes para se sub-rogar à vontade das partes e, dessa forma, aplicar o direito.

² TARTUCE, Fernanda. **Mediação nos Conflitos Cíveis**, 5. ed. rev. ampl. e atual., São Paulo: Método, 2019, p. 121.

³ TARTUCE, Fernanda. **Mediação nos Conflitos Cíveis**, 5. ed. rev. ampl. e atual., São Paulo: Método, 2019, p. 122.

⁴ DIDIER, Fredie Jr. **Curso de Direito Processual Civil**: teoria geral do processo e processo de conhecimento - v. 1, 10. ed. rev. ampl. e atual., Salvador: Jus Podium, 2008, p. 86.

Outro aspecto que identifica a sentença arbitral à judicial consiste no fato de que também aquela produz coisa julgada, de molde que seus efeitos revestem-se de características da imutabilidade, inerente à atividade jurisdicional, que é definitiva por natureza.

Veja-se, ainda, que o árbitro, assim como o juiz, atua na qualidade de terceiro desinteressado, satisfazendo o requisito da imparcialidade. Por outro lado, a despeito de não estar investido de um cargo público, o árbitro também está investido de poderes decisórios cuja eficácia equipara-se à sentença judicial.

É certo que a arbitragem deve ser em contraditório regular, muito embora o procedimento arbitral não seja idêntico àquele estabelecido para o processo judicial.

Por fim, a atividade de árbitro, tanto como a do juiz, é inerte, pois depende de provocação dos interessados.⁵

A consideração da arbitragem como espécie de jurisdição faria com que o exercício do direito a que alude o art. 5º, XXXV, da Constituição fosse exercido pelo acesso das partes à esfera arbitral. Contudo, a natureza jurídica jurisdicional da arbitragem não é ponto pacífico na doutrina, sendo necessário a consideração de outros fundamentos para o estudo da problemática exposta neste artigo.

A livre opção pela utilização da arbitragem, nos estritos termos das disposições da Lei de Arbitragem (Lei nº 9.307/1996), efetivamente é um fator impeditivo para que as partes tenham a mesma demanda examinada pelo Poder Judiciário. Ressalta-se que é possível que o Judiciário analise a decisão definitiva proferida na esfera arbitral, mas apenas em hipóteses bastante restritas (art. 32 da Lei de Arbitragem). De qualquer modo, não é viável que o Judiciário reveja o mérito em si da sentença arbitral. Por outro lado, não existe no Brasil norma estatal impondo a arbitragem para a resolução de determinadas controvérsias. Estaria então a Lei de Arbitragem vulnerando o princípio da inafastabilidade da jurisdição? O simples confronto entre a literalidade dos textos do inciso XXXV do art. 5º da Constituição Federal e do art. 8º, parágrafo único, da Lei nº 9.307/1996 poderia levar o intérprete a responder positivamente a essa indagação. Contudo, cabe realizar um estudo aprofundado das razões pelas quais a livre escolha pela via arbitral mantém intacto o princípio da inafastabilidade da jurisdição.

Inicialmente houve resistência na jurisprudência de alguns tribunais brasileiros em se reconhecer a constitucionalidade das diversas inovações processuais trazidas pela Lei nº

⁵ ALVIM, Arruda. **Sobre a natureza jurisdicional da arbitragem**. In: CAHALI, Francisco José; RODOVALHO, Thiago; FREIRE, Alexandre (Coord.). *Arbitragem: estudos sobre a Lei n. 13.129, de 26-5-2015*. São Paulo: Saraiva, 2016, p. 142-143.

9.307/1996. Um dos principais pontos de divergência consistia na possível violação do princípio da inafastabilidade da jurisdição pela rejeição da análise pelo Judiciário de demandas em que as partes que tenham firmado compromisso arbitral ou cláusula compromissória. Tal instabilidade jurisprudencial cessou com a declaração de constitucionalidade da Lei nº 9.307/1996 pelo Supremo Tribunal Federal (SE-AgR: 5206). Transcrevo a seguir parte da ementa da referida decisão do STF:

[...] 3. Lei de Arbitragem (L. 9.307/96): constitucionalidade, em tese, do juízo arbitral; discussão incidental da constitucionalidade de vários dos tópicos da nova lei, especialmente acerca da compatibilidade, ou não, entre a execução judicial específica para a solução de futuros conflitos da cláusula compromissória e a garantia constitucional da universalidade da jurisdição do Poder Judiciário (CF, art. 5º, XXXV). **Constitucionalidade declarada pelo plenário, considerando o Tribunal, por maioria de votos, que a manifestação de vontade da parte na cláusula compromissória, quando da celebração do contrato, e a permissão legal dada ao juiz para que substitua a vontade da parte recalcitrante em firmar o compromisso não ofendem o artigo 5º, XXXV, da CF.** [...] (STF - SE-AgR: 5206 EP, Relator: SEPÚLVEDA PERTENCE, Data de Julgamento: 12/12/2001, Tribunal Pleno, Data de Publicação: DJ 30-04-2004 PP-00029 EMENT VOL-02149-06 PP-00958) - grifos nossos

Ao analisar os fundamentos da tese prevalecente no acórdão, percebe-se a relevância conferida pelo STF à livre manifestação da vontade das partes no momento em que foi firmada a cláusula compromissória ou o compromisso arbitral. Essa autonomia é a pedra angular do posicionamento de que a arbitragem não representa mácula ao princípio constitucional da inafastabilidade da jurisdição, conforme será abordado a seguir.

A Lei nº 13.874/2019, denominada Lei da Liberdade Econômica, trouxe dispositivo que prestigia a força cogente das estipulações entre particulares. Trata-se do inciso VIII, do art. 3º, da referida lei, por meio do qual se estabelece que “os negócios jurídicos empresariais paritários serão objeto de livre estipulação das partes pactuantes”, resguardando, contudo, a prevalência das normas de ordem pública. É perfeitamente aplicável essa disposição legal no que se refere aos pactos relacionados à arbitragem. Entendemos que é vedado ao Poder Público interferir na vontade manifestada por pessoas capazes no sentido de submeter à arbitragem as suas demandas sobre direitos disponíveis. O exame do mérito da controvérsia pelo Poder Judiciário no caso em que há estipulação arbitral representaria uma mácula à liberdade preconizada na Lei nº 13.874/2019.

Outro fundamento contrário à tese de que a arbitragem vulnera o princípio da inafastabilidade da jurisdição é a possibilidade de impugnação judicial da sentença arbitral, na

hipótese em que se verificar algum vício a que alude o art. 32 da Lei nº 9.307/1996. Esse aspecto é ressaltado por Francisco José Cahali: “[...], não se exclui do Poder Judiciário a lesão a direito das partes, pois se a convenção arbitral, ou mesmo a sentença proferida na arbitragem, contiver vícios indicados na Lei, caberá ação própria de invalidação, ou mesmo em defesa da execução, [...]”.⁶

3. ARBITRAGEM: PRINCÍPIO DA AUTONOMIA PRIVADA - AUTONOMIA DA VONTADE - AUTONOMIA NEGOCIAL

A opção das partes de submeter uma lide à arbitragem encerra um aspecto do exercício da liberdade de contratar. É justamente para assegurar a ampla liberdade de optar pela via arbitral, sem qualquer comprometimento da vontade dos contratantes, que a legislação não estabelece nenhuma hipótese de obrigatoriedade de submissão de demandas à arbitragem. Contudo, proíbe-se a escolha da arbitragem quando a lide envolver direitos não patrimoniais ou indisponíveis (art. 1º da Lei nº 9.307/1996).

É importante inicialmente definir os conceitos de autonomia privada, autonomia da vontade e autonomia negocial, de modo a estabelecer qual deles seria o suporte teórico da arbitragem.

Giovanni Ettore Nanni preceitua:

A cláusula compromissória é assentada em um princípio fundamental, que é o da autonomia privada, muito embora ainda se refira à autonomia da vontade entre os estudiosos arbitralistas. Entretanto, apesar de o presente trabalho não comportar tal discussão, pensa-se que o conceito de autonomia da vontade foi suplantado pelo de autonomia privada, moldado de acordo com a teoria do negócio jurídico, sem o ranço do dogma da vontade.

A doutrina não diverge em reconhecer a autonomia privada como o poder de autodeterminação da pessoa, em que o ordenamento jurídico oferece e assegura aos particulares a possibilidade de regular suas relações mútuas dentro de determinados limites por meio de negócios jurídicos.

⁶ CAHALI, Francisco José. **Curso de Arbitragem**, 5. ed. rev. e atual., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015. p. 122.

Agregue-se, a título de esclarecimento, que atualmente se vem entendendo que a locução mais apropriada para a hipótese é autonomia negocial em vez de autonomia privada, inclusive no que tange à cláusula compromissória.⁷

Nota-se que o jurista Giovanni Ettore Nanni faz a adequada distinção entre os termos, de modo a considerar superado na atualidade o conceito de autonomia da vontade. Com efeito, a autonomia da vontade está vinculada à ideia de exercício quase ilimitado do direito de escolha do indivíduo. Esse viés altamente individualista da vontade estava impregnado não só em diversos dispositivos do Código Civil de 1916, mas também na própria *mens legis* desse diploma legal. Contudo, com o advento da Constituição Federal de 1988 e, sobretudo, com o Código Civil de 2002, houve uma notável mitigação do conceito de vontade, tendo em vista considerações de ordem pública e social. Por tais motivos, compartilhamos do entendimento de que atualmente é mais apropriada a utilização do conceito de autonomia privada. Apesar disso, ainda é comum, tanto na jurisprudência quanto na doutrina brasileiras, a utilização indistinta dos termos autonomia da vontade e autonomia privada.

O conceito de autonomia negocial, de pouca utilização no meio jurídico nacional, dá ênfase à dimensão patrimonial ou econômica da autonomia do indivíduo, sem esquecer dos limites impostos pelo ordenamento jurídico. A chamada autonomia negocial se desdobra na liberdade de firmar ou não um contrato e na possibilidade de escolher o conteúdo dos contratos.⁸

Flávio Tartuce enfatiza o papel da autonomia privada na opção pela arbitragem, afastando-se com isso a arguição de vulneração do princípio da inafastabilidade da jurisdição:

Realmente, não se pode dizer que a arbitragem afasta o acesso à justiça tutelado pelo art. 5.º, XXXV, da Constituição Federal, sob o argumento de que não pode admitir que uma controvérsia não pode ser apreciada pelo Poder Judiciário. Ora, a opção pela arbitragem é um exercício legítimo da autonomia privada, da liberdade individual. A questão pode ser normalmente resolvida pela ponderação de interesses ou valores constitucionais, desenvolvida por Robert Alexy e adotada expressamente pelo art. 489, § 2º, do CPC/2015. A liberdade e a autonomia privada amparam o direito fundamental de procurar outros meios para a solução das contendas, caso da arbitragem, que também representa uma modalidade de jurisdição.⁹

⁷ NANNI, Giovanni Ettore. **Direito Civil e Arbitragem**. São Paulo: Atlas, 2014, p. 14.

⁸ BAEZ, Narciso Leandro Xavier; LIMA, Germano Alves de. **Os limites da autonomia privada em face da perspectiva civil-constitucional**. Disponível em: <http://dfj.emnuvens.com.br/dfj/article/view/80>. Acesso em 11/11/2020.

⁹ TARTUCE, Flávio. **Direito Civil: teoria geral dos contratos e contratos em espécie** - v. 3, 15. ed., Rio de Janeiro: Forense, 2020, p. 835

Carlos Alberto Carmona também apresenta o posicionamento de que a arbitragem é instituída em decorrência da autonomia dos pactuantes da cláusula compromissória ou do compromisso arbitral:

Com efeito, uma das principais características da arbitragem é a autonomia da vontade, isto é, para ser instaurado, o procedimento arbitral pressupõe que as partes tenham, livre e espontaneamente, celebrado convenção de arbitragem e tenham a consciência de que quaisquer litígios decorrentes da relação jurídica na qual se insere a referida cláusula deverão ser decididos por arbitragem.¹⁰

Já Francisco José Cahali ressalta que o sistema jurídico brasileiro não impõe a via arbitral, sendo a submissão a essa forma de resolução de conflitos decorrente da vontade de contratar acerca de direitos patrimoniais disponíveis:

[...], em última análise, a lei não impõe a utilização da arbitragem, mantendo íntegro aos interessados o acesso à jurisdição estatal, porém, como expressão da vontade e liberdade de contratar, nas questões relativas a direitos patrimoniais disponíveis, permite que seja eleito o palco arbitral para a solução de conflito (potencial, latente ou já manifestado).¹¹

Uma leitura isolada do art. 5º, inciso XXXV, da Constituição é capaz de levar o intérprete à conclusão de que existiria o direito incondicionado e ilimitado de ter as demandas analisadas pelo Poder Judiciário. Contudo, tal interpretação do texto constitucional não observa que a jurisdição também pode ser exercida na esfera não estatal, como ocorre na arbitragem. É necessário prestigiar a autonomia das partes que resolveram submeter a contenda à arbitragem. Além disso, muitas vezes a própria estrutura do processo judicial é incompatível com as aspirações das partes do litígio, sendo a arbitragem o meio mais adequado para a solução do conflito.

O sistema jurídico brasileiro contempla uma ampla gama de caminhos para a resolução de controvérsias sobre direitos patrimoniais disponíveis, como a mediação, a conciliação e, mais notadamente para fins desse estudo, a arbitragem. Todos esses são exemplos de formas extrajudiciais de solução de controvérsias, que não vulneram o princípio da inafastabilidade da jurisdição.

¹⁰ CARMONA, Carlos Alberto. **Arbitragem e processo**: um comentário à Lei nº 9.307/96, 3. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Atlas, 2009, p. 122.

¹¹ CAHALI, Francisco José. **Curso de Arbitragem**, 5. ed. rev. e atual., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 122.

4. KOMPETENZ-KOMPETENZ

A Lei nº 9.307/1996 representou uma mudança substancial quanto à relevância da arbitragem como meio extrajudicial de solução de controvérsias. Dentre as inúmeras alterações trazidas pela Lei de Arbitragem ganha notável destaque a norma que estabeleceu a competência arbitral para analisar quaisquer questões sobre a eficácia, validade e existência da cláusula compromissória ou da convenção de arbitragem (art. 8º, parágrafo único, da Lei nº 9.307/1996). A mencionada norma determina que o árbitro ou entidade especializada são competentes para examinar, por provocação ou de ofício, todas as questões envolvendo a sua própria competência para analisar a lide. O Código de Processo Civil, em seu art. 485, VII, harmoniza-se com a Lei de Arbitragem ao determinar a extinção do processo judicial, sem exame de mérito, na hipótese do juiz acolher a alegação de existência de convenção de arbitragem ou for reconhecida a competência na própria esfera arbitral. A fixação inequívoca da competência arbitral pela legislação prestigia a segurança jurídica, pois impede a existência de ações simultâneas sobre a mesma causa. Em razão dessa sistemática de autoexame da competência, a doutrina considera que se aplica à arbitragem brasileira o princípio da *Kompetenz-Kompetenz*, também chamado de princípio da competência-competência.

O princípio da competência-competência tem duplo aspecto. O primeiro desses aspectos é positivo, e representa a fixação da competência arbitral para analisar todas as questões que digam respeito à sua própria competência. Já o prisma negativo do mesmo princípio significa a vedação de que o Poder Judiciário examine a competência arbitral antes do próprio árbitro ou entidade especializada.¹²

¹² DIAS, Jean Carlos. **O problema da competência-competência no Código de Processo Civil brasileiro aos olhos da análise econômica do direito**. Revista de Processo. Vol. 293, p. 383-404. São Paulo: Ed. RT, julho 2019. Disponível em: <https://www.revistadotribunais.com.br/maf/app/resultList/document?&src=rl&srguid=i0ad6adc600000179d8436a17eb88b49e&docguid=1a14b0500995c11e98148010000000000&hitguid=1a14b0500995c11e98148010000000000&spos=7&repos=7&t>

Esse último aspecto do princípio da *Kompetenz-Kompetenz* tem sido observado pelo Poder Judiciário, que com frequência rejeita a análise de controvérsias em que as partes, apesar do pacto arbitral, ainda não se submeteram ao processo de arbitragem. Nesse caso, há a extinção do processo judicial, sem exame do mérito, na forma do disposto no art. 485, VII, do Código de Processo Civil, como ilustra as seguintes decisões:

DIREITO PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ESPECIAL. AÇÃO DE OBRIGAÇÃO DE FAZER COM PEDIDO SUCESSIVO DE CONVERSÃO EM PERDAS E DANOS. CONVENÇÃO DE ARBITRAGEM. CLÁUSULA COMPROMISSÓRIA. INCOMPETÊNCIA DO JUÍZO ESTATAL. 1. Ação ajuizada em 19/07/2013. Recurso especial concluso ao gabinete em 03/07/2017. Julgamento: CPC/73. 2. O propósito recursal é definir se a presente ação de obrigação de fazer pode ser processada e julgada perante a justiça estatal, a despeito de cláusula compromissória arbitral firmada contratualmente entre as partes. 3. A pactuação válida de cláusula compromissória possui força vinculante, obrigando as partes da relação contratual a respeitar, para a resolução dos conflitos daí decorrentes, a competência atribuída ao árbitro. 4. Como regra, diz-se, então, que a celebração de cláusula compromissória implica a derrogação da jurisdição estatal, impondo ao árbitro o poder-dever de decidir as questões decorrentes do contrato e, inclusive, decidir acerca da própria existência, validade e eficácia da cláusula compromissória (princípio da *Kompetenz-Kompetenz*). 5. O juízo arbitral prevalece até mesmo para análise de medidas cautelares ou urgentes, sendo instado o Judiciário apenas em situações excepcionais que possam representar o próprio esvaimento do direito ou mesmo prejuízo às partes, a exemplo da ausência de instauração do juízo arbitral, que se sabe não ser procedimento imediato. 6. Ainda que se admita o ajuizamento - frisa-se, excepcional - de medida cautelar de sustação de protesto na Justiça Comum, os recorrentes não poderiam ter promovido o ajuizamento da presente ação de obrigação de fazer nesta sede, em desobediência à cláusula compromissória firmada contratualmente entre as partes. 7. **Pela cláusula compromissória entabulada, as partes expressamente elegeram Juízo Arbitral para dirimir qualquer pendência decorrente do instrumento contratual, motivo pela qual é inviável que o presente processo prossiga sob a jurisdição estatal.** 8. Recurso especial conhecido e não provido". (STJ - REsp: 1694826 GO 2017/0143186-0, Relator: Ministra NANCY ANDRIGHI, Data de Julgamento: 07/11/2017, T3 - TERCEIRA TURMA, Data de Publicação: DJe 13/11/2017) - grifos nossos

SOCIEDADE ANÔNIMA. Destituição de diretor presidente. Indenização. "Severance indemnity". **Existência de cláusula compromissória no estatuto social.**

Incompetência do Poder Judiciário até mesmo para decidir sobre existência, validade e eficácia da convenção de arbitragem. Art. 8º, p.u., da Lei 9.307/96. Princípio "kompetenz-kompetenz". Tese consolidada na jurisprudência do STJ. Processo extinto sem resolução de mérito. Incidência do art. 485, VII, do CPC. Condenação do autor, vencido, ao pagamento de honorários advocatícios sucumbenciais. Inteligência do art. 85 do CPC. Arbitramento por equidade. Impossibilidade. Causa objetivamente não enquadrada no art. 85, § 8º, do CPC. Fixação nos termos do art. 85, § 2º, do CPC. Precedentes da 2ª Seção do STJ e desta Câmara. Juros moratórios corretamente fixados a partir do trânsito em julgado. "Quantia certa" obtida mediante simples cálculo aritmético, sem necessidade de liquidação. Aplicação do art. 85, § 16, do CPC. Precedente do STJ. Sentença mantida. Recurso não provido. (TJ-SP - AC: 11202943120188260100 SP 1120294-31.2018.8.26.0100, Relator: Gilson Delgado Miranda, Data de Julgamento: 04/12/2019, 1ª Câmara Reservada de Direito Empresarial, Data de Publicação: 06/12/2019) - grifos nossos

Contudo, o reconhecimento da sua própria competência pelo árbitro ou colegiado arbitral de modo algum impede a arguição posterior de incompetência perante o Poder Judiciário. Nesse sentido, Carlos Alberto Carmona consigna:

A decisão que o árbitro tomar a respeito da questão que vier a ser submetida acerca da existência, validade, extensão e eficácia da convenção de arbitragem não será, de qualquer modo, inatacável, eis que poderá a parte eventualmente inconformada utilizar-se do expediente de que trata o art. 32 para impugnar a decisão final.¹³

É importante frisar que essa impugnação judicial somente será cabível após finalizado o procedimento arbitral, ou seja, quando já houver sido proferida decisão definitiva sobre a lide no âmbito da arbitragem.

O art. 32 da Lei nº 9.307/1996, em seus incisos I e II, estabelece a nulidade da sentença arbitral quando for nula a convenção arbitral ou quando a sentença houver sido proferida por quem não poderia ser árbitro. A arguição da nulidade deve ser realizada perante o Poder Judiciário (art. 33, *caput*), no prazo de até 90 (noventa) dias após o recebimento da notificação da decisão arbitral (§ 1º do art. 33) e deverá a parte interessada comprovar que invocou a

¹³ CARMONA, Carlos Alberto. **Arbitragem e processo**: um comentário à Lei nº 9.307/96, 3. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Atlas, 2009, p. 175.

nulidade na primeira oportunidade de se manifestar no âmbito arbitral, sob pena de se declarar a preclusão (art. 20, *caput*).

Mediante a leitura atenta das hipóteses de nulidade relacionadas no art. 32 da Lei nº 9.307/1996, percebe-se que não se encontra entre elas o erro na sentença arbitral quanto aos fatos ou ao direito aplicável à controvérsia. Ou seja, não compete ao Poder Judiciário entrar no mérito da decisão arbitral. A sentença proferida pelo árbitro ou pelo órgão arbitral somente é passível de desconstituição judicial em relação aos seus aspectos extrínsecos, como por exemplo os relacionados à competência e à lisura do árbitro. A característica da impossibilidade de rediscussão do mérito da sentença arbitral é justamente uma das vantagens desse meio extrajudicial de solução de controvérsias.

4.1 - CLÁUSULAS PATOLÓGICAS COMO EXCEÇÃO AO PRINCÍPIO DO *KOMPETENZ-KOMPETENZ*

Apenas de forma bastante excepcional a jurisprudência tem reconhecido a possibilidade do Poder Judiciário intervir em uma lide antes da conclusão do processo arbitral. Essa postura decorre dos inequívocos termos da Lei de Arbitragem, por meio dos quais foi instituído o princípio da competência-competência arbitral. Apesar disso, em situações em que se verifica uma ilegalidade explícita, o Judiciário tem reconhecido a viabilidade jurídica de se declarar a nulidade da arbitragem durante o curso do processo extrajudicial. A chamada cláusula patológica, que enseja intervenção imediata do Poder Judiciário, consiste em uma estipulação flagrantemente contrária à legislação.

Temos o seguinte precedente do Superior Tribunal de Justiça como caso paradigma da intervenção judicial no curso processo arbitral:

RECURSO ESPECIAL. DIREITO CIVIL E PROCESSUAL CIVIL. CONTRATO DE FRANQUIA. CONTRATO DE ADESÃO. ARBITRAGEM. REQUISITO DE VALIDADE DO ART. 4º, § 2º, DA LEI 9.307/96. DESCUMPRIMENTO. RECONHECIMENTO PRIMA FACIE DE CLÁUSULA COMPROMISSÓRIA "PATOLÓGICA". ATUAÇÃO DO PODER JUDICIÁRIO. POSSIBILIDADE. NULIDADE RECONHECIDA. RECURSO PROVIDO. 1. Recurso especial interposto em 07/04/2015 e redistribuído a este gabinete em 25/08/2016. 2. O contrato de franquia, por sua natureza, não está sujeito às regras protetivas previstas no CDC, pois não há relação de consumo, mas de fomento econômico. 3. Todos os contratos de adesão, mesmo aqueles que não

consubstanciam relações de consumo, como os contratos de franquia, devem observar o disposto no art. 4º, § 2º, da Lei 9.307/96. 4. **O Poder Judiciário pode, nos casos em que prima facie é identificado um compromisso arbitral "patológico", i.e., claramente ilegal, declarar a nulidade dessa cláusula, independentemente do estado em que se encontre o procedimento arbitral.** 5. Recurso especial conhecido e provido. (STJ - REsp: 1602076 SP 2016/0134010-1, Relator: Ministra NANCY ANDRIGHI, Data de Julgamento: 15/09/2016, T3 - TERCEIRA TURMA, Data de Publicação: DJe 30/09/2016) - grifos nossos

No Recurso Especial (REsp) 1602076, o Superior Tribunal de Justiça reconheceu a nulidade da cláusula arbitral inserida num contrato de adesão, na hipótese em que claramente não houve a observância de um dispositivo da Lei de Arbitragem. O princípio da economia se sobrepôs ao da competência-competência, ante a gravidade e flagrância da nulidade.

O caso analisado pelo STJ se tratava de um contrato de franquia em que a cláusula arbitral não observava os termos do art. 4º, § 2º, da Lei nº 9.307/1996: “Nos contratos de adesão, a cláusula compromissória só terá eficácia se o aderente tomar a iniciativa de instituir a arbitragem ou concordar, expressamente, com a sua instituição, desde que por escrito em documento anexo ou em negrito, com a assinatura ou visto especialmente para essa cláusula.” O tribunal declarou a imediata nulidade do processo arbitral, por ter verificado que a cláusula arbitral, de forma inequívoca, não seguiu as especificidades da Lei nº 9.307/1996. A importância de tal julgado é inequívoca, pois estabeleceu uma exceção ao princípio da *Kompetenz-Kompetenz* arbitral.

Em razão dos termos de absoluta excepcionalidade da intervenção judicial na esfera arbitral consignada na mencionada decisão do STJ, compartilhamos do entendimento de que esse julgado não representa desestímulo aos meios extrajudiciais de solução de conflitos.

Outra hipótese de cláusula arbitral patológica bastante invocada pela doutrina diz respeito àquelas que contenham impropriedades de tal monta que impossibilitem a realização da arbitragem. Esse tipo de cláusula deve conter defeitos tão graves que tornem inviável até mesmo o aproveitamento parcial da convenção arbitral. Francisco José Cahali elenca diversos exemplos dessa espécie de cláusula arbitral patológica:

Como exemplo temos as seguintes situações: indicação de instituição arbitral inexistente (v.g., Câmara de Arbitragem Institucional, ou Centro de Arbitragem da USP); indefinição na indicação da instituição (v.g., Tribunal Arbitral Estadual no Paraná); dúvida quanto ao número de árbitros (v.g., será resolvida por arbitragem através da nomeação de árbitro ou árbitros pelas partes); indicação do regulamento de uma instituição, porém para ser administrada por entidade diversa, com regras

contrárias àquelas previstas, ou até mesmo para ser desenvolvida por árbitro único, impossibilitando a utilização de algumas previsões, cláusula compromissória que preveja procedimento diverso e contraditório ao da instituição escolhida etc., tudo sem contar com cláusulas que ponham em dúvida a própria opção das partes a este método de solução de conflito (v.g., as partes elegem o foro de São Paulo para questões decorrentes do contrato a serem dirimidas por arbitragem judicial, ou, ainda, os conflitos serão resolvidos por arbitragem do juizados especiais de pequenas causas).¹⁴

O mesmo autor enfatiza o princípio da preservação arbitral, segundo o qual o intérprete, diante de uma cláusula arbitral defeituosa, deve realizar um esforço para salvar a arbitragem, quando assim for possível. A preservação do procedimento arbitral deve ser garantida sobretudo nos casos em que não exista dúvida quanto à vontade das partes de excluir do Poder Judiciário a análise da demanda¹⁵.

5. LIMITES MATERIAIS DA ARBITRAGEM

Somente direitos patrimoniais e disponíveis podem ser submetidos à arbitragem, de acordo com a literalidade do art. 1º, *caput*, da Lei nº 9.307/1996. Por estarem fora do âmbito de abrangência da arbitragem, as controvérsias sobre direitos indisponíveis ou não patrimoniais necessitam da intervenção do Poder Judiciário.

Em alguns casos a natureza do direito é manifestamente não patrimonial e indisponível, tornando praticamente consensual a inviabilidade de resolução arbitral da lide. Como exemplo de ações sobre direitos não patrimoniais e indisponíveis temos as lides sobre guarda, visita e alimentos de crianças e adolescentes.

Outras vezes, a natureza jurídica dos direitos envolvidos não é tão clara, ensejando divergências na doutrina e na jurisprudência quanto à possibilidade de submissão da demanda a um órgão arbitral. São inúmeras situações em que existe essa controvérsia, podendo ser citadas as demandas que envolvam direito das sucessões, direito societário e falimentar, direito

¹⁴ CAHALI, Francisco José. **Curso de Arbitragem**, 5. ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 168.

¹⁵ CAHALI, Francisco José. **Curso de Arbitragem**, 5. ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 167-168.

público, dentre outras. Neste estudo analisaremos apenas duas entre as diversas hipóteses em que há diferentes posicionamentos sobre a arbitrabilidade. São elas as demandas que envolvam direito do consumidor e direito individual trabalhista.

A menção neste estudo a dois casos de grande controvérsia quanto à possibilidade de exame da lide por um órgão arbitral tem o escopo demonstrar a frequente e indevida utilização na jurisprudência do princípio da inafastabilidade da jurisdição. Conforme já exposto neste artigo, a própria Lei da Arbitragem restringe o acesso à esfera arbitral de demandas sobre direitos não patrimoniais e/ou indisponíveis (art. 1º da Lei nº 9.307/1996). Por sua vez, o Código de Defesa do Consumidor veda a imposição de cláusula compromissória em contrato de consumo (art. 51, VII, do CDC). Em razão dos termos literais dessas duas normas, na maioria dos casos seria suficiente a utilização dos mencionados dispositivos de lei para se vedar a submissão à arbitragem de lides trabalhistas e consumeristas.

Contudo, observa-se que inúmeros julgados acrescentam a vulneração do princípio constitucional da inafastabilidade da jurisdição (art. 5º, XXXV, da Constituição Federal) como argumento para declarar a nulidade do processo arbitral. O Supremo Tribunal Federal, no ano de 2001, declarou a constitucionalidade da Lei nº 9.307/1996 (SE-AgR: 5206), afastando expressamente a arguição de violação ao princípio da inafastabilidade da jurisdição pela cláusula compromissória ou compromisso arbitral, pacificando desde então o tema no âmbito do Poder Judiciário brasileiro.

O Tribunal Superior do Trabalho (TST) teve a oportunidade de analisar a constitucionalidade e legalidade da apreciação de lides trabalhistas individuais por órgãos arbitrais. As decisões desse tribunal tendem a considerar inviável a apreciação arbitral de demandas individuais trabalhistas, seja porque se trata de direitos considerados indisponíveis, seja em razão de uma possível vulneração do princípio da inafastabilidade da jurisdição.

A título exemplificativo do posicionamento da maior parte da jurisprudência do Tribunal Superior do Trabalho, transcrevo o seguinte aresto:

AGRAVO DE INSTRUMENTO. RECURSO DE REVISTA INTERPOSTO SOB A ÉGIDE DAS LEIS Nos 13.015/2014 E 13.105/2015 E ANTES DA VIGÊNCIA DA LEI Nº 13.467/2017 - DESCABIMENTO. [...] 2. **ARBITRAGEM. INAPLICABILIDADE AO DIREITO INDIVIDUAL DO TRABALHO.** RECURSO ANTERIOR À LEI 13.467/2017. 2.1. Não há dúvidas, diante da expressa dicção constitucional (CF, art. 114, §§ 1º e 2º), de que a arbitragem é aplicável na esfera do Direito Coletivo do Trabalho. O instituto encontra, nesse universo, a atuação das partes em conflito valorizada pelo agregamento sindical. 2.2. Na esfera do Direito Individual do Trabalho, contudo, outro será o ambiente: aqui, os partícipes da relação

de emprego, empregados e empregadores, em regra, não dispõem de igual poder para a manifestação da própria vontade, exsurgindo a hipossuficiência do trabalhador (bastante destacada quando se divisam em conjunção a globalização e tempo de crise). 2.3. Esta constatação medra já nos esboços do que viria a ser o Direito do Trabalho e deu gestação aos princípios que orientam o ramo jurídico. O soerguer de desigualdade favorável ao trabalhador compõe a essência dos princípios protetivo e da irrenunciabilidade, aqui se inserindo a indisponibilidade que gravará a maioria dos direitos - inscritos, quase sempre, em normas de ordem pública - que amparam a classe trabalhadora. 2.4. A Lei nº 9.307/96 garante a arbitragem como veículo para se dirimir "litígios relativos a direitos patrimoniais disponíveis" (art. 1º). A essência do instituto está adstrita à composição que envolva **direitos patrimoniais disponíveis**, já aí se inserindo óbice ao seu manejo no Direito Individual do Trabalho (cabendo rememorar-se que a Constituição Federal a ele reservou apenas o espaço do Direito Coletivo do Trabalho). 2.5. A desigualdade que se insere na etiologia das relações de trabalho subordinado, reguladas pela CLT, condena até mesmo a possibilidade de livre eleição da arbitragem (e, depois, de árbitro), como forma de composição dos litígios trabalhistas, **em confronto com o acesso ao Judiciário Trabalhista, garantido pelo art. 5º, XXXV, do Texto Maior**. 2.6. **A vocação protetiva que dá suporte às normas trabalhistas e ao processo que as instrumentaliza, a imanente indisponibilidade desses direitos e a garantia constitucional de acesso a ramo judiciário especializado erigem sólido anteparo à utilização da arbitragem no Direito Individual do Trabalho.** 2.7. **Vale ressaltar que o art. 507-A da CLT, incluído pela Lei nº 13.467/2017, não possui aplicação retroativa.** [...] Agravo de instrumento conhecido e desprovido. (AIRR-2810-32.2012.5.03.0029, 3ª Turma, Relator Ministro Alberto Luiz Bresciani de Fontan Pereira, DEJT 09/02/2018)

Cabe esclarecer que não é pacífica a definição das normas trabalhistas individuais como direitos que o empregado não pode dispor, havendo doutrinadores que estabelecem diferentes graus de indisponibilidade. Há outros juristas que consideram disponíveis certos direitos individuais trabalhistas. O Supremo Tribunal Federal foi enfático no julgamento do processo SE-AgR: 5206 ao rejeitar a arguição de que a arbitragem vulnera o inciso XXXV do art. 5º da Constituição Federal. Levando em consideração a conclusão da Corte Constitucional sobre o assunto, é passível de crítica o entendimento majoritário do TST pela impossibilidade da arbitragem trabalhista com base na violação do princípio da inafastabilidade da jurisdição.

A polêmica questão da compatibilidade da arbitragem no direito individual do trabalho ganhou novo fôlego pela edição da Lei nº 13.467/2017, também chamada de Reforma Trabalhista. Essa lei inseriu dispositivo na Consolidação das Leis Trabalhistas (CLT), permitindo a arbitragem em demandas trabalhistas em que o contrato de emprego tenha remuneração superior a duas vezes o limite de benefícios do regime geral de previdência social (art. 507-A, da CLT). Até o momento, o Supremo Tribunal Federal e o Tribunal Superior do Trabalho não examinaram, de forma abstrata, a constitucionalidade desse novo dispositivo da CLT.

Quanto às controvérsias envolvendo direito do consumidor, havia uma tendência na doutrina e na jurisprudência de não se permitir o exame por um órgão arbitral, em razão do

disposto no art. 51, VII, do Código de Defesa do Consumidor: “Art. 51. São nulas de pleno direito, entre outras, as cláusulas contratuais relativas ao fornecimento de produtos e serviços que: VII - determinem a utilização compulsória de arbitragem”. Contudo, ao examinar o tema, o Superior Tribunal de Justiça acabou por estabelecer a possibilidade de se referendar a competência arbitral para análise de demandas consumeristas, observados alguns requisitos. Essas hipóteses excepcionais dizem respeito aos casos em que o ingresso no sistema arbitral não tiver sido imposto ao consumidor, quando a iniciativa de se vincular à arbitragem tiver sido consumidor ou quando o consumidor concorde ou confirme, de forma expressa, a instituição da arbitragem.

A seguir transcrevo paradigmático julgado do STJ sobre o tema:

RECURSO ESPECIAL. PROCESSUAL CIVIL E CONSUMIDOR. CONTRATO DE ADESÃO. AQUISIÇÃO DE UNIDADE IMOBILIÁRIA. CONVENÇÃO DE ARBITRAGEM. LIMITES E EXCEÇÕES. CONTRATOS DE CONSUMO. POSSIBILIDADE DE USO. AUSÊNCIA DE FORMALIDADE. IMPOSIÇÃO. PROIBIÇÃO. 1. Ação ajuizada em 07/03/2016, recurso especial interposto em 19/06/2018 e atribuído a este gabinete em 01/10/2018. 2. O propósito recursal consiste em avaliar a validade de cláusula compromissória, contida em contrato de aquisição de um lote em projeto de parcelamento do solo no município de Senador Canedo/GO, que foi comercializado pela recorrida. 3. O art. 51, VII, do CDC se limita a vedar a adoção prévia e compulsória da arbitragem, no momento da celebração do contrato, mas não impede que, posteriormente, diante do litígio, havendo consenso entre as partes - em especial a aquiescência do consumidor -, seja instaurado o procedimento arbitral. Precedentes. 4. **É possível a utilização de arbitragem para resolução de litígios originados de relação de consumo quando não houver imposição pelo fornecedor, bem como quando a iniciativa da instauração ocorrer pelo consumidor ou, no caso de iniciativa do fornecedor, venha a concordar ou ratificar expressamente com a instituição.** 5. Pelo teor do art. 4º, § 2º, da Lei de Arbitragem, mesmo que a cláusula compromissória esteja na mesma página de assinatura do contrato, as formalidades legais devem ser observadas, com os destaques necessários. Cuida-se de uma formalidade necessária para a validades do ato, por expressa disposição legal, que não pode ser afastada por livre disposição entre as partes. 6. **Na hipótese, a atitude da consumidora em promover o ajuizamento da ação evidencia a sua discordância em submeter-se ao procedimento arbitral, não podendo, pois, nos termos do art. 51, VII, do CDC, prevalecer a cláusula que impõe a sua utilização, visto ter-se dado de forma compulsória.** 7. Recurso especial conhecido e provido. (STJ - REsp 1785783/GO, Rel. Ministra Nancy Andrighi, Terceira Turma, julgado em 05/11/2019, DJe 07/11/2019) - grifos nossos

Apesar da mencionada decisão de uma das turmas do Superior Tribunal de Justiça, ainda é objeto de acirrado debate a possibilidade de se submeter à arbitragem demandas que envolvam direito do consumidor. No caso daqueles que admitem a arbitragem nessa espécie de controvérsia, ainda há a discussão quanto às hipóteses que não estariam abrangidas pela proibição imposta pelo art. 51, VII, do Código de Defesa do Consumidor.

Também é comum a utilização na jurisprudência do argumento da violação do inciso XXXV, do art. 5º, da Constituição Federal para justificar a não aplicação da arbitragem em controvérsias que envolvam o Direito do Consumidor, conforme exemplifica o seguinte julgado do Tribunal de Justiça de São Paulo:

APELAÇÃO. COMPROMISSO DE COMPRA E VENDA. DEVOLUÇÃO DA TAXA SATIE COMISSÃO DE CORRETAGEM. PRELIMINARES AFASTADAS. CLÁUSULA DE ARBITRAGEM. A cláusula de arbitragem inserida em contratos de adesão deve obedecer inteiramente o disposto no art. 51, VII, do Código de Defesa do Consumidor. No caso, em que pese a cláusula estar por escrito em documento anexo e com a assinatura dos autores (fl. 38), é certo que, a cláusula compromissória adquiriu contornos de compulsória, o que é vedado pela legislação consumerista. Ademais, **diante da vulnerabilidade do consumidor, há que prevalecer a presunção de imposição do compromisso arbitral e o direito de acesso à jurisdição, assegurado pelo art. 5º, XXXV, da Constituição Federal.** [...] Recursos não providos. (TJ-SP - APL: 10034722920148260704 SP 1003472-29.2014.8.26.0704, Relator: Carlos Alberto Garbi, Data de Julgamento: 14/02/2017, 10ª Câmara de Direito Privado, Data de Publicação: 15/02/2017) - grifos nossos

Consideramos que é necessário o estudo aprofundado dos fundamentos doutrinários e jurisprudenciais da arbitragem, de modo a aprimorar a análise dos diversos casos em que podem surgir dúvidas quanto à possibilidade de submissão da demanda à esfera arbitral. Entendemos que a utilização indevida do princípio constitucional da inafastabilidade da jurisdição tem por efeito reduzir o prestígio da arbitragem como um meio extrajudicial de solução de controvérsias.

6. VIAS ADEQUADAS AO TRATAMENTO DE CONTROVÉRSIAS

É inerente à vida em sociedade a existência de conflitos. Alguns desses conflitos são resolvidos pelas próprias partes, outros demandam a intervenção de um terceiro. Algumas espécies de demandas impõem a manifestação judicial, como os casos criminais de maior potencial ofensivo e lides de direito de família que envolvem crianças e adolescentes. Porém, as controvérsias sobre direitos patrimoniais disponíveis entre pessoas plenamente capazes na esfera cível permite que as partes optem por outras vias que não o Poder Judiciário. É possível que nessa última espécie de controvérsia as partes escolham por se submeter à mediação, conciliação ou arbitragem. Esses três mecanismos são também chamados de meios alternativos de solução de controvérsias.

Compartilhamos do posicionamento de que a mediação, conciliação e arbitragem são alguns dos meios adequados de tratamento de conflitos. Essa nomenclatura foi utilizada com ênfase pelo Conselho Nacional de Justiça (CNJ) ao editar a Resolução nº 125/2010. A referida resolução do CNJ regulamenta apenas a mediação e a conciliação no âmbito do Poder Judiciário. Contudo, o espírito dessa norma é de se oferecer alternativas para a solução das lides sem uma sentença judicial. No art. 1º da resolução é determinada a instituição da Política Judiciária Nacional de Tratamento Adequado dos Conflitos de Interesses, que visa “assegurar a todos o direito à solução dos conflitos por meios adequados à sua natureza e peculiaridade”.

Com as alterações nas dinâmicas sociais e econômicas o Poder Judiciário tem se mostrado incapaz de apreciar em tempo razoável todas as demandas a que tem sido instado a se pronunciar. Ademais, certos tipos de conflitos possuem características que resultam na sua inadequação em face da dinâmica inerente a um processo judicial. Muitas vezes a submissão de uma controvérsia ao Poder Judiciário se mostra insatisfatória para os anseios dos contentores. É comum que isso ocorra, por exemplo, quando a lide envolve uma relação contínua, que permanecerá após a resposta judicial. Dentre os fatores de insatisfação com o Poder Judiciário temos a morosidade, a inviabilidade de uma apreciação minuciosa dos fatos em discussão, a publicidade do processo e a possibilidade de inúmeros recursos.

O Estado possui o monopólio da utilização da força. Contudo, não é verdadeira a assertiva de que o Estado é o único ente legitimado a dizer o direito no caso concreto. Essa é a posição de Arruda Alvim, ao se reportar à Lei de Arbitragem:

A Lei nº 9.307/96 é um reflexo da mudança de paradigma nos estudos que envolvem os métodos de solução de conflitos, pois sinaliza novas possibilidades para a aplicação do direito aos litígios, alternativas à via judicial. O que se preconiza atualmente é que o Estado não é o único - e, algumas vezes, sequer é o mais adequado - ente vocacionado para esta função, que pode muito bem ser exercida por particulares, algumas vezes com resultados mais proveitosos do que aqueles obtidos no âmbito do Judiciário.¹⁶

Fernanda Tartuce defende, de forma incisiva, a não exclusividade estatal da competência para a solução de controvérsias:

O Direito pode se realizar pela ética (impulso interno que conduz o indivíduo a reconhecer e respeitar os direitos alheios), por meios consensuais ou pela solução jurisdicional de mérito; quando se preconizou no Direito romano a máxima de que “o

¹⁶ ALVIM, Arruda. **Sobre a natureza jurisdicional da arbitragem**. In: CAHALI, Francisco José; RODOVALHO, Thiago; FREIRE, Alexandre (Coord.). *Arbitragem: estudos sobre a Lei n. 13.129, de 26-5-2015*. São Paulo: Saraiva, 2016. p. 140.

Direito é a arte de atribuir a cada um o que é seu”, o intuito não foi indicar que apenas ao Estado competia, exclusivamente, dar a cada um o que era devido.

[...]

A ideia de monopólio estatal na distribuição e realização da justiça, todavia, não vem se confirmando enquanto pauta exclusiva. Sob uma perspectiva sociológica, o Estado contemporâneo não detém o monopólio da distribuição e produção do Direito. Embora o Direito estatal pareça despontar como o modo de juridicidade dominante, não há como negar sua coexistência com outros modos de juridicidade; há outros direitos que com ele se articulam, sendo inerente à vida em sociedade a existência de articulação e inter-relação entre os diversos modos de produção do direito.

[...]

Percebe-se, assim, a necessidade de uma nova mentalidade. Ao se defrontar com uma controvérsia, devem o jurisdicionado, o gestor do sistema de justiça e o operador do Direito considerar, em termos amplos, qual é a melhor forma de tratá-lo, cotejando não apenas as medidas judiciais cabíveis, mas também outros meios disponíveis para abordar a controvérsia, especialmente diante da possibilidade de superar resistências e obter algum tipo de consenso entre os envolvidos no conflito (ainda que sobre parte da controvérsia).¹⁷

O conceito de acesso à justiça, como sinônimo de acesso a uma ordem jurídica justa, é de vital importância para o presente estudo. Cândido Rangel Dinamarco tece considerações sobre esse aspecto, ao ressaltar que o acesso à justiça não equivale ao ingresso de uma demanda perante o Poder Judiciário:

Acesso à justiça é acesso à ordem jurídica justa, ou seja, obtenção de justiça substancial. Não obtém justiça substancial quem não consegue sequer o exame de suas pretensões pelo Poder Judiciário e também quem recebe soluções atrasadas ou mal formuladas para suas pretensões, ou soluções que não melhorem efetivamente a vida em relação ao bem pretendido. [...]

Acesso à justiça não equivale a mero ingresso em juízo. A própria garantia constitucional da ação seria algo inoperante e muito pobre se se resumisse a assegurar que as pretensões das pessoas cheguem ao processo, sem garantir-lhes também um tratamento adequado. [...] ¹⁸

Além dos aspectos já mencionados, cabe destacar o prisma social do acesso à justiça, que pode ser perfeitamente garantido pela utilização de meios extrajudiciais de solução de controvérsias, como a arbitragem. Esse é o entendimento defendido pelo Ministro Luis Felipe Salomão:

O conceito de acesso à justiça, no mundo contemporâneo, deve ser compreendido como a garantia de entrada a um justo processo, capaz de proporcionar a resolução de

¹⁷ TARTUCE, Fernanda. **Mediação nos Conflitos Cíveis**, 5. ed. rev. ampl. e atual., São Paulo: Método, 2019. p. 144-151.

¹⁸ DINAMARCO, Cândido Rangel. **Instituições de Direito Processual Civil - v. I**, 5. ed. rev., ampl. e atual., São Paulo: Malheiros, 2005, p. 133-134.

controvérsias com rapidez, segurança e efetividade, mediante a implementação de mecanismos de pacificação social que permitam a desobstrução da jurisdição estatal, esta vocacionada àquelas lides impossíveis por outros meios. A rápida transformação e interação entre os povos, por força da globalização, assim também a nova era dos direitos, fez exsurgir o anseio da sociedade por formas alternativas e extrajudiciais de prevenção e resolução de conflitos intersubjetivos, dos quais são exemplos notórios a mediação e a arbitragem.¹⁹

O conflito entre a jurisdição estatal e a jurisdição extrajudicial, representada pela arbitragem, é apenas aparente. Cada uma das formas de manifestação da jurisdição possui seu próprio campo de aplicação e são complementares, de acordo com Fernanda Tartuce:

Vale destacar que não há pretensão de substituir a via judiciária por outras instâncias de composição de conflitos; busca-se, em realidade, disponibilizar mecanismos adicionais para permitir a adoção de vias adequadas ao tratamento das controvérsias em relação de complementaridade com o mecanismo jurisdicional clássico.²⁰

A ideia central destacada pelos doutrinadores citados é de que os conflitos devem ser solucionados pela via mais adequada, seja ela judicial ou extrajudicial. Diversas controvérsias não encontram no Poder Judiciário uma resposta célere, apropriada e satisfatória. Dependendo das características da lide, é recomendável a utilização de meios extrajudiciais de composição, como a arbitragem, a conciliação ou a mediação. Compelir as partes a acionar o Judiciário em toda e qualquer controvérsia representa uma postura que não só restringe a liberdade dos indivíduos, mas também compromete a eficiência do sistema de tratamento de conflitos.

7. CONSIDERAÇÕES FINAIS

A utilização da arbitragem decorre da liberdade de contratar, dentro da esfera da autonomia privada dos indivíduos. Não há na legislação brasileira nenhuma espécie de estipulação de que determinadas demandas devam se submeter obrigatoriamente à arbitragem. Com efeito, a apreciação de uma lide pelo sistema arbitral pressupõe um pacto entre pessoas plenamente capazes, envolvendo direitos patrimoniais disponíveis.

¹⁹ SALOMÃO, Luis Felipe. In: ROCHA, Caio César Vieira; SALOMÃO, Luis Felipe (Coord.). **Arbitragem e Mediação: a reforma da legislação brasileira**, 2. ed. rev. e atual. – São Paulo: Atlas, 2017, p. V.

²⁰ TARTUCE, Fernanda. **Mediação nos Conflitos Cíveis**, 5. ed. rev. ampl. e atual., São Paulo: Método, 2019, p. 154.

O princípio da inafastabilidade da jurisdição não comporta o direito absoluto de que demandas com cláusula compromissória ou compromisso arbitral sejam analisadas pelo Poder Judiciário. Compartilhamos do entendimento doutrinário de que a arbitragem é uma das espécies de jurisdição, no caso, jurisdição extrajudicial.

Por ser a arbitragem jurisdição e emanar da autonomia privada, regularmente exercida por agentes capazes, envolvendo direitos patrimoniais disponíveis, a instituição da arbitragem não vulnera o princípio da inafastabilidade da jurisdição (art. 5º, inciso XXXV, da Constituição Federal). Essa conclusão é reforçada pela expressa previsão legal da liberdade de contratação em negócios jurídicos paritários, preconizada no art. 3º, VIII, da Lei nº 13.874/2019 (Lei da Liberdade Econômica).

Tendo em vista que o STF já declarou a compatibilidade da arbitragem com o princípio da inafastabilidade da jurisdição, consideramos que não observam a melhor técnica jurídica diversos tribunais brasileiros que ainda fundamentam suas decisões em sentido contrário.

O posicionamento adotado neste artigo é de que as partes possuem a prerrogativa de escolher a melhor forma de solucionar as suas lides sobre direitos patrimoniais disponíveis. Ao Estado não foi atribuído o monopólio absoluto de dizer o direito. Se as próprias partes pactuaram que possuem a intenção de levar a demanda à arbitragem, o Estado deve observar essa vontade.

As deficiências inerentes à jurisdição estatal, como as relacionadas à morosidade e à impossibilidade da análise detida de todas as circunstâncias relevantes da lide, fazem com que muitas vezes os meios extrajudiciais, a exemplo da arbitragem, sejam os mais adequados ao tratamento da controvérsia. Nessa perspectiva, ganha destaque o prisma social do princípio do acesso à justiça, que não se confunde com a simples possibilidade de acionar o Poder Judiciário. O acesso à ordem jurídica, sob o ponto de vista social, consiste na disponibilização de diversos mecanismos de solução das demandas, sejam esses mecanismos judiciais ou extrajudiciais. É facultado aos próprios interessados escolher o meio de resolução que melhor atenda aos seus anseios e as características da contenda.

Em princípio, não cabe ao Poder Judiciário intervir na demanda em que existe uma cláusula compromissória ou compromisso arbitral. O próprio órgão arbitral possui a atribuição para analisar impugnações à sua competência, salvo na hipótese em que a cláusula arbitral é patológica, ou seja, em que a incompetência arbitral for inequívoca.

REFERÊNCIAS

ALVIM, Arruda. **Sobre a natureza jurisdicional da arbitragem**. In: CAHALI, Francisco José; RODOVALHO, Thiago; FREIRE, Alexandre (Coord.). *Arbitragem: estudos sobre a Lei n. 13.129, de 26-5-2015*. São Paulo: Saraiva, 2016.

BAEZ, Narciso Leandro Xavier; LIMA, Germano Alves de. **Os limites da autonomia privada em face da perspectiva civil-constitucional**. Disponível em: <http://dfj.emnuvens.com.br/dfj/article/view/80>. Acesso em 11/11/2020.

CAHALI, Francisco José. **Curso de Arbitragem**, 5. ed. rev. e atual., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

CARMONA, Carlos Alberto. **Arbitragem e processo: um comentário à Lei nº 9.307/96**, 3. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Atlas, 2009.

DIAS, Jean Carlos. **O problema da competência-competência no Código de Processo Civil brasileiro aos olhos da análise econômica do direito**. Revista de Processo. Vol. 293, p. 383-404. São Paulo: Ed. RT, julho 2019. Disponível em: <https://www.revistadostribunais.com.br/maf/app/resultList/document?&src=rl&srguid=i0ad6adc600000179d8436a17eb88b49e&docguid=Ia14b0500995c11e98148010000000000&hitguid=Ia14b0500995c11e98148010000000000&spos=7&epos=7&td=9&context=27&crumb-action=append&crumb-label=Documento&isDocFG=false&isFromMultiSumm=&startChunk=1&endChunk=1>. Acesso em 11/11/2020.

DIDIER, Fredie Jr. **Curso de Direito Processual Civil: teoria geral do processo e processo de conhecimento** - v. 1, 10. ed. rev. ampl. e atual., Salvador: Jus Podium, 2008.

DINAMARCO, Cândido Rangel. **Instituições de Direito Processual Civil** - v. I, 5. ed. rev., ampl. e atual., São Paulo: Malheiros, 2005.

NANNI, Giovanni Ettore. **Direito Civil e Arbitragem**. São Paulo: Atlas, 2014.

SALOMÃO, Luis Felipe. In: ROCHA, Caio César Vieira; SALOMÃO, Luis Felipe (Coord.). **Arbitragem e Mediação: a reforma da legislação brasileira**, 2. ed. rev. e atual. – São Paulo: Atlas, 2017.

TARTUCE, Fernanda. **Mediação nos Conflitos Cíveis**, 5. ed. rev. ampl. e atual., São Paulo: Método, 2019.

TARTUCE, Flávio. **Direito Civil: teoria geral dos contratos e contratos em espécie** - v. 3, 15. ed., Rio de Janeiro: Forense, 2020.

A ALTERAÇÃO DE REQUISITOS FITOSSANITÁRIOS BRASILEIROS DE IMPORTAÇÃO APROVADOS NO ÂMBITO DO MERCOSUL: UM DILEMA ENTRE SEGURANÇA JURÍDICA E RESPONSABILIDADE NO COMÉRCIO INTERNACIONAL AGROPECUÁRIO

*Felipe de Melo Alves*¹

SUMÁRIO: Introdução; 1. Direito da Integração e o Mercosul; 1.1. Marcos jurídicos constitutivos e classificação das normas mercosulinas; 1.2. Sistema de incorporação da normativa Mercosul ao ordenamento jurídico dos Estados Partes e hierarquia das normas no direito interno brasileiro; 2. Medidas fitossanitárias para controle de pragas no comércio internacional de produtos de origem vegetal; 2.1. As principais normas sobre proteção de plantas e requisitos fitossanitários; 2.2. Atualização do *status* fitossanitário da planta daninha *Senecio vulgaris* no Brasil e necessidade de alteração de medidas fitossanitárias contra o ingresso da praga no país; Considerações finais.

RESUMO

O presente artigo visa investigar a possibilidade jurídica de alteração unilateral de medidas fitossanitárias harmonizadas pelo MERCOSUL para a importação de produtos de origem vegetal. Parte-se de premissas consagradas de Direito Internacional clássico sobre incorporação e recepção de normas de direito externo no ordenamento jurídico pátrio para, em seguida, analisar o contexto e a legalidade da edição da Instrução Normativa nº 5, de 15 de março de 2021, do Ministério da Agricultura, Pecuária e Abastecimento, que suspendeu exigências fitossanitárias acordadas em normativas internacionais contra a erva daninha *Senecio vulgaris* após sua desregulamentação como praga quarentenária ausente no Brasil. O estudo foi desenvolvido pelo método indutivo, por meio da revisão bibliográfica, e concluiu pela possibilidade da mudança unilateral de requisitos fitossanitários, embora com prejuízo para a segurança jurídica no direito do MERCOSUL.

PALAVRAS-CHAVE: Mercosul. Segurança jurídica. Comércio internacional. Medidas fitossanitárias.

CHANGE OF BRAZILIAN PHYTOSANITARY IMPORT REQUIREMENTS APPROVED WITHIN MERCOSUR: A DILEMMA BETWEEN LEGAL CERTAINTY AND RESPONSIBILITY IN INTERNATIONAL AGRICULTURAL TRADE

ABSTRACT

This paper aims to investigate the legal possibility of unilateral change of phytosanitary measures harmonized by MERCOSUR for importation of vegetal products. The research starts discussing established International Law premises about incorporation and reception of international agreements into the domestic legal system. Later, it analyses the context and legality of the Normative Instruction nº 5, of 15th March 2021, issued by the Brazilian Ministry of Agriculture, Livestock and Food Supply, which suspended phytosanitary requirements agreed on international acts against the weed *Senecio vulgaris* after its deregulation as an absent quarantine pest in Brazil. The study was developed in the inductive method, through

¹ Advogado inscrito na OAB-DF. Servidor público federal lotado na Consultoria Jurídica junto ao Ministério da Agricultura, Pecuária e Abastecimento (MAPA). Bacharel em Direito, especialista em Direito Constitucional pelo Instituto Brasileiro de Ensino, Desenvolvimento e Pesquisa (IDP), especializando em Filosofia e Teoria do Direito pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais (PUC-Minas). Contato: felipe.alves@agricultura.gov.br.

bibliographic revision, and concluded that it is possible to unilaterally change phytosanitary requirements, although it might cause legal certainty damage to the MERCOSUR's law.

KEYWORDS: Mercosur. Legal certainty. International trade. Phytosanitary measures.

INTRODUÇÃO

O presente estudo tem como objetivo investigar a possibilidade jurídica de alteração de atos normativos ministeriais que incorporam ao ordenamento jurídico pátrio medidas fitossanitárias para o comércio internacional de produtos de origem vegetal aprovadas no âmbito do Mercado Comum do Sul (MERCOSUL), em virtude de reclassificação de risco para introdução de pragas no Brasil.

Desde o início do processo de integração entre os países do Cone Sul, as transações comerciais envolvendo produtos agropecuários dentro (e fora) do espaço geográfico do bloco se intensificou bastante². Com efeito, as condições climáticas favoráveis, o uso de novas tecnologias e a disponibilidade de terra cultivável no Brasil, Paraguai e Bolívia, e em menor escala na Argentina e Uruguai, mostram que a vocação agroindustrial do MERCOSUL é notória (BATALHA; SOUZA FILHO, 2009, pp. 11-12).

Sem embargo, com a livre circulação de produtos agropecuários entre o Brasil e seus países vizinhos, surge a necessidade de pensar conjuntamente a adoção de medidas sanitárias e fitossanitárias seguras, baseadas em uma análise precisa do risco de disseminação de pragas e doenças na região (MARINHO, 2001, p. 5). Nesse sentido, levando-se em conta as orientações da Organização Mundial de Comércio, os Estados Partes se preocupam em editar resoluções sobre requisitos padronizados para importação e exportação de produtos de origem animal e vegetal entre si.

Ocorre que, para garantir a efetividade dessas exigências, é necessária a constante revisão das medidas fixadas, ampliando ou reduzindo a sua intensidade conforme o risco sanitário ou fitossanitário identificado no território de cada país. Nesse contexto, a elaboração do presente artigo parte da seguinte hipótese de investigação: é possível a modificação unilateral dos requisitos harmonizados pelo MERCOSUL, tendo em vista a urgência imposta para a adoção de medidas de defesa agropecuária frente ao grande fluxo no trânsito internacional de produtos de origem animal e vegetal.

Para o desenvolvimento da pesquisa, propõe-se realizar estudo de caso que envolve a

² Nesse contexto, é interessante observar que a Argentina se tornou um dos principais parceiros comerciais do Brasil. Dentre os bens mais comercializados entre os países do bloco, pode-se citar o trigo, o milho e a soja, e seus respectivos produtos e subprodutos. As estatísticas de comércio exterior do MERCOSUL podem ser consultadas no site: <<https://estadisticas.mercosur.int/>>.

edição da Instrução Normativa nº 5, de 15 de março de 2021, do Ministério da Agricultura, Pecuária e Abastecimento (MAPA), por meio da qual se suspendeu parcialmente os efeitos de duas instruções normativas que incorporavam *standards* do MERCOSUL, em virtude do reconhecimento oficial da presença da erva daninha *Senecio vulgaris* no Brasil em 2019, uma praga de potencial impacto econômico.

O artigo encontra-se dividido em duas partes. A primeira seção é dedicada ao estudo das principais teorias de Direito Internacional Público sobre a incorporação e solução de conflitos entre normas de direito interno e externo, iniciando com uma breve apresentação sobre a estrutura orgânica do MERCOSUL e a natureza jurídica das normas emanadas de seus órgãos. Na segunda seção, analisa-se as principais normas sobre defesa agropecuária aplicáveis ao comércio internacional de produtos de origem vegetal, encerrando-se com o exame do caso prático objeto deste estudo.

A pesquisa se desenvolve com base no raciocínio dedutivo, partindo-se das teorias gerais de Direito Internacional clássico e precedentes judiciais para melhor abordar o caso prático objeto do estudo. O método de investigação utilizado foi a revisão bibliográfica, através da análise de doutrina, jurisprudência, diplomas legais e documentos oficiais.

1. DIREITO DA INTEGRAÇÃO E O MERCOSUL

Em 26 de março de 2021, completaram-se 30 anos da conclusão do tratado que deu origem ao MERCOSUL. Nessas três décadas, o bloco econômico passou por momentos de oscilação e estagnação, e ainda hoje está longe de atingir o estágio de integração inicialmente almejado, sendo ainda uma união aduaneira imperfeita, com diversos produtos excluídos da tarifa externa comum praticada³, além da existência de algumas barreiras internas (REINO UNIDO, *The Economist*, 2021).

É certo que o MERCOSUL é um bloco de peso na América Latina, sendo a quinta maior economia do mundo e o principal receptor de recursos estrangeiros diretos na região. Alguns avanços recentes podem ser citados, como a aprovação do protocolo sobre cooperação e facilitação de investimentos em 2017, a conclusão de uma série de acordos de isenção de tarifas com todos os países da América do Sul (exceto as Guianas), a celebração do acordo de

³ A Decisão MERCOSUL/CMC/DEC. nº 58/2010, alterada pela Decisão MERCOSUL/CMC/DEC. nº 26/2015, autoriza os Estados Partes a manterem Listas Nacionais de Exceções à Tarifa Externa Comum. No Brasil, as listas são aprovadas e atualizadas pela Câmara de Comércio Exterior (CAMEX).

comércio e cooperação com a União Europeia em 2019 (após 20 anos de negociações)⁴, além de ajustes com vários países asiáticos (MERCOSUL, 2021a).

Ainda assim, para além dos problemas macroeconômicos e de infraestrutura, as divergências políticas existentes entre os atuais representantes dos países fundadores podem acabar causando sérios entraves, ou mesmo retrocessos ao desenvolvimento do bloco. Enquanto o Brasil defende a redução da tarifa externa comum, o Uruguai e o Paraguai advogam por maior flexibilidade para negociar seus próprios acordos comerciais com países extrabloco (REINO UNIDO, The Economist, 2021). A Argentina, que no momento prioriza a agenda ambiental e democrática, rechaça todas essas ideias, criando tensão entre os parceiros. Esses conflitos e animosidades ficaram evidentes durante a reunião de cúpula do MERCOSUL em celebração ao seu trintenário (BRASIL, El País, 2021).

Mas a principal questão que deve ser mencionada é a dificuldade do bloco em fazer cumprir suas próprias regras. Segundo levantamento realizado pelos ex-Consultores Jurídicos da Secretaria Administrativa do MERCOSUL, Deisy Ventura e Alejandro Perotti (2004, pp. 61-65), apenas em torno de 30% das normas editadas pelo organismo entre 2000 e 2004 chegaram a entrar em vigor, devido à não incorporação de acordos pelos Estados Partes⁵. Esse dado revela um grave imbróglio de segurança jurídica, com muito a prejudicar a confiança de investidores e, portanto, a própria economia do grupo (TRINDADE, 2006, pp. 28-31).

Para entender melhor esse quadro de instabilidade jurídica, é preciso entender que tipo de norma o MERCOSUL produz, quais os órgãos competentes para elaborá-las e como elas entram em vigor no âmbito do bloco e dos respectivos países membros. Passa-se, então, à análise desses pontos.

1.1. MARCOS JURÍDICOS CONSTITUTIVOS E CLASSIFICAÇÃO DAS NORMAS MERCOSULINAS

Resultado de uma primeira aproximação entre Brasil e Argentina no cenário de

⁴ O acordo de livre comércio entre o MERCOSUL e a União Europeia ainda precisa ser ratificado e internalizado por cada um dos Estados integrantes de ambos os blocos econômicos (31 países) para entrar em vigor, o que ainda pode levar bastante tempo para acontecer.

⁵ O monitoramento e elaboração de relatório semestral acerca da incorporação e entrada em vigor das normas derivadas do bloco é responsabilidade da Secretaria Administrativa do MERCOSUL (art. 40 do Protocolo de Ouro Preto c/c Decisão MERCOSUL/CMC/DEC. nº 15/2015). Segundo o último relatório publicado em outubro de 2020, houve um aumento, naquele ano, na produção normativa de Resoluções sobre requisitos fitossanitários e outras medidas assumidas em matéria agrícola, quando comparado com o segundo semestre de 2019, e juntas somaram em torno de 10% do total de normativas editadas pelo bloco naquele período (MERCOSUL, 2020, pp. 31-33). Os dados exatos sobre a estatística de incorporação dessas normativas pelos Estados Partes são mantidos como acesso restrito, atualmente. Os informes semestrais da SAM/MERCOSUL podem ser acessados pelo site: <<https://www.mercosur.int/media/publicaciones/informes-de-la-secretaria-del-mercotur/>>.

globalização neoliberal que marcava o final do século XX, e motivados pela política de abertura econômica e desenvolvimento regional, a qual depois também se afiliaram o Uruguai e o Paraguai⁶, (SILVA et al., 2013, pp. 54-56), esses quatro países se uniram para iniciar um processo de integração que culminou na formalização do Tratado de Assunção, dando origem a um dos blocos econômicos de maior relevância na América Latina.

A esse grupo, posteriormente, incorporaram-se a Venezuela (atualmente suspensa) e a Bolívia (em processo de adesão). Os demais países sul-americanos usufruem do *status* de Estados Associados, gozando de preferências comerciais com os Estados Partes do bloco e podendo participar ativamente de reuniões e outras atividades. (MERCOSUL, 2021b).

O MERCOSUL adquiriu personalidade jurídica de Direito Internacional a partir da celebração do Protocolo de Ouro Preto, o que lhe dá capacidade para celebrar acordos com outros países e organismos internacionais. Além disso, pelo referido Protocolo, também ficou estabelecida a estrutura institucional do bloco, tendo-se criado órgãos com poder decisório. Outros marcos jurídicos importantes são o Protocolo de Ushuaia, que estabelece o compromisso democrático no grupo, e o Protocolo de Olivos, sobre a solução de controvérsias.

Os órgãos com capacidade decisória são: o Conselho do Mercado Comum (CMC)⁷, o Grupo Mercado Comum (GMC)⁸, e a Comissão de Comércio do Mercosul (CCM)⁹. Por oportuno, vale registrar que o Artigo 14, V, do Protocolo de Ouro Preto autoriza o GMC a criar subgrupos de trabalho e reuniões especializadas, para auxiliar o cumprimento de seus objetivos. Dentre eles, destaca-se o Subgrupo de Trabalho nº 8 “Agricultura” (SGT-8), responsável por

⁶ O Tratado de Integração, Cooperação e Desenvolvimento, entre a República Federativa do Brasil e a República Argentina, de 1988, previu, em seu Artigo 5, a formação de um mercado comum entre os dois países após a conclusão de uma primeira etapa de integração, que deveria ocorrer no prazo de dez anos. Esse prazo foi encurtado na oportunidade da celebração da Ata de Buenos Aires, firmada em 6 de julho de 1990. A adesão posterior do Uruguai e Paraguai aos acordos firmados entre Brasil e Argentina ficou condicionada à anuência com o cumprimento de prazos já estabelecidos à época para a integração. O agrupamento sub-regional entre os países do Cone Sul se vincula, juridicamente, à Associação Latino-Americana de Integração (ALADI), por meio de Acordo de Alcance Parcial de Complementação Econômica, nos termos em que autoriza o Tratado de Montevidéu de 1980 (ILB, 2021, pp. 39, 40 e 44).

⁷ Protocolo de Ouro Preto, Artigos 3 e 4: “O Conselho do Mercado Comum é o órgão superior do Mercosul ao qual incumbe a condução política do processo de integração e a tomada de decisões para assegurar o cumprimento dos objetivos estabelecidos pelo Tratado de Assunção e para lograr a constituição final do mercado comum”... “integrado pelos Ministros das Relações Exteriores e pelos Ministro da Economia, ou seus equivalentes, dos Estados Partes”.

⁸ Protocolo de Ouro Preto, Artigos 10 e 11: “O Grupo Mercado Comum é o órgão executivo do Mercosul”... “integrado por quatro membros titulares e quatro membros alternos por país, designados pelos respectivos Governos, dentre os quais constar necessariamente representantes do Ministérios das Relações Exteriores, dos Ministérios da Economia (ou equivalentes) e dos Bancos Centrais”.

⁹ Protocolo de Ouro Preto, Artigo 16: “A Comissão de Comércio do Mercosul, órgão encarregado de assistir o Grupo Mercado Comum, compete velar pela aplicação dos instrumentos de política comercial comum acordados pelos Estados Partes para o funcionamento da união aduaneira, bem como acompanhar e revisar os temas e matérias relacionados com as políticas comerciais comuns, com o comércio infra-Mercosul e com terceiros países”.

elaborar e propor projetos de normas técnicas nessa área, e é composto por representantes dos Ministérios da Agricultura (ou órgão equivalente) de cada país membro.

Nos termos dos Artigos 41 e 42 do Protocolo de Ouro Preto, os referidos órgãos se manifestam, respectivamente, sob a forma de decisões, resoluções e diretrizes, as quais são dotadas de força normativa e compõem o arcabouço jurídico do MERCOSUL. Por isso, são normas de caráter obrigatório, devendo, quando necessário¹⁰, ser incorporadas aos ordenamentos jurídicos nacionais de cada membro (ACCIOLY et al., 2021, pp. 69-70). As normas somente entram em vigor após a internalização por todos os Estados, conforme procedimento previsto no Artigo 40 do mesmo diploma legal¹¹.

O modelo de integração intergovernamental adotado pelos Estados Partes, caracterizado pela coordenação e cooperação para o alcance de objetivos comuns, necessidade de consenso mútuo na tomada de decisões e posterior incorporação dessas decisões para a produção de efeitos – por conseguinte, sem transferência de poderes soberanos ao organismo – ressalta a natureza de Direito Internacional clássico das normas emanadas pelos órgãos competentes do bloco (DRUMMOND, 2011, p. 280).

Em contraste, organismos de caráter supranacional são capazes de gerar normas de Direito Comunitário, tal como se observa no âmbito da União Europeia. Nesse caso, a comunidade de países firma um elo político composto por um ou mais órgãos de caráter supraestatal, que detém uma parcela de soberania e, por isso, podem deliberar e adotar decisões de forma independente, as quais se aplicarão direta, automática e imediatamente no espaço jurisdicional de cada parte. Por esse conjunto de fatores, não se discute, propriamente, conflitos entre direito interno e direito comunitário, já que eles se resolvem segundo os princípios e características deste ramo jurídico (ROCHA, 1998, pp. 48-49).

Não obstante, no contexto dos países latino-americanos, constata-se um certo apego à concepção de soberania nacional absoluta, princípio basilar de sua cultura política, estampado em suas cartas constitucionais¹², que remonta mesmo às suas raízes históricas como ex-colônias

¹⁰ Conforme Decisão MERCOSUL/CMC/DEC. nº 23/00, artigo 5, não precisam ser incorporadas pelos Estados Partes normas que regulam aspectos da organização ou funcionamento interno do MERCOSUL, bem como quando há norma nacional que contemple em termos idênticos a norma MERCOSUL aprovada.

¹¹ É verdade, contudo, que o mecanismo estabelecido no artigo 40 do Protocolo de Ouro Preto constitui uma “ficção jurídica”, já que os sistemas nacionais de incorporação dos países membros não comportam a possibilidade de aguardar a vigência simultânea de acordos internacionais. Na prática, a execução de uma norma mercosulina dependerá apenas de sua devida incorporação ao direito interno, independentemente de comunicação da Secretaria do MERCOSUL. Por isso, com frequência acontece de uma normativa entrar em vigor em um Estado Parte, mas não em outro, o que gera falta de harmonização, e, portanto, nova situação de insegurança jurídica no direito do bloco (ALMEIDA, 2009, pp. 160-161).

¹² Em análise comparativa entre as Constituições dos Estados Partes do MERCOSUL, as Cartas da Venezuela (art. 153 a 155), Argentina (art. 75, inc. 22 e 24) e Paraguai (art. 137, 141 e 145) apresentam disposições mais abertas

européias (ILB, 2021, pp. 25-26). Portanto, há certa resistência desses Estados em criar ou participar de organismos de natureza supranacional, preferindo pautar suas relações internacionais pela independência nacional e pela igualdade entre as partes.

Bem por isso, afirma-se que, dentro do MERCOSUL, não se produz direito comunitário, de forma que, no processo de tomada de decisões, “eventuais conflitos entre normas de direito interno e de direito integracionista solucionam-se segundo as regras do direito internacional” (ROCHA, 1998, p. 50). Assim, nesse fluxo de ideias, passa-se à análise do sistema de incorporação e recepção das normas de direito externo ao ordenamento jurídico brasileiro, segundo a doutrina majoritária e a jurisprudência consolidada sobre o tema.

1.2. SISTEMA DE INCORPORAÇÃO DA NORMATIVA MERCOSUL AO ORDENAMENTO JURÍDICO DOS ESTADOS PARTES E HIERARQUIA DAS NORMAS NO DIREITO INTERNO BRASILEIRO

Sobre a relação entre o Direito Internacional e Direito Interno, é importante mencionar, primeiramente, que existem algumas teorias muito debatidas a nível acadêmico, sendo as principais a teoria monista e a teoria dualista. Apenas para entender sinteticamente o que defendem essas correntes, o jurista Francisco Rezek (2019, pp. 28-29) explica que o dualismo (pensado por Triepel e Anzilotti) prega o direito internacional e o direito interno como sistemas rigorosamente independentes e distintos. Consequentemente, as regras internacionais não operam no plano doméstico de um Estado, a não ser quando este voluntariamente as aceita e internaliza ao seu ordenamento jurídico pátrio.

O monismo, por outro lado, determina a unicidade da ordem jurídica, e se subdivide em monismo internacionalista (defendido por Hans Kelsen), sob o primado de que o direito internacional se alinha naturalmente a regras e princípios universais, e monismo nacionalista, na qual haveria preponderância do direito interno sobre o direito externo quando esses entram em conflito, afirmando, assim, a soberania do Estado e a força normativa da Constituição. Rezek (2019, pp. 28-29) comenta que, embora pouquíssimos autores se comprometam com o monismo nacionalista, é verdade que essa é a ideia que costuma predominar nos tribunais de inúmeros países do ocidente, inclusive no Brasil.

ao espírito comunitário, outorgando às normas internacionais uma hierarquia superior às leis nacionais e estabelecem, genericamente, a admissão de uma ordem jurídica supranacional. Já as Leis Fundamentais do Brasil (art. 4º) e do Uruguai (art. 6) não contém normas de alcance semelhante, existindo apenas previsões relacionadas à integração latino-americana. Ressalva-se, no caso brasileiro, o art. 5º, § 3º, da CRFB, que estabelece a superioridade de tratados e convenções sobre direitos humanos em relação às leis ordinárias, quando aprovados em rito equivalente à edição de emendas constitucionais (ROCHA, 2011, pp. 11-32).

Gilmar Mendes (2009, pp. 738-739) propõe um outro enfoque a par do debate monista-dualista, examinando a questão sob a perspectiva da relação hierárquico-normativa entre tratados internacionais e a Constituição. Segundo ele, a

(...) discussão doutrinária e jurisprudencial – também observada no direito comparado – sobre o *status* normativo dos tratados e convenções internacionais de direitos humanos (...) pode ser sintetizada em quatro correntes principais, a saber:

- a) a vertente que reconhece a natureza *supraconstitucional* dos tratados e convenções em matéria de direitos humanos;
- b) o posicionamento que atribui caráter *constitucional* a esses diplomas internacionais;
- c) a tendência que reconhece o *status* de *lei ordinária* a esse tipo de documento internacional;
- d) por fim, a interpretação que atribui caráter *supralegal* aos tratados e convenções sobre direitos humanos.

Em linhas gerais, Gilmar Mendes (2009, pp. 739 e 743) traça algumas considerações a respeito das mencionadas correntes, anotando que muitos Estados estão “fundados em sistemas regidos pelo princípio da supremacia formal e material da Constituição sobre todo o ordenamento jurídico” e que a “tese da legalidade ordinária dos tratados (...) vinha sendo preconizada pela jurisprudência do Supremo Tribunal Federal desde o remoto julgamento do RE 80.004/SE (...) e encontra respaldo em um largo repertório de casos julgados”.

Sobre a jurisprudência consolidada do STF referente ao tema¹³, que segue no sentido da paridade hierárquica entre tratados e leis nacionais – podendo ser revogadas mutuamente, por força do princípio *lex posterior derogat legi priori*¹⁴ –, importante esclarecer que, no geral, os Ministros concordam que a denúncia é o meio próprio para desobrigar o Brasil na seara externa, mas que, no campo do direito interno, é sim possível a introdução de nova lei tendente a obstar a produção de efeitos da norma internalizada¹⁵.

Nesse caso, dentre as manifestações consignadas no bojo do Recurso Extraordinário nº 80.004-SE, vale reproduzir o emblemático voto do ministro Leitão de Abreu:

(...) a Constituição não atribui ao judiciário competência, seja para negar aplicação a leis que contradigam tratado internacional, seja para anular, no mesmo caso, tais leis, a consequência, que me parece inevitável, é que os tribunais estão obrigados, na falta de título jurídico para proceder de outro modo, a aplicar as leis incriminadas de incompatibilidade com tratado.

Não se diga que isso equivale a admitir que a lei posterior ao tratado e com ele

¹³ A tese da legalidade ordinária dos tratados internacionais foi reafirmada pelo STF também no HC nº 72.131-RJ; HC nº 77.053-SP; HC nº 79.870-SP; HC nº 81.319-GO; RHC nº 80.035-SC; ADI nº 1.480-DF; RE nº 109.173-SP; RE nº 206.482-SP; RE nº 282.644-RJ; RE nº 466.343-SP; dentre outros precedentes.

¹⁴ Princípio presente no artigo 2º, § 1º, do Decreto-lei nº 4.657, de 4 de setembro de 1942 (LINDB).

¹⁵ Em qualquer hipótese, é importante que o Estado providencie formalmente a denúncia ao tratado pactuado perante as nações estrangeiras e organizações internacionais envolvidas pois, como regra, conforme disposto no Artigo 27 da Convenção de Viena (Decreto nº 7.030, de 14 de dezembro de 2009): “Uma parte não pode invocar as disposições de seu direito interno para justificar o inadimplemento de um tratado”.

incompatível reveste eficácia revogatória deste, aplicando-se, assim, para dirimir o conflito, o princípio ‘lex posterior revogat priori’.

A orientação, que defendo, não chega a esse resultado, pois, fiel à regra de que o tratado possui forma de revogação própria, nega que este seja, em sentido próprio, revogado pela lei.

(...)

Logo, a lei posterior, em tal caso, não revoga, em sentido técnico, o tratado, senão que lhe afasta a aplicação. A diferença está em que, se a lei revogasse o tratado, este não voltaria a aplicar-se, na parte revogada, pela revogação pura e simples da lei dita revogatória.

Mas como, a meu juízo, a lei não o revoga, mas simplesmente afasta, enquanto em vigor, as normas do tratado com ela incompatíveis, voltará ele a aplicar-se, se revogada a lei que impediu a aplicação das prescrições nele consubstanciadas.

Apenas para aprofundar um pouco mais o ponto, Rezek (2019, pp. 151-152) ensina que os tratados só devem continuar produzindo efeitos enquanto houver interesse mútuo tanto da Presidência da República quanto do Congresso Nacional¹⁶. “O ânimo negativo de um dos dois poderes políticos em relação ao tratado há de determinar sua denúncia, visto que significa o desaparecimento de uma das bases em que se apoiava o consentimento do Estado”. Nesse mesmo sentido, é o voto do ministro Cunha Peixoto no RE nº 80.004-SE:

Ademais, não existe, na Constituição, nenhum dispositivo que impeça ao membro do Congresso apresentar projeto que revogue, tácita ou expressamente, uma lei que tenha sua origem em um tratado. Pode o Presidente da República vetar o projeto, se aprovado pelo Congresso, mas também seu veto pode ser recusado. A lei, provinda do Congresso, só pode ter sua vigência interrompida se ferir dispositivo da Constituição e, nesta, não há nenhum artigo que declare irrevogável uma lei positiva brasileira pelo fato de ter sua origem em um Tratado.

Contudo, especialmente após a promulgação da Emenda Constitucional nº 45, de 2004, e observando a questão particular dos tratados sobre direitos humanos, Gilmar Mendes (2009, p. 745) observa que, “no contexto atual, em que se pode observar a abertura cada vez maior do Estado constitucional a ordens jurídicas supranacionais de proteção de direitos humanos, essa jurisprudência acabou se tornando completamente defasada”. Com efeito, pondera-se pela necessidade de tratamento jurídico diferenciado aos tratados de proteção aos direitos humanos, já que se distinguem dos tratados internacionais comuns por transcenderem os meros compromissos firmados para auferimento de benefícios mútuos entre os Estados contratantes¹⁷ (PIOVESAN, 2018, pp. 142-144).

¹⁶ Outra hipótese para a suspensão da executividade de tratado no direito interno seria por meio de controle de constitucionalidade pelo STF, nos termos do art. 102, III, “b”, da Constituição Federal (vide RHC nº 79.785-RJ).

¹⁷ No mesmo sentido, defende Antônio Cançado Trindade (2000, p. 44): “Com efeito, não é razoável dar aos tratados de proteção de direitos do ser humano (a começar pelo direito fundamental à vida) o mesmo tratamento dispensado, por exemplo, a um acordo comercial de exportação de laranjas ou sapatos, ou a um acordo de isenção de vistos para turistas estrangeiros. À hierarquia de valores, deve corresponder uma hierarquia de normas, nos planos tanto nacional quanto internacional, a ser interpretadas e aplicadas mediante critérios apropriados. Os tratados de direitos humanos têm um caráter especial, e devem ser tidos como tais”.

Nessa linha, surgiu a tese sobre o caráter constitucional ou supralegal de tratados e convenções de direitos humanos, encampada no julgamento dos Recursos Extraordinários nº 466.343-SP e nº 349.703-RS. A partir disso, somando o conjunto de decisões judiciais a esse respeito, e considerando o modelo idealizado por Hans Kelsen sobre a hierarquia das normas, conhecido como “Pirâmide de Kelsen” (COELHO, 2001, pp. 4-6), temos os seguintes níveis na hierarquia dos atos normativos no Direito brasileiro:

- 1º) Constituição Federal, Emendas Constitucionais e Tratados Internacionais sobre Direitos Humanos aprovados no rito do art. 5º, § 3º, da Constituição Federal;
- 2º) Tratados, Acordos e Convenções Internacionais sobre Direitos Humanos aprovados em rito ordinário no Congresso Nacional;
- 3º) Leis Ordinárias, Leis Complementares, Leis Delegadas, Medidas Provisórias, Tratados, Acordos, Convenções, Protocolos Internacionais que não tratam de Direitos Humanos;
- 4º) Decretos Regulamentares, Decretos Autônomos;
- 5º) Instruções Normativas, Portarias, Resoluções.

Nota-se que, como regra, os tratados, acordos e convenções internacionais, independentemente do tema e do rito de aprovação, quando de sua promulgação e incorporação ao ordenamento jurídico brasileiro, são internalizados por meio de decreto presidencial, nos termos do artigo 84, VIII, da Constituição da República. Nesse caso, ainda que se trate formalmente de um decreto¹⁸, a norma poderá ter o *status* correspondente a uma emenda constitucional, lei ordinária ou norma supralegal.

Tratando-se de um acordo internacional sobre assunto puramente administrativo, que não acarrete encargos ou compromissos gravosos ao patrimônio nacional, e que seja de competência regulamentar privativa do Poder Executivo, não será necessária a aprovação parlamentar prévia de que trata o artigo 49, I, da Constituição Federal¹⁹, de modo que tal norma poderá ser internalizada diretamente por ato do Presidente da República, ou até mesmo de Ministros de Estado, nos termos do artigo 87, parágrafo único, II e IV, da Carta Magna (ACCIOLY et al., 2021, pp. 59-62). Nesse caso, o rito de incorporação também influenciará seu *status* na hierarquia das normas.

¹⁸ Sobre isso, Francisco Rezek (2019, p. 105) explica: “No Brasil se promulgam por decreto do presidente da República todos os tratados que tenham feito objeto de aprovação congressional antes da ratificação ou adesão (...) No primeiro caso, o decreto de promulgação não constitui reclamo constitucional: ele é produto de uma praxe tão antiga quanto a Independência e os primeiros exercícios convencionais do Império. Cuida-se de um *decreto*, unicamente porque os atos do chefe de Estado costumam ter esse nome. Por nada mais”.

¹⁹ Como regra, os tratados internacionais ingressam na ordem jurídica interna brasileira pelo seguinte rito processual: “(1) negociação pelo Estado brasileiro no plano internacional; (2) assinatura do instrumento pelo Estado brasileiro; (3) mensagem do Poder Executivo ao Congresso Nacional para discussão e aprovação do instrumento; (4) aprovação parlamentar mediante decreto legislativo; (5) ratificação do instrumento; (6) promulgação do texto legal do tratado mediante decreto presidencial.” (MELO, 2019) [vide art. 84, VIII c/c art. 49, I, da Constituição Federal]

É o que acontece quando da incorporação das normativas emanadas pelos órgãos do MERCOSUL, que geralmente ocorre por meio de decreto autônomo presidencial, ou, ainda mais frequente, por meio de portarias, resoluções ou instruções normativas ministeriais ou autárquicas²⁰. A doutrina chama de “acordo executivo” (ou acordo administrativo / em forma simplificada) as normas internacionais que, para a sua internalização, dispensam aprovação prévia do Congresso Nacional (TRINDADE, 2006, pp. 76-77).

Com efeito, embora não exista previsão constitucional para essa prática, a conclusão de acordos executivos convalidou-se em norma costumeira, contando com a anuência tanto do Poder Executivo quanto do Poder Legislativo. Sua validade foi primeiramente defendida no Brasil por Levi Carneiro e Hildebrando Accioly, posteriormente seguido por outros juristas (com algumas divergências), como Haroldo Valladão, Sette Câmara, Cachapuz de Medeiros, dentre outros notáveis ex-Consultores Jurídicos do Itamaraty (TRINDADE, 2006, pp. 81-91)

Embora considere tortuosa a ideia de que o governo possa pactuar sozinho sobre “assuntos de sua competência privativa”, o professor Rezek (2019, pp. 88-90) admite três hipóteses para a celebração de acordos executivos compatíveis com o preceito constitucional:

(...) os acordos “que consignam simplesmente a interpretação de cláusulas de um tratado já vigente”, os “que decorrem, lógica e necessariamente, de algum tratado vigente e são como que o seu complemento”, e os de *modus vivendi*, “quando têm em vista apenas deixar as coisas no estado em que se encontram, ou estabelecer simples bases para negociações futuras” Os primeiros, bem como estes últimos, inscrevem-se no domínio da diplomacia ordinária, que se pode apoiar m norma constitucional não menos específica que aquela referente à celebração de tratados. Os intermediários se devem entender, sem qualquer acrobacia hermenêutica, cobertos por prévio assentimento do Congresso Nacional. (grifei)

No caso, as normativas MERCOSUL enquadram-se na segunda hipótese enumerada por Rezek, visto que decorrem do quanto previsto no Protocolo de Ouro Preto (Artigo 42). A prática dessa modalidade de incorporação é admitida e pode ser observada de modo semelhante em todos os países do bloco, e está amparada nas Decisões MERCOSUL/CMC/DEC. nº 23/2000, nº 20/2002 e nº 22/2004 (sobre o “sistema de incorporação da normativa MERCOSUL ao ordenamento jurídico dos Estados Partes” e “vigência e aplicação das normas emanadas dos órgãos com capacidade decisória do MERCOSUL”).

Apesar de reconhecer a viabilidade jurídica de internalização de normas internacionais por atos inferiores a decreto, Otávio Trindade (2006, p. 132) avalia que esse tipo de norma

²⁰ Nos termos do artigo 2º do Decreto nº 10.139, de 28 de novembro de 2019, os atos normativos inferiores a decreto são editados sob a forma de: I - portarias: atos normativos editados por uma ou mais autoridades singulares; II - resoluções: atos normativos editados por colegiados; ou III - instruções normativas: atos normativos que, sem inovar, orientem a execução das normas vigentes pelos agentes públicos.

infralegal está mais susceptível a alterações repentinas e frequentes. Esse risco, somado a outros fatores, como o atraso ou a não implementação das normas mercosulinas pelos Estados, causa grande abalo à segurança jurídica e enfraquecimento nos laços de integração entre os países do bloco²¹, e pode resultar, inclusive, em prejuízo econômico, por afastar investidores.

Assim, com essas informações em mente, pode-se avançar ao estudo do caso prático que envolve a Instrução Normativa MAPA nº 5, de 15 de março de 2021, a qual suspendeu parcialmente os efeitos de duas normas que adotavam *standards* do MERCOSUL sobre requisitos fitossanitários para a circulação de produtos de origem vegetal entre os países membros, iniciando pela análise do que são e para que servem as medidas fitossanitárias, e dos regulamentos que regem a matéria de comércio internacional agrícola.

2. MEDIDAS FITOSSANITÁRIAS PARA CONTROLE DE PRAGAS NO COMÉRCIO INTERNACIONAL DE PRODUTOS DE ORIGEM VEGETAL

As exigências fitossanitárias para o trânsito internacional de produtos de origem vegetal formam um conjunto de normas e medidas estabelecidas com o fim de proteger a cadeia produtiva de um país, evitando-se a entrada, contaminação e disseminação de pragas e doenças no território nacional, contribuindo não só para a preservação da sanidade vegetal nas lavouras e florestas, mas também da própria saúde humana e animal (MAPA, 2021a).

As medidas fitossanitárias, e a sua intensidade, são fixadas pelo país de destino a partir de uma análise detalhada de risco de ingresso de pragas, e se baseiam em critérios estritamente técnicos e científicos. São exemplos dessas medidas, dentre outras, exigir: que produtos sejam provenientes de áreas livres de doenças e pragas; a inspeção de produtos na chegada ao país; um tipo de tratamento ou processamento específico; atestados de sanidade vegetal e permissão de trânsito; limites máximos de resíduos de agrotóxicos²² (OMC, 2021).

Dito isso, passa-se à análise das principais normas nacionais e internacionais sobre

²¹ Ainda que a não incorporação ou a revogação unilateral de certas normas do Mercosul possa causar desagrado em algum dos membros do bloco e, por isso, dar ensejo a controvérsias jurídicas, não é comum aos sócios demandarem suas contrapartes por descumprimento de resoluções adotadas, nos termos do Protocolo de Olivos, pois evita-se formar “jurisprudência” sobre o assunto (TRINDADE, 2006, p. 63).

²² Como regra, e seguindo orientação de organismos internacionais, os países importadores exigem a emissão de um certificado fitossanitário pelo órgão oficial do país exportador, atestando que as plantas, produtos vegetais ou outros artigos regulamentados cumprem seus requisitos fitossanitários de importação, o que garante um maior controle sobre a segurança e condições dos produtos (MAPA, 2020). Sobre Certificados Fitossanitários, pode-se consultar a NIMF nº 7 (sistema de certificação para exportações), a NIMF nº 12 (diretrizes para certificados fitossanitários) e a Portaria MAPA nº 177, de 16 de junho de 2021 (estabelece os procedimentos e os critérios para emissão do Certificado Fitossanitário - CF e do Certificado Fitossanitário de Reexportação – CFR na exportação, e os procedimentos relativos à certificação fitossanitária na importação de vegetais, partes de vegetais, produtos de origem vegetal e outros artigos regulamentados para o Brasil).

defesa agropecuária aplicáveis ao comércio internacional de produtos de origem vegetal.

2.1. AS PRINCIPAIS NORMAS SOBRE PROTEÇÃO DE PLANTAS E REQUISITOS FITOSSANITÁRIOS

Por sua própria natureza, a aplicação de medidas sanitárias e fitossanitárias pode ser encarada como um tipo de barreira não tarifária ao comércio internacional (LAMY; SOUZA JÚNIOR, 2013, p. 16). Bem por isso, foi celebrado, no âmbito da Organização Mundial de Comércio (OMC), o Acordo sobre Aplicação de Medidas Sanitárias e Fitossanitárias (Acordo SPS)²³, que prevê mecanismos para o exercício legítimo do direito soberano de qualquer governo para estabelecer níveis de proteção à saúde que entender apropriado, desde que esse direito não seja usado indevidamente para fins protecionistas ou discriminatórios e que o rigor das medidas não resulte em restrições desnecessárias contra outros países (OMC, 2021).

Nesses termos, e com base no quanto traçado pelo pesquisador Edson Iede (2005, pp. 8-9), o comércio internacional agropecuário seguro deve se pautar pelos seguintes princípios:

a) princípio da prevenção e da precaução: busca-se evitar ou mitigar o risco de dano ambiental, à saúde pública, animal e vegetal pelo ingresso de praga ou doença exótica ou de produto impróprio para consumo, tomando-se por base evidências científicas ou, se insuficientes, em informações pertinentes disponíveis;

b) princípio da não discriminação: as medidas não podem criar situação discriminatória arbitrária ou injustificável entre membros da OMC (relaciona-se à cláusula da nação mais favorecida);

c) princípio da harmonização: as exigências devem basear-se preferencialmente em normas e recomendações aceitas internacionalmente;

d) princípio da transparência: membros devem notificar estado sanitário e fitossanitário de seu território, as medidas existentes e as suas alterações;

e) princípio do tratamento nacional: as normas não devem ser mais restritivas do que aquelas aplicadas à produção doméstica; e

f) princípio da equivalência: os países devem reconhecer medidas de outros membros da OMC, ainda que diferentes, como equivalentes às suas, isto é, reconhecer que medidas diferentes podem alcançar níveis de proteção similares.

²³ O Acordo SPS é um dos vários que compõem a Ata Final de Marraqueche, dentre os quais se criou a Organização Mundial do Comércio (OMC). A Ata Final de Marraqueche foi internalizada ao ordenamento jurídico brasileiro por meio do Decreto nº 1.355, de 30 de dezembro de 1994.

Sendo assim, o Acordo SPS estabelece regras tanto de natureza substantiva, como aquelas previstas no Artigo 5 e Anexo A, que estabelecem o dever de atenção às evidências científicas, fundamentadas em análise de risco; quanto de natureza processual, como as do Artigo 8 e Anexo C, em que se determina, por exemplo, a necessidade de razoável duração do processo de análise de risco, aprovação, controle e inspeção dos produtos (SILVA, 2013, p. 27). Todavia, é preciso reconhecer que, devido à sua complexidade técnica inerente, as restrições sanitárias e fitossanitárias ao comércio agrícola conformam uma espécie de barreira particularmente enganosa e difícil de se combater, podendo, sim, se tornar um mecanismo protecionista bastante eficaz (OMC, 2021).

Dentre suas várias disposições, ficou registrado no Artigo III do Acordo SPS a importância da harmonização das medidas sanitárias e fitossanitárias a serem aplicadas entre os países membros da OMC. O Acordo reconhece três instituições internacionais aptas a elaborar normas, guias e recomendações para esse fim. São elas: a Codex Alimentarius (Codex), para padrões de segurança alimentar; a Organização Mundial de Saúde Animal (OIE), para padrões de saúde animal; e a Convenção Internacional de Proteção dos Vegetais (IPPC ou CIPV), para padrões de sanidade vegetal (CIPV, 2021a).

Mais precisamente, a CIPV é um tratado multilateral incorporado ao direito interno brasileiro por força do Decreto nº 5.759, de 17 de abril de 2006. A referida Convenção prevê a criação da Comissão de Medidas Fitosanitárias (CMF) no âmbito da Organização das Nações Unidas para a Agricultura e Alimentação (FAO), com a responsabilidade de criar Normas Internacionais para Medidas Fitosanitárias (NIMF). Essas normas consistem em padrões a serem adotados internacionalmente, visando proteger a agricultura sustentável e aumentar a segurança alimentar global, além de facilitar o desenvolvimento econômico e comercial²⁴, dentre outros objetivos. Até março de 2021, já foram editadas 44 NIMF (CIPV, 2021b).

A CIPV também estabelece, em seu Artigo VI, que os Estados podem exigir a aplicação de medidas fitossanitárias para as pragas quarentenárias e não quarentenárias regulamentadas²⁵,

²⁴ O intuito das NIMF é harmonizar os procedimentos e nortear a elaboração de instrumentos legais no âmbito dos países membros da CIPV. Consequentemente, com a adoção dessas NIMF pelos países, há uma uniformização na aplicação de procedimentos no comércio internacional de produtos vegetais (IEDE, 2012, p. 11).

²⁵ De acordo com a CIPV, Artigo II, item 1: "Praga" - qualquer espécie, raça ou biótipo vegetal ou animal ou agente patogênico daninho para as plantas ou produtos vegetais; "Praga Quarentenária" - praga de importância econômica potencial para uma área em perigo, quando ainda a praga não existe ou, se existe, não está dispersa e encontra-se sob controle oficial; "Praga Não Quarentenária Regulamentada" - praga não quarentenária cuja presença em plantas para plantio influi no seu uso proposto, com repercussões economicamente inaceitáveis e que, portanto, está regulamentada no território da parte contratante importadora; "Praga Regulamentada" - praga quarentenária ou praga não quarentenária regulamentada;

contanto que a intensidade das restrições seja limitada ao necessário para proteger a sanidade vegetal e esteja tecnicamente justificada, e desde que essas medidas não sejam mais restritivas que aquelas aplicadas contra as mesmas pragas se elas já estiverem presentes no território da parte importadora²⁶. É igualmente relevante destacar o quanto disposto em seu Artigo VII, Item 2, Alíneas “h”, “i” e “j”:

2 - Com a finalidade de minimizar a interferência no comércio internacional, as partes contratantes, no exercício de sua autoridade e tendo em vista o disposto no parágrafo 1 deste Artigo, comprometem-se a proceder de acordo com as disposições seguintes: (...)

h) as partes contratantes deverão assegurar, quando as condições se modificarem e se disponha de novos dados, que procederão a pronta modificação das medidas fitossanitárias ou sua supressão, caso elas não sejam mais necessárias;

i) as partes contratantes deverão estabelecer e atualizar, da melhor forma possível, listas de pragas regulamentadas, com seus nomes científicos e colocá-las periodicamente à disposição do Secretário, das organizações regionais de proteção fitossanitária a que pertençam e a outras partes contratantes, caso elas as solicitem; e

j) as partes contratantes deverão conduzir, da melhor forma possível, uma vigilância de pragas, desenvolver e manter informação adequada sobre a situação delas para facilitar sua categorização, assim como para que sejam elaboradas medidas fitossanitárias apropriadas. Esta informação será colocada à disposição das partes contratantes que a solicitarem.

No Brasil, a defesa sanitária vegetal é regulamentada pelo Decreto nº 24.114, de 12 de abril de 1934. A referida norma estabelece requisitos para a importação, exportação e trânsito interno de vegetais e seus produtos, além de prever algumas medidas para controle e erradicação de pragas e doenças das plantas. Dentre seus dispositivos, vale destacar o artigo 28, que fixa a obrigação para o Ministério da Agricultura²⁷ de promover o reconhecimento periódico e completo do estado sanitário vegetal de todo o país²⁸.

²⁶ A CIPV orienta os Estados signatários a criar Organizações Regionais de Proteção Fitossanitária (ORPF), para estimular a cooperação e a coordenação inter-regional na elaboração e utilização de normas internacionais relevantes para medidas fitossanitárias. Requer também o estabelecimento de uma Organização Nacional de Proteção Fitossanitária (ONPF) em cada país, com atribuições para exercer vigilância constante de vegetais e informar da presença, do foco e da disseminação de pragas, bem como controlá-las, além emitir certificados fitossanitários, promover a proteção de áreas em perigo, dentre diversas outras responsabilidades. No Brasil, a função de ONPF é exercida pelo Departamento de Sanidade Vegetal e Insumos Agrícolas, da Secretaria de Defesa Agropecuária, subordinada ao Ministério da Agricultura, Pecuária e Abastecimento (DSVIA/SDA/MAPA), nos termos da Instrução Normativa SDA nº 9, de 17 de março de 2005. No âmbito da América do Sul, vale citar o Comitê Regional de Sanidade Vegetal (COSAVE), atualmente constituído pelas ONPF da Argentina, Bolívia, Brasil, Chile, Paraguai, Peru e Uruguai, que exerce as responsabilidades e funções inerentes à ORPF.

²⁷ A Lei nº 13.844, de 18 de junho de 2019, define como área de competência do MAPA a defesa agropecuária e segurança do alimento. A estrutura regimental do MAPA está definida no Decreto nº 10.253, de 20 de fevereiro de 2020. O art. 21 fixa as competências da SDA para planejar, normatizar, coordenar, supervisionar e fiscalizar as atividades referentes à defesa agropecuária, inclusive quanto à saúde animal e sanidade vegetal e trânsito internacional e interestadual de produtos e insumos agropecuários. Já o art. 22 fixa as competências do DSVIA, que inclui, dentre outras, estabelecer, alterar, suspender ou revogar requisitos fitossanitários para a importação de vegetais e de suas partes; e elaborar e manter atualizada a lista de pragas quarentenárias regulamentadas.

²⁸ Também é oportuno destacar a Lei nº 8.171, de 17 de janeiro de 1991, que dispõe sobre a política agrícola brasileira, e coloca como um de seus objetivos a proteção do agronegócio contra riscos de doenças e pragas exóticas (art. 3º, XVI), trazendo algumas disposições sobre defesa agropecuária, além de instituir o Sistema

Nesse sentido, por meio da Instrução Normativa MAPA nº 45, de 22 de agosto de 2018, foram estabelecidos procedimentos para a elaboração, atualização e divulgação das listas de Pragas Quarentenárias Ausentes (PQA), Pragas Quarentenárias Presentes (PQP) e Pragas Não Quarentenárias Regulamentadas (PNQR)²⁹, com o objetivo de reconhecer e declarar o *status* fitossanitário brasileiro em relação a diversas pragas de potencial impacto econômico.

A partir dessa norma, foram editadas a Instrução Normativa SDA nº 38, de 1º de outubro de 2018, que estabelece a lista de Pragas Quarentenárias Presentes (PQP) para o Brasil, e a Instrução Normativa SDA nº 39, de 1º de outubro de 2018, que estabelece a lista de Pragas Quarentenárias Ausentes (PQA).

Nessa sequência de ideias, vale mencionar a recente Instrução Normativa MAPA nº 25, de 7 de abril de 2020, que condiciona a autorização de importação de espécies vegetais, suas partes, produtos e subprodutos, e outros artigos regulamentados à definição de requisitos fitossanitários, estabelecidos por meio de Análise de Risco de Pragas (ARP)³⁰, de acordo com o quanto acordado na CIPV. Dessa norma, é relevante destacar o seguinte dispositivo:

Art. 7º O DSV/SDA poderá a qualquer tempo promover a regulamentação ou a revisão dos requisitos fitossanitários para importação de artigos regulamentados, estabelecendo medidas fitossanitárias, ampliando ou reduzindo a intensidade dessas medidas, conforme o risco fitossanitário identificado.

No âmbito do MERCOSUL, vale citar a edição da Decisão MERCOSUL/CMC/DEC. nº 06/1993, posteriormente revogada pela atual Decisão MERCOSUL/CMC/DEC. nº 06/1996, que trata do “Acordo sobre Aplicação das Medidas Sanitárias e Fitosanitárias da OMC”. Sem embargo, não há notícias de que essa norma foi incorporada por algum dos países membros e

Unificado de Atenção à Sanidade Agropecuária (SUASA). O SUASA é um sistema criado com o propósito de organizar e coordenar as ações de vigilância e defesa sanitária dos animais e vegetais entre a União, Estados, Distrito Federal e Municípios. Dentre as atividades desenvolvidas no âmbito do SUASA, vale destacar a vigilância e defesa sanitária vegetal – executada pelo Sistema Brasileiro de Inspeção de Produtos de Origem Vegetal (SISBI-POV) – e a vigilância do trânsito agropecuário nacional e internacional. O SUASA se articula com o Sistema Único de Saúde (SUS) em questões atinentes à saúde pública. Atualmente, o SUASA é regulamentado pelo Decreto nº 5.741, de 30 de março de 2006. A vigilância do trânsito internacional de produtos agropecuários é competência exclusiva da União (art. 21, XXII, da Constituição Federal), e é exercida pelo Sistema de Vigilância Agropecuária Internacional (VIGIAGRO), que atua na inspeção e fiscalização do trânsito internacional de vegetais, seus produtos e subprodutos. A fiscalização é feita nos portos, aeroportos internacionais, postos de fronteira e aduanas especiais (MAPA, 2021b). O manual de procedimentos operacionais do sistema VIGIAGRO está aprovado na Instrução Normativa MAPA nº 39, de 27 de novembro de 2017.

²⁹ Nos termos da IN 45/2018, entende-se por: PQA - praga de importância econômica potencial para uma área em perigo, que não esteja presente no território nacional; PQP - praga de importância econômica potencial para uma área em perigo, presente no país, porém não amplamente distribuída e que se encontra sob controle oficial; PNQR - praga não quarentenária cuja presença em plantas para plantar afeta o uso proposto dessas plantas, com impacto econômico inaceitável e que esteja regulamentada dentro do território da parte contratante importadora (para outras definições, vide nota explicativa nº 26).

³⁰ De acordo com a CIPV/FAO, a Análise de Risco de Pragas (ARP) consiste num “processo de avaliação de provas biológicas, científicas e econômicas para determinar se uma praga deve ser regulamentada e a intensidade de quaisquer medidas fitossanitárias que devem ser adotadas para controlá-la” (Art. II, 1, CIPV).

não há registro de sua entrada em vigor.

Apesar disso, o Grupo Mercado Comum já editou diversas normativas sobre requisitos fitossanitários para o comércio e trânsito de vegetais e seus produtos dentro do bloco. Dentre elas, consta a Resolução MERCOSUL/GMC/RES. nº 88/1996, que aprova *standards* sobre harmonização e intensidade de medidas fitossanitárias e tratamentos quarentenários (não foi incorporada pelos países e não entrou em vigor), e a Resolução MERCOSUL/GMC/RES. nº 52/2002, que aprova o “*Standard sobre Requisitos Fitosanitários Harmonizados por Categoria de Risco para o Ingresso de Produtos Vegetais*”. Essa última foi internalizada no Brasil por meio da Instrução Normativa MAPA nº 23, de 2 de agosto de 2004. Nos termos dessa norma, os *standards* fitossanitários “estão sujeitos à revisão e modificações periódicas e não periódicas em função da situação das pragas nos territórios dos Estados Partes”.

Assim, a partir dos padrões gerais estabelecidos na norma mercosulina supracitada, as partes definem requisitos fitossanitários específicos para cada um dos produtos de origem vegetal que comercializam entre si, fazendo-se Análise de Risco de Pragas segundo o país de origem e destino. Ressalta-se, portanto, a importância da constante vigilância e atualização das listas de pragas regulamentadas ausentes e presentes no território de cada Estado Parte³¹.

Nesse contexto, passa-se à última etapa da pesquisa, que é a análise do contexto fático que levou à edição da Instrução Normativa MAPA nº 5, de 15 de março de 2021, objeto do presente estudo.

2.2. ATUALIZAÇÃO DO STATUS FITOSSANITÁRIO DA PLANTA DANINHA *SENECIO VULGARIS* NO BRASIL E NECESSIDADE DE ALTERAÇÃO DE MEDIDAS FITOSSANITÁRIAS CONTRA O INGRESSO DA PRAGA NO PAÍS

Consoante percorrido no subtópico anterior, os países signatários da CIPV devem estabelecer, atualizar e divulgar, da melhor forma possível, listas de pragas regulamentadas. Nos termos da NIMF nº 19, a finalidade dessas listas é aumentar a transparência, facilitando o comércio seguro, além de auxiliar na prevenção da introdução e disseminação de pragas. Essas listas são úteis para consulta durante a análise de risco de pragas, que subsidiará a definição dos

³¹ No Brasil, além das competências do DSVIA/SDA/MAPA para a vigilância e controle de pragas, a Portaria Interministerial MAPA/MEC/MCTI nº 290, de 15 de abril de 1996, determina aos órgãos e entidades, públicas ou privadas, que realizem pesquisas na área de fitossanidade, que a detecção ou caracterização de qualquer praga até então considerada inexistente no território nacional deve ser imediatamente notificada ao MAPA. No mesmo sentido, é o que estabelece a Instrução Normativa SDA nº 2, de 9 de janeiro de 2002, que aprova as normas para a notificação de ocorrência de pragas exóticas no país, e o artigo 5º da Instrução Normativa MAPA nº 45, de 22 de agosto de 2018.

requisitos fitossanitários nas operações de importação e exportação.

Portanto, qualquer alteração no *status* fitossanitário do país enseja a necessidade de atualizar as listas e, por conseguinte, os requisitos fitossanitários eventualmente estabelecidos contra determinada praga. Foi o que aconteceu, por exemplo, quando o Ministério da Agricultura logrou erradicar do Brasil o inseto *Cydia pomonella*, uma das principais pragas da fruticultura. O ato que reconheceu a erradicação e declarou o país livre da praga foi a Instrução Normativa MAPA nº 10, de 7 de maio de 2014. Com isso, os requisitos fitossanitários de importação aos países exportadores de produtos considerados hospedeiros de *Cydia pomonella* foram revistos, resultando na publicação da Instrução Normativa SDA nº 12, de 12 de julho de 2015, alterada pela Instrução Normativa SDA nº 15, de 8 de abril de 2020.

Igualmente deve suceder quando se reconhece, oficialmente, a presença de praga antes regulamentada como ausente, conforme ocorrido no caso da planta daninha *Senecio vulgaris*. Para entender melhor o histórico que levou à desregulamentação da referida praga, é preciso analisar brevemente os autos do Processo Administrativo nº 21000.022285/2019-28, que deu origem à edição da Instrução Normativa MAPA nº 5, de 15 de março de 2021.

Em 3 de abril de 2019, o Ministério da Agricultura recebeu pedido de informação sobre as justificativas técnicas para a regulamentação da *Senecio vulgaris* como praga quarentenária ausente no Brasil. A pergunta foi formulada porque, supostamente, já constavam registros identificados de sua presença em ao menos três Estados no território brasileiro, chegando a figurar na base de dados do portal "speciesLink"³² (MAPA, Informação nº 12/DARP/CQV/DSV/SDA/MAPA, 2019).

De início, os auditores fiscais do MAPA responderam que não havia literatura científica indicando a ocorrência, distribuição ou informações importantes acerca da espécie invasora no país, de modo que a sua presença era duvidosa ou desconhecida. Mesmo assim, a partir das exsicatas de herbários publicadas no site "speciesLink", foi solicitada análise técnica sobre o *status* de *Senecio vulgaris* no Brasil, com consulta a botânicos especialistas para auxiliar na pesquisa (MAPA, Informação nº 12/DARP/CQV/DSV/SDA/MAPA, 2019).

Assim, após as averiguações necessárias, a Divisão de Análise de Risco de Pragas elaborou o Parecer nº 104/2019/DARP/CQV/DSV/SDA/MAPA (MAPA, 2019), afirmando o entendimento de que a opinião dos especialistas que identificaram os espécimes de *Senecio*

³² O speciesLink é um projeto que "tem por objetivo integrar a informação primária sobre biodiversidade que está disponível em museus, herbários e coleções microbiológicas, tornando-a disponível, de forma livre e aberta na Internet". É desenvolvido com o apoio de instituições públicas e privadas de ensino e pesquisa, como o CNPq, FAPESP e MCTI (BRASIL, speciesLink, 2021). Disponível em: <<http://www.splink.org.br>>.

vulgaris disponíveis na base de dados do “speciesLink” era suficiente para atestar a sua ocorrência em Minas Gerais, São Paulo e Rio Grande do Sul, e que a confiabilidade científica da fonte era compatível com o que orienta a NIMF nº 8 (sobre determinação do status de uma praga em uma área).

A partir dessas informações, o Auditor Fiscal Federal Agropecuário responsável pela análise concluiu pela necessidade de “retirar a planta daninha *Senecio vulgaris* da lista oficial de pragas quarentenárias ausentes do Brasil e desregulamentá-la nas normas de importação de artigos regulamentados em que haja medidas fitossanitárias estabelecidas contra ela” (MAPA, Parecer nº 104/2019/DARP/CQV/DSV/SDA/MAPA, 2019).

Nesse sentido, foi publicada a Instrução Normativa SDA nº 117, de 28 de dezembro de 2020, que além de excluir a erva daninha da Lista de Pragas Quarentenárias Ausentes, também promoveu a alteração de diversas outras normas que fixavam requisitos contra ela na importação de produtos, em sua maioria sementes e mudas de vegetais provenientes do Chile, Itália, Alemanha, Coreia do Sul, Espanha e outros países também hospedeiros da praga.

Ocorre que duas das normas que também precisavam ser alteradas eram decorrentes de incorporação da Resolução MERCOSUL/GMC/RES. nº 60/2006 (Instrução Normativa MAPA nº 20, de 22 de maio de 2007) e da Resolução MERCOSUL/GMC/RES. nº 10/2012 (Instrução Normativa MAPA nº 2, de 30 de janeiro de 2013), que consolidavam exigências adicionais impostas pelo Brasil para importação de beterraba hortícola e canola provenientes da Argentina e do Uruguai, também hospedeiros de *Senecio vulgaris*.

Diante da dúvida sobre a possibilidade, ou não, de se alterar essas duas normativas, a área técnica formulou questionamento à Consultoria Jurídica do órgão, a qual se manifestou por meio do Parecer nº 00569/2020/CONJUR-MAPA/CGU/AGU (AGU, 2020). A opinião da assessoria jurídica foi no seguinte sentido:

Assim, tendo em vista que o intuito do MAPA é tão somente adequar uma parte das referidas Resoluções do MERCOSUL, ou seja, apenas para afastar a exigência de medidas fitossanitárias estabelecidas contra a planta daninha *Senecio vulgaris*, entende-se que, nesse caso, é possível e recomendável suspender a eficácia das normas nesse ponto específico.

Cumpra observar que o raciocínio elaborado nesta manifestação restringe-se ao caso discutido nos presentes autos, na medida em que o Brasil não pretende criar nova obrigação que não foi previamente discutida e acordada no âmbito do Grupo Mercado Comum - GMC/MERCOSUL, mas sim e tão somente suspender exigência que já não faz mais sentido de se fazer cumprir por uma razão técnica e/ou cientificamente justificada.

Em qualquer hipótese, é imprescindível informar oficialmente as autoridades competentes do MERCOSUL (...) sempre que houver alteração na situação de pragas no Brasil, a fim de que aquele organismo internacional possa promover as revisões necessárias em seus standards (...).

Nesses termos, pode-se concluir que há possibilidade jurídica para a alteração de exigências fitossanitárias na importação de vegetais, partes de vegetais, produtos de origem vegetal e outros artigos regulamentados para o Brasil, sendo viável a suspensão – no todo ou em parte – de normas internacionais incorporadas ao ordenamento jurídico interno para esse fim, desde que de forma técnica e cientificamente justificada pela organização nacional de proteção fitossanitária competente, após processo de Análise de Riscos de Pragas (ARP).

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O MERCOSUL é um processo de integração regional que segue o modelo intergovernamental, de forma que as normativas emanadas de seus órgãos com poder decisório são adotadas por consenso e compõem o ramo do Direito da Integração. Assim, os conflitos entre as normas editadas pelo bloco econômico e as regras de direito interno se resolvem seguindo os métodos e princípios de Direito Internacional clássico.

Nesse sentido, o presente artigo traçou os principais pontos legais, doutrinários e jurisprudenciais já consolidados e amplamente discutidos na seara acadêmica sobre o tema, a fim de solucionar qualquer dúvida quanto à possibilidade jurídica de alteração unilateral de requisitos para importação de produtos de origem vegetal – acordados no seio do bloco – após reconhecimento oficial de mudança na situação fitossanitária no território de um dos Estados Partes. Para tanto, o contexto fático que levou à publicação da Instrução Normativa nº 5, de 15 de março de 2021, do Ministério da Agricultura, serviu como objeto para estudo de caso.

No curso da investigação, foi possível identificar que o comércio internacional de produtos de origem vegetal impõe a necessidade de estabelecimento de barreiras técnicas que visam proteger a vida vegetal, evitando a disseminação de pragas e doenças. Contudo, é importante que essas barreiras sejam fixadas com bases científicas, não se admitindo o estabelecimento de medidas discriminatórias ou protecionistas. Assim, a matéria é regulada internacionalmente por meio do Acordo sobre a Aplicação de Medidas Sanitárias e Fitossanitárias da OMC e da Convenção Internacional para a Proteção dos Vegetais da FAO.

No âmbito do MERCOSUL, os Estados Partes aprovam *standards* sobre requisitos fitossanitários para o comércio intrabloco de produtos vegetais, com base em análise de risco de pragas – avaliada segundo o país de destino e origem. A Resolução MERCOSUL/GMC/RES. nº 52/2002 prevê a necessidade de revisão periódica e não periódica desses requisitos de importação, em respeito às possíveis atualizações no *status* das pragas nos territórios dos respectivos países.

Destarte, levando-se em conta que a alteração no estado de risco fitossanitário de qualquer país reclama a adoção de providências céleres, como a notificação aos organismos internacionais competentes e aos Estados com quem se mantém relações comerciais, e necessidade de adequações que se fizerem pertinentes aos requisitos para importação de artigos vegetais, pode-se concluir que, de fato, é possível a alteração da intensidade ou a suspensão de efeitos de medidas fitossanitárias, ainda que previstas em normativas que incorporam *standards* aprovados pelo MERCOSUL.

Sem embargo, a tomada dessa iniciativa de forma unilateral, sem antes aguardar a revisão e publicação de novos requisitos pelo Subgrupo de Trabalho de Agricultura do Grupo Mercado Comum, reforça problemas de segurança jurídica já existentes no bloco, o que tem potencial para enfraquecer os laços de integração ente os Estados Partes e prejudicar a imagem e confiança da instituição perante seus demais parceiros comerciais e investidores.

REFERÊNCIAS

ACCIOLY, Hildebrando; CASELLA, Paulo Borba; SILVA, Geraldo Eulálio do Nascimento. **Manual de Direito Internacional Público**. 25 ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2021.

ADVOCACIA-GERAL DA UNIÃO (AGU). Consultoria Jurídica junto ao Ministério da Agricultura, Pecuária e Abastecimento. **Parecer nº 00569/2020/CONJUR-MAPA/CGU/AGU**. Referência: Processo nº 21000.022285/2019-28. Brasília: Advocacia-Geral da União, 3 ago. 2020. A autenticidade do documento pode ser conferida no endereço eletrônico: <<http://sapiens.agu.gov.br>>, informando o código verificador 459467726. Acesso em: 25 de abril de 2021.

ALMEIDA, Paula Wojcikiewicz. **A execução do Direito da Integração do Mercosul: uma limitação da autonomia dos Estados Partes**. Revista Novos Estudos Jurídicos. Itajaí, v. 14, n. 1, pp. 155-168, 2009. Disponível em: <<https://siaiap32.univali.br/seer/index.php/nej/article/view/1628>>. Acesso em: 25 de abril de 2021.

BATALHA, Mário Otávio; SOUZA FILHO, Hildo Meirelles de. **Agronegócio no Mercosul: uma agenda para o desenvolvimento**. São Paulo: Atlas, 2009.

BRASIL. El País. **Celebração de 30 anos de Mercosul vira troca de farpas e pedidos de flexibilização que isolam Argentina**. Buenos Aires e São Paulo. 26 de março de 2021. Disponível em: <<https://brasil.elpais.com/brasil/2021-03-26/celebracao-de-30-anos-de-mercosul-vira-troca-de-farpas-e-pedidos-de-flexibilizacao-que-isolam-argentina.html>>. Acesso em: 25 de abril de 2021.

BRASIL. speciesLink. **O projeto**. 2021. Disponível em: <<http://splink.cria.org.br/project?criaLANG=pt>>. Acesso em: 25 de abril de 2021.

COELHO, Fábio Ulhoa. **Para entender Kelsen**. 4ª ed. rev. São Paulo: Saraiva, 2001.

CONVENÇÃO INTERNACIONAL PARA A PROTEÇÃO DOS VEGETAIS (CIVP). **Adopted Standards (ISPMs)**. 2021b. Disponível em: <<https://www.ippc.int/en/core-activities/standards-setting/ispm/>>. Acesso em: 25 de abril de 2021.

CONVENÇÃO INTERNACIONAL PARA A PROTEÇÃO DOS VEGETAIS (CIVP). **Overview: What is the International Plant Protection Convention (IPPC)?** 2021a. Disponível em: <<https://www.ippc.int/en/about/overview/>>. Acesso em: 25 de abril de 2021.

DRUMMOND, Maria Claudia. **A opção intergovernamental do Mercosul e a reforma do Protocolo de Ouro Preto**. Universitas Relações Internacionais, Brasília, v. 9, n. 1, pp. 273-295, jan./jun. 2011. Disponível em: <<https://www.publicacoesacademicas.uniceub.br/relacoesinternacionais/article/view/1382>>. Acesso em: 25 de abril de 2021.

IEDE, Edson Tadeu. **A CIPV e as normas internacionais de medidas fitossanitárias NIMF 15: a evolução dos tratamentos quarentenários de madeira**. In: Seminário Internacional Sobre Pragas Quarentenárias Florestais. Documentos nº 244, pp. 11-14. Colombo: Embrapa Florestas, 2012. Disponível em: <<https://www.alice.cnptia.embrapa.br/handle/doc/951678>>. Acesso em: 25 de abril de 2021.

IEDE, Edson Tadeu. **Importância das pragas quarentenárias florestais no comércio internacional: estratégias e alternativas para o Brasil**. Embrapa Florestas. Boletim de pesquisa e desenvolvimento nº 22. Colombo: Embrapa Florestas, 2005. Disponível em: <<https://www.infoteca.cnptia.embrapa.br/infoteca/handle/doc/306464>>. Acesso em: 25 de abril de 2021.

INSTITUTO LEGISLATIVO BRASILEIRO (ILB). **Fundamentos da Integração Regional: o MERCOSUL**. Turma 1 de 2021. Curso na modalidade a distância sem tutoria. Maria Cláudia Drummond e José Everaldo Ramalho (conteudistas). Brasília: Senado Federal, 2021. Disponível em: <<https://saberes.senado.leg.br/course/index.php?categoryid=243>>. Acesso em: 25 de abril de 2021.

LAMY, Ana Carolina Miranda; SOUZA JÚNIOR, Jesulindo Nery de. **Internalização do Acordo sobre Aplicação de Medidas Sanitárias e Fitosanitárias**. Revista de Política Agrícola. Brasília. Ano XXII, nº 4, out./nov./dez. 2013. Disponível em: <<https://seer.sede.embrapa.br/index.php/RPA/article/view/853>>. Acesso em: 25 de abril de 2021.

MARINHO, Vera Lúcia de Almeida. **Abertura das fronteiras entre países do Cone Sul e a nova política brasileira de gestão de riscos fitossanitários**. Documentos, nº 50. Brasília: Embrapa Recursos Genéticos e Biotecnologia, 2001.

MELO, Raimundo Simão de. **O ingresso dos tratados internacionais no Direito brasileiro**. Revista Consultor Jurídico, 10 de maio de 2019. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2019-mai-10/reflexoes-trabalhistas-ingresso-tratados-internacionais-direito-brasileiro>>. Acesso em: 25 de abril de 2021.

MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet.

Curso de Direito Constitucional. 4 ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

MERCADO COMUM DO SUL (MERCOSUL). **Informe Semestral de la Secretaría del Mercosur.** 29ª ed. Montevideu: Secretaría del Mercosur, 2020. Disponível em: <<https://www.mercosur.int/documento/29a-edicion-del-informe-semestral-primer-semestre-2020/>>. Acesso em: 25 de abril de 2021.

MERCADO COMUM DO SUL (MERCOSUL). **O que é o MERCOSUL?** 2021b. Disponível em: <<https://www.mercosur.int/pt-br/quem-somos/em-poucas-palavras/>>. Acesso em: 25 de abril de 2021.

MERCADO COMUM DO SUL (MERCOSUL). **Saiba mais sobre o Mercosul.** 2021a. Disponível em: <<http://www.mercosul.gov.br/saiba-mais-sobre-o-mercossul>>. Acesso em: 25 de abril de 2021.

MINISTÉRIO DA AGRICULTURA, PECUÁRIA E ABASTECIMENTO (MAPA). **Exigências fitossanitárias.** 2021a. Disponível em: <<https://www.gov.br/agricultura/pt-br/assuntos/sanidade-animal-e-vegetal/sanidade-vegetal/exigencias-fitossanitarias>>. Acesso em: 25 de abril de 2021.

MINISTÉRIO DA AGRICULTURA, PECUÁRIA E ABASTECIMENTO (MAPA). **Importação e exportação.** 2021b. Disponível em: <<https://www.gov.br/agricultura/pt-br/assuntos/importacao-e-exportacao/importacao-e-exportacao-vigiagro>>. Acesso em: 25 de abril de 2021.

MINISTÉRIO DA AGRICULTURA, PECUÁRIA E ABASTECIMENTO (MAPA). Secretaria de Defesa Agropecuária. **Informação nº 12/DARP/CQV/DSV/SDA/MAPA.** Referência: Processo nº 21000.022285/2019-28. Brasília: Secretaria de Defesa Agropecuária, 15 abr. 2019. A autenticidade do documento pode ser conferida no endereço eletrônico: <http://sistemas.agricultura.gov.br/sei/controlador_externo.php?acao=documento_conferir&id_orgao_acesso_externo=0>, informando o código verificador 7028534 e o código CRC 4C789CA8. Acesso em: 25 de abril de 2021.

MINISTÉRIO DA AGRICULTURA, PECUÁRIA E ABASTECIMENTO (MAPA). Secretaria de Defesa Agropecuária. **Parecer nº 104/2019/DARP/CQV/DSV/SDA/MAPA.** Referência: Processo nº 21000.022285/2019-28. Brasília: Secretaria de Defesa Agropecuária, 31 jul. 2019. A autenticidade do documento pode ser conferida no endereço eletrônico: <http://sistemas.agricultura.gov.br/sei/controlador_externo.php?acao=documento_conferir&id_orgao_acesso_externo=0>, informando o código verificador 8013409 e o código CRC 6840C0D2. Acesso em: 25 de abril de 2021.

MINISTÉRIO DA AGRICULTURA, PECUÁRIA E ABASTECIMENTO (MAPA). **Requisitos e certificação fitossanitária.** 2020. Disponível em: <<https://www.gov.br/agricultura/pt-br/internacional/exportacao/vegetal/requisitos-e-certificacao-fitossanitaria-1>>. Acesso em: 25 de abril de 2021.

ORGANIZAÇÃO MUNDIAL DE COMÉRCIO (OMC). **Understanding the WTO Agreement on Sanitary and Phytosanitary Measures.** Disponível em: <https://www.wto.org/english/tratop_e/sps_e/spsund_e.htm>. Acesso em: 25 de abril de 2021.

PIOVESAN, Flávia. **Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional**. 18ª ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva Educação, 2018.

REINO UNIDO. The Economist Group Limited (The Economist). **An unhappy 30th birthday**: Can Mercosur reverse decades of backsliding? The Americas. Londres. 25 de março de 2021. Disponível em: <<https://www.economist.com/the-americas/2021/03/25/can-mercursosur-reverse-decades-of-backsliding>>. Acesso em: 25 de abril de 2021.

REZEK, José Francisco. **Direito internacional público**: curso elementar. 17ª ed. 2ª tiragem. São Paulo: Saraiva, 2019.

ROCHA, Cármen Lúcia Antunes. **Constituição, Soberania e Mercosul**. Revista de Direito Administrativo. Rio de Janeiro, 213: 35-65, jul./set. 1998. Disponível em: <<https://doi.org/10.12660/rda.v213.1998.47197>>. Acesso em: 25 de abril de 2021.

ROCHA, Maria Elizabeth Guimarães Teixeira. **A incorporação das normativas mercosulinas e as Constituições dos Estados-Partes: o desafio das superações da normatividade estatal**. Universitas Relações Internacionais. Brasília, v. 9, n. 1, pp. 1-37, jan./jun. 2011. Disponível em: <<https://www.publicacoesacademicas.uniceub.br/relacoesinternacionais/article/view/1347>>. Acesso em: 25 de abril de 2021.

SILVA, Luís Henrique Barbosa da. **O comércio agrícola internacional e as barreiras do Acordo SPS da OMC**. Revista de Política Agrícola. Brasília. Ano XXII, nº 4, out./nov./dez. 2013. Disponível em: <<https://seer.sede.embrapa.br/index.php/RPA/article/view/854>>. Acesso em: 25 de abril de 2021.

SILVA, Marcos Antônio da; JOHNSON, Guillermo Alfredo; ARCE, Anatólio Medeiros. **O MERCOSUL em seu labirinto: desafios da Integração Regional**. Revista de Geopolítica. Natal. v. 4, nº 1, pp. 52 – 64, jan./jun. 2013. Disponível em: <<http://www.revistageopolitica.com.br/index.php/revistageopolitica/issue/view/7>>. Acesso em: 25 de abril de 2021.

TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. **Memorial em prol de uma nova mentalidade quanto à proteção dos direitos humanos nos planos internacional e nacional**. Revista Direito e Democracia. Porto Alegre, v. 1, n. 1, pp. 5-52, 2000. Disponível em: <<http://www.periodicos.ulbra.br/index.php/direito/article/view/2199>>. Acesso em: 25 de abril de 2021.

TRINDADE, Otávio Augusto Drummond Cançado. **O Mercosul no direito brasileiro**: incorporação de normas e segurança jurídica. Belo Horizonte: Del Rey, 2006.

VENTURA, Deisy; PEROTTI, Alejandro D. **El proceso legislativo del Mercosur**. Montevideu: Comisión Parlamentaria Conjunta del Mercosur, Konrad-Adenauer, 2004. Disponível em: <https://www.kas.de/c/document_library/get_file?uuid=feee2698-0783-2855-8b7f-4ad80dc7f533&groupId=252038>. Acesso em: 25 de abril de 2021.

SISTEMA DE PRECEDENTES NO JUDICIÁRIO BRASILEIRO A NECESSIDADE DE COORDENAÇÃO ENTRE OS TRIBUNAIS PARA O ALCANCE DA UNIDADE DO DIREITO

José Américo Azevedo¹

RESUMO: O presente trabalho busca apontar alternativas para aprimorar a uniformização jurisprudencial nos tribunais superiores, visando a promover a consolidação do instituto dos precedentes. Para isso, inicialmente, buscou-se realizar uma contextualização histórica, especialmente quanto ao sistema civilista e positivista adotado no Brasil.

Partiu-se de uma análise dos conceitos formulados por Hans Kelsen, aguerrido positivista, até Josef Esser, que entendia que a interpretação da norma não prescindia da compreensão do intérprete a depender do ambiente social em que está inserido.

Em seguida, são apresentados, para os principais tribunais superiores, o histórico desde a criação até os dias de hoje, os principais institutos internalizados para filtragem dos processos e a maneira como cada tribunal apresenta suas decisões sedimentadas.

Na sequência, são expostas as características das decisões minimalistas, indicando seus aspectos positivos e negativos. Aponta a inaplicabilidade das decisões minimalistas e suas consequências, aventando a necessidade da completude da decisão para o adequado atendimento jurisdicional.

Por fim, sugere-se uma coordenação entre os tribunais superiores, capitaneada pelo Conselho Nacional de Justiça, onde, através de esforços conjuntos, buscar-se-á a uniformização de decisões que interseccionam dois ou mais tribunais superiores, com a criação de um banco de precedentes, que irá atrair um melhor atendimento estatal e promover maior segurança jurídica.

Palavras chave: positivismo. tribunais superiores. minimalismo decisório. cooperação judiciária. Conselho Nacional de Justiça. uniformização de precedentes. segurança jurídica.

1

Advogado e Engenheiro Civil.

Possui graduação em Engenharia Civil pela Universidade de Uberaba e graduação em Direito pelo Instituto Brasileiro de Ensino, Desenvolvimento e Pesquisa - IDP. Atualmente é consultor na empresa Dynatest Engenharia Ltda. e voluntário na Defensoria Pública do Distrito Federal. Possui experiência em gerenciamento e coordenação de contratos, tendo atuado na área de licitações, contratos e concessões públicas por empresas privadas e pelo Governo, fazendo parte, inclusive, de Comissões de Licitações. Atua prestando consultoria na área jurídica. Tem como objetivo conciliar o exercício do Direito com a experiência adquirida com a Engenharia e com as relações institucionais e governamentais.

SYSTEM OF PRECEDENTS IN THE BRAZILIAN JUDICIARY
The need for coordination between the courts to achieve unity of law

ABSTRACT

This present essay aims at pointing out alternatives to improve the uniformity of jurisprudence in superior courts, in order to promote the strengthening of the precedent institute. Therefore, initially, it was sought to perform a historical background, especially regarding the civil justice and positivism system adopted in Brazil.

It was assumed that an analysis of the concepts formulated by Hans Kelsen, prepared positivist, until Josef Esser, who understood that the interpretation of the rule needs the understanding of the interpreter depending on the social environment in which he is inserted.

Then, for the main superior courts, it will be presented the history from their creation to the present days, the main institutes that were internalized for filtering of the proceedings and how each court presents its firmed decisions.

Following, it will be exposed the characteristics of the minimalist decisions, indicating their positive and negative aspects and it will be pointed the non-applicability of minimalist decisions and their consequences and this emphasize the need for completeness of the decision to reach the adequate judicial assistance.

Finally, it suggests coordination between the superior courts, led by the National Council of Justice, where, through joint efforts, it will be searched the standardize of decisions that connect two or more superior courts with the creation of a precedents bench that will attract a better state attending and promote higher legal security.

Keywords: positivism. superior courts. minimalism of the decision. judicial cooperation. National Council of Justice. uniformity of jurisprudence. legal security.

SISTEMA DE PRECEDENTES NO JUDICIÁRIO BRASILEIRO
A necessidade de coordenação entre os tribunais para o alcance da unidade do Direito

SYSTEM OF PRECEDENTS IN THE BRAZILIAN JUDICIARY
The need for coordination between the courts to achieve unity of law

1. INTRODUÇÃO

O Brasil vem vivenciando mudanças nas suas relações econômicas e sociais em uma velocidade vertiginosa. Novas tecnologias e seus avanços, diferentes formas de relações diplomáticas, a globalização da indústria e do comércio, a ruptura das rígidas barreiras geopolíticas, entre outros tantos fatores, fazem com que o mundo experimente uma nova forma de inter-relacionamento que não encontra qualquer paralelo no passado.

Nesta era de tantas alterações, eclode uma forte tendência ao surgimento de conflitos e à busca de soluções por meio dos mecanismos sociais e legalmente previstos, ou seja, a judicialização das questões, desde as mais triviais às mais intrincadas e complexas. Neste contexto, irrompe a figura do Estado-justiça, que tem como obrigação precípua zelar pela pacificação social, por meio da monopolização da jurisdição, em substituição à resolução de conflitos entre as partes, por meio da autotutela, como ocorria no passado. Não se pode olvidar, no entanto, os modernos esforços no sentido do resgate da autocomposição em lides, através, especialmente, da conciliação, da mediação e da arbitragem, buscando com ou sem a interferência do Judiciário, a resolução de conflitos.

No Brasil, adotou-se a doutrina montesquiana da tripartição de Poderes, sendo prevista, para garantir a prestação jurisdicional, a existência do Poder Judiciário, ao lado do Legislativo e do Executivo. A Constituição Federal – vigente a de 1988 – estabeleceu a estrutura deste Poder, criando um arcabouço dividido por ramos do Direito, onde consta prevista toda a sua organização institucional e funcional.

Para Montesquieu (1994, p. 165), “tudo estaria perdido se o mesmo homem ou o mesmo corpo de principais, ou dos nobres, ou do povo, exercesse esses três poderes: o de produzir leis, o de executar resoluções públicas e o de julgar os crimes ou as divergências dos indivíduos”. Neste contexto, coube ao Poder Judiciário dar a palavra final sobre o direito em vigor. Tem a responsabilidade de dar uma resposta una, homogênea, trazendo segurança ao cidadão quanto à prestação estatal.

No entanto, a postura minimalista que os tribunais, especialmente o STF, acabam adotando, e sem a coordenação com outras esferas, não obstante, apreciando o tema, mas não

oferecendo uma resposta adequada às questões suscitadas, não traz segurança jurídica. Isto não permitirá o necessário achegamento entre as posições, de forma a propiciar a conformidade das decisões.

Buscando-se uma visada a vante, procura-se despertar a possibilidade de um trabalho conjunto entre os tribunais, por meio da coordenação do Conselho Nacional de Justiça, no sentido de examinar a viabilidade de utilização de procedimentos comuns e de uniformização de decisões relevantes que possuam, além de uma interseção entre dois ou mais tribunais de vértice, alguma espécie de conflito doutrinário ou ideológico. O objetivo é que, a partir de instalação de câmaras de estudo e deliberações, com a participação de representantes dos tribunais, possam ser emitidos posicionamentos conjuntos que irão trazer uma maior pacificação social e segurança jurídica a todos os cidadãos.

2. DELINEAMENTO CONTEXTUAL

De início, um ponto a ser considerado é a dessemelhança dos sistemas do *civil law* e do *common law* e, especialmente, como deve ser feita a absorção de ferramentas de doutrina diversa, ajustando os procedimentos que necessitam ser revisados, e subsumindo ao ordenamento local.

Uma vez que a tradição jurídica que inspirou o direito brasileiro é predominantemente o *civil law*, cujo positivismo jurídico é a escola filosófica que mais influencia este sistema, necessário se faz refletir sobre a evolução de seu conceito. O ponto nodal, no entanto, é a maneira como os tribunais superiores exaram seus julgamentos e o quanto estes impactam na formação de precedentes judiciais.

A gênese da validação do Direito como meio de controle das relações humanas está na evolução dos vínculos sociais e suas consequências. A delegação, ao Estado, do dever de regular o direito dos cidadãos desabrocha, antecedentemente, na medida em que se faz necessária a intervenção de um ente soberano para administrar as interdependências que existem entre as conexões humanas.

A partir, portanto, da constituição do Estado como gerenciador dos vínculos sociais, passa-se a vislumbrar a perspectiva, não só de regulação, mas de atendimento às necessidades e aos anseios individuais e coletivos, despertando a ambição pela propalada segurança jurídica. É neste ambiente que se insere a importância que se reveste o Judiciário para a mediação dos conflitos advindos dos vínculos sociais.

Há que se considerar que para o adequado funcionamento institucional, não basta somente a estruturação política e a criação de um arcabouço legal, mas, sobretudo, o apropriado funcionamento do sistema, que deve buscar, incessantemente, a segurança jurídica como esteio para a harmonização das relações sociais. Para o atingimento dessa meta, deve-se contar com a previsibilidade das decisões judiciais, sem que se esbarre em julgados de caráter inovador que surpreendam o cidadão ávido pela satisfatória aplicação da justiça.

Da mesma forma que “as regras configuram meios utilizados pelo Poder Legislativo para eliminar ou reduzir a incerteza e a arbitrariedade e evitar problemas de coordenação de deliberação e de conhecimento” (ÁVILA, 2007, p. 120), decisões uniformes têm o condão de atrair a mesma segurança. Neste contexto, a partir de uma aproximação histórica observada entre os modelos jurídicos do *civil law* e do *common law*, o instituto de utilização de precedentes encontra lugar na jurisprudência brasileira.

No *common law*, os costumes se impuseram como a principal fonte de direito, delegando, portanto, aos julgadores a responsabilidade de interpretá-los e aplicá-los. O sistema possui regras que vão se desenvolvendo e amadurecendo a partir do julgamento das intrincadas questões sociais. Isto representa uma maior amplitude na esfera interpretativa do magistrado. Para se alcançar uma segurança jurídica que atenda aos anseios da sociedade, no entanto, faz-se necessário que semelhantes casos sejam julgados de forma semelhante, o que fortalece a utilização de precedentes com a necessária vinculação aos julgadores.

Marinoni (2016. p. 44) consegue resumir essa diferenciação de forma didática:

Na tradição do *civil law*, diante da estrita separação entre o legislativo e o judiciário, a vontade apenas poderia estar no Parlamento, ao passo que no *common law*, em virtude de circunstâncias políticas completamente diferentes, nunca se cogitou de um juiz destituído de vontade. Portanto, é importante perceber que, a partir de uma visão estritamente marcada pela teoria positivista, a suposição de que o direito estaria no Parlamento (no *civil law*) é coerente com a criação do direito (no *common law*).

No Brasil, a utilização deste modelo ainda claudica na definição do que é precedente ou jurisprudência gerados pelas cortes de vértice e, especialmente, na aplicação da necessária vinculação horizontal e vertical que deveria ser observada nas varas e tribunais.

A atuação do Judiciário na interpretação da lei aperfeiçoa a norma, na medida em que lhe dá concretude, trazendo-a do plano da validade para o plano da eficácia. Se os fatos previstos pela norma como seu suporte fático não se materializarem, integralmente no plano das

realidades, a norma jamais será eficaz; existirá com vigência, porém sem eficácia. Para Marcos Bernardes de Mello (2011. p. 30):

Se a norma existe com vigência e é válida, ou, sendo inválida, ainda não teve sua nulidade decretada por quem, dentro do sistema jurídico, tenha poder para tanto, poderá ser eficaz desde que se concretizem no mundo dos fatos que constituem seu suporte fático. Se os fatos previstos pela norma como seu suporte fático não se materializarem, integralmente, no plano das realidades, a norma jurídica jamais será eficaz (= não incidirá); existirá com vigência, porém sem eficácia. A eficácia da norma jurídica (= incidência) tem como pressuposto essencial a concreção de todos os elementos descritos como núcleo de seu suporte fático (= suporte fático eficiente).

O Judiciário, desta forma, se converte em um Poder complementar, no que diz respeito à capacidade legiferante. Sob este prisma, a interpretação normativa passa a ser uma contribuição do julgador para o aperfeiçoamento da lei, o que enriquece a filosofia da tripartição de poderes e fortalece o controle de freios e contrapesos (*checks and balances*).

A uniformização, entretanto, da jurisprudência, é essencial para a consolidação do precedente na jurisdição brasileira, pois somente a partir da validação de uma decisão pela jurisprudência prevalecente, pode se exigir dos julgadores a vinculação para sua aplicação.

A norma jurídica possui um poder coativo que determina quais atos *devem* ser executados, nas condições previstas abstratamente. Este não é apenas o sentido subjetivo dos atos através dos quais o Direito é legislado, mas também o seu sentido objetivo. Precisamente pela circunstância de ser esse o sentido que lhes é atribuído, esses atos são reconhecidos como atos criadores de Direito, como atos produtores ou executores de normas (KELSEN, 2009. p. 49).

A interpretação da norma é questão fulcral para a decisão, na medida em que depende da compreensão do intérprete, porém não de modo exclusivo, uma vez que irá depender do ambiente social em que o tema estiver inserido, de modo que esta decisão crie uma impedância favorável com o universo ao redor (ESSER, 1961).

A evolução doutrinária apresentada vem servir como parâmetro para a compreensão da dinâmica filosófica que perpassa a questão da dogmática da interpretação. A liberdade e autonomia interpretativa do juiz é matéria de relevante interesse quando se trata da análise de precedentes. Assim, a evolução do positivismo, doutrina a qual o Brasil se inscreveu, permite, conceitualmente, uma margem para atuação do juiz, com o fim de transferir concretude à norma, levando-a ao plano da eficácia.

O Brasil, em forte medida, possui vocação cultural à miscigenação e ao sincretismo em diversas áreas – como a cultura, a religião, a música, a política, para ficar em alguns exemplos –, e, ainda, como o direito, onde o ambiente propicia a mesclagem entre diferentes doutrinas, favorecendo amalgamar um resultado que busque a melhor prestação jurisdicional à sociedade.

A inclinação para a flexibilização do direito civilista, buscando uma mescla de escolas, pode ser observada, por exemplo, no controle híbrido de constitucionalidade, que é possível ser realizado tanto difusamente, por juízes de todas as instâncias, quanto de modo concentrado, a partir de uma corte capacitada para o controle. Enquanto o modelo difuso pode ser contemplado no direito estadunidense, se aproximando do *common law*, o concentrado, baseado no *civil law* é majoritariamente utilizado na Europa continental, onde existem, inclusive, cortes constitucionais especializadas, exclusivamente, no referido exame.

Neste sentido, Miguel Reale (2002. p. 142-143):

Seria absurdo pretender saber qual dos dois sistemas é o mais perfeito, visto como não há Direito ideal senão em função da índole e da experiência histórica de cada povo. Se alardearmos as vantagens da certeza legal, podem os adeptos do *common law* invocar a maior fidelidade dos usos e costumes às aspirações imediatas do povo. Na realidade, são expressões culturais diversas que, nos últimos anos, têm sido objeto de influências recíprocas, pois enquanto as normas legais ganham cada vez mais importância no regime do *common law*, por sua vez, os precedentes judiciais desempenham papel sempre mais relevante no direito de tradição romanística.

É de se considerar que o diálogo entre as tradições que pode servir como auxílio ao Judiciário nacional na resolução de litígios, não só deve ser considerado, senão encorajado, já que encontra campo fértil para sua aplicação. A questão deve ser a forma como essa acomodação e ajustamento irão acontecer, de maneira a permitir a contínua e incessante busca pela segurança jurídica.

O que deve ser almejado é, precisamente, a fórmula mais próxima possível do ideal – se existente – para maximizar a segurança nas decisões judiciais, possibilitando a melhor prestação estatal plausível. Com a segurança da busca pela segurança, por assim dizer, se consegue, minimamente, e dentro das possibilidades, garantir que o sistema funcione de forma efetiva, isonômica e proporcionada.

3. A UTILIZAÇÃO DE INSTITUTOS UNIFORMIZADORES DE JURISPRUDÊNCIA EM CORTES SUPERIORES E SUPREMA NO BRASIL

Este tópico busca trazer, além de uma contextualização da existência de cada tribunal escolhido, quais ferramentas são utilizadas para desafogar as prateleiras dos tribunais, sem que isso resvale na ideia de desídia no atendimento jurisdicional, ou seja, são necessários mecanismos que permitam a aceleração na tramitação dos processos, buscando sua razoável duração sem, no entanto, comprometer a qualidade da assistência à sociedade.

A escolha dos tribunais se deveu ao fato de serem responsáveis pela palavra final nos três principais ramos do direito civil: constitucional, cível e trabalhista.

3.1. TRIBUNAL SUPERIOR DO TRABALHO – TRANSCENDÊNCIA, ORIENTAÇÕES JURISPRUDENCIAIS E SÚMULAS

A justiça do trabalho no Brasil está instituída, formalmente, desde 1918, quando foi criado o Departamento Nacional do Trabalho, sem que, no entanto, esta iniciativa fosse concretizada pelo Executivo. Em 1923 foi criado o Conselho Nacional do Trabalho, sepultando o nunca criado Departamento Nacional do Trabalho. O CNT atuou até 1946, quando se transformou no Tribunal Superior do Trabalho - TST.

As atribuições do TST, elencadas do artigo 114 da CRFB geram uma sobrecarga descomunal em suas atividades. Em 2019, foram ajuizadas, em primeira instância, 1.819.491 reclamações trabalhistas. Para as instâncias regionais, o número de recursos foi de 1.149.957. Entre casos novos e recursos internos, foram alçados para o TST 407.565 processos². Este cômputo indica que a estrutura judiciária estatal foi abarrotada com quase três milhões e meio de processos, originários e recursais, somente em 2019, revelando a dimensão organizacional necessária para fazer frente à demanda existente.

Neste sentido, se faz necessária a análise de dois aspectos cruciais: (i) a limitação da quantidade de recursos que avançam para a última instância e (ii) a busca pela uniformização das decisões semelhantes, de forma que a pacificação jurisprudencial contribua para desafogar as repartições da justiça do trabalho. As duas questões buscam ser resolvidas através do requisito de transcendência e por meio de orientações jurisprudenciais e súmulas. A missão do

² Disponível em <<http://www.tst.jus.br/documents/18640430/e175064c-8e81-0e9e-6165-98886cb8511d>> e <<http://www.tst.jus.br/documents/18640430/691f55ea-d264-c4c2-0d70-e6b164134f6e>>. Acessado em 27.07.2021.

TST é, ao fim e ao cabo, a tutela do direito objetivo, não devendo ser capturado pela subjetividade das lides.

A transcendência, como requisito de admissibilidade do recurso de revista junto ao TST, foi inserida na Consolidação das Leis Trabalhista (CLT) em setembro de 2001, porém somente recebeu regulamentação cerca de 16 anos depois, por intermédio da Lei nº 13.467/2017.

O instituto foi inspirado no direito consuetudinário estadunidense que tem como disposição o *writ of certiorari* para servir de filtro nas questões submetidas à Suprema Corte, principal tribunal do país. Somente matérias de especial relevância são analisadas, para não assoberbar o tribunal com questões de somenos e para que a Corte possa se envolver com os conteúdos que irão orientar a sociedade americana.

No Brasil, a regulamentação trazida pela Reforma Trabalhista, dispõe sobre os aspectos que devem ser previamente analisados, quais sejam, os indicadores de transcendência econômica, política, social ou jurídica. Buscou-se, portanto, estabelecer uma grande dose de objetividade para se apurar a relevância do tema a ser julgado no tribunal superior. No mundo real, alguns percalços foram observados na aplicação do dispositivo, seja por inclinações ideológicas de alguns ministros, seja por falta de compreensão da teleologia do artigo.

Um dos diversos exemplos que se pode lançar mão, é a questão da gratuidade da justiça no âmbito trabalhista. Não obstante o enrijecimento da legislação, através da Reforma Trabalhista, para se comprovar a hipossuficiência da parte, a posição de insubmissão ao comando legal por grande parte da magistratura, põe por terra o instituto da transcendência, uma vez que flexibiliza, quase que de maneira irrestrita, a avaliação da relevância econômica do processo trabalhista.

A transcendência, se utilizada como concebida, passa a ser ferramenta de disciplinamento da justiça trabalhista, deixando ao TST o papel de emanar interpretações e teses que deverão vincular os tribunais regionais e varas do trabalho. Não há falar, sequer, em negativa de prestação jurisdicional, porquanto uma questão não acolhida pelo tribunal superior por ausência de transcendência, já dispôs de análise monocrática pelo juiz singular e de revisão por órgão colegiado em sede de recurso. Deste modo, o Judiciário já se posicionou de forma suficientemente clara quanto à lide, garantindo o duplo grau de jurisdição tão propalado na doutrina, proporcionando a aspirada segurança jurídica.

A uniformização jurisprudencial no Tribunal Superior do Trabalho se faz, basicamente, pelas Orientações Jurisprudenciais e pelas Súmulas. Em sua estrutura, o TST possui uma

Comissão de Jurisprudência e de Precedentes Normativos, que tem como atribuição prevista em seu Regimento Interno, dentre outras ações, “zelar pela expansão, atualização e publicação da jurisprudência do Tribunal”.

Com esse arcabouço, existe uma escala crescente da força vinculante de cada regulamento e, conseqüentemente, da necessidade de adesão ao seu enunciado e da dificuldade de superação de seu entendimento. Assim, o Precedente Normativo, com a reiteração, se transforma em Orientação Jurisprudencial e, mais robustecido jurisprudencialmente, em Súmula.

Observa-se que existem gradações na intensidade com que estes institutos são acatados, horizontal ou verticalmente, no plano decisório, porém, sem que haja um regramento que diferencie a conveniência de utilização de um ou outro dispositivo.

Essa ausência de diretrizes demonstra total instabilidade e insegurança para os tutelados, sendo que o manejo dos enunciados de jurisprudência vagueia de acordo com as conveniências circunstanciais dos ministros que compõem o Tribunal durante aquele período, sem que haja uma diretiva estabelecida para a criação de entendimento convergente e vinculante.

3.2. SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA - INCIDENTES DE RESOLUÇÃO DE DEMANDAS REPETITIVAS E DE ASSUNÇÃO DE COMPETÊNCIA E SÚMULAS

O Superior Tribunal de Justiça, criado pela Constituição de 1988, foi precedido como corte revisora, com variações nas atribuições e competências, por diversos tribunais, desde 1609 quando constituído o Tribunal de Relação da Bahia. Seu antecessor imediato, que funcionou desde 1946 até a promulgação da Constituição Federal atual, foi o Tribunal Federal de Recursos.

Conhecido também por Tribunal da Cidadania, o STJ “é a corte responsável por uniformizar a interpretação da lei federal em todo o Brasil. É de sua responsabilidade a solução definitiva dos casos civis e criminais que não envolvam matéria constitucional nem a justiça especializada”³. Dessa forma, toda estrutura legislativa infraconstitucional, se afrontada, deve ter sua tutela assegurada pelo STJ.

³ Disponível em <<http://www.stj.jus.br/sites/portalp/Institucional/Atribuicoes>>. Acessado em 27.07.2021.

Impende destacar que, nos mesmos moldes dos outros tribunais superiores, a análise jurisdicional da corte ocorre de forma objetiva, resguardando o entendimento legal, não importando, diretamente, o caso concreto, que será modificado ou não de forma incidental, ou seja, somente nos casos em que houver violação a comando legal, independentemente dos fatos e dos elementos probatórios do processo analisado.

Nas matérias que tratam de temas relevantes, duas ferramentas são utilizadas pelo STJ para elevar estes julgamentos ao patamar de jurisprudências vinculantes, quais sejam o Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas e Incidente de Assunção de Competência.

O Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas – IRDR – foi insculpido na legislação atual, a partir do Código de Processo Civil de 2015, cabível quando houver, simultaneamente, a efetiva repetição de processos que contenham controvérsia sobre a mesma questão unicamente de direito e o risco de ofensa à isonomia e à segurança jurídica.

O caráter abstrato reforça a ideia de que, para o STJ, a tese (conteúdo abstrato) é mais relevante que o processo (conteúdo concreto), pois vinculará o Judiciário nas demais lides similares, o que indica o efeito coletivo do incidente. Além disso, a economia processual e, especialmente, a segurança jurídica, buscam ser alcançadas na medida em que a uniformização do entendimento desponta em julgamentos inalteráveis, desde que análogos os temas.

O Incidente de Assunção de Competência, por sua vez, não carrega, em seus requisitos, a necessidade da repetitividade do tema em demandas, mas, tão somente, a relevância da questão suscitada ou a possibilidade potencial ou real de ocasionar divergência entre turmas do STJ, trazendo instabilidade na uniformização jurisprudencial. Desta forma, se mostra uma ferramenta com caráter eminentemente preventivo, ao passo que o incidente de repetitivos se apresenta, em geral, como corretivo e saneador de controvérsia já instalada.

O caráter vinculante das decisões sobrevindas dos dois dispositivos, assim como a significância dos temas afetados, atrai a necessidade da atenção defendida neste artigo, com vistas ao aperfeiçoamento jurisdicional.

Em relação às Súmulas, uma vez criado em 1988, na promulgação da Constituição Federal, o STJ absorveu o consagrado instituto, oriundo do Supremo Tribunal Federal. Desta forma, não há um histórico no processo de criação, tendo sido internalizado desde sua constituição.

Até o presente⁴, o STJ possui 647 súmulas, tendo sido 5 modificadas, o que corresponde a 0,8% do total de súmulas e 14 canceladas, que perfazem 2,2% do total. Este pequeno percentual se mostra ainda mais significativo se se observar que em 2002 houve a entrada em vigência de um novo Código Civil e em 2015 um novo Código de Processo Civil. Tal como se observará no STF, a súmula demonstra possuir vitalidade para encaminhar as decisões posteriores de tribunais e varas, não obstante a inobservância consumada por diversos magistrados.

3.3. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL - REPERCUSSÃO GERAL, SÚMULAS E SÚMULAS VINCULANTES

O primeiro órgão no país estruturado e exclusivo para prestar atendimento jurisdicional à sociedade foi o Tribunal da Relação, que, criado em 1587, somente foi instalado em 1609. Em 1751, o Tribunal de Relação foi deslocado para o Rio de Janeiro e em 1763, o Governo Geral foi também transferido para a mesma capital. Com a chegada da Família Real ao Brasil, em 1808, D. João VI transforma o Tribunal de Relação em Casa de Suplicação, sendo, de fato, o primeiro tribunal de abrangência nacional.

No período imperial, a jurisdição superior brasileira foi representada pelo Supremo Tribunal de Justiça, criado pela Constituição de 1824. A primeira Constituição após a proclamação da República, promulgada em 1891, originou, pela primeira vez com esta denominação, o Supremo Tribunal Federal, que, a despeito das alterações em suas competências, existe até os dias de hoje, pela pena da Constituição de 1988.

No Supremo Tribunal Federal, em diversos pontos de seu Regimento Interno são apresentadas orientações acerca da formação de precedentes. A princípio, todas as decisões do STF em acórdãos deveriam ser vinculantes, como se depreende do artigo 187 do RI, que aduz que “A partir da publicação do acórdão, por suas conclusões e ementa, no Diário da Justiça da União, a interpretação nele fixada terá força vinculante para todos os efeitos”.

A repercussão geral é requisito de admissibilidade do recurso extraordinário, como define o artigo 322 do Regimento. Seu parágrafo único, define que “Para efeito da repercussão geral, será considerada a existência, ou não, de questões que, relevantes do ponto de vista econômico, político, social ou jurídico, ultrapassem os interesses subjetivos das partes”.

⁴ Disponível em <<https://scon.stj.jus.br/SCON/sumstj/toc.jsp?tipo=sumula+ou+su>>. Acessado em 27.07.2021.

Nos temas mais importantes, entretanto, após ter sido conhecido o recurso, existe a possibilidade de nova afetação para repercussão geral, o que ocorre quando da interpretação do artigo 323 do RISTF, que em seu *caput*, define que “Quando não for caso de inadmissibilidade do recurso por outra razão, o(a) Relator(a) ou o Presidente submeterá, por meio eletrônico, aos demais ministros, cópia de sua manifestação sobre a existência, ou não, de repercussão geral”.

Desta forma, aqueles recursos extraordinários que não alcançaram o quórum para serem afetados em repercussão geral, em segundo exame, do mesmo modo são julgados. Assim o são, como pode ser observado no sítio eletrônico do Supremo Tribunal Federal, quando divide na página eletrônica “Teses de Repercussão Geral”⁵, duas categorias de julgados, a saber: “Teses com Repercussão Geral” e “Teses sem Repercussão Geral”.

Desta forma, a decisão definitiva do STF sobre qualquer tema deveria ser, de plano, vinculante. Com esta sistemática, no entanto, existe uma estrutura hierárquica sendo as teses com repercussão geral mais vinculantes do que aquelas que não possuem este requisito em segunda análise.

A súmula tem como objetivo agrupar e organizar questões pacificadas no Tribunal, visando a uniformizar a jurisprudência e, além disso, extrair uma tese comum dos julgamentos para estabelecer a *ratio decidendi*⁶ do tema versado.

Desta forma, as questões particulares e, portanto, periféricas em relação ao cerne da decisão, podem variar de um processo para o outro – o *obter dictum*⁷ – sem, no entanto, comprometer a essência da decisão comungada pelo Tribunal.

No entanto, mesmo com a existência deste instrumento, sentiu-se a necessidade de um outro instrumento que subordinasse, ainda mais, os juízes das demais instâncias (e até dos próprios tribunais superiores) às decisões emanadas pela Suprema Corte⁸.

⁵ Disponível em

<<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudenciaRepercussao/abrirTemasComTesesFirmadas.asp>>. Acessado em 27.07.2021.

⁶ *Ratio decidendi* (pl. *rationes decidendi*) significa “a razão de decidir”. Também chamada de “motivos determinantes”, são os fundamentos – a essência – da decisão, aquilo que vincula para servir como precedente para casos posteriores.

⁷ A argumentação que a embasa e envolve a *ratio decidendi* é denominada *obter dictum* (pl. *obter dicta*). Essa separação, em regra, não é absoluta ou cristalina, sendo objeto de profundos estudos e análises.

⁸ As razões para isso merecem ser analisadas em estudo apartado. Não se pode ignorar, no entanto, que em um Estado democrático as diversas forças de poder e tensões geradas entre os diversos grupos políticos, econômicos, corporativos, sindicais, dentre outros, exercem uma influência sistêmica forte o bastante para, mais que possibilitar, induzir as mudanças observadas em uma sociedade.

Através da Emenda Constitucional nº 45, de 24 de novembro de 2004, surgiu, no mundo fático, a súmula vinculante. Para o STF, em seu glossário, súmula vinculante é “Verbete editado pelo Supremo Tribunal Federal, apoiado em reiteradas decisões sobre matéria constitucional, que tem efeito vinculante em relação aos demais órgãos do Poder Judiciário e à administração pública direta e indireta, nas esferas federal, estadual e municipal”⁹.

A súmula não petrifica o entendimento, apenas uniformiza-o. A distinção ou superação do entendimento pode ocorrer, na medida em que a sociedade emite sinais, das mais diversas formas, como na escolha de seus representantes, ou nas manifestações físicas ou digitais, que servem como balizadores para os magistrados se debruçarem sobre o tema.

Não está a se dizer que o Ministro de um tribunal superior deve pautar suas decisões com base no clamor popular, mas, na medida em que o livre convencimento é um requisito para a prolação de qualquer julgamento, o juiz não é um ser imune ao que ocorre em seu derredor, sofrendo, positiva e negativamente, influências do meio em que vive.

A súmula vinculante, sem embargo às críticas referentes a um possível engessamento dos juízes, que perdem a liberdade interpretativa plena, estando adstritos aos ditames sumulares, proporciona uma maior segurança jurídica, na medida em que sua edição, em função do regramento regimental para sua tramitação, é protegida contra casuísmos e oportunismos circunstanciais.

4. REFLEXÕES ACERCA DE UM MODELO AMPLIADO DE PRESTAÇÃO JURISDICIONAL

A internalização de ferramentas judiciais para um melhor atendimento jurisdicional no país deve ser sempre vista como uma contribuição para o Judiciário brasileiro. Não se deve, entretanto, prescindir da adequada adaptação aos regramentos pátrios, especialmente se o sistema doutrinário tiver uma gênese essencialmente distinta da nossa perspectiva de Direito.

Essa preocupação existe, especialmente quando dispositivos oriundos do *common law* desembarcam em terras exteriores, onde vige o sistema civilista, ou *civil law*. No entanto, na leitura de autores de vanguarda, que defendem esta interação, é possível perceber este ponto presente, de forma responsável, sem que se desgarre da essência da legislação nacional.

⁹ Disponível em <<http://www.stf.jus.br/portal/glossario/>>. Acessado em 27.07.2021.

4.1. A EXISTÊNCIA DO INSTITUTO DO PRECEDENTE NA LEGISLAÇÃO NACIONAL

Inobstante a crítica formulada pelos positivistas mais conservadores acerca da ausência formal do precedente na legislação – quer constitucional ou infraconstitucional –, a realidade é que se pode extrair do arcabouço jurídico pátrio, a essência do instrumento para possibilitar a utilização vinculativa de decisões pretéritas, garantindo uma uniformidade jurídica que atrai a segurança.

A Constituição Federal demonstra preocupação com a importância que deve ser dada às decisões exaradas pela Corte Suprema, especialmente quando afirma, em seu art. 103-A, que “O Supremo Tribunal Federal poderá, (...), após reiteradas decisões sobre matéria constitucional, aprovar súmula que, a partir de sua publicação na imprensa oficial, terá efeito vinculante em relação aos demais órgãos do Poder Judiciário e à administração pública direta e indireta, nas esferas federal, estadual e municipal”, demonstrando mais que a importância, a necessidade de vinculação às súmulas expedidas.

Na esteira do espraio dos comandos constitucionais para os legais, o Código de Processo Civil, clarificou, em 2015, para o conjunto infraconstitucional, a necessidade da vinculação, como se observa nos artigos 926 e 927 do diploma. Assim, tem-se o nivelamento dos normativos constitucional e infraconstitucional, evitando-se qualquer incerteza quanto à aplicação da legislação.

Em relação à Justiça do Trabalho, que possui regramento próprio, utilizando-se do processo civil como meio supletivo e subsidiário para resolução de conflitos, sua apostila normativa referencial, a Consolidação das Leis Trabalhistas, traz, em seus artigos 702 e 896-B, direção convergente à necessidade de obediência e vinculação às decisões de vértice.

Se mostra evidente a preocupação do legislador ao criar um sistema de respeito a julgados pretéritos e superiores, visando à estabilidade jurídica. No entanto, se torna impossível ao poder legiferante abarcar todas as possibilidades e nuances que se apresentam do decorrer dos processos judiciais, especialmente naqueles que transitam pelos tribunais superiores, com malabarismos recursais – alguns até extrapolatórios – que não somente atulham os escaninhos, como, ainda, buscam desviar-se de decisões consagradas que não irão beneficiar a parte.

Por esta perspectiva, necessário se faz o aprimoramento do regramento utilizado, no sentido de se poder proporcionar a acertada prestação jurisdicional. O preenchimento das lacunas observadas na lei pode ser realizado não somente por intermédio de elaboração de

dispositivos ou alteração na normatização vigente, mas, ainda, na esfera dos regimentos internos dos tribunais, que irão definir o caminho a ser trilhado e a operacionalização dos procedimentos até que se obtenha uma refletida decisão capaz de se estender às demais decisões futuras que versem sobre o mesmo tema. Nesta visada, Paulo Mendes de Oliveira (2020, p. 72-73) afirma que “a existência de fontes normativas infralegais, aptas a complementar de maneira mais dinâmica a legislação, sempre respeitando as regras previstas em lei, contribui para um ganho de segurança jurídica, na medida em que retira os operadores do vazio normativo e confere a necessária cognoscibilidade ao Direito Processual”.

4.2. DECISÕES SUPERIORES: O IMPACTO DA AMPLITUDE DO JULGAMENTO

As decisões do Supremo Tribunal Federal, por serem de ordem constitucional, influenciam todo o encadeamento dos julgamentos posteriores. Dentre os julgados do STF observam-se decisões minimalistas, que se debruçam, exclusivamente, sobre os aspectos constitucionais, deixando que a porção legal em sentido estrito da decisão, seja manejada em instância inferior. Estas decisões minimalistas se ocupam somente da questão suscitada, abstraindo de se dedicar à análise das não questionadas, sejam constitucionais ou legais.

No conceito de minimalismo judicial, o juiz irá se pronunciar de modo restrito, de forma que se extraia de seu julgado, somente a *ratio decidendi*, deixando o que mais existe para ser definido pelos demais juízes, que se incumbirão de formar um arcabouço mais estruturado acerca do tema, dependendo de cada caso separadamente.

De forma conceitual, pode-se extrair da doutrina a definição (OLIVEIRA; MOURA, 2016, p. 246):

O minimalismo judicial pode ser caracterizado como uma forma de limitação judicial na medida em que, na resolução de casos concretos controversos, deixa questões fundamentais sem decidir. O método propulsor dessa forma de interpretação judicial é justificar o resultado de um caso concreto com argumentos menos abrangentes possíveis, descrevendo o fenômeno analisado não mais que o necessário para sustentar o processo final resultante. Sob essa orientação, o minimalismo de decisão possui duas características que são processualmente atraentes: “First, it is likely to reduce the burdens of judicial decision. Second, and more fundamentally, minimalism is likely to make judicial errors less frequent and (above all) less damaging”.¹⁰

¹⁰ “Primeiro, é como reduzir os encargos da decisão judicial. Segundo, e mais fundamentalmente, minimalismo é provavelmente fazer erros judiciais menos frequentes e (acima de tudo) menos prejudiciais”. (SUNSTEIN, 1999, p. 4), apud (OLIVEIRA; MOURA, 2016, p. 246).

Este posicionamento é muito apropriado para os casos em que a sociedade ainda não possui uma conformação definitiva, é dizer, situações nas quais não se desenvolveu um consenso a respeito das singularidades de cada caso; quando as derivações ainda não estão totalmente desenhadas, como, por exemplo, o direito digital com todo o comprometimento à proteção da liberdade individual, ou o direito médico e a bioética, no qual os constantes avanços da medicina e da tecnologia colocam a sociedade em uma situação na qual não possui elementos suficientes para uma tomada de decisão definitiva.

Com essa reflexão despertada, a postura minimalista do magistrado é, não somente razoável, antes necessária. A sociedade tem que encontrar seu caminho de conforto frente a novas e inusitadas situações e a imposição de obrigações diante das novidades pode, muitas vezes, não ser saudável ao corpo social.

No flanco oposto dessa matéria, encontram-se as decisões perfeccionistas ou maximalistas, isto é, aquelas que procuram abarcar, em abstrato, todas as possibilidades passíveis de concretização, muitas vezes ultrapassando a delimitação apresentada. Pode se chegar, neste caso, ao tão discutido ativismo judicial. Embora muito combatido, encontra vozes favoráveis que entendem ser, o Judiciário, o responsável para suprir as lacunas deixadas pelo legislador não só na interpretação do diploma, como também nas situações nas quais considere que os outros Poderes foram omissos, ou seja, praticando a atividade legiferante.

Para que se considere uma decisão digna de vincular as demais, nas situações em que a estrutura já está bem definida, é necessário que seja aplicável, sem margem para interpretações, a *ratio decidendi* da decisão exarada.

Dois exemplos servem para ilustrar o argumento: o primeiro relativamente à subsidiariedade da responsabilidade do tomador de um serviço terceirizado quanto aos direitos trabalhistas do empregado da empresa terceirizada (RE 760931-DF, Relatora: Min. Rosa Weber, Publicação: 12.09.2017), e o segundo referente à decisão do STF de excluir o ICMS da base de cálculo das contribuições do PIS e da Cofins (RE 574.706-PR, Relatora: Min. Cármen Lúcia, Publicação: 02.10.2017). Ver-se-á que, em ambas, o minimalismo comprometeu a aplicabilidade da decisão, interferindo, inclusive, na essência da decisão suprema.

No primeiro caso, translúcida a conclusão extraída da ementa do Acórdão¹¹, que define não haver transferência automática ao tomador do serviço, no caso de inadimplência da Contratante. Ocorre que a Súmula 331, IV, TST, de 31.05.2011, ainda vigente, infirma que “O inadimplemento das obrigações trabalhistas, por parte do empregador, implica a responsabilidade subsidiária do tomador dos serviços quanto àquelas obrigações, desde que haja participado da relação processual e conste também do título executivo judicial”, em patente desacordo com decisão mais recente do STF.

Mesmo após a manifestação do STF, em sede de repercussão geral, que deixa claro na ementa que se trata de “fixação de tese para aplicação em casos semelhantes”, o TST se insubordina e deturpa o entendimento superior, como pode ser observado, para se limitar a um julgado, no AIRR - 714-87.2018.5.11.0004, Relator: Min. Douglas Alencar Rodrigues, Publicação: 09.10.2020, que assenta: “A SBDI-1 desta Corte, (...), entendeu que o Supremo Tribunal Federal não firmou tese acerca do ônus da prova da culpa *in vigilando* ou da culpa *in eligendo* da Administração Pública tomadora dos serviços, concluindo caber ao Ente Público o ônus de provar a efetiva fiscalização do contrato de terceirização”.

O segundo caso trata da incidência do ICMS na base de cálculo do PIS e da COFINS. Neste caso, a dificuldade de aplicação da decisão minimalista tem caráter operacional. Sem que sejam esclarecidos alguns aspectos, se torna inviável a utilização do julgado no plano dos fatos.

A primeira destas questões diz respeito à modulação temporal dos efeitos do acórdão; e a segunda versa sobre a necessidade de esclarecimento referente à forma de exclusão do ICMS, a fim de que se defina se será excluído o imposto destacado na nota fiscal ou o efetivamente recolhido pelo contribuinte.

Poderia ser uma questão facilmente tratada em sede de embargos declaratórios. Porém, uma posição que vem se tornando constante no STF é a recusa em se debruçar sobre temas infraconstitucionais, mesmo que a perfeita consecução da decisão dependa disso.

Assim, mostra-se que, embora possa haver vantagens nas decisões minimalistas, especialmente quando se trata de assuntos sensíveis e balbuciantes na sociedade, faz-se necessário que o julgado seja apto e hábil para ser implementado, sem que haja distorção ou impedimento em sua aplicação.

¹¹ “O inadimplemento dos encargos trabalhistas dos empregados do contratado não transfere automaticamente ao Poder Público contratante a responsabilidade pelo seu pagamento, seja em caráter solidário ou subsidiário, nos termos do art. 71, § 1º, da Lei nº 8.666/93”

A questão que se apresenta, premente, é o posicionamento do Supremo Tribunal Federal frente às questões que necessitam de sua apreciação. A ausência de uma análise mais ampla da totalidade do arcabouço decisório pode ensejar, ao contrário da contenção pretendida, uma maior litigiosidade.

É necessário que a Suprema Corte se empenhe em avaliar as consequências de suas decisões, possibilitando sua aplicabilidade. Transferir para outros tribunais a responsabilidade de complementação – ou mesmo de elucidação – da sentença proferida não ampara o sistema judiciário, porquanto gera conturbações na pacificação das lides.

Ademais, torna-se imprescindível o diálogo entre as cortes, de forma que o STF não se quede silente quando instado a se posicionar sobre aspectos complementares de decisões exaradas. Assim, trazendo o Supremo decisões mais completas e não tão minimalistas, passa a conferir segurança jurídica, não incrementando a insegurança ou a dispersão jurisprudencial.

Como visto, a amplitude das decisões de tribunais superiores, especialmente do STF, por tratar de questões constitucionais, atinge toda a cadeia jurisdicional – inclusive o próprio Supremo Tribunal –, derramando conceitos e decisões que irão balizar todo o Judiciário brasileiro.

Por este aspecto, faz-se essencial a eficiência destas decisões de modo que não sejam tão abertas – mínimas – que possam ser modificadas ou deturpadas, sem, no entanto, impedir aos cidadãos definirem os padrões de comportamento, ética, moral, que permearão toda a sociedade.

Vale se utilizar como amparo, de conceitos da legística¹² material, que busca priorizar o processo de elaboração da norma, mas, mais do que isso, acompanhar se as decisões emanadas com base no dispositivo abarcam corretamente a teleologia pretendida. Para Rafael de Oliveira Costa (2016. p. 70), “as decisões jurídicas precisam ser dotadas de uma pretensão de correção, integridade e coerência que permita sustentar a opção realizada não apenas na própria autoridade, mas na adoção de procedimento adequado, na racionalidade da argumentação e no conteúdo da norma a ser aplicada”.

¹² A legística ou legisprudência, enquanto área do conhecimento que se ocupa do fazer dos atos normativos, almeja aprimorar a qualidade da legislação. Esse ramo divide-se basicamente em duas grandes áreas: a legística material e a legística formal. A legística material abrange o processo analítico relacionado ao conteúdo das leis, ao passo que a legística formal é responsável pela chamada “técnica legislativa” (CANOTILHO, 1991, p. 7-8) apud (COSTA, 2016. p. 70).

Assim, a interferência do julgador, sem embargo ao princípio do livre convencimento, deve ser sopesada de forma que se extraia do comando legal toda a sua essência, sem, no entanto, inovar ou direcionar o entendimento para uma seara não almejada.

A interpretação, no entanto, não deve ser extensiva de forma que se altere a essência da norma jurídica, sendo o desafio do magistrado encontrar “o caminho do meio”, é dizer, o equilíbrio da completude da decisão para sua aplicabilidade, sem, entretanto, trilhar um caminho legiferante, ao arrepio da vontade legislativa e, principalmente, buscando evitar a interferência na alçada de outros Poderes.

5. LEGITIMAÇÃO DOS PRECEDENTES: A NECESSÁRIA COORDENAÇÃO ENTRE OS TRIBUNAIS

Dois principais corolários que afetam todos os tribunais de vértice devem ser considerados: o primeiro que demonstra que cada tribunal superior possui a sua própria forma de tratar as lides, desde critérios de admissibilidade até os procedimentos utilizados para o atingimento do resultado, através de decisões sumuladas ou não, e o segundo que mostra a necessidade da delimitação das decisões para que não sejam inócuas, na medida em que incompletas ou inaplicáveis.,

Estas duas questões, separadamente ou em conjunto, motivam a ausência de uniformidade entre os tribunais que atraem, para o desalento da sociedade, alta carga de insegurança jurídica. Faz-se necessária uma ação coordenada entre os tribunais para mitigar o problema, lançando luz aos corredores judiciais, de modo que o cidadão saiba o que esperar do Judiciário brasileiro.

No que diz respeito às prerrogativas decisórias das Cortes Superiores Luiz Guilherme Marinoni (2019. p. RB-3.4) traz interessante reflexão a respeito do relacionamento entre o STF e o STJ cuja essência pode, por conseguinte, ser estendida ao trato entre o STF e o TST, como se observa:

Se a mutação do *civil law* e a evolução da teoria da interpretação impuseram a transformação da Corte Suprema relacionada à tutela da lei, os precedentes obrigatórios constituem simples consequência do dever desta Corte outorgar a todos um mesmo direito. Uma Corte de Precedentes não é, como equivocadamente ainda se supõe, uma mera opção técnico-jurídica para a implementação da garantia da unidade do direito. Na realidade, o Estado não pode se privar de uma Corte de Precedentes se não quer abrir mão da coerência do direito e da segurança jurídica e, portanto, se deseja ser um genuíno Estado de Direito.

Assim, se hoje temos duas Cortes de Precedentes e os juízes e tribunais simplesmente não podem deixar de respeitar os precedentes que definem o sentido do direito federal constitucional e infraconstitucional, é imprescindível ter claro qual das duas Cortes tem a função de atribuir sentido à lei nos termos da Constituição. Como é óbvio, as duas Cortes não apenas não podem gastar tempo e energia tratando de uma mesma questão de direito, como certamente devem ter compromissos distintos perante o desenvolvimento do direito.

Importante ponderar sobre a necessidade, não somente de diálogo, porém de respeito às decisões galgadas ao patamar de precedentes pela sua imprescindível vinculação. A gestão desses relacionamentos *entre cortes* poderia, e por que não, deveria ser capitaneada por um órgão cuja isenção e permeabilidade, e não está a se falar de subordinação, permitisse sua movimentação e atuação junto aos Tribunais. Na estrutura judiciária brasileira este papel pode ter como destinatário o Conselho Nacional de Justiça – CNJ.

O Regimento Interno do CNJ prevê que compete ao Conselho “produzir estudos e propor medidas com vistas à maior celeridade dos processos judiciais, bem como diagnósticos, avaliações e projetos de gestão dos diversos ramos do Poder Judiciário, visando a sua modernização, desburocratização e eficiência”.

Destarte, é possível perceber que existe, normatizada, a previsão de atuação do CNJ na produção de estudos e proposição de medidas que irão modernizar, desburocratizar e incrementar a eficiência do Judiciário.

A Constituição Federal definiu, em seu artigo 103-B, a composição do CNJ. É de se atentar que os três principais tribunais estão representados no Conselho, não só por ministros de seus quadros, como por representantes indicados, além do Ministério Público, Conselho Federal da OAB e cidadãos indicados pelo Parlamento. Assim, a representatividade encontra-se garantida neste fórum.

O que se busca propor são mecanismos de cooperação entre os tribunais, sob a coordenação, prevista regimentalmente, do CNJ, com o intuito de dirimir conflitos em decisões por eles exaradas. Em relação à cooperação judiciária, Fredie Didier Júnior (2020, p. 331 apud JREIGE; SILVA FILHO, 2020), vem em socorro:

A cooperação judiciária nacional é o conjunto completo de instrumentos e atos jurídicos pelos quais os órgãos judiciários brasileiros podem interagir entre si, com tribunais arbitrais ou órgãos administrativos, com o propósito de colaboração para o processamento e/ou julgamento de casos e, de modo mais genérico, para a própria administração da justiça, por meio de compartilhamento ou delegação de competência, prática de atos processuais, centralização de processos, produção de prova comum, gestão de processos e

de outras técnicas destinadas ao aprimoramento da prestação jurisdicional no Brasil.

Estando o CNJ regimentalmente habilitado, caberia ao Conselho tomar o protagonismo da iniciativa de implantação de atos de cooperação entre tribunais superiores com o objetivo de discutir, conjuntamente, temas que geram, real ou potencialmente, controvérsias entre os tribunais.

Um primeiro aspecto que pode ser estudado é o aproveitamento e a uniformização de critérios utilizados por cada tribunal, tanto no que diz respeito à admissibilidade do recurso, como na maneira como o julgamento deste é disponibilizado para a sociedade.

Como exemplo, pode-se usar o instituto da transcendência adotado no Tribunal Superior do Trabalho. Não obstante a necessidade de pacificação interna do tribunal quanto à utilização da ferramenta, já que existem diferentes interpretações em relação ao critério de admissibilidade do recurso utilizando-se a transcendência, deve-se pensar em uma maneira de exportar o dispositivo – tão próximo, conceitualmente, do *writ of certiorari* estadunidense – para os demais tribunais, desfogando os escaninhos ministeriais.

Neste sentido, tramita no Senado Federal a chamada PEC da Relevância, de nº 10/2017, que tem por objeto a alteração da Constituição Federal, aduzindo que em recurso especial, no STJ, o recorrente deverá demonstrar a relevância das questões de direito federal infraconstitucional discutidas no caso, a fim de que o Tribunal examine a admissão do recurso.

Outro exemplo de utilização de institutos semelhantes é a uniformização, uma vez admitido o recurso, dos critérios de escolha dos temas de grande impacto para a sociedade, seja por causa de sua essência polêmica, seja pela quantidade de lides versando sobre o mesmo assunto, sem o necessário atendimento uniforme pelos tribunais. Portanto, há um vasto caminho que se pode percorrer em busca de uma linguagem mais afinada entre os tribunais de vértice.

Em uma outra dimensão, a estruturação de câmaras montadas para discussão de temas que contenham interseção entre dois tribunais, nos moldes das Jornadas de Direito Civil, promovidas pelo Conselho da Justiça Federal, poderia ser uma ferramenta de grande valia para todo o Judiciário.

O objetivo seria reunir os operadores do Direito como magistrados, estudiosos, professores e representantes de carreiras jurídicas para manifestar suas opiniões acerca dos julgados impactantes – e de alguma forma conflitantes –, de forma democrática, aprovando

enunciados que não subvertam a essência das decisões, mas que aclarem seu sentido, servindo como precedentes vinculantes para futuros julgamentos.

Outra possibilidade, que não afetaria o cerne da ideia, seria a reunião composta somente por magistrados das cortes cujo tema esteja sendo analisado, caso o entendimento seja de que a prestação jurisdicional deva ser prestada somente por togados.

Assim, poderiam ser compostas a Câmara STF/STJ, a Câmara STF/TST e a Câmara STJ/TST, onde cada qual trataria dos temas controversos de interesse comum.

A logística, tampouco, seria um obstáculo, vez que cada ministro com presença no CNJ, além de possuir equipe de assessoria, pode convocar funcionários *ad hoc* para tarefas específicas. Com temas predefinidos, ou mesmo jurisprudências conflitantes, poder-se-ia alcançar o consenso para o bem de toda a sociedade brasileira.

A partir da tomada de decisão para a realização da proposta, e com a estruturação de recursos materiais e humanos, poderia ser projetado um banco de precedentes, que serviria de balizador para julgados em todas as instâncias, pacificando enormemente a sanha recursal que hoje permeia o Judiciário.

Assim, resta clara a validade e a importância de uma iniciativa desta envergadura. Com o Conselho Nacional de Justiça capitaneando a execução e os tribunais aderindo de forma sistemática e proativa, pode se compreender o alcance da resolução que, em última e mais importante esfera, irá beneficiar a sociedade brasileira.

6. CONSIDERAÇÕES FINAIS

A transformação da sociedade e suas intrincadas conexões compele a mudanças em todos os sentidos e áreas. A complexidade que se observa nas relações entre as pessoas restringe a facilidade como se operavam os tratos, obrigando o surgimento de constantes aprimoramentos na forma de se lidar com as mudanças. Isto, nada mais é, que evolução!

A necessidade de regulação e normatização das condutas traz ao Estado e, por consequência, ao Poder Judiciário, quando instado, a hercúlea tarefa de gerir este aspecto da vida em sociedade, através da prestação jurisdicional.

O resultado, porém, depende de um sustentáculo que vai muito além dos aspectos operacionais. A formação doutrinária, filosófica, jurisprudencial e interpretativa são apenas algumas das vertentes que devem ser avaliadas para uma efetiva atuação estatal.

Nesta perspectiva, a partir de uma contextualização histórica e da demonstração do funcionamento dos principais tribunais do país, buscou-se adentrar em um aspecto bastante específico, qual seja, a postura decisória minimalista de magistrados da principal Corte e suas consequências para toda a coletividade.

À guisa de conclusão, pode-se perceber que não existe fórmula ideal para tal instigação. Questões complexas, em que a sociedade ainda precisa se debruçar para a completa conformação, como assuntos absolutamente novos que, ainda em ebulição, não foram totalmente definidos e delineados, não podem suscitar decisões definitivas que ainda necessitem de amadurecimento. O risco de engessamento do tecido social ou, ainda, a falta de aderência aos anseios dos cidadãos, transformam estas decisões em inaplicáveis ou desajustadas. É necessário, portanto, conter a precipitação e aguardar que a estrutura esteja configurada com a clareza suficiente para que o julgamento não seja açodado. A postura do magistrado, nestes casos, deve se ater aos pontos necessários e suficientes para a adequada prestação jurisdicional, deixando todo o mais para ser decidido em momento oportuno.

O que deve ocorrer, entretanto, é que as decisões precisam estar maduras para buscar uma pacificação que pode o Judiciário trazer. Para tanto, é indispensável que o julgamento seja dessa forma pautado, buscando a harmonização social.

Observados estes aspectos, quer se crer que os magistrados, não obstante algumas exceções, possuam circunspecção e discernimento necessários para prolatar as decisões adequadas à mais correta prestação jurisdicional.

Por fim, a coordenação entre os tribunais de vértice, promovida, *verbi gratia*, pelo Conselho Nacional de Justiça, através da implementação de foros de interlocução consubstanciados em câmaras de discussão, no sentido de se buscar uma uniformização, não somente da jurisprudência, mas da estrutura judiciária em sentido amplo, seria uma iniciativa plausível, cujos resultados seriam sorvidos por todos, trazendo absoluto benefício à sociedade.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ÁVILA, Humberto Bergmann. *Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. São Paulo: Malheiros Editores, 2007.

COSTA, Rafael de Oliveira. *O papel da legística na (re)legitimação das decisões judiciais e no equilíbrio do exercício da função juspolítica pelos tribunais*. Revista da Faculdade de Direito – UFPR, vol. 61, n. 1. Curitiba: UFPR, 2016.

ESSER, Josef (1901 – 1999). *Principio y norma en la elaboración jurisprudencial del derecho privado*. Trad. para o espanhol Eduardo Valenti Fiol. Título original: *Grundsatz und norm in der richterlichen fortbildung des privatrechts*. Barcelona – Espanha: Bosch Casa Editorial, 1961.

JREIGE, Camilo; SILVA FILHO, Davi da. *Ressignificação do princípio do juiz natural a busca por uma jurisdição efetiva por meio de ato concertante para organizar demandas decorrentes da Covid-19*. Revista Caderno Virtual, v. 2, n. 47. Brasília: IDP, 2020.

KELSEN, Hans (1881 – 1973). Trad. João Baptista Machado. *Teoria pura do direito*. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2009.

MARINONI, Luiz Guilherme. *Precedentes obrigatórios*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016.

MARINONI, Luiz Guilherme. *Zona de penumbra entre o STJ e o STF: a função das cortes supremas e a delimitação do objeto dos recursos especial e extraordinário* [livro eletrônico]. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019.

MELLO, Marcos Bernardes de. *Teoria do fato jurídico: plano da eficácia, 1ª parte*. São Paulo: Saraiva, 2011.

MONTESQUIEU, Charles-Louis de Secondat (1689 – 1755). Trad. Pedro Vieira Mota. *Do espírito das leis*. São Paulo: Saraiva, 1994

OLIVEIRA, Claudio Ladeira de; MOURA, Suellen Patrícia. *O minimalismo judicial de Cass Sunstein e a resolução do Senado Federal no controle de constitucionalidade: ativismo judicial e legitimidade democrática*. Revista Constituição, Economia e Desenvolvimento, vol. 8, n. 14, Jan.-Jun. Curitiba: Academia Brasileira de Direito Constitucional, 2016.

OLIVEIRA, Paulo Mendes de. *Regimentos internos como fonte de normas processuais*. Salvador: Editora Juspodivm, 2020.

REALE, Miguel. *Lições preliminares de direito*. São Paulo: Saraiva, 2002.

O ASSÉDIO MORAL ORGANIZACIONAL VIRTUAL E OS INSTRUMENTOS DE PODER, DISCIPLINA E CONTROLE: (RE)MODULAÇÃO, EFEITOS E PROTEÇÃO JURÍDICA

Laura Araújo Machado¹

Noemia Aparecida Garcia Porto²

SUMÁRIO: Introdução; 1. Modelos de gestão, relações de poder e instrumentos de disciplina e controle dos trabalhadores; 2. Exercício do poder nas relações de trabalho e seus abusos: um olhar sobre o assédio moral organizacional; 3. A atual organização do trabalho e a virtualização do assédio: uma nova visão sobre os instrumentos de poder; 4. O cenário atual no controle normalizante das relações de poder e do combate aos abusos nas relações de trabalho; Conclusão; Referências

RESUMO

O presente trabalho tratou do tema do assédio moral em tempos de virtualização dos instrumentos de disciplina e controle dos trabalhadores, com foco nas (re)modulações que o poder advindo da vigilância e das sanções normalizadoras têm sofrido. O objetivo central do trabalho foi responder a pergunta: “as tecnologias de poder estariam instaurando uma crise pela ausência de limitação física dos espaços em que se exerce a disciplina e o controle – encerrando a normatização da prisão – ou estar-se-ia vivendo uma expansão desse encarceramento com o assédio moral organizacional virtual?”. Adotou-se como método de pesquisa o indutivo através da análise de conteúdo doutrinário. Os objetivos específicos foram: compreender os modelos de gestão, influências nas relações de poder e manifestação quanto à vigilância, normatização, disciplina e controle dos empregados; expor o estudo relativo ao assédio moral e sua evolução até alcançar o nível organizacional virtual; contextualizar o tema na dinâmica atual de virtualização dos meios de disciplina e controle e os efeitos que a prática tem gerado nas relações laborais, as ofensas aos direitos fundamentais, a preocupação internacional e o contexto de proteção nacional. Conclui-se que o assédio moral virtual organizacional é um claro resultado da expansão do encarceramento *panoptista* remodulado aos novos contextos e que nacionalmente ainda há um desprestígio na proteção dos direitos fundamentais, mas há latência vanguardista à demandar um ambiente livre de violência atribuindo importância internacional ao tema através da Convenção nº 190 da OIT.

¹Especialista em Direito Público e Direito e Processo do Trabalho (IDP), Advogada, adv.lauramachado@gmail.com.

²Doutora e Mestre em Direito, Estado e Constituição (UnB); especialista em Direito Constitucional (UnB). Juíza do trabalho (TRT- 10ª Região), <http://lattes.cnpq.br/6170026823767166>.

Palavras-chave: Modelos de gestão. Instrumentos de poder. Sociedades disciplinares e de controle. Assédio moral organizacional virtual. Aperfeiçoamento da ordem trabalhista. Convenção 190 da OIT

VIRTUAL ORGANIZATIONAL MORAL HARASSMENT AND INSTRUMENTS OF POWER, DISCIPLINE AND CONTROL: (RE)MODULATION, EFFECTS AND LEGAL PROTECTION

ABSTRACT

The present work dealt with the theme of moral harassment in times of virtualization of the instruments of discipline and control of workers, focusing on the (re)modulations that the power arising from surveillance and normalizing sanctions has suffered. The main objective of the work was to answer the question: "the technologies of power would be creating a crisis due to the absence of physical limitations in the spaces in which discipline and control are exercised - ending the standardization of the prison - or would it be living a expansion of this incarceration with virtual organizational moral harassment?". The inductive research method was adopted through doctrinal content analysis. The specific objectives were: to understand the management models, influences on power relations and manifestation regarding the surveillance, standardization, discipline and control of employees; expose the study related to moral harassment and its evolution to reach the virtual organizational level; contextualize the theme in the current dynamics of virtualization of the means of discipline and control and the effects that the practice has generated in labor relations, offenses against fundamental rights, international concern and the context of national protection. It is concluded that virtual organizational moral harassment is a clear result of the expansion of the Panoptist incarceration remodulated to new contexts and that nationally there is still a lack of prestige in the protection of fundamental rights, but there is avant-garde latency to demand a violence-free environment, giving international importance to the theme through Convention n. 190 of the International Labor Organization - ILO.

Keywords: Management models. Power instruments. Disciplinary and control societies. Virtual organizational bullying. Improvement of the justlabour order. ILO Convention 190

INTRODUÇÃO

Ao confrontar as relações de poder com os modelos de gestão ao longo do tempo (compreendido entre os períodos taylorista, fordista e toytista) equacionam-se diversos instrumentos através dos quais a disciplina e o controle eram exercidos. Através da vigilância, da aplicação das sanções normalizadoras e do exame, as relações laborais foram sendo desenvolvidas e a elas foram sendo agregados novos estudos e pontos de vista relacionados à exteriorização do poder e os reflexos deste sobre o elemento humano receptor, ou seja, os trabalhadores.

Através do olhar fenomenológico surgiu a figura do assédio moral que passou a ser reconhecido como uma constante existente nas estruturas empresariais, especialmente após a década de 1980, com a globalização da economia e a replicação dos modelos de produção externos (especialmente após a implementação dos métodos de qualidade total).

O vértice de observação reside no fato de haver uma transferência ao empregado da responsabilidade não só de obter o emprego, mas também de mantê-lo e de se manter engajado no grupo, inculcando-lhe uma falsa ideia de participação nos processos decisórios e nas regras de administração da empresa, característico do modelo de gestão toyotista.

A pessoa que não desenvolver tais habilidades é tida como inadequada, e aos inadequados passam a ser ministradas sanções por estresse – sanções normalizadoras associadas à vigilância – que são aquelas baseadas na humilhação e no constrangimento perante o grupo.

Essa espécie de controle, *prima facie*, foi observada nas sociedades (ou organizações) disciplinares – fábricas, escolas e prisões – reconhecidas por Michel Foucault, tendo sido aprimorado por Gilles Deleuze ao longo do tempo, através da (re)modulação conceitual advinda das sociedades de controle.

O conceito se mantém atual vez que justifica um raciocínio de gestão pela humilhação, que pode se apresentar tanto de forma direta (*in loco*), quanto de modo indireto (*in invisibilia*), com a finalidade de exercer o controle sobre a subjetividade dos trabalhadores.

A visualização macro empresarial, como uma espécie de cultura organizacional é caracterizada pela prática sistemática, reiterada e frequente de condutas abusivas, o que a doutrina denominou de assédio moral organizacional que é um conjunto de condutas abusivas e de qualquer natureza, as quais são exercidas sistematicamente durante certo lapso temporal em face de uma relação de trabalho, a qual resulta constrangimento de uma ou mais vítimas com o fito de obter o engajamento subjetivo de todo o grupo às políticas e metas da administração empresarial, ocorrendo por meio da ofensa aos direitos fundamentais do trabalhador, podendo resultar em danos morais, físicos e/ou psíquicos.

Nesse contexto, indaga-se: é possível afirmar que o assédio moral organizacional tem representado a reprodução, em gestões pós-século XXI, da lógica do controle referido por Michel Foucault? Como o direito brasileiro tem buscado parametrizar as tensões diante dessa problemática?

Tal questão desdobrou-se em outros questionamentos, a saber: a) Quais os pontos de contato e as finalidades que a gestão por assédio moral organizacional tem em comum com a gestão de controle? b) Quai(s) a(s) tendência(as) hodierna(s) que a gestão de controle tem exercido sobre as sociedades disciplinares definidas por Foucault? A resposta intuitiva à pergunta proposta é a de que a gestão por estresse organizacional pode ser vista através de uma realidade que vem se aprimorando ao longo do tempo, de modo que a sutileza das relações e a supressão dos espaços físicos da fábrica tem imbuído a adaptação do conceito de controle aos requintes das relações contemporâneas, especialmente com a difusão em massa da internet e dos meios de controle virtuais.

Esse problema é relevante de ser pesquisado uma vez que o fenômeno do assédio moral, embora não seja novo, tem sua aplicação perfeitamente adaptada aos sistemas de controle atuais, reproduzindo as sociedades de disciplinares em nuances mais fluídas e silenciosas, sem deixar de lado seus caracteres determinantes, mas adaptando-os ao tempo e ao espaço em que se manifestam.

A partir dos questionamentos apresentados na problemática, definiu-se que este artigo tem como objetivo geral evidenciar que hoje os mecanismos de controle disciplinar – vigilância, sanção normalizadora e exame – têm estado presentes em âmbito organizacional e têm se manifestado de forma mais rápida e constante em ambientes virtuais, evidenciando os riscos dessa violência sem rosto, já alertados pela recente Convenção nº 190 da OIT.

Como desdobramento do geral, tem-se que os objetivos específicos foram sistematizados da seguinte maneira: na primeira parte do trabalho, abordamos os processos produtivos, a evolução do conceito de trabalhador e os instrumentos de disciplina e controle (optou-se por mencionar os modelos de gestão empresarial, sem, contudo aprofundá-los); na segunda parte, tratamos do surgimento, reconhecimento e aplicabilidade do assédio moral no ambiente juslaboral; na terceira parte, dissertamos a respeito do assédio moral organizacional, abordando sua conceituação e evolução face à virtualização, intercambiando a nova visão sobre os instrumentos de poder e como eles foram (e estão) se remodelando; para tanto foram contrastadas as sociedades disciplinares *foucaultianas* face às de controle *deleuzeanas* e a crise da delimitação dos espaços físicos impostos pela disseminação da internet; na quarta parte, evidenciamos a (re)modulação do equacionamento dos instrumentos de poder e as ofensas aos direitos fundamentais dos trabalhadores, procedendo a observação de como o tema tem sido

tratado internamente e quais são as preocupações vanguardistas quanto ao assédio moral organizacional virtual, seus efeitos, preocupações e proteção jurídica.

Para responder a pergunta desta pesquisa e garantir credibilidade às estruturas argumentativas dos dados produzidos, utilizou-se a revisão bibliográfica da doutrina inerente ao direito, filosofia, psicologia, legislações internas e convenção internacional. A metodologia utilizada foi a pesquisa qualitativa com enfoque no método indutivo.

1 MODELOS DE GESTÃO, RELAÇÕES DE PODER E INSTRUMENTOS DE DISCIPLINA E CONTROLE DOS TRABALHADORES

A evolução dos enfoques sobre as relações de poder é confrontada de acordo com os modelos de gestão vigentes em determinada época, o que invariavelmente gera consequências para as relações trabalhistas e pessoais, principalmente quando observado pela ótica do capitalismo. (BARACAT; ZEMPULSKI, 2016, p.181)

Aliás, foi o capitalismo a força motriz que influenciou o “desmantelamento do Estado Social” e fez surgir um novo modelo econômico (toyotismo) em detrimento do taylorista e o fordista instalado até o fim da década de 70. (ARAÚJO, 2007, p.1)

Cada um desses modelos econômicos têm características próprias: no fordismo há a existência de fábricas, podendo ser observadas *in loco*, concentrando em si todo o processo produtivo; já no toyotismo, esse plexo fabril não é concentrado territorialmente, mas sim em um sistema de fornecedores e prestadores credenciados, tornando o processo produtivo mais ágil. (ARAÚJO, 2007, p.27).

Fosse em um modelo, fosse em outro, cada qual sobressai certo tipo de controle nas empresas. No cenário de capitalismo concentrado foi que Foucault lançou um olhar sobre as prisões desenvolvendo a figura do Panóptico e que mais à frente culminou no modelo social de controle e de poder pela sociedade disciplinar (CANDIOTTO; NETO, 2019, p.5), revelando serem moldes de “composição e exercício do poder na fábrica desde o início da revolução industrial.” (ARAÚJO, 2006, p.27).

O poder, para Foucault (1999, p.89), é essencial para ordem social – sociedade panóptica – sendo articulado e aplicado nas experiências fundamentais (loucura, prisão e sexualidade) resultando em um “modelo generalizável de funcionamento [da sociedade]; uma maneira de definir as relações do poder com a vida cotidiana dos homens.” (FOUCAULT, 2013, p. 89 apud CANDIOTTO; NETO, 2019, p.5).

A atuação das relações de poder nas sociedades disciplinares (como prisões e fábricas) tem como finalidade o “adestramento dos homens e a sua transformação em corpos dóceis e alienados” (ARAÚJO, 2006, p.34) através de mecanismos que racionalizem o espaço – ‘cercamento’ dos subordinados –, as atividades – divisão por critério de especialização – e o tempo – gestão da eficácia e rapidez – com vistas a maximização da força produtiva. (FOUCAULT, 1999, p. 105).

A implementação de tais instrumentos dar-se-ia através do olhar hierárquico – na fábrica em formato piramidal –, da sanção normalizadora – gratificação-sanção – e o exame – o indivíduo é analisado e há registro dessa observação. O trabalhador aqui é um homem “confinado”. (ZARIFIAN, 2002, p.24)

A essência do confinamento, característica do modelo de gestão taylorista, foi se aprimorando e permitiu que as sociedades chegassem a um nível de desenvolvimento e gestão para além dos limites físicos e do olhar obtuso com foco na produção/indivíduo. (ARAÚJO, 2006, p.40-43)

Nesse contexto, a dinâmica da sociedade disciplinar foi sendo lapidada por Gilles Deleuze, que passou a observar que as delimitações dos espaços fabris passaram a ser cada vez mais fluídos, especialmente com a disseminação da tecnologia, fazendo que a vigilância fosse feita à distância e o processo produtivo subsumido a uma modulação (e remodelação) permanente. Tal dinâmica fez nascer aquilo que Deleuze denominou de “sociedade de controle”. (DELEUZE, 2000, p.221-225)

Baseado no capitalismo disperso, as sociedades de controle voltam seu olhar ao controle continuado (DELEUZE, 2000, p.221-225), sendo o trabalhador aqui, nos dizeres de Philippe Zafarian (ZAFARIAN, 2002, p.50), um homem “endividado”.

O momento pós I Guerra Mundial (1914-1918) foi um marco histórico que influenciou na mecanização (alta expressão do fordismo) e de uma intensificação do trabalho com o uso estratégico da tecnologia, com vistas à produtividade e à economicidade. (OFFE; HINRICHS, 1989, 29-30)

Com as crises econômicas e com o esgotamento do Estado de Bem Estar Social (especialmente após a crise do petróleo de 1973) houve massivas objeções quanto à disciplina das fábricas que se estenderam por todo o mundo, o que levou a necessidade de se implementar mecanismos de redução de conflitos entre operários e de valorização do potencial intelectual dessas pessoas, o que fez surgir o modelo denominado toyotismo. (ARAÚJO, 2006, p.38).

A autora (ARAÚJO, 2006, p.56) informa que o modelo é caracterizado precipuamente pelo envolvimento do trabalhador na organização sob a ótica coletiva, redução do tamanho da empresa e descentralização da produção com a eliminação do desperdício e a sincronização da produção com a demanda.

Há uma valorização da tecnologia, mas o centro das atenções é o trabalhador, que além de ser multifuncional está autorizado a interromper o processo produtivo ao detectar falhas e levar os ruídos para discussão coletiva. Essa hipervalorização esconde a institucionalização de uma cultura, que no modelo de qualidade-total, se dá pelo envolvimento emocional do trabalhador. (ARAÚJO, 2006, p.57).

O envolvimento é fomentado com premiações e ascensões. Em contrapartida a todos é autorizado a capacidade de fiscalização do processo produtivo e de seus pares. Os trabalhadores não envolvidos são rechaçados do grupo. No toyotismo, ao invés de dispensar o empregado, opta-se por transformá-lo em um colaborador virtual. O modo para que esse trabalhador seja novamente incluído é de se manter conectado, pois a partir daí se torna novamente visível. (ARAÚJO, 2006, p.66)

Interconectando os mecanismos de poder com os modelos de gestão percebe-se que as sociedades disciplinares de Foucault estão situadas no período que vai do século XVIII até a Segunda Grande Guerra (nos modelos taylorista e fordista) e, que de modo paulatino (mas não refratário), veio cedendo espaço à influência das sociedades de controle de Deleuze, a partir da segunda metade do século XX (no modelo toyotista), especialmente quanto a característica da ausência de enclausuramento para se proceder o controle em rede através de uma modulação constante e universal dos fluxos sociais. (COSTA, 2004, p.1-8).

As formas de utilização do Panóptico passaram a ser difusas e imateriais – não há mais a clara concentração de poder no formato piramidal – já que o controle passou a ser exercido “por toda a teia da sociedade”, gerando uma via de mão dupla: por um lado permite-se a construção dos “saberes que incidem sobre a sociedade [empregados x empregadores] e sobre “cada um dos indivíduo observados e controlados continuamente”. (CANDIOTTO; NETO, 2019, p.6).

A vinculação permanente através dos meios telemáticos pressupõe uma continuidade da cultura de vinculação emocional, mas agora o trabalhador deve somar o dever de se compromissar em cumprir objetivos e resultados. Aliás, para Araújo (2007,

p.150) esse se torna o meio de controle utilizado pelas empresas, ou seja, o panóptico passa a ser eletrônico-virtual (CANDIOTTO; NETO, 2019, p.11).

Os parâmetros utilizados pelas empresas para propiciar essa avaliação são efêmeros, culminando no afastamento do sentimento de solidariedade entre o grupo, fomentando a competição e a fragmentariedade interna. (SILVA, 2004, p. 25).

Essa degradação possibilita a criação de trabalhadores estressados que veem os objetivos e resultados como uma espécie de mercadoria valiosa a qual deve ser alcançada a todo custo, subjugando pessoas e leiloando expectativas, o que dá azo à prática ampla do assédio moral. Aliás, Pamplona Filho e Santos (2020, p.70), já afirmavam que o fenômeno está “enraizado no mundo do trabalho desde os primórdios da sociedade”.

Assim, as condutas utilizadas pelos empregadores até o início do século XXI eram utilizadas mais como sanção normalizadora, voltadas ao controle da ação do corpo de assalariados. A transformação dos modelos de gestão empresarial ao longo do tempo demonstrou como se deu a influência na difusão do exercício de poder face aos trabalhadores até chegar a atual necessidade de engajamento subjetivo do trabalhador, de modo a permitir o exercício mais intensificado do controle disciplinar, inclusive responsabilidade do obreiro “sobre a qualidade do produto produzido, o incremento do ritmo de trabalho e a polivalência de funções”. (ARAÚJO, 2006, p.78)

Tudo isso inserido em um contexto de escassez de postos de trabalho, precariedade de parte dos vínculos laborais, flexibilização do trabalho e da internacionalização dos mercados, gerou uma cadeia de esfacelamento dos vínculos sociais, que é “retroalimenta e cada vez mais aumenta o poder daqueles que estão exercendo esse mesmo poder, servindo-se do panoptismo tecnológico para aumentar o domínio”. (CANDIOTTO; NETO, 2019, p.11)

No Brasil, conforme Araújo (2006, p.60), a temática ganhou mais evidência a partir dos anos 90, quando as empresas brasileiras acuadas pela competição internacional, passaram a mirar a redução dos custos de produção interna dos bens/serviços. A exigência relativa ao aumento da produtividade refletiu naturalmente no recrudescimento da vigilância hierárquica e do controle do trabalhador.

Foi nessa perspectiva de mudança de foco econômico, especialmente a partir dos anos 2000 que os debates em torno do assédio moral foram desenvolvidos com mais afinco ao se perceber que a prática passou a ser incorporada como “medida recorrente,

difundida em todo quadro de pessoal e até incentivada, configurando uma sanção normalizadora permanente, de todos contra todos”. (ARAÚJO, 2006, p.76).

Com o burilamento e a inserção da tecnologia nas relações de trabalho, alcançada especialmente a partir da segunda década dos anos 2000, percebe-se a atualidade (e utilidade) da visão *foucautiana* em orientar as reflexões quanto à exteriorização dos mecanismos de poder, disciplina, controle e vigilância, vez que a nova arquitetura dos modelos de gestão tem buscado fortemente a transformação dos indivíduos: “agindo sobre aquele que abriga, dando domínio sobre seu comportamento, reconduzindo até eles os efeitos do poder, oferecendo-os a um conhecimento, para então modificá-los.” (FOUCAULT, 1999, p.144).

Dessa forma, como asseverou Foucault (1999, p.144): “as pedras podem tornar dócil e conhecível”, possibilitando espaço para a prática do assédio moral, sendo a tática de controle interior uma constante daquelas que a praticam em âmbito organizacional. Sob a premissa de que a disciplina “fabrica” indivíduos passaremos a examinar a ocorrência do assédio moral nas relações de trabalho, sua caracterização em âmbito organizacional, implicações e consequências jurídicas na atualidade.

2 EXERCÍCIO DO PODER NAS RELAÇÕES DE TRABALHO E SEUS ABUSOS: UM OLHAR SOBRE O ASSÉDIO MORAL ORGANIZACIONAL

O desenvolvimento das relações de trabalho demanda uma análise dos instrumentos utilizados no exercício do poder disciplinar dos trabalhadores, especialmente, porque o Brasil tem como um de seus fundamentos a valorização social do trabalho, elegendo-o como direito fundamental, sustentáculo da ordem econômica e social e meio de afirmação da democracia brasileira. (SANTOS, 2020, p.1-2)

A materialização etérea desses primados se dá com a concretização das relações, onde obreiro e tomador transacionam o tempo que esse trabalhador estará a sua disposição para uso de sua capacidade de trabalho “dando origem a uma relação de emprego quando a troca mercantil se conclui”. (SILVA; HORN, 2008, p188)

As ciências que se preocupam com a saúde do trabalhador, notando as especificidades que qualificam a força de trabalho e sua regulação não mercantil, através da combinação de técnicas regulatórias das diversas áreas desenvolveram o conceito de assédio moral e estudaram-no como fenômeno. (SILVA; HORN, 2008, 2008, p.194).

Antes de o fenômeno ser representado, os primeiros estudos identificaram que as pessoas submetidas às práticas abusivas, sequer sabiam ao que estavam sendo sobrepujadas, pois não havia uma terminologia que as auxiliasse a conhecer, constatar e analisar aquilo que estavam vivendo e sentindo. (ARAÚJO, 2006, p.80-83)

Sob a égide do exercício da disciplina, percebeu-se que a técnica consistia no uso de um poder que tomava os indivíduos ao mesmo tempo como objetos e como instrumentos de seu exercício, estando o sucesso da empreitada submetido ao olhar hierárquico, a sanção normalizadora e a sua combinação num procedimento específico, denominado exame. (FOUCAULT, 1999, 144).

A visão de Foucault é útil à análise do fenômeno, pois se percebeu que, no ambiente de trabalho, as sanções normalizadoras – pequenas condutas humilhantes – eram tidas como brincadeiras ou questões de pouca relevância, as quais eram resolvidas rapidamente “entre adultos”, não demandando maior atenção e/ou proteção jurídica pelo direito, o qual se limitava a intervir em casos pontuais e de manifestações expressivas. (ARAÚJO, 2006, p.77).

Ao largo das sanções normalizadoras há a vigilância, poder múltiplo, automático e anônimo. Foucault (1999, p.147) ressaltou que além de se tratar de um operador econômico, uma vez que é ao mesmo tempo uma peça interna do aparelho de produção e uma engrenagem específica do poder de estar em toda parte, controla os indivíduos continuamente.

Um dos primeiros estudos a respeito do tema foi elaborado por Heinz Leymann, na Suécia, que observou a ocorrência do abuso na figura do *mobbing*. O estudo serviu para que o mundo voltasse o seu olhar para essa situação. (ARAÚJO, 2006, p.78)

Na França, Marie-France Hirigoyen – entre os anos 1998 e 2002 – foi a primeira pessoa a denunciar o fenômeno do assédio moral no trabalho, realizando um estudo a partir de análise de casos reais. (ARAÚJO, 2006, p.80-83).

No Brasil, nos anos 2000, Margarida Barreto, publicou o resultado de sua pesquisa denominada “*Violência, Saúde e Trabalho – Uma Jornada de Humilhações*”, que voltou seu olhar ao assédio no ambiente de trabalho em âmbito nacional. Foi um marco na doutrina brasileira. (BARRETO, 2003, p.29-30).

Tal qual às sanções normalizadoras, o assédio moral encampa ampla profusão e sutileza no tocante às atitudes daquele que agride quanto das reações daquele que sofre a ação assediadora. A acuidade dos estudos realizados possibilitou identificar o nexos causal

face às condutas e mesmo a conexão destas entre si, permitindo uma abordagem do tema como fenômeno jurídico. (ARAÚJO, 2006, p.77-78).

O assédio moral tem como pano de fundo o exercício do poder punitivo e a aplicação de sanções (normalizadoras ou não). Acontece que a legislação pátria prevê as sanções aplicáveis ao empregado: advertência, suspensão, dispensa por justa causa. Exige-se ainda a imediatividade, proporcionalidade e não caracterização do *bis in idem*. No contexto assediador, “o assédio moral, pode se repetir no tempo e punir o mesmo fato”, ou seja, muitas das vezes essas sanções são utilizadas como meio de mascarar uma prática assediadora. (ARAÚJO, 2006, p.114).

O conceito de assédio moral assume nuances específicas nos contextos geográficos em que se apresentam. O instituto foi inauguralmente conceituado por Hirigoyen (2006, p.78) como “qualquer conduta abusiva que atente, por sua repetição ou sistematização, contra a dignidade ou integridade psíquica ou física de uma pessoa, ameaçando seu emprego ou degradando o clima de trabalho”.

Buscando burilar o conceito, a doutrina nacional acrescentou o elemento da direcionalidade da conduta, sendo praticada com o fito de atingir “a dignidade, a integridade física e mental, além de outros direitos fundamentais do trabalhador.” (PAMPLONA FILHO; SANTOS, 2020, p.50-51).

Parte-se da premissa de que o assédio pode se apresentar por qualquer conduta, ou seja, o critério biológico estabelecido por Leymann (desenvolvimento de estresse/doença), não é imprescindível para a configuração do assédio moral já que parte da consequência e não da causa. (HIRIGOYEN, 2006, p.77-78)

A intelecção dessa contraposição permite observar que a ocorrência do “dano” físico-psíquico não é uma elementar de verificação obrigatória no assédio moral, ou seja, basta que exista uma violência que atente contra a dignidade do trabalhador, que ameace ou degrade as condições de trabalho daquele que sofre a ação, sendo a lesão em si elemento que enseja reparação pelos prejuízos morais sofridos. A violência à dignidade do trabalhador ofende os direitos fundamentais, que sob o escrutínio constitucional brasileiro, ao ser violado, assume caráter multiofensivo. (PAMPLONA FILHO; SANTOS, 2020, p.60-61).

Assim, os elementos gerais para caracterização do assédio moral são: abusividade, intencionalidade, habitualidade e que esteja subsidiada por uma relação de trabalho. Pode

se dar de maneira direta ou indireta, mas sempre haverá ofensa a direitos fundamentais, podendo ou não causar danos morais, físicos ou psíquicos. (ARAÚJO, 2007, p.107).

A abusividade pode dar através de atos, gestos e condutas que submetam o indivíduo ao isolamento (assédio é a patologia da solidão inclusive de comunicação), da utilização do próprio trabalho como meio de ataque pessoal (direto ou dissimulado), dos ataques à intimidade (atentado contra a dignidade com objetivo de fazer o outro sucumbir) e na perda de sentido (da vítima). A definição da autora é a posição aceita no Brasil. (HIRIGOYEN, 2006, p.51)

No contexto científico o estudo de Barreto (2003, p.50) identificou que as práticas comumente utilizadas são: “dar instruções confusas ou imprecisas, bloquear o andamento do trabalho, atribuir erros imaginários e ignorar a presença dos trabalhadores”, assim como as sanções normalizadoras de Foucault (1999, p.143).

Por trás dessas ações, conforme denuncia Pamplona Filho e Santos (2020, p.57) existe a intencionalidade, seja no direcionamento individual (nas situações desencadeadas por motivações de foro íntimo) seja no direcionamento coletivo (nas situações desencadeadas pela própria empresa), que pode se dar de modo consciente ou até mesmo inconsciente. Foucault (1999, p.160), bem reforça que o “castigo disciplinar tem a função de reduzir os desvios”, ou seja, a intencionalidade é corretiva.

Quanto ao critério temporal, em um primeiro momento, Hirigoyen conceituou o assédio moral, sem mencionar a característica da repetição, mas posteriormente, readequou seu posicionamento, visto que o melhor raciocínio é o de que condutas isoladas gerariam dano moral e não assédio. (ARAÚJO, 2007, p.88)

Aliás, a habitualidade é uma variável indispensável na análise do assédio moral e é a doutrina e a jurisprudência que vem balizando-o, não havendo ainda um posicionamento parametrizador. A análise é feita caso a caso. (TST, 2019, p.11)

Compreendidos os elementos gerais, Araújo (2007, p.133) reserva dois elementos que são determinantes na identificação dos tipos de assédio face à sua origem: fala-se aqui nos elementos subjetivo e a finalidade.

O subjetivo analisa os lugares que os atores ocupam na relação, focalizando atenção na pessoa do agressor e da vítima. Para a primeira pessoa – o agressor – ressalta-se a *intencionalidade destrutiva* como elementar na caracterização do assédio. O problema desse elemento é que, embora seja atraente a ideia taxada (e natural) de desequilíbrio do binômio trabalhador e empregador, nem sempre o justifica, vez que o

fenômeno pode ocorrer em diversos níveis hierárquicos e é praticado em variados sentidos; para a segunda pessoa – a vítima – ressalta-se sua eleição como *integrador negativo* (catalisador do conflito). O problema desse elemento é que há uma responsabilização individual da pessoa pelo assédio e “reafirma sem justificativa preconceitos, ocultando a dimensão coletiva do problema”. (ARAÚJO, 2007, p.133)

A finalidade, conforme preleciona a autora, reporta as condutas voltadas à degradação das condições humanas (instrumentos) direcionados diversos fins, como por exemplo, o afastamento da vítima (finalidade). Embora seja esse o viés mais visível da finalidade geral, são nas finalidades específicas – as quais só se identificam através do panorama geral das redes interna de poder em cada organização produtiva – que se extraem as reais intenções dos assediadores. (ARAÚJO, 2007, p.7)

A conjugação de todos os elementos possibilitou a doutrina identificar que o assédio moral pode ser exercido sobre qualquer trabalhador, e que em sua origem, pode se expressar de modo vertical descendente (superior para subordinado, típico das sociedades disciplinares piramidais de Foucault), horizontal (entre os pares, onde os “fiscais” da vigilância *foucaultiana* são também fiscalizados) e vertical ascendente (subordinado para superior). (PAMPLONA FILHO; SANTOS, 2020, p.64)

É possível que tais modalidades se manifestem de forma combinada gerando um assédio moral misto, inclusive sendo essa a modalidade mais recorrente identificada por Barreto em sua pesquisa, ou seja, a prática conjunta ocorria em grupos – tanto de assediadores, quanto de vítimas. (BARRETO, 2002, p.50).

A teleologia das condutas assediadoras coletivas, seja difusa ou em sentido estrito (PAMPLONA FILHO; SANTOS, 2020, p.88), permite identificar que a finalidade da ação é buscar a homogeneização do comportamento de um grupo, ou seja, o controle da subjetividade das pessoas. Essa característica pode ser observada em todos os modelos de gestão, mas ficou mais clara quando da instauração do toyotismo, especialmente quando se difundiu a cultura de engajamento *versus* controle e responsabilidade do trabalhador. (ARAÚJO, 2006, p.100).

A “pulverização do exercício do poder em todos os níveis da empresa” foi um dos maiores trunfos desenvolvidos por aquele modelo de gestão, especialmente com a implantação dos CQT (círculos de Qualidade Total) e da divisão dos trabalhos em equipe, atribuindo ao corpo de funcionários a falsa ideia de serem realmente responsáveis pela empresa. (ARAÚJO, 2006, p.119)

A estruturação do assédio em nível coletivo-organizacional – ou institucional, conforme Calvo (2014, p.78) – constitui-se um processo de hostilidades estruturado na via política organizacional/gerencial da empresa direcionado a alguns ou a todos trabalhadores e tem como instrumento a gestão e controle dos empregados em caráter despersonalizado. A finalidade é instrumental, pois para Araújo (2007, p.107) o “engajamento do trabalhador é essencial para o funcionamento dos métodos contemporâneos de gestão de pessoal. Este compromisso exige do operário participação e preocupação tal qual fosse ele o proprietário do investimento”.

Subsume-se útil a observação de Foucault (1999, p.148) quando denuncia que exercício de poder abusivo ocorre como em uma máquina, ou seja, é o aparelho inteiro (organização) que produz o poder assediador, controlando continuamente tudo e todos, fazendo funcionar um poder que se autossustenta sem manifestações espontâneas através do “jogo ininterrupto dos olhares calculados”.

O assédio moral organizacional é conceituado como um conjunto de condutas que são abusivas e de qualquer natureza, as quais são exercidas sistematicamente durante certo lapso temporal em face de uma relação de trabalho, a qual resulta a humilhação (ou constrangimento) de uma ou mais vítimas. Tal conjunto de condutas tem um fim específico, qual seja, o de “obter o engajamento subjetivo de todo o grupo às políticas e metas da administração, por meio da ofensa a seus direitos fundamentais, podendo resultar em danos morais, físicos e psíquicos.” (ARAÚJO, 2006, p.107)

O agressor é própria empresa, que para alcançar os objetivos fomenta atitudes abusivas, estimulando a competitividade, estruturando-as sobre uma dose significativa de controle e perversidade, além de perquirir exigências desmedidas, assumindo, portanto, uma postura ativa. (PAMPLONA FILHO; SANTOS, 2020, p.90 e 172).

Os ataques são mais visíveis, sendo percebidos por todos, já que o produto dessa conduta tem o fito de obter a subsunção das vítimas às diretrizes e/ou regras do empregador a base de estresse e medo. (ARAÚJO, 2006, p.107).

Tal subsunção é realizada de tal forma que não atingem somente o operário submetido à situação vexatória, mas também àquele que testemunha ou que sobre si recai incidência das cobranças de maneira indireta. (ARAÚJO, 2006, p.111)

Compilando as características com o conceito, os elementos que devem estar presentes para a configuração do assédio moral organizacional são: abusividade da conduta, habitualidade, contexto organizacional ou gerencial, natureza coletiva do

público alto, finalidade institucional e ataque à dignidade e aos direitos fundamentais do trabalhador. (PAMPLONA FILHO; SANTOS, 2020, p. 93).

As sanções normalizadoras no contexto organizacional ocorrem em rotação acelerada, mas de modo permanente, já que a fiscalização neste tipo de assédio é constante e detalha pormenorizadamente as condutas dos empregados. Tais ações permitem a preservação da imagem da empresa, sob a máxima de que “os fins justificam os meios”. (PAMPLONA FILHO; SANTOS, 2020, p.98).

A característica da permanência e rotação rápida – de Deleuze – das ações assediadoras organizacionais reflete a sedimentação da disciplina e dispensa a concentração da atenção na *persona* fiscalizadora por se tratar de fenômeno que se materializa de forma contínua. A aproximação dos dispositivos de poder normalizadores e disciplinares é o elo para compreender a fluidez como o fenômeno tem se apresentado no novo contexto de trabalho informacional e tecnológico característico do século XXI. (CANDIOTTO; NETO, 2019, p.11)

3 A ATUAL ORGANIZAÇÃO DO TRABALHO E A VIRTUALIZAÇÃO DO ASSÉDIO: UMA NOVA VISÃO SOBRE OS INSTRUMENTOS DE PODER

A descentralização produtiva, somada à tendência de aumentar a produtividade do trabalho humano, ao desenvolvimento da tecnologia e a criação de aplicativos e plataformas digitais, marcam a era atual – do trabalho informacional e tecnológico – denominando-a de *outsourcing*. (SANTOS, 2020, p.1-2)

O modo de trabalho, além de contar com uma remodulação constante da indução do prazer, produção de coisas e formação do saber, passou a ser regulada pela internet e pela programação e/ou por algoritmos. (VILLATORE, 2012, p.66)

Tal morfologia, já observada por Antunes (2004), fez com que o trabalhador, face à agilidade das mudanças, passasse à contínua formação e aperfeiçoamento “sob pena de perder a sua empregabilidade ou competência”. (ARAÚJO, 2006, p.140).

Nessa estrutura, não é mais o relógio que organiza decisivamente o tempo de trabalho, vez que são as novas ferramentas que fazem com que a pessoa se mantenha conectado ininterruptamente. Isso quer dizer que o “empregado vai pra casa, sonha com trabalho, fica com medo de ser demitido” e nesse quadro de insegurança é que os empregados vinculam-se ao “trabalho o tempo todo”. (KASSAB, 2007, p.55).

Nesse contexto não há término de qualquer coisa já que “modula-se e remodela-se permanentemente, tanto o conteúdo do trabalho, como as metas ou as aquisições cognitivas do indivíduo”. (ARAÚJO, 2006, p.145).

O modelo de produção alicerçado no *crowndoursing* tem gerado diversificações não só na economia, mas também nas relações de trabalho e nos modos de interação do trabalhador com o ente empregador e, em especial, a delimitação dos espaços de funcionamento das atividades, bem como nas formas de exercício de poder um sobre o outro. (PAMPLONA FILHO; SANTOS, 2020. p.80-100).

O avanço da tecnologia, segundo Gauriau (2021, p.2) tem propiciado a expansão do trabalho à distância e contribuído para a conformação de novos arranjos na organização da produção e na gestão da força de trabalho transmutando as condições e características do mesmo, bem como a noção de tempo e de limite físico do local de trabalho, que passa a não mais existir, havendo uma sobreposição da vida profissional face à pessoal.

Para Villatore e Diniz (2012, p.3), essa nova configuração social, quanto ao modo vigilância, permitiu a escusa da arquitetura nos moldes clássicos do panoptismo de Foucault passando a interpenetração da vigilância do indivíduo de forma invisível ocorrendo, inclusive, no próprio domicílio do operário. (ARAÚJO, 2006, p.108).

A tecnologia da informação propicia a operacionalização dos modos de controle invisíveis, especialmente através de “correio eletrônico, por meio de câmeras e pelos dados obtidos na realização da própria atividade, os quais ficam registrados no software do processo produtivo”. (ARAÚJO, 2006, p.80-90).

Esse novo modo de produção indica um progresso econômico, mas não significa dizer que houve melhoria das condições de trabalho, tanto que Hirigoyen (2006, p.130) ressaltou que as novas organizações laborais têm como característica o estresse, a má-comunicação, padronização e a falta de reconhecimento, culminando em chefias sem limites, comunicação superficial e estritamente essencial, trabalhadores desprovidos de pensamentos, ou seja, na robotização das pessoas.

Tal metamorfose do trabalho, segundo Antunes (2004) fez surgir um trabalhador “*telepressionado*” (termo científico pesquisado pela *Northern Illionis University*). Identificou-se que há uma hiperconectividade e constante conexão e disponibilidade do trabalhador em prol do empregador. (PAMPLONA FILHO; SANTOS, 2020, p.70).

Com frequência, são utilizados programas ou aplicativos para acompanhar a rotina de trabalho, cobrar resultados e fiscalizar a execução do labor, inclusive nas formas típicas ou tradicionais de trabalho, sendo que, em muitos casos, o empregador demanda o empregado em qualquer hora do dia, inclusive nos feriados ou repousos semanais, exercendo uma intromissão abusiva na vida privada do trabalhador. É nesse contexto – de cultura urgente – que emerge a telepressão e o assédio digital como baluartes da empregabilidade. (SANTOS, 2020, p.55).

Diz Gauriau (2021), que o culto ao imediatismo contribui ao *blurring* que dá azo à prática do assédio moral virtual, que conforme a doutrina de Nunes (2018, p.20-22), é conceituado como “conduta dirigida (...) em mensagem por escrito, áudio ou visual, direcionada individualmente ou em grupo corporativo, aplicativos de mensagens instantâneas ou reuniões virtuais por teleconferência”.

Aqui, há uma releitura dos modos assediadores clássicos praticados presencialmente (*in loco*, como ideia central das sociedades disciplinares) para aqueles perpetrados em plataformas eletrônicas – o que confere um potencial danoso muito maior, vez que o alcance público é indefinido (*in invisibilia*, como ideia central das sociedades de controle). Ademais, a blindagem oferecida pelas plataformas potencializa o assédio moral e reforça comportamentos agressivos, já que faz nascer uma falsa realidade de “ação sem rosto”. (NUNES, 2018, p.25).

Dentre as características elencadas por Nunes (2018), sumariamente encontra-se no teleassédio: a) ausência de verdadeira autonomia do teletrabalhador; b) críticas injustas e exageradas; c) acréscimo permanente de novas tarefas (ou superiores a sua competência); d) isolamento do teletrabalhador nos grupos ou aplicativos; e) envio de vídeos, *emojis* e figuras que ridicularizem o trabalhador; f) exclusão de reuniões e videoconferência; g) invasão de dados do trabalhador. (PAMPLONA FILHO; SANTOS, 2020, p.68).

Esse novo cenário paradigmático – de padronização, estresse e de má-comunicação – intensifica o assédio moral em eras virtuais. Um dos primeiros casos enfrentados pelo judiciário brasileiro foi o contido no processo nº 0001260-82.2011.5.03.0143, denominado de “*ilha sem papel*”. O caso narrado por Pamplona Filho e Santos (2020, p. 70), denuncia a existência de um sistema de controle da rotina de trabalho dos empregados que enviava mensagens em detrimento do controle de

produtividade. Quando o saldo era positivo, havia elogios; quando o saldo era negativo, havia ofensas, xingamentos e ameaças de dispensa.

O cenário atual, especialmente após a Organização Mundial da Saúde (OMS) ter classificado como pandemia, o surto causado pelo *Corona Vírus Disease* (COVID-19) e ter desencadeado o estado de emergência nacional no ano de 2020, muitos trabalhadores foram submetidos a regime de trabalho à distância de modo compulsório, gerando uma informatização na organização do labor e uma hiperconexão dos pares, sem haver uma adequada preparação dos gestores, chefes e empregados para esse tipo de trabalho. Nesse contexto Lima (2020), em palestra virtual promovida pelo TRT-10ª Região, noticiou outras ocorrências de assédio moral virtual no Distrito Federal, entre eles: a) controle, vigilância e monitoramento da aparelhagem de acesso; b) criação de grupos de trabalho com exclusão de alguns integrantes; c) exposição da baixa produtividade em grupos de trabalho de forma generalizada.

As situações citadas exteriorizam manifestações dos dispositivos de poder introjetados de maneira fluídica sem a presença corpórea da autoridade fiscalizadora que acabam por ferir a dignidade humana e perfazem práticas ilícitas pelo “uso nocivo da tecnologia”, gerando condutas assediadoras. (VIRGENS FILHO, 2016, p.22)

Quando a cobrança por conexão permanente resta acompanhada de condutas abusivas, habituais e inseridas como política empresarial, assumindo alvo de natureza coletiva de trabalhadores com a finalidade de ataque à dignidade e aos seus direitos fundamentais, surge o assédio moral organizacional virtual. A principal distinção entre o assédio organizacional e organizacional virtual alude à forma eletrônica pelas quais as condutas abusivas são praticadas. (SANTOS, 2020)

O fenômeno virtualmente considerado continua dialogando com os mecanismos de poder (disciplinar e de controle), mas agora sob o domínio da internet. Assim, indaga-se: as tecnologias de poder estariam instaurando uma crise pela ausência de limitação física dos espaços em que se exerce a disciplina e o controle – encerrando a normatização da prisão – ou estar-se-ia vivendo uma expansão desse encarceramento?

Marino e Marino (2019) alertam que a internet é pedra de toque na formação de uma cultura global, seja pelo intenso fluxo de informações e dados, seja pela constante criação de novos recursos de comunicação, controle e disciplina. Notadamente, o uso da tecnologia potencializou a penetração do panoptismo à potência máxima através de um

exercício de poder em rede, quase anônimo, como forma de controle e de normalização dos indivíduos. (CANDIOTTO; NETO, 2019, p.7)

As técnicas de sujeição das sociedades de controle, para Candiottto e Neto (2019, p.5) não substituíram as das sociedades disciplinares, mas superpõem-se a estas e tornam-se cada vez mais invasivas, identificando assim a verdadeira expansão do encarceramento denunciado por Foucault (1999, p.150), mas agora de modo virtual.

É própria da finalidade do assédio organizacional uma domesticação da subjetividade do indivíduo, mas o que sua prática virtual esconde é a clara finalidade de criar dificuldades para que o homem possa servir-se de seu entendimento. Nos dizeres dos mesmos autores, “agencia-se e exercita-se, de maneira imperceptível, a liderança, a direção de outrem”. (CANDIOTTO; NETTO, 2019, p.9)

Essa insólita realidade (reconfiguração das tecnologias disciplinares) fez nascer o direito à desconexão ao trabalho, como um direito fundamental implícito do indivíduo, funcionando como mecanismo de refrear o campo para perpetração de abusos e assédios. (PAMPLONA FILHO; SANTOS, 2020, p. 115)

A discussão vai além do olhar obtuso de sopesar instrumentos e sujeitos como elementos do fenômeno; a discussão referente ao assédio moral organizacional mira em última análise a própria autodeterminação do indivíduo como ser humano em um contexto de disciplinamento da vontade e a regulação da conduta em um meio determinado. Essa é a verdadeira finalidade do assédio moral organizacional: perpetrar um mal radical elementar supressor de sentido. (ENRIQUEZ, 2006, p.1).

Portanto, para Antunes e Alves (2004, p.10) a morfologia gerada nas relações atuais – pela influência da tecnologia – incidem na (re)organização do trabalho requerendo um trabalhador com características multifuncionais, o que invariavelmente demanda uma flexibilização normativa para apaziguar a violência entre as relações de poder e a manutenção dos vínculos sociais e a proteção dos direitos fundamentais dos trabalhadores, tudo em consonância com a ordem interna e internacional vigente.

4 O CENÁRIO ATUAL NO CONTROLE NORMALIZANTE DAS RELAÇÕES DE PODER E DO COMBATE AOS ABUSOS NAS RELAÇÕES DE TRABALHO

As novas configurações laborais impulsionadas pela tecnologia têm constituído modos de existência (DELEUZE, 2008, p.116) que têm demandando dos legisladores e

juristas constante esforço no acompanhamento do atos/fatos sociais/jurídicos, senão no ritmo de evolução e crescimento da internet, em toada crescente e focada nas discussões laborais, especialmente porque o direito domiciliar carece de proteção específica no tocante ao exercício da disciplina e do “jogo de olhar” (FOUCAULT, 1999, p.143) no contexto do assédio moral, criando dificuldades para sua comprovação e combate em juízo. (CARVALHO JÚNIOR; CUNHA, 2018, p.106)

Como bem observou Antunes e Alves (2004, p.6), as mutações no mundo do trabalho na era da mundialização do capital e das inovações tecnológicas transformaram a subjetividade da classe trabalhadora em um objeto – chamando-os de sujeito-objeto – engendrando “uma força estranha” onde o indivíduo passa a alienar suas liberdades, “vendendo, por exemplo sua força de trabalho sob condições que lhe são impostas, ou, em outro plano, sacrifica-se ao consumo de prestígio, imposto pela lei de mercado”. (ANTUNES; ALVES (2004) *apud* TERTULIAN (1993), p.16).

A máxima inicial está circunscrita naquilo que Porto (2020) afirmou: “o trabalho e o(a) trabalhador(a) não são mercadoria” e é o Direito do Trabalho – ramo jurídico que se ocupa com a normatização das relações envolvendo a prática laboral – que deveria ser a fonte regulamentadora da matéria, mas não é assim.

É com base na Constituição Federal (CF) que se busca construir o sistema de proteção do trabalhador face ao assédio moral. O entendimento de que existem princípios constitucionais que visem assegurar as conquistas de um Estado Social voltados para a dignidade do trabalhador, para a segurança jurídica e social, aliado ao de que teria havido a constitucionalização do princípio da proteção, subsidiam o raciocínio. (SANTOS, 2020)

Processualmente, boa parte das situações submetidas à apreciação do judiciário não lograram êxito, seja diante a fragilidade probatória aferida, seja face ao insucesso em comprar os requisitos do assédio moral, especialmente o organizacional (CARVALHO JÚNIOR; CUNHA, 2018, p.106).

A ausência de delimitação do instituto somada à dificuldade processual em comprovar o assédio moral e a premente necessidade de se instituir mecanismos de prevenção e combate, imbuíu o legislador pátrio a lançar projetos de lei com o intuito de criminalizar tal prática (Projeto de Lei nº 4.742/01). (BRASIL, 2017)

Não se afigura apropriado que a criminalização seja a alternativa mais cabida, vez que a relação laboral deve buscar, em primeiro lugar, o equilíbrio estrutural entre os interesses de seus protagonistas: se de um lado há um empregador, com vistas à fomentar

a ordem econômica e auferir lucro, do outro há um trabalhador que conta com o emprego e anseia por segurança e respeito. (LOPEZ, 2001, p.33).

Neste contexto, o objetivo do Direito do Trabalho é equilibrar a desigualdade entre as partes construindo um contrapeso com a ampliação da liberdade do indivíduo por meio de regras que limitem a esfera de obediência do trabalhador. (SILVA; HORN, 2008, p.196)

Aliás, no Brasil, a luta atual ainda tem sido no sentido do reconhecimento do direito do empregado a se afastar do trabalho na qualidade de acidentado – em virtude de apresentar uma doença ocupacional decorrente do assédio moral – ou então a sua aposentadoria por invalidez. (ARAÚJO, 2006, p.140).

Em que pese haver a possibilidade de se classificar o assédio moral como um fator de doença ocupacional, Barreto (2003, p.5) denuncia a recusa dos órgãos previdenciários em reconhecer essa condição, gerando em muitos casos mais humilhação para o trabalhador que procura ajuda.

Não há no direito domiciliar, nada que se assemelhe, por exemplo, a iniciativa do governo sueco, preocupado com a elevação do número de casos de aposentadorias precoces por invalidez (das quais 20 a 40% foram decorrentes de assédio), de dividir os custos do afastamento do trabalhador com as empresas exigindo que estas elaborassem um plano de reabilitação profissional. (ARAÚJO, 2006, p.127)

O instituto, do assédio organizacional, por possuir características tipicamente laborais, deve ser avaliado sob a ótica da distribuição do poder de comando e direção do empregador na realidade produtiva com o objetivo de operacionalizar sua redistribuição é uma das questões mais complexas para uma regulação não-mercantil do mercado. (SILVA; HORN, 2008, p.195-196).

O mencionado enfoque de regulação, para Silva e Horn (2008, p.195) é tema de ordenação internacional e tem ganhado maior expressão após estudos realizados pela OMS (Organização Mundial da Saúde) indicarem que o presente século será marcado pelo crescimento exponencial das doenças psicológicas no ambiente de trabalho. (CALVO, 2020).

Essa preocupação culminou, no ano de 2019, na aprovação da Convenção nº 190 da OIT (Organização Internacional do Trabalho), com a proposta de prevenir e proteger os trabalhadores contra toda e qualquer violência e assédio. Viu-se que a OIT buscou estruturar aquilo que Silva e Horn (2008) denominaram de “paradigma de promoção e de

garantismo ao trabalho”, apresentando comportamentos e práticas inaceitáveis no mundo do trabalho (PORTO, 2020, p.13).

A Convenção tratou o assunto em âmbito macro sob o ponto de vista do *world of work* em detrimento do limitado *workplace*. Isso quer dizer que mundialmente há uma maior preocupação com o alcance (tanto subjetivo, quanto objetivo) das disposições convencionais. (PAMPLONA FILHO; SANTOS, 2020, p.150-151).

Embora a Convenção não trate expressamente a respeito do assédio moral organizacional, traz diretrizes claras a respeito do assédio moral globalmente considerado (atos de violência e discriminação) e também a respeito de sua prática no ambiente virtual. Estudos já demonstraram que os trabalhadores inseridos nas novas dinâmicas de trabalho estão sofrendo cada vez mais com o estresse, com o controle do modo, forma e método de trabalho. (CALVO, 2020).

O assédio moral encontra no sujeito pós-moderno (perverso) e na estrutura empresarial (desumana) terreno fértil para seu desenvolvimento. Além de que a existência de um ambiente hostil, a partir da lógica do exercício do poder de direção e disciplinar, acaba por desumanizar o desenvolvimento do labor, normalizando as práticas discriminatórias. (PORTO, 2020, p.13).

A violência e a discriminação inseridas no contexto organizacional são próprias da finalidade desse instituto, vez que a empresa ao praticar o fenômeno emerge uma ideia, segundo Candiottto e Neto (2019, p.9), de reflexo invertido, onde a sociedade se enxerga ao mesmo tempo que pune e ao se isentar das culpas, legitima-se. Não se está falando que quaisquer práticas que não sejam interpessoais sejam caracterizadas como tal, mas o que está a defender é a coibição da obtenção de decisões e comportamentos domesticados em um ambiente hostil (marcado pela ausência de solidariedade) como “normais”. (PORTO, 2020)

A prática introjetada como fenômeno jurídico em ambiente virtual já pode ser observada em discussões relativas à hiperconexão e à necessidade de se assegurar o direito à desconexão, sob o mote da fundamentalidade do equilíbrio entre a vida profissional e a vida familiar (e pessoal). A desconexão das plataformas digitais após a jornada de trabalho é essencial, pois numa sociedade em que as relações interpessoais estão cada vez mais virtuais, tal medida evita o assédio e o adoecimento dos trabalhadores, concretizando o direito fundamental ao trabalho digno. (CALVO, 2020).

A desconexão como direito de não ser vigiado, não ser manipulado, não ser relembrado do trabalho, dos colegas ou do ambiente; de não receber mensagens, *e-mails*, ou *whastapps*, não se subsume, por exemplo, ao modelo de produção toyotista. Há uma aparente assimetria e inadequação de comportamento desse trabalhador que até pouco tempo para ser “bom” deveria ser neutro, colaborativo, homogeneizado. A tendência atual não reflete mais essa realidade. Os mecanismos estão mais fluídos e as relações interpessoais também. (CALVO, 2020)

Os mecanismos de poder (disciplina/controle) denunciados ao longo deste artigo têm se mostrado cada vez mais invasivos quanto a autodeterminação do indivíduo e de disciplinamento da vontade nos ambientes virtuais, sendo esse, sem dúvida, um dos pontos de preocupação da Convenção nº 190 ao referir-se quanto ao uso “responsivo” da tecnologia (art. 3º, alínea “d”). (OIT, 2019)

O que se percebe é que os meios de prevenção e de combate ao assédio moral têm sido construídos administrativa e judicialmente e têm partido de práticas macro para as relações micro (entenda-se interpessoais), o que permite perceber uma preocupação de se estimular o debate em todos os espaços sociais, com o fim de se atingir a conscientização dos limites legais adotados para as relações interpessoais. Logo, parte-se do combate do assédio moral organizacional, vez que a preocupação não reside na digressão sobre o perfil do agressor ou da vítima, mas sim, como fruto dos próprios métodos de gestão empresarial, atingindo a todos. (ARAÚJO, 2006, p.160)

Para Porto (2020), o instrumento internacional tem viés “conscientizador” e balizador da interpretação dos tribunais no julgamento de casos concretos, vez que compatível com a ordem constitucional brasileira, aos auspícios de que a violência assediadora no ambiente de trabalho ofende os direitos da personalidade e causa desequilíbrio na relação, podendo ainda, gerar danos materiais e imateriais ao trabalhador, por ofensa aos direitos fundamentais e dignidade da pessoa humana.

De toda sorte, com base no diálogo das fontes (Constituição Federal, Código Civil e Consolidação das Leis Trabalhistas), é possível atribuir ao empregador responsabilidade pelos danos causados pelos trabalhadores que praticam a conduta ilícita, pois aquele será responsabilizado objetivamente pela escolha dos meios de vigilância utilizados (EBERT, 2018, p.166). Trata-se aí do viés da responsabilização (indenizatória) e de reparação integral dos danos sofridos (seja de qual ordem for: material, moral, estética, física ou psíquica). (PORTO, 2017, p. 135-148).

Assim, conjugando o princípio da reparação integral ao novo comando da Convenção nº 190 da OIT, resta configurado um vetor seguro para parametrizar uma resposta proporcional ao agravo produzido (preconizado pelo artigo 5º, V, da Constituição Federal) a qual deverá aplicado à luz dos casos concretos colocados sob o escrutínio do judiciário, não se figurando como correto parametrizar a tarifação proposta pelo legislador quanto aos valores relativos às indenizações na Justiça do Trabalho (BRASIL, 2017). A nosso ver, o legislador, quando da alteração da CLT pela Lei nº 13.467/2017, deixou passar uma oportunidade vanguardista de disciplinar e valorizar os direitos fundamentais do trabalhador, assumindo uma postura negativista ao deixar de trabalhar o assédio moral organizacional e ao tarifar valores reparatórios. (SOARES, 2018, p. 38-50).

Sob a ótica da ética da discussão (ENRIQUEZ *apud* HABERMANS, 2006, p.10), permite chamar a inteligência de raciocínio que Rousseau já trazia quando afirmava que é o direito que funda a liberdade real dos homens. Ser sujeito de direito não se trata assumir uma postura passiva de fruição, mas também de assumir uma postura ativa de assumir-se como ator no estabelecimento das leis, até porque, segundo Silva e Horn (2018, p.190), o princípio específico da proteção no direito do trabalho, quanto o princípio do não retrocesso social no direito constitucional, se relacionam a uma necessidade das pessoas por segurança, e em última análise, este é o principal objetivo da Convenção nº 190. (OIT, 2019).

Os modelos de gestão e os mecanismos de poder não podem sobrepor-se aos mecanismos de preservação de direitos desenvolvidos sob a égide da preservação da dignidade da pessoa humana, especialmente na consideração do ser humano como sujeito de direitos, vez que conforme ressaltou Silva e Horn, a insegurança é tanto civil, quanto social, sendo uma das consequências do processo de construção do mercado de trabalho. (SILVA; HORN, 2008, p.202-203)

Verifica-se que houve um alargamento do âmbito de aplicação do novel diploma normativo trazido pela Convenção nº 190 da OIT, em especial quanto às pessoas tuteladas, aos setores abarcados, momentos de ocorrência dos atos abusivos e lugares abrangidos e tudo isso, interpretado à luz do sistema normativo constitucional (e laboral), compõe o bloco de constitucionalidade que deve ser observado. (MELO; RODRIGUES, 2018, p.72-75).

Dessa forma, o desafio da atualidade reside em ajustar os mecanismos de poder a um meio ambiente laboral saudável, livre do caos da violência e das práticas discriminatórias sórdidas, conectando os princípios constitucionais da liberdade e da dignidade humana para se criar uma sociedade, conforme Enriquez apud Nietzsche (2006) que “dança” e não a de uma sociedade que “pesa”. Eis o mistério e a beleza das novéis relações interpessoais.

CONCLUSÃO

Ao largo do tempo, ficou evidenciado que os mecanismos de controle passaram por remodulações para se adaptarem aos modelos de gestão e ao contexto em que são praticados, mas tudo denunciando uma manutenção da exegese de funcionamento do panóptico de Foucault o qual ganhou maior abrangência para abarcar ocorrências no contexto virtual, criando uma crise de limitação dos espaços em que a vigilância, as sanções normalizadoras e o exame acontecem de modo mais amplo e fluído, aproximando assim da ideia proposta por Deleuze no tocante às sociedades de controle.

Para tanto, evidenciou-se que o fenômeno do assédio moral, desde os anos 80 esteve intimamente ligado ao excesso de poder instrumentalizado pelo jogo de olhar característico das fábricas (leia-se *empresa* sob a perspectiva temática deste trabalho). Ao largo da empregabilidade de técnicas culturais e organizacionais de controle da subjetividade dos trabalhadores, pode-se extrair a ocorrência do assédio em nível organizacional.

E por que o assédio moral organizacional é um problema? É fundamental compreender como a ocorrência desse fato é nociva aos trabalhadores, à empresa, ao Estado e à sociedade como um todo posto que sua existência merece proteção jurídica – inclusive internacional.

O que se percebe na cultura desse tipo de assédio é que a empresa busca, na figura do colaborador, um engajamento subjetivo (no sentido de domesticá-lo) para então servir-se da sua falta de entendimento para exercer a liderança e direção. Ademais, agravada está a configuração pela disseminação da internet e dos meios de disciplina/controle atualmente existentes, chegando-se a se falar na figura do trabalhador telepressionado e de seu direito à desconexão, pois a inteligência atual é a de que o desempenho do labor bem acompanhado de uma hiperconexão e contínuo acesso, especialmente ante a

aproximação que os meios telemáticos têm propiciado em interconectar as pessoas, atuar sobre a privacidade e sobre a intimidade dos indivíduos.

A preocupação atual é de ordenação virtual se equacionado ao modo em que o trabalho está sendo desenvolvido na era do *outsourcing*. Fala-se assim do assédio moral organizacional virtual, expoente claro da instrumentalização do panóptico com viés de controle exponencial, vez que nessa arquitetura os assediadores assumem uma capacidade de se ocultarem através da rede, aplicativos e programas.

Seria uma violência sem rosto através de mecanismos de normalização os quais incutem na organização a massiva prática de atitudes responsivas a fim de institucionalizá-las reforçando a ideia de que tal prática é realmente boa para manter um bom nível de trabalho, de organização, gestão e resultados, retroalimentando assim as próprias de relações de poder de todos contra todos.

O poder hierárquico *foucaultiano* aplicado às fábricas no contexto da atividade, conhecimento técnico, rapidez e zelo tem passado por uma releitura se composta ao olhar *deulleuziano* de controle, já que os meios telemáticos têm propiciado um aparelho disciplinar garantido através de um único olhar que busca ver tudo permanentemente, sem respeito à jornada, sem respeito ao descanso, deixando de garantir o direito ao trabalhador de se desconectar do labor, das pessoas, da rotina e do liame psicológico que o liga ao trabalho.

Tal prática, neste estudo, é abordada sob a ótica laboral, mas já existem estudos que valem do mesmo raciocínio transmutado em outros setores, como por exemplo, na gestão política (estudo desenvolvido por Candiotto; Neto, 2019, reforçam essa tese), onde os próprios integrantes sociais estariam agindo motivados pelo exercício de poder que pensam ser próprio, mas que na verdade estaria aumentando ainda mais a eficiência dos mecanismos de controle de subjetividade das pessoas proposto e pensado pela política.

Em verdade essa fluidez atingida pelos mecanismos de controle/segurança deixam de festejar o racionalismo do homem no sentido de ser visto como sujeito de direito, já que retira do cidadão o liberalismo de autodeterminação concretizado nos direitos fundamentais.

A literatura indica que o exercício do assédio moral não está mais restrito ao ambiente físico da empresa, ocorrendo fora do ambiente e em horários diversos ao de cumprimento da jornada, podendo ocorrer indiretamente àquele que presencia o assédio

de outrem, passando este a agir de modo acuado em situação de tensão e estresse, pela simples existência de um ambiente de trabalho hostil.

As consequências da prática atingem não só o indivíduo, mas também a própria empresa (por exemplo, com a redução da produtividade, rotatividade de pessoal, aumentos de erros e acidentes, licenças médicas, exposição negativa da marca, indenizações trabalhistas, etc.) e o próprio Estado, que chama para si a responsabilidade de custear tratamentos médicos, despesas com benefícios sociais e custos com processos administrativos e judiciais.

O diagnóstico é dado pela observação da própria legislação interna brasileira, especialmente ante a vigência da Lei nº 13.467/2017 (Reforma Trabalhista) que perdeu a oportunidade de tratar do tema, vez que não atribuiu nenhuma previsão sobre o assédio moral, seja na modalidade interpessoal, seja na modalidade institucional, deixando de afirmar a proteção dos direitos de personalidade do trabalhador e de acompanhar as tendências da nova era industrial (revolução tecnológica), apontado com um dos mais preocupantes problemas de saúde mental do século XXI segundo a OMS.

O desprestígio segue especialmente porque nessa mesma lei o legislador buscou tarifar a ocorrência dos valores indenizatórios indo de encontro ao que estabelece todo o arcabouço constitucional que tem como primado a responsabilidade integral do empregador conjugado a reparação do dano proporcional ao agravo aos auspícios da ponderação efetiva pelos macroprincípios da proporcionalidade e da razoabilidade.

Para se buscar adaptar a realidade à situação, o intérprete da norma deve se valer do diálogo das fontes e buscar preservar a vontade da Constituição Federal, independentemente do desprestígio do legislador brasileiro, que sequer reconhece o assédio moral como espécie autônoma de dano moral.

Nesse contexto, surge internacionalmente a Convenção nº 190 da OIT que reconhece expressamente o assédio virtual ao reafirmar a ocorrência da violência e do assédio no âmbito das comunicações relacionadas ao trabalho, inclusive por meio de tecnologia da informação.

O fato representa um marco na conscientização sobre a necessidade da maior proteção dos trabalhadores e mudança de certas posturas violadoras de direitos humanos, além de servir de horizonte para a interpretação dos tribunais, no julgamento de casos concretos, pois aborda o tema da violência de forma ampla e fixa parâmetros para definir e promover normas e princípios e direitos fundamentais no trabalho e busca melhorar a

cobertura e a eficácia da proteção social para todos e fortalecer o tripartismo e o diálogo social.

Cumprе alertar que o presente artigo não busca encerrar as possibilidades jurídicas de enfrentamento do tema, pelo contrário, busca alertar a uma realidade atinente aos fatos e atos que tem se exteriorizado nas relações laborais e que se trata de um fenômeno ainda em construção e que, pela fragilidade normativa em disciplinar o instituto e reconhecê-lo como causa a legítima a subsidiar o recebimento de auxílio doença ou até mesmo uma aposentadoria por invalidez, deixa o instituto em latência, sendo analisado casuisticamente pelos Tribunais envolvendo pleitos reparatórios.

O desafio que está lançado é o de ajustar os mecanismos de poder a um meio ambiente laboral saudável, livre do caos da violência e de práticas discriminatórias sórdidas, conectando os princípios constitucionais de valorização do trabalho como um valor social que é efetivamente respeitado, fomentando assim a dignidade humana e a responsabilidade social na compreensão do tema e na aplicabilidade dos limites advindos na clássica noção ética dos direitos e deveres de cada um dos atores nas relações laborais.

REFERÊNCIAS

ANTUNES, Ricardo; ALVES, Giovanni. **As mutações no mundo do trabalho na era da mundialização do capital**. Educ. Soc., Campinas , v. 25, n. 87, p. 335-351, Aug. 2004 . Disponível em <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0101-73302004000200003&lng=en&nrm=iso>. Acesso em: 06 de Aug. 2020.

_____. **Afinal, quem é a classe trabalhadora de hoje?** Estudos do trabalho, Marília, ano 2, n.3, pp. 1-9, Disponível em: www.estudosdotrabalho.org/5RicardoAntune.pdf. Acesso em: 07 de dez. 2020.

ARAÚJO, ADRIANE REIS DE. **Le harcèlement moral collectif dans le travail**. 2006. 231 f. Dissertação (Mestrado em Direito) - Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2006. Disponível em: <https://tede2.pucsp.br/handle/handle/7054>. Acesso em: 26 de mar. 2020.

_____. Assédio moral organizacional. In: ARAÚJO, Adriane Reis de. Assédio moral organizacional. **Revista do Tribunal Superior do Trabalho**, Porto Alegre, v. 73, n. 2, p. 203-214, abr./jun. 2007

ÁVILA, Rosemari Pedrotti de. **As consequências do assédio moral no ambiente de trabalho**. São Paulo: LTr, 2009, p.19.

BARACAT, E.M.; ZEMPULSKI, T. L. **Assédio moral no meio ambiente de trabalho**. In: CONGRESSO DO CONPEDI, 25. DIREITO DO TRABALHO I. Florianópolis: Anais..., CONPEDI, 2016. v. 25. p. 181-196. Disponível em: <<http://www.http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=25e2d0317e892210>>. Acesso em: 07 dez. 2020.

BARRETO, Margarida M. S. Assédio moral: ato deliberado de humilhação ou uma "política da empresa" para livrar-se de trabalhadores indesejados. **Revista Ser Médico**. Ed. 20. jul/ago/set 2002. Disponível em: <<https://www.cremesp.org.br/?siteAcao=Revista&id=40>> Acesso em: 10 de dez. de 2020.

_____. **VIOLÊNCIA, SAÚDE E TRABALHO Uma jornada de humilhações**. São Paulo: EDUC. 2003.

BRASIL. Congresso. **Câmara dos Deputados. Câmara aprova punição para assédio moral no trabalho**. Brasília: Câmara dos Deputados, Coordenação de Publicações, 12.03.2019, Disponível em: < <https://www.camara.leg.br/noticias/553265-camara-aprova-punicao-para-assedio-moral-no-trabalho/>>, Acesso em: 15 dez. 2020.

_____. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Senado Federal: Centro Gráfico, 1988.

_____. **Decreto-lei nº 5.452, de 1 de maio de 1943. Aprova a consolidação das leis do trabalho**. Lex: coletânea de legislação: edição federal, São Paulo, v. 7, 1943.

_____. **Lei nº. 13.467, de 13 de julho de 2017. Altera a Consolidação das Leis do Trabalho (CLT)**. Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil. Brasília, DF. <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2017/lei/l13467.htm>. Acesso em: 10 ago. 2020.

CANDIOTTO, C.; NETO, S. C. **O panoptismo eletrônico virtual e sua ameaça ao exercício da atitude crítica**. Cadernos de Ética e Filosofia Política, [S. l.], v. 2, n. 35, p. 83-101, 2019. DOI: 10.11606/issn.1517-0128.v2i35p83-101. Disponível em: <<https://www.revistas.usp.br/cefp/article/view/162507>>. Acesso em: 15 fev. 2021.

CALVO, Adriana. **Breves reflexões sobre o conceito de assédio na convenção 190 da OIT. Empório do Direito**. Disponível em: <https://emporiiododireito.com.br/leitura/breves-reflexoes-sobre-o-conceito-de-assedio-na-convencao-190-da-oit>. Acesso em: 25 jan. 2021.

CARVALHO JÚNIOR, Pedro. e CUNHA, Gabriela. (2018). A prova do assédio moral nas ações coletivas e a reforma trabalhista. **Revista Do Tribunal Regional Do Trabalho Da 10ª Região**, 22(1), 105-120. Disponível em: <<https://revista.trt10.jus.br/index.php/revista10/article/view/207>>. Acesso em: 19 de jan.2020

COSTA, Rogério da. **Sociedade de controle**. São Paulo Perspec., São Paulo , v. 18, n. 1, p. 161-167, mar. 2004 . Disponível em

<http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0102-88392004000100019&lng=pt&nrm=iso>. acessos em 04 jan. 2021.

DAMASCENO, Paola Silva. **Práticas de assédio moral nas relações de emprego doméstico: a experiência vivida no NUPAJ - TRT 10**. 2018. 37 f. Trabalho de Conclusão de Curso (Bacharelado em Direito)—Universidade de Brasília, Brasília, 2018.

DELEUZE, Gilles. **Foucault**, 2ª edição. São Paulo: Editora Brasiliense, 1991.

_____. **Conversações: 1972-1990**. São Paulo: Editora 34, 2000.

EBERT, Paulo Roberto Lemgruber. A nova sistemática da reparação dos danos extrapatrimoniais decorrentes da relação de trabalho: análise sob os prismas da constitucionalidade e da aplicabilidade. **Revista eletrônica [do] Tribunal Regional do Trabalho da 9ª Região**, Curitiba, PR, v. 7, n. 67, p. 119-166, abr. 2018. Disponível em: <<https://juslaboris.tst.jus.br/handle/20.500.12178/139843>> Acesso em: 04 mar 2021.

ENRIQUEZ, E. **O homem do século XXI: sujeito autônomo ou indivíduo descartável**. RAE-eletrônica, v. 5, n. 1, art. 11, p. 1-14, 2006.

FOUCAULT, Michel. **Vigiar e Punir: história da violência nas prisões**. Petrópolis: Editora Vozes, 1999.

GARCIA, Bruna Pinotti; FURLANETO NETO, Mário. **Internet: conflitos de princípios fundamentais**. Disponível em: <<http://seer.franca.unesp.br/index.php/estudosjuri-dicosunesp/article/view/527/747>>. Acesso em: 04 mar 2021.

GAURIAU, R. (2021). Direito à desconexão e teletrabalho: contribuição do Direito do Trabalho francês. Estudo comparado franco-brasileiro. **Revista Do Tribunal Regional Do Trabalho Da 10ª Região**, 24(2), 152-164. Disponível em <<https://revista.trt10.jus.br/index.php/revista10/article/view/420>>. Acesso em: 10 mar 2021.

HIRIGOYEN, Marie-France. **Mal-estar no trabalho: redefinindo o assédio moral**. Tradução Rejane Janowitzer. 3ª Ed., Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2006.

_____. **Mal-estar no trabalho : redefinindo o assédio moral**. Tradução RejaneJanowitzer. São Paulo: Bertrand Brasil, 2002.

LEYMAN, Heinz. **Why Does Mobbing Take Place?** In: The mobbing encyclopedia: Bulling; whistleblowing: the definition of mobbing at workplaces. Disponível em <<http://leymann.se/English/frame.html>> Acesso em 01.07.2020, tradução livre.

LIMA, Kátia de. **Teletrabalho e Assédio Moral: Estratégias de Enfrentamento**, In: Canal do YouTube da Escola Judicial TRT-10ª Região (EJUD-10), Palestras, 2020. Disponível em: <<https://www.youtube.com/watch?v=emm3eMFZ5uA>> Acesso em: 20 fev.2021.

LOYOLA, Fernanda Beatriz Kula; CAMPOS, Erika Paula de. O assédio moral organizacional. **Percursos**, [S.l.], v. 1, n. 12, p. 259-280, jan. 2013. ISSN 2316-7521. Disponível em: <<http://revista.unicuritiba.edu.br/index.php/percurso/article/view/536>>. Acesso em: 06 ago. 2020.

MELO, Sandro Nahmias; RODRIGUES, Karen Rosendo de Almeida Leite. **Direito a desconexão do trabalho: com análise crítica da reforma trabalhista** (Lei nº 13.467/2017). São Paulo: LTR, 2018.

NUNES, Talita Camila Gonçalves. **A precarização no teletrabalho: escravidão tecnológica e impactos na saúde física e mental do trabalhador**. Belo Horizonte: RTM, 2018.

ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DEL TRABAJO. **Conferencia Internacional del Trabajo. Comisión normativa: violencia y acoso en el mundo del trabajo**, 2019 (No. 190). Disponível em: < https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---ed_norm/---relconf/documents/meetingdocument/wcms_711719.pdf >. Acesso em: 16 ago. 2020.

PAMPLONA FILHO, Rodolfo; SANTOS, Claiz Maria Pereira Gunça dos. **Assédio Moral organizacional: presencial e virtual**. São Paulo: Saraiva Educação, 2020.

PINTO, José Augusto Rodrigues. **Tratado de direito material do trabalho**. São Paulo: LTr, 2007.

PORTO, Noemia Garcia. A Convenção nº 190 da OIT e as Violências no Ambiente de Trabalho. In: **Revista Sindical**. Dezembro/2020, p. 12-13. Disponível em: < [http://www.mundosindical.com.br/Revistas/66,Revista-Mundo-Sindical-Edicao-25?IDC=\[idc\]](http://www.mundosindical.com.br/Revistas/66,Revista-Mundo-Sindical-Edicao-25?IDC=[idc]) >. Acesso em 10 mar. 2021.

_____. In: Justiça, Trabalho e Saúde Assédio no Trabalho, **REVISTA PROTEÇÃO**. Brasília, DF: fev/2019. 76 p. Disponível em: < <https://www.anamatra.org.br/images//DOCUMENTOS/2019/Artigo.Dra.Noemia.pdf> >. Acesso em: 06 ago. 2020.

_____. **Dano extrapatrimonial e reforma trabalhista: análise sobre o alcance dos direitos fundamentais**. In: Reforma Trabalhista: Visão, Compreensão e crítica. FELICIANO, Guilherme Guimarães; TREVISIO, Marco Aurélio Marsiglia & FONTES, Saulo Tarcísio de Carvalho –organizadores. São Paulo: LTr, 2017.

SANTOS, Claiz Maria Pereira Gunça dos. **Assédio moral organizacional virtual** Conteúdo Jurídico, Brasília-DF: 05 jan 2021. Disponível em: <https://conteudojuridico.com.br/consulta/artigos/55550/assdio-moral-organizacional-virtual>. Acesso em: 05 jan 2021.

SILVA, Leonardo Mello. **Trabalho em grupo e sociabilidade privada**. São Paulo: USP, Curso de Pós-graduação em Sociologia: Ed. 34, 2004, p. 25.

SILVA, Sayonara Grillo Coutinho L. da; HORN, Carlos Henrique. O princípio da proteção e a regulação não mercantil do mercado e das relações de trabalho. **Revista de direito do trabalho**, São Paulo, SP, v. 34, n. 132, p. 184-205, out./dez. 2008.

SOARES, Gabriela de Carvalho. **Danos morais na reforma trabalhista: a inconstitucionalidade da tarifação de valores indenizatórios**. 2018. 56 f. Trabalho de Conclusão de Curso (Bacharelado em Direito) -Universidade de Brasília, Brasília, 2018.

SOBOLL, Lis Andréa Pereira. **Assédio moral/organizacional: uma análise da organização do trabalho**. São Paulo : Casa do Psicólogo, 2008.

TRIBUNAL SUPERIOR DO TRABALHO. **Pare e Repare - Por um Ambiente de Trabalho mais Positivo** . Disponível em: <
<https://www.tst.jus.br/documents/10157/55951/Cartilha+ass%C3%A9dio+moral/573490e3-a2dd-a598-d2a7-6d492e4b2457> >. Acesso em: 25 ago. 2020.

VILLATORE, Marco Antônio César; DINIZ, Patrícia Dittrich Ferreira. O assédio moral, analisado sob uma perspectiva moderna, determina medidas preventivas inovadoras. **Revista Jurídica**, [S.l.], v. 2, n. 29, p. 185-211, dez. 2012. ISSN 2316-753X. Disponível em:
<<http://revista.unicuritiba.edu.br/index.php/RevJur/article/view/520>>. Acesso em: 14 mar. 2021.

VIRGENS FILHO, Jobel Amorim das. **Assédio moral eletrônico: um desafio para os operadores do direito do trabalho**. Disponível em: <http://daniellixavierfreitas.jus-brasil.com.br/artigos/167709388/assedio-moral-eletro-nico-e-teleassedio-moral-um-novo-desafio-para-os-ope-radores-do-direito-do-trabalho-artigo-de-jobel-amorim-das-virgens-filho?ref=topic_feed>. Acesso em: 06 jul 2020.

ZARIFIAN, Philippe. **Engajamento subjetivo, disciplina e controle**. In: Novos estudos Cebrap. Nº 64, nov. 2002.

A NECESSIDADE DA FLEXIBILIZAÇÃO DE INSTITUTOS DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL PARA A RESOLUÇÃO DE LITÍGIOS ESTRUTURAIS

THE NEED FOR FLEXIBILITY IN THE INSTITUTES OF THE CODE OF CIVIL PROCEDURE TO SOLVE STRUCTURAL LITIGATION

Luísa Carolina de Souza Matos¹

SUMÁRIO: Introdução; 1 Conceitos e Características dos Processos Estruturais; 2 O julgamento do Recurso Especial nº 1.854.842/CE. 3 O modelo bipolarizado do Código de Processo Civil; 3.1 Características do pedido e o princípio da demanda; 3.2 A sentença e o papel do magistrado; 3.3 A efetividade da fase executiva; 4 Sugestões para viabilizar o tratamento adequado a demandas estruturais; Conclusão; Referências

SUMMARY: Introduction; 1 Concepts and Characteristics of the Structural Processes; 2 The judgment of the Appeal No. 1.854.842/CE. 3 The bipolar model of the Code of Civil Procedure; 3.1 Characteristics of the request and the principle of lawsuit; 3.2 Sentencing and the role of the magistrate; 3.3 The effectiveness of the executive phase; 4 Suggestions to enable the proper treatment of structural lawsuits; Conclusion; References

RESUMO: O presente trabalho se preocupou com o fato de estarem sendo, cada vez mais, levados a julgamento do Poder Judiciário problemas policêntricos e altamente complexos. A partir disso, o objetivo central do trabalho foi indicar a importância de flexibilizar certos institutos do Código de Processo Civil para viabilizar o correto julgamento deste tipo de demanda. Assim, foram apresentados os conceitos e as características mais marcantes dos processos estruturais, a fim de possibilitar a diferenciação deste tipo de litígio dos processos individuais e dos coletivos comuns. A fim de evidenciar as características de litígios estruturais, foi apresentado o caso concreto das crianças e adolescentes acolhidos institucionalmente por período superior ao permitido pelo Estatuto da Criança e do Adolescente, no Município de Fortaleza/CE. Também foram apresentados alguns institutos positivados pelo Código de Processo Civil que, por trazerem a imagem de um conflito bipolarizado e individual, não se amoldam à

¹ Advogada, especializada em Direito Processual Civil, <http://lattes.cnpq.br/9362761641003590>, luisacsmatos@gmail.com.

flexibilidade e à perspectiva exigidas ao julgamento de processos estruturais. Por fim, foram apresentadas algumas sugestões para o adequado julgamento de referidas demandas, de maneira a considerar suas particularidades.

ABSTRACT: This essay is concerned with the fact that more and more polycentric and highly complex problems are being brought before the Judiciary. Based on this, the main objective of the work is to indicate the importance of making certain institutes of the Code of Civil Procedure more flexible in order to enable the correct judgment of this type of lawsuit. Thus, the concepts and the most distinctive characteristics of structural lawsuits were presented, in order to enable the differentiation of this type of litigation from ordinary individual and collective lawsuits. In order to highlight the characteristics of structural litigation, the case of children and adolescents institutionally housed for a period longer than permitted by the Child and Adolescent Statute, in the City of Fortaleza/CE, was presented. Also presented were some of the institutes established by the Code of Civil Procedure that, because they present the image of a bipolar and individual conflict, do not conform to the flexibility and perspective required for the judgment of structural processes.

Finally, some suggestions were presented for the more effective judgment of such claims, in order to consider their particularities.

Palavras-chave: processos estruturais, litígios estruturais, processo coletivo, problemas estruturais, flexibilização processual.

Keywords: structural processes, structural litigation, class action, structural problems, procedural flexibility.

INTRODUÇÃO

O Código de Processo Civil de 2015 - CPC trouxe uma nova perspectiva acerca do processo judicial, inserindo em seus primeiros artigos preceitos fundamentais que devem ser observados durante toda a tramitação processual. Dentre as inovações trazidas, é possível destacar o enaltecimento ao princípio da cooperação, que busca reduzir o caráter adversarial existente entre as partes litigantes.

Mesmo diante deste novo cenário, o CPC manteve o sistema de bipolarização dos conflitos, situação típica em que um sujeito ou grupo de sujeitos possui uma pretensão que encontra resistência ou insatisfação de outro sujeito ou grupo de sujeitos. A partir disso, emerge a ideia de que o processo deve, necessariamente, oscilar entre estes dois extremos (autor e réu), cabendo apenas ao juiz verificar a quem merece ser entregue a tutela jurisdicional.

Alguns dispositivos do mencionado Código evidenciam esse caráter bipolar e podem “engessar” a atividade do magistrado. Contudo, nem sempre a utilização da estrutura processual comum possui condições de solucionar, de forma efetiva, os conflitos complexos, sendo necessário que levem em consideração a complexidade, a multipolaridade, a policentria típicos desse tipo de demanda, o que exige certa flexibilização de institutos.

Esse tipo de demanda está ligado a problemas estruturais, que exigem reformas institucionais, e não apenas a adoção de medidas isoladas, que podem, inclusive, agravar o problema institucional. Dentre ele, podemos citar aqueles que envolvem o direito à educação, à saúde, à moradia, e também aqueles que visam a assegurar a proteção ao meio ambiente e à concorrência.

Apesar de a existência de problemas estruturais não ser recente, nem sempre o Poder Judiciário adota medidas adequadas para solucioná-los de maneira efetiva, considerando o problema como todo.

Diante disso, o presente trabalho analisará a necessidade de flexibilização de certos institutos do Código de Processo Civil para viabilizar a correta resolução de litígios estruturais. A questão proposta possui grande relevância social, pois o julgamento de maneira inadequada pode prejudicar o acesso a direitos fundamentais, a aplicação de

políticas públicas entre outros problemas. A discussão também merece ser abordada, tendo em vista o pouco tempo de vigência do Código de Direito Processual Civil e as inovações por ele trazidas.

Para tanto, serão realizadas pesquisas bibliográficas sobre o tema, sendo abordado, no primeiro capítulo, alguns conceitos e características dos processos estruturais, a fim de possibilitar a diferenciação destes com processos individuais e coletivos comuns. No segundo capítulo será apresentado o caso concreto das crianças e adolescentes acolhidos institucionalmente por período superior ao permitido pelo Estatuto da Criança e do Adolescente, no Município de Fortaleza/CE, a partir da análise do Recurso Especial nº 1.854.842/CE.

No terceiro capítulo será demonstrado como o processo civil brasileiro foi pensado apenas para resolver litígios individuais, marcados pela bipolarização, o que não é adequado para solucionar litígios estruturais. Por fim, o quarto capítulo indicará algumas sugestões para viabilizar o tratamento adequado a demandas estruturais, considerando suas particularidades.

1 CONCEITOS E CARACTERÍSTICAS DOS PROCESSOS ESTRUTURAIS

O primeiro caso emblemático de processo estrutural surgiu em 1954, quando a Suprema Corte Norte Americana, a partir do julgamento do caso *Brown vs. Board of Education of Topeka (Brown I)*, entendeu como inconstitucional a segregação racial das escolas públicas dos Estados Unidos da América, invalidando o sistema dual de ensino do país, com a divisão de escolas para negros e escola para brancos, e a doutrina *separate but equal*.²

Apesar disso, a Corte não especificou qual seria o procedimento adequado para a integração das escolas. Um ano depois (1955), após diversas queixas de dificuldades na implementação da nova política, a Corte foi forçada a reexaminar o caso (*Brown II*), oportunidade em que traçou diretrizes para que a decisão judicial fosse efetiva no combate à violação do direito constitucional. A partir disso, foi autorizada a criação de planos

² PUGA, Mariela. La Litis Estructural en el caso Brown v. Broad of Education. In: ARENHART, Sérgio Cruz; JOBIM, Marco Félix (Org.). **Processos Estruturais**. Salvador: JusPodivm, 2019, p. 93.

adequados às características de cada estado para a solução do problema, cuja execução seria observada de perto pelo Poder Judiciário.³

A partir do julgamento do caso, o Poder Judiciário passou a não apenas pacificar disputas individuais, mas também a afirmar valores constitucionais, viabilizando o seu efetivo cumprimento. Surgiram, então, os conceitos de medidas estruturantes (*structural reform*) e decisões estruturantes (*structural injunction*). As medidas estruturantes são uma nova forma de solução de conflitos, a partir da atividade judicial, para superar a burocracia de instituições que podem obstaculizar a efetividade das decisões judiciais e prejudicar direitos garantidos pela Constituição.⁴

As decisões estruturais são, então, uma forma de decisão que busca “*implantar uma reforma estrutural em um ente, organização ou instituição, com o objetivo de concretizar um direito fundamental, realizar uma determina política pública ou resolver litígios complexos*”⁵.

Os processos estruturais são uma espécie de processo coletivo que busca solucionar um problema estrutural, isto é, um estado de desconformidade, de desorganização contínua e permanente em uma estrutura burocrática.⁶

O objetivo é promover a reorganização de toda uma instituição, para que sejam implementados, a partir do Poder Judiciário, valores públicos relevantes para a sociedade que não foram observados de forma eficaz e espontânea.⁷

³ ARENHART, Sérgio Cruz. **Decisões estruturais no Direito Processual Civil brasileiro**. Disponível em: <https://www.academia.edu/9132570/Decis%C3%B5es_estruturais_no_direito_processual_civil_brasileiro>. Acesso em 19 de agosto de 2021.

⁴ JOBIM, Marco Félix; ROCHA, Marcelo Hugo. Medidas Estruturantes: Origem em Brown v. Board of Education. In: ARENHART, Sérgio Cruz; JOBIM, Marco Félix (Org.). **Processos Estruturais**. Salvador: JusPodivm, 2019, p. 657

⁵ DIDIER JR, Fredie; ZANETI JR, Hermes; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. Notas sobre as decisões Estruturantes. In: ARENHART, Sérgio Cruz; JOBIM, Marco Félix (Org.). **Processos Estruturais**. Salvador: JusPodivm, 2019, p. 339-354.

⁶ VITORELLI, Edilson. Processo Civil Estrutural: teoria e prática. Juspodivm, 2ª ed. 2021.P. 64.

⁷ DIDIER JR, Fredie; ZANETI JR, Hermes; OLIVEIRA, Rafael Alexandria. **Elementos para uma Teoria do Processo Estrutural aplicada ao Processo Civil Brasileiro**. Disponível em: https://www.academia.edu/42872474/ELEMENTOS_PARA_UMA_TEORIA_DO_PROCESSO_ESTRUTURAL_APLICADA_AO_PROCESSO_CIVIL_BRASILEIRO. Acesso em 18 de agosto de 2021.

A existência de um problema estrutural é, portanto, a característica mais evidente dos processos estruturais, no entanto, também podemos mencionar outras que a diferenciam do processo coletivo ou do processo individual comum.⁸

Uma característica que pode ser encontrada é a presença de múltiplos atores que se encontram no mesmo patamar de protagonismo, com uma gama de interesses sendo discutidos, de modo que uma alteração em algum dos pontos gera repercussões nos demais, não necessariamente previsíveis⁹.

Podemos indicar como exemplos os casos de rompimento de barragens de rejeitos em Mariana (MG) e em Brumadinho (MG), em que há interesses da coletividade, notadamente no que tange à preservação do meio ambiente, dos municípios afetados, dos particulares diretamente afetados pelas tragédias, e das próprias empresas responsáveis pelas barragens.¹⁰

Sobre essa existência de múltiplos atores, Edilson Vitorelli sugere que estes participem desde o início, a fim de evitar que, posteriormente, suas perspectivas, ainda que importantes e fundadas, sejam desconsideradas e vistas com resistência, sob justificativa de prejudicar a efetividade do comando inicial e a estabilização da demanda.¹¹

Como não é possível prever quais serão as medidas necessárias para detectar e sanar o problema de antemão, devendo estas serem adotadas de acordo com as necessidades do caso concreto, o processo estrutural é marcado pela flexibilização de procedimento. Também acerca disso, pode-se evidenciar duas fases principais no decorrer do processo, a primeira fase dedicada a constatar o problema e determinar uma meta ampla a ser atingida e, a segunda, destinada à implementação das medidas necessárias ao

⁸ VITORELLI, Edilson. Litígios Estruturais: decisão e implementação de mudanças socialmente relevantes pela via processual. In: ARENHART, Sérgio Cruz; JOBIM, Marco Félix (Org.). **Processos Estruturais**. Salvador: JusPodivm, 2019, p. 269-323.

⁹ FARIA, Ana Maria Damasceno de Carvalho Faria. A liquidação de sentença como etapa fundamental ao cumprimento de sentenças estruturais. In: ARENHART, Sérgio Cruz; JOBIM, Marco Félix (Org.). **Processos Estruturais**. Salvador: JusPodivm, 2019, p. 161.

¹⁰ NUNES, Dierle; BAHIA, Alexandre; ARAÚJO, Jéssica. A aplicação compartilhada de medidas estruturante nos processos coletivos de Mariana e Brumadinho. In: NUNES, Dierle; COSTA, Fabrício Vieira; GOMES, Magno Federici (Org.). **Processo coletivo, desenvolvimento sustentável e tutela diferenciada dos direitos fundamentais**: volume 2. Rio Grande do Sul: Editora FI, 2020.p. 299-326.

¹¹ VITORELLI, Edilson. Litígios Estruturais: decisão e implementação de mudanças socialmente relevantes pela via processual. In: ARENHART, Sérgio Cruz; JOBIM, Marco Félix (Org.). **Processos Estruturais**. Salvador: JusPodivm, 2019, p. 286.

atingimento da meta estabelecida na decisão estrutural, com a avaliação dos impactos decorrentes do comportamento institucional.¹²

Assim, o processo decisório é realizado “em cascata”, de modo que, inicialmente é prolatada uma “decisão principiológica”, e, após isso, são prolatadas tantas quantas forem necessárias, conforme o aparecimento de problemas, de modo que a intervenção do judiciário é necessariamente continuada, sendo a decisão e o seu cumprimento periodicamente analisados e, se necessário, complementados.¹³

Além disso, como o foco é na resolução do problema em uma perspectiva macro, não apenas de maneira individual e particularizada a abordagem deve ser feita com certo distanciamento do evento particular. Também se evita perquirir acerca da intenção ou da culpa dos agentes e visando a alcançar uma possível solução para o futuro, não apenas remediando o ilícito pretérito, na tentativa de impedir que a violação de direitos, já prolongada, se perpetue. Essa característica é chamada de prospectividade.¹⁴

Para deixar evidente essa característica, vejamos o exemplo utilizado por Edilson Vitorelli. O autor menciona que a Defensoria Pública de São Paulo propôs, em 2014, aproximadamente 61 mil ações individuais pleiteando vagas para crianças em creches. Mesmo detendo de legitimidade para propor ação coletiva, o defensor público responsável indiciou que a ação individual era sinônimo de êxito, nestes casos. Apesar disso, é evidente que as ações individuais não resolveram o problema na política pública existente, tampouco estancou a violação ao direito à educação das crianças do Estado.¹⁵

Em verdade, as ações individuais serviram para substituir as crianças que seriam admitidas nas creches caso o critério administrativo regular fosse aplicado, o que foi realizado sem qualquer critério e pode colapsar ainda mais o sistema existente. Por uma

¹² DIDIER JR, Fredie; ZANETI JR, Hermes; OLIVEIRA, Rafael Alexandria. **Elementos para uma Teoria do Processo Estrutural aplicada ao Processo Civil Brasileiro**. Disponível em: https://www.academia.edu/42872474/ELEMENTOS_PARA_UMA_TEORIA_DO_PROCESSO_ESTRUTURAL_APLICADA_AO_PROCESSO_CIVIL_BRASILEIRO. Acesso em 18 de agosto de 2021.

¹³ OSNA, Gustavo. Nem “tudo”, nem “nada” – Decisões estruturantes e efeitos jurisdicionais complexos. In: ARENHART, Sérgio Cruz; JOBIM, Marco Félix (Org.). **Processos Estruturais**. Salvador: JusPodivm, 2019, p. 355-381.

¹⁴ FERRARO, Marcela Pereira. *Do processo bipolar a um processo coletivo-estrutural*. 2015, Dissertação de Mestrado em Direito das Relações Sociais. Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2015. p. 22.

¹⁵ VITORELLI, Edilson. Levando os conceitos a sério: processo estrutural, processo coletivo, processo estratégico e suas diferenças. **Revista de Processo**. v. 284, p. 333-369, out. 2018

lógica estrutural, portanto, seria necessário pensar na resolução do problema de falta de vagas em creches como um todo, sem analisar o caso individual de algumas crianças.¹⁶

Apesar do exemplo mencionado, não é correto associar os problemas estruturais apenas às instituições públicas, tendo em vista que as instituições privadas também podem necessitar de alterações estruturais para que obtenham os resultados desejáveis. Acerca disso, Fredie Didier Jr, Hermes Zaneti Jr e Rafael Alexandria de Oliveira exemplificam que a falência ou a recuperação judicial de empresas pode ser um problema estrutural, principalmente a depender da sua importância para a economia local.¹⁷

Também podemos citar como exemplos a existência de um sistema prisional que desrespeita a dignidade do preso e a possibilidade de ressocialização, um sistema de saúde não universal e não isonômico, ou, ainda, problemas relacionados à proteção ambiental.

A existência de um problema estrutural, no entanto, não necessariamente implicará no ajuizamento de um processo estrutural. É possível que o problema seja tratado de como um simples processo coletivo, buscando apenas resolver as consequências, e não a causa do problema, ou, ainda, como um processo individual, adotando apenas providências pontuais para aqueles que ingressaram com a demanda.

A adoção de medidas pontuais para a resolução de problemas estruturais e julgamento de demandas individuais de maneira repetida é prejudicial, pois pode prejudicar as políticas públicas já existentes, impactando no orçamento público de maneira desordenada, além de gerar quebra de isonomia, ao passo que aquele que individualmente obteve resposta do Judiciário, não necessariamente era quem mais precisava da medida concedida.¹⁸

Sobre isso, Edilson Vitorelli afirma que *“quando problemas estruturais são tratados em processos individuais, quaisquer critérios de prioridade colapsam em um*

¹⁶ VITORELLI, Edilson. Levando os conceitos a sério: processo estrutural, processo coletivo, processo estratégico e suas diferenças. **Revista de Processo**. v. 284, p. 333-369, out. 2018

¹⁷ DIDIER JR, Fredie; ZANETI JR, Hermes; OLIVEIRA, Rafael Alexandria. **Elementos para uma Teoria do Processo Estrutural aplicada ao Processo Civil Brasileiro**. Disponível em: https://www.academia.edu/42872474/ELEMENTOS_PARA_UMA_TEORIA_DO_PROCESSO_ESTRUTURAL_APLICADA_AO_PROCESSO_CIVIL_BRASILEIRO. Acesso em 18 de agosto de 2021.

¹⁸ VITORELLI, Edilson. Levando os conceitos a sério: processo estrutural, processo coletivo, processo estratégico e suas diferenças. **Revista de Processo**. v. 284, p. 333-369, out. 2018

*“quem chega primeiro”. Quem busca a jurisdição primeiro será atendido. Há, portanto, apenas uma ilusão de vitória. Só se ganha no processo, não na solução do problema.”*¹⁹

Os processos estruturais, portanto, possuem diversas características que os diferenciam dos processos individuais e também dos processos coletivos tradicionais, o que demanda a adoção de medidas processuais diferentes para a resolução do problema. Tal constatação foi evidenciada no julgamento do Recurso Especial nº 1.854.842/CE pelo Superior Tribunal de Justiça.

2 O JULGAMENTO DO RECURSO ESPECIAL Nº 1.854.842/CE

Na defesa dos interesses de 10 crianças e adolescentes que se encontravam acolhidos institucionalmente por período superior ao permitido por lei, o Ministério Público do Estado do Ceará ajuizou 10 ações civis públicas contra o Município de Fortaleza, que estes fossem encaminhados à programa de acolhimento familiar, bem como que fossem reparados os danos morais por estes sofridos²⁰.

Para esclarecer, o acolhimento familiar ou institucional são medidas protetivas cabíveis quando for inviável a manutenção da criança e/ou adolescente em sua família natural, e consistem na entrega destes à pessoa ou à entidade em caráter provisório, apenas até seja possível o retorno da criança e/ou adolescente à sua família natural, ou até a sua colocação em família substituta²¹.

O acolhimento familiar deve ser preferencial, pois possibilita à criança e/ou ao adolescente o convívio em uma família e em comunidade, sendo o acolhimento institucional a exceção. Neste sentido, o §2º do art. 19 do ECA estipula que o acolhimento institucional não deve se prolongar por mais de 18 (dezoito) meses, salvo quando comprovado que a medida atende ao seu interesse, e desde que seja devidamente fundamentado pela autoridade judiciária.²²

¹⁹ VITORELLI, Edilson. Levando os conceitos a sério: processo estrutural, processo coletivo, processo estratégico e suas diferenças. **Revista de Processo**. v. 284, p. 333-369, out. 2018

²⁰ BARROS, Marcus Aurélio de Freitas. **O STJ e os Processos Coletivos Estruturais**: do REsp 1.854.842/CE às políticas municipais de assistência social. Disponível em: <<https://emporiadodireito.com.br/leitura/o-stj-e-os-processos-coletivos-estruturais-do-resp-1-854-842-ce-as-politicas-municipais-de-assistencia-social>>. Acesso em 19 de agosto de 2021.

²¹ ARAÚJO JÚNIOR, Gediel Claudino de. **Prática no Estatuto da Criança e do Adolescente**. 3. Ed. São Paulo: Atlas, 2019. p 20.

²² ARAÚJO JÚNIOR, Gediel Claudino de. **Prática no Estatuto da Criança e do Adolescente**. 3. Ed. São Paulo: Atlas, 2019. p 20.

Pois bem. Após a apresentação de contestação pelo Município de Fortaleza, foi prolatada sentença que julgou improcedente liminarmente o pedido formulado, com base no disposto no art. 332, III, do CPC, ao fundamento de que se trataria de controvérsia repetitiva, por se tratar de 10 ações civis públicas versando sobre o mesmo objeto²³.

Além disso a sentença destacou que: (i) o acolhimento por prazo superior a 2 anos, apesar de ilegal, pode atender ao princípio do melhor interesse do menor; (ii) não haveria prova de que a parte ré (Município de Fortaleza) teria agido de modo doloso, intencional ou negligente no acolhimento das crianças e/ou adolescentes por período superior ao máximo legal; (iii) o problema do acolhimento institucional por período superior ao máximo permitido é de natureza estrutural, envolvendo falta de recursos do Poder Público, desestruturações dos entes familiares, número relevante de crianças para adoção e desinteresse da sociedade em adotar crianças de mais idade, o que não pode ser imputado exclusivamente ao Município de Fortaleza²⁴.

Diante do cenário negativo, o Ministério Público do Estado do Ceará interpôs apelação, que foi desprovida pelo Tribunal de Justiça do Ceará – TJCE, sendo integralmente mantida a sentença, sob a justificativa de que o acolhimento da criança e do adolescente dependem da adoção de várias condutas, no sentido de garantir o cadastramento, a regularização da situação jurídica, a verificação da possibilidade de reintegração familiar ou a sua colocação em família substituta, o que necessita da mobilização e esforço conjunto de diversos atores que oficiam em prol das crianças e adolescentes, como Municípios, Estados, Ministério Público, Defensoria Pública, Poder Judiciário, entre outros²⁵.

O TJCE rejeitou, ainda, o pedido de condenação do Município ao pagamento de danos morais, por sustentar que a medida não afastaria os efeitos deletérios para àqueles privados do contato sentimental ou afetivo de uma família, tampouco lhes possibilitaria o desenvolvimento sadio e harmonioso, em condições dignas de existência. Ao contrário, poderia tornar a condição de institucionalização como mero fator de responsabilidade

²³ BARROS, Marcus Aurélio de Freitas. **O STJ e os Processos Coletivos Estruturais**: do REsp 1.854.842/CE às políticas municipais de assistência social. Disponível em: < <https://emporiadodireito.com.br/leitura/o-stj-e-os-processos-coletivos-estruturais-do-resp-1-854-842-ce-as-politicas-municipais-de-assistencia-social>>. Acesso em 19 de agosto de 2021.

²⁴ Ibidem.

²⁵ Ibidem.

patrimonial, reduzindo e minorando questões abstratas como dignidade, afetividade e oportunidades à valores materiais e pecuniários.²⁶

Contra o acórdão, foi interposto recurso especial por parte do Ministério Público do Estado do Ceará, alegando violação ao art. 322, inc. III do CPC, ao fundamento que a hipótese não envolveria tese firmada em incidente de resolução de demanda repetitiva ou em incidente de assunção de competência, razão pela qual não poderia ter havido o julgamento de improcedência liminar do pedido. Além disso, também foi suscitada violação aos artigos 11, 19, §2º, 28, §5º, 33, §3º e 4º, 34, §1º e §2, e 50, §4º, todos do Estatuto da Criança e do Adolescente, ao fundamento de que o acolhimento institucional não pode ser superior a 18 (dezoito) meses, devendo as crianças e adolescentes serem inseridos em programa de acolhimento familiar.²⁷

Apesar de a questão processual debatida não ser objeto do presente estudo, cumpre informar que a Terceira Turma do STJ indicou não ser possível o julgamento prematuro do caso, por não haver súmula do STF ou do STJ; súmula do TJ sobre direito local; tese firmada em recursos repetitivos, em incidente de resolução de demandas repetitivas ou em incidente de assunção de competência apta a justificar a improcedência liminar do pedido, o que já seria necessário para anular o acórdão e a sentença proferidos no caso.²⁸

No entanto, sobre a matéria litigiosa, o julgado afirmou que o acolhimento institucional de crianças e/ou adolescentes em período superior ao permitido por lei é um problema estrutural e que o seu julgamento deve observar suas especificidades.²⁹

A primeira característica típica de demanda estrutural evidenciada pelo STJ no caso concreto foi a multipolaridade do litígio. Dessa maneira, foi esclarecido que a demanda em questão deve ser analisado sob diversas óticas, como, por exemplo: (i) pela ótica do Poder Público, que é incapaz de fomentar e implementar políticas públicas adequadas e eficientes para impedir a ocorrência do problema; (ii) pela perspectiva das famílias, que por diversas vezes são desestruturadas, sem condição financeira, psicológica, emocional para acolher a criança e/ou o adolescente; e (iii) pela visão da

²⁶ BARROS, Marcus Aurélio de Freitas. **O STJ e os Processos Coletivos Estruturais**: do REsp 1.854.842/CE às políticas municipais de assistência social. Disponível em: <<https://emporiiododireito.com.br/leitura/o-stj-e-os-processos-coletivos-estruturais-do-resp-1-854-842-ce-as-politicas-municipais-de-assistencia-social>>. Acesso em 19 de agosto de 2021.

²⁷ Ibidem.

²⁸ Ibidem.

²⁹ Ibidem.

sociedade, que é resistente à adoção de crianças e/ou adolescentes de determinada faixa etária, o que prolonga o período de acolhimento e reduz as chances de inserção em família substituta.³⁰

Em outro momento, foi advertida a natureza complexa do litígio e necessidade de as decisões terem caráter prospectivo, de modo que é necessário refletir sobre o caso para além do litígio individual, na tentativa de solucionar o problema de todas as crianças e/ou adolescentes de Fortaleza/CE que se encontram nesta situação, e, talvez até do país.³¹

No mais, o julgado ressaltou que por mais que o Município de Fortaleza não seja o único responsável pela ineficiência da política pública, que a situação seja decorrente de um problema estrutural, que demande uma série de medidas por diversos atores, bem como que a condenação ao pagamento de danos morais àqueles que forma privados do acolhimento familiar, não resolva o problema estrutural, tampouco conceda às crianças e/ ou adolescentes condição digna, não poderia ter o Tribunal de Justiça do Ceará não negado a tutela jurisdicional adequada ao caso, utilizando-se do argumento de que não reúne as condições necessárias para a implementação da política pública, ou, ao menos, à minimização do problema.³²

Diante disso, o STJ anulou o processo desde a citação, determinando a realização de novo julgamento, para que sejam assegurados os preceitos indicados no voto e que o juízo de primeiro grau adapte o procedimento para possibilitar o exaurimento instrutório, a ampla participação das entidades do terceiro setor, dos *amici curiae*, da Defensoria Pública, da União e do Estado do Ceará.

Dessa forma, de maneira inovadora, o julgado evidenciou a existência de um grave problema estrutural no Município de Fortaleza, sendo determinado ao juízo de primeira instância viabilizar a instauração de um processo coletivo estrutural, para constatar e corrigir as falhas existentes na política pública de assistência social do Município³³.

³⁰ BARROS, Marcus Aurélio de Freitas. **O STJ e os Processos Coletivos Estruturais**: do REsp 1.854.842/CE às políticas municipais de assistência social. Disponível em: <<https://emporiiododireito.com.br/leitura/o-stj-e-os-processos-coletivos-estruturais-do-resp-1-854-842-ce-as-politicas-municipais-de-assistencia-social>>. Acesso em 19 de agosto de 2021.

³¹ Ibidem.

³² Ibidem.

³³ Ibidem.

Para tanto, é importante indicar alguns dos os institutos do Código de Processo Civil que não se amoldam ao julgamento de casos complexos, e como a questão acerca das crianças e adolescentes acolhidas institucionalmente por período acima do permitido deve ser enfrentada pelo juízo de primeira instância, a partir da adoção de medidas processuais adequadas.

3 O MODELO BIPOLARIZADO DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL

Para Francesco Carnelutti, o processo civil, na modalidade contenciosa, “*se caracteriza, pois, por um contraste entre dois homens ou entre dois grupos de homens, cada um dos quais pretende ter razão ou se queixa da injustiça do outro*”. De acordo com ele, o processo civil opera para combater um litígio, ao passo que o elemento essencial do litígio é: “*se se satisfaz um interesse de uma pessoa fica sem satisfazer o interesse da outra, e vice-versa.*”³⁴

Com efeito, o direito processual civil brasileiro foi desenvolvido para resolver litígios específicos, sempre envolvendo dois indivíduos, ou grupos de indivíduos, com objetivos diametralmente opostos, cabendo ao magistrado indicar qual lado será vitorioso e qual lado será perdedor.³⁵

Essa característica de processo bipolarizado, que oscila entre um ganhador e um perdedor, gera um alto o grau de adversariedade entre as partes, o que reduzir as chances de realização de acordo e de contentamento de ambas as partes com o resultado da demanda, além de acentuar o anseio da parte de se sair vitoriosa a qualquer custo, inclusive com a utilização de medidas protelatórias.³⁶

Não se pode negar que este modelo de processo bipolarizado é, na maioria das vezes, eficaz para resolver demandas individuais que necessitam de resolução pontual de questões, e também pode ser para resolver o processo coletivo atual, mas não são

³⁴ CARNELUTTI, Francesco. **Como se faz um Processo**. São Paulo: Pillares, 2015. p. 48 - 51.

³⁵ ARENHART, Sérgio Cruz. **Decisões estruturais no Direito Processual Civil brasileiro**. Disponível em: <https://www.academia.edu/9132570/Decis%C3%B5es_estruturais_no_direito_processual_civil_brasileiro>. Acesso em 19 de agosto de 2021.

³⁶ FERRARO, Marcela Pereira. *Do processo bipolar a um processo coletivo-estrutural*. 2015, Dissertação de Mestrado em Direito das Relações Sociais. Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2015. p. 128.

adequados para corrigir, em uma perspectiva macro, um estado de desorganização contínua e permanente em uma estrutura burocrática.³⁷

Inclusive, a demanda individual tende a ser mais célere, e a implicar em um impacto financeiro menor, apesar de possibilitar julgamentos contraditórios.³⁸

Marcela Ferraro indica que “o *desenho de um processo de procedimento único (e ordinário) não passa de uma ilusão como mecanismo de concessão de tutela jurisdicional adequada, tempestiva e efetiva*”, tendo em vista que desconsidera as particularidades das situações materiais e pode não perceber a dimensão do problema colocado à julgamento, ignorando, portanto, as implicações da decisão e prejudicando a solução do problema na perspectiva macro³⁹.

Ainda que seja possível indicar a existência de um microssistema brasileiro de processos coletivo, construído pela Lei da Ação Civil Pública, Lei da Ação Popular, pelo Código de Defesa do Consumidor, Sérgio Cruz Arenhart defende que a tutela coletiva brasileira não permite que coletividade expresse efetivamente a sua vontade, mas tão somente permite que alguns entes sejam porta-voz de determinados grupos, mesmo sem a necessidade de consulta a qualquer dos membros da coletividade que representa, utilizando-se dos mesmos instrumentos e procedimentos processuais da tutela de interesses individuais em sentido estrito.⁴⁰

Assim, a tutela coletiva brasileira, mesmo que atenda a algumas modalidades de interesses metaindividuais, “*pode ser resumida em um processo individual, no qual o autor da demanda se legitima à proteção de interesses de terceiros ou de toda coletividade*”, mantendo o mesmo ideário do processo individual.⁴¹

³⁷ TOSTA, André Ribeiro; MARÇAL, Felipe Barreto. Gerenciamento processual adequado de demandas formalmente individuais a partir de uma visão estruturante: o reforço proporcionado a pelo art 21 da LINDB. In: ARENHART, Sérgio Cruz; JOBIM, Marco Félix (Org.). **Processos Estruturais**. Salvador: JusPodivm, 2019, p. 194.

³⁸ VITORELLI, Edilson. Processo Civil Estrutural: teoria e prática. Juspodivm, 2ª ed. 2021.p. 55.

³⁹ FERRARO, Marcela Pereira. *Do processo bipolar a um processo coletivo-estrutural*. 2015, Dissertação de Mestrado em Direito das Relações Sociais. Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2015. p. 9.

⁴⁰ ARENHART, Sérgio Cruz. Processos Estruturais no Direito Brasileiro: Reflexões a partir do caso da ACP do Carvão. Disponível em: <https://edisciplinas.usp.br/pluginfile.php/4875393/mod_resource/content/0/ARENHART%2C%20S%C3%A9rgio.%20Processos%20Estruturais.pdf>. Acesso em 19 de agosto de 2021.

⁴¹ ARENHART, Sérgio Cruz. Processos Estruturais no Direito Brasileiro: Reflexões a partir do caso da ACP do Carvão. Disponível em: <https://edisciplinas.usp.br/pluginfile.php/4875393/mod_resource/content/0/ARENHART%2C%20S%C3%A9rgio.%20Processos%20Estruturais.pdf>. Acesso em 19 de agosto de 2021.

Com isso, muitos interesses dentro de um mesmo grupo titular do direito supostamente violado, podem ser ignorados a partir da utilização de um processo marcado pela bipolarização, pois, ao se trabalhar com a regra processual de autor e réu estaria se supondo uma unidade de interesses naquela coletividade, defendida pelo mesmo legitimado coletivo em juízo. No entanto, em demandas complexas, marcadas pela policentria e pela multipolaridade, existem vários interesses que não podem ser apenas divididos em dois grupos e, não necessariamente as ideias são opostas em todos os pontos.⁴²

Alguns institutos processuais positivados no Código de Processo Civil evidenciam a existência dessa lógica bipolar, o que não é adequado para a resolução de processos estruturais, como por exemplo, a necessidade de formulação de pedido certo e determinado, a necessidade de o magistrado observar limites do pedido, o modelo de prolação de sentença, o papel impositivo do magistrado, a divisão entre fase de conhecimento e fase de execução, a efetividade da fase de execução e outros.

3.1 CARACTERÍSTICAS DO PEDIDO E O PRINCÍPIO DA DEMANDA

O pedido, em regra, deve ser certo e determinado, isto é, o autor deve indicar previamente o que se pretende em termos de tutela jurisdicional, bem como especificar a quantificação do que pretende, apenas podendo a parte formular pedido genérico em casos específicos, delimitados pelo próprio código. Além disso, o autor apenas pode aditar ou alterar o pedido após a apresentação da defesa do réu com a sua anuência e jamais após o saneamento do processo.⁴³

O CPC também traz a obrigatoriedade de o magistrado apenas julgar nos limites daquilo que foi pedido, não podendo julgar além ou fora do pedido, o que é conhecido como princípio da demanda ou princípio da adstrição. Isso porque, como a jurisdição é

⁴² FERRARO, Marcela Pereira. *Do processo bipolar a um processo coletivo-estrutural*. 2015, Dissertação de Mestrado em Direito das Relações Sociais. Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2015. p. 48.

⁴³ NUNES, Leonardo; COTA, Samuel; FARIA, Ana. Dos Litígios aos Processos Estruturais: pressupostos e fundamentos. In: FARIA, Juliana Cordeiro de; REZENDE, Ester Camila Gomes Norato; NETO, Edgard Audomar Marx (Org.). **Novas Tendências, diálogos entre direito material e processo: estudos em homenagem ao professor Humberto Theodoro Júnior**. Belo Horizonte: Editora D' Plácido, 2018, p. 376-377.

inerte, a provocação inicial vincula qualitativa e quantitativamente a atuação do Estado-juiz.⁴⁴

No entanto, em processos estruturais, as partes muitas vezes não conseguem saber, de antemão, quais são as causas, tampouco quais são as medidas adequadas para a resolução do problema estrutural em questão. Sendo assim, ainda que o legitimado coletivo formule pedido certo e determinado, não é adequado estabilizar a demanda a partir do pedido, sob pena de ser negar a tutela adequada ao caso.⁴⁵

Ademais, o objeto da demanda apenas é verificável no curso do próprio processo, após ampla participação e discussão das partes e interessados, de modo que a petição inicial apenas traz um esboço da demanda, não sendo razoável “engessar” os fatos e as questões que serão postas a julgamento apenas aquelas trazidas pelas partes na exordial.⁴⁶

Com efeito, essa inflexibilidade e rigidez em relação ao momento em que os fatos relevantes devem ser apresentados e em que os pedidos devem ser formulados são incompatíveis com os objetivos do processo estrutural e com uma possível solução adequada do litígio, devendo ser, portanto, afastada.⁴⁷

Diante disso, é necessário que a regra de formulação de pedido certo e determinado, bem como de vinculação do juízo ao pedido e aos fatos da petição inicial tenham sua incidência atenuada nestes casos complexos, diante da provável insuficiência ou da inadequação do pedido formulado pelo autor na petição inicial para solucionar a demanda, sendo possível, a reinterpretação, a adaptação ou a reformulação do pedido, conforme a realidade fática da demanda.

3.2 A SENTENÇA E O PAPEL DO MAGISTRADO

No modelo processual bipolarizado, a sentença é a protagonista, pois resolve as questões principais submetidas pelas partes, e o magistrado assume verdadeira postura de

⁴⁴ FERRARO, Marcela Pereira. *Do processo bipolar a um processo coletivo-estrutural*. 2015, Dissertação de Mestrado em Direito das Relações Sociais. Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2015. p. 47

⁴⁵ FERRARO, Marcela Pereira. *Do processo bipolar a um processo coletivo-estrutural*. 2015, Dissertação de Mestrado em Direito das Relações Sociais. Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2015. p. 115.

⁴⁶ ARENHART, Sérgio Cruz. Processos Estruturais no Direito Brasileiro: Reflexões a partir do caso da ACP do Carvão. Disponível em: <https://edisdisciplinas.usp.br/pluginfile.php/4875393/mod_resource/content/0/ARENHART%2C%20S%C3%A9rgio.%20Processos%20Estruturais.pdf>. Acesso em 19 de agosto de 2021.

⁴⁷ FERRARO, Marcela Pereira. *Do processo bipolar a um processo coletivo-estrutural*. 2015, Dissertação de Mestrado em Direito das Relações Sociais. Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2015. p. 81.

“decisor-oráculo”, mesmo que, por muitas vezes, não possua uma visão macro do problema. No entanto, em processos estruturais a sentença não possui este peso, tendo em vista que esta é desmembrada em diversas outras decisões.⁴⁸

Em verdade, os processos estruturais, dada a complexidade do litígio, trazem consigo certa incompletude sentencial. Assim, a primeira decisão fixa parâmetros gerais a serem alcançados e as demais apresentam soluções para questões pontuais, sempre se embasando nos parâmetros fixados pela primeira decisão, justamente por não ser possível ao julgador mensurar, antecipadamente, todos os atos que devem ser executados para perseguir o objetivo do processo.⁴⁹

Esse modelo de decisão é chamado por Sérgio Cruz Arenhart de “provimentos em cascata”⁵⁰. Neste sentido:

“É típico das medidas estruturais a prolação de uma primeira decisão, que se limitará a fixar em linhas gerais as diretrizes para a proteção do direito a ser tutelado, criando o núcleo da posição jurisdicional sobre o problema a ele levado. Após essa primeira decisão, normalmente, mais genérica, abrangente e quase “principlológica”, no sentido de que terá como principal função estabelecer a “primeira impressão” sobre as necessidades da tutela jurisdicional – outras decisões serão exigidas, para a solução de problemas e questões pontuais, surgidas na implementação da “decisão-núcleo”, ou para a especificação de alguma prática devida”.

A sentença proferida no processo estrutural, portanto, possui conteúdo aberto e abrangente, estabelecendo um resultado a ser alcançado. Ressalte-se que o conteúdo aberto é tão somente um começo aos comandos que virão posteriormente, não implicando na entrega, sem critérios, do bem da vida discutido. Além disso, a sentença pode estruturar o modo como o resultado almejado deve ser alçado, estabelecendo condutas que devem ser observadas e condutas que devem ser evitadas, a depender da necessidade de cada caso concreto.⁵¹

⁴⁸ FERRARO, Marcela Pereira. *Do processo bipolar a um processo coletivo-estrutural*. 2015, Dissertação de Mestrado em Direito das Relações Sociais. Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2015. p. 78.

⁴⁹ FARIA, Ana Maria Damasceno de Carvalho Faria. A liquidação de sentença como etapa fundamental ao cumprimento de sentenças estruturais. In: ARENHART, Sérgio Cruz; JOBIM, Marco Félix (Org.). **Processos Estruturais**. Salvador: JusPodivm, 2019, p. 173.

⁵⁰ ARENHART, Sérgio Cruz. **Decisões estruturais no Direito Processual Civil brasileiro**. Disponível em: <https://www.academia.edu/9132570/Decis%C3%B5es_estruturais_no_direito_processual_civil_brasileiro>. Acesso em 19 de agosto de 2021.

⁵¹ DIDIER JR, Fredie; ZANETI JR, Hermes; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. Notas sobre as decisões Estruturantes. In: ARENHART, Sérgio Cruz; JOBIM, Marco Félix (Org.). **Processos Estruturais**. Salvador: JusPodivm, 2019, p. 342-343.

Com efeito, adotar provimentos em cascata possibilita a contínua revisão e complementação das medidas adotadas, o que viabiliza a execução dos comandos judiciais e a correção de problemas na medida em que aparecem.⁵²

As decisões devem se atentar às particularidades e às necessidades do caso, adequando o comando judicial àquilo que seja concretamente viável, em relação ao tempo e ao modo de execução, sempre observando as consequências do cumprimento da decisão, a fim de evitar danos graves à instituição, como por exemplo, que levem à falência da empresa ou à sua exclusão do mercado.⁵³

Em razão das decisões serem construídas em juízo, a atuação estrutural exige maior esforço das partes, permite um processo menos hierarquizado e com menor grau de adversariedade. Há grande foco nas negociações, aproximando-se de uma composição. Inclusive, a possibilidade de, em caso de não haver consenso, ser prolatada uma decisão que pode ser menos benéfica às partes, é um incentivo para que as partes negociem⁵⁴.

Assim, a atuação envolve não só os interessados, mas o próprio magistrado, que apesar de deixar uma posição vertical, de decisão e imposição, tem uma participação mais ativa na reconstrução da instituição violadora, assumindo o papel de agente de negociação e administrador do litígio.⁵⁵

A sentença e as decisões estruturais, portanto, não convergem com o modelo de sentença completa, como é indicado pelo Código de Processo Civil. Do mesmo modo, a postura do juízo também é conflitante com a que se espera de processos bipolarizados, pois, em processos estruturais, exige-se maior negociação das partes e menor imposição de medidas pelo magistrado.

3.3 A EFETIVIDADE DA FASE EXECEUTIVA

⁵² NUNES, Dierle; BAHIA, Alexandre Gustavo Melo Franco de Moraes; GOMES, Renata; ASSIS, Rafaela. Processo Estrutural e Litigância de Interesse Público. In: NUNES, Dierle; COSTA, Fabrícia Viegas, GOMES, Magno Federici (Org.). Processo Coletivo, Desenvolvimento Sustentável e Tutela Diferenciada dos Direitos Fundamentais. Porto Alegre: Editora FI, 2019. p. 383-384.

⁵³ ARENHART, Sérgio Cruz. **Decisões estruturais no Direito Processual Civil brasileiro**. Disponível em: <https://www.academia.edu/9132570/Decis%C3%B5es_estruturais_no_direito_processual_civil_brasileiro>. Acesso em 19 de agosto de 2021.

⁵⁴ FERRARO, Marcela Pereira. *Do processo bipolar a um processo coletivo-estrutural*. 2015, Dissertação de Mestrado em Direito das Relações Sociais. Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2015. p. 132.

⁵⁵ FERRARO, Marcela Pereira. *Do processo bipolar a um processo coletivo-estrutural*. 2015, Dissertação de Mestrado em Direito das Relações Sociais. Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2015. p. 58.

As obrigações impostas em decisões estruturais são, principalmente, de fazer e de não fazer, tendo em vista que as tutelas pretendidas são, normalmente, a realização de alguma política pública, a alteração de alguma situação de fato ou de algum comportamento institucional arraigado.⁵⁶

O legislador, preocupado com a efetividade das decisões, determinou, no art. 497 que o magistrado deve, na ação que tenha por objeto a prestação de fazer ou de não fazer, conceder a tutela específica da obrigação e, apenas caso esta não seja viável, determinar medidas concretas para assegurar o resultado prático equivalente ao do adimplemento. Tal determinação é importante para evitar a simples conversão da condenação em perdas e danos, prestigiando a execução específica da obrigação.⁵⁷

Além disso, o art. 139 do CPC de 2015, reproduzindo de maneira mais completa o antigo art. 125 do CPC de 1973, inseriu poderes e deveres do magistrado. Dentre estes, merece destaque o inciso IV, que indica caber ao magistrado “*determinar todas as medidas indutivas, coercitivas, mandamentais ou sub-rogatórias necessárias para assegurar o cumprimento de ordem judicial, inclusive nas ações que tenham por objeto prestação pecuniária.*”⁵⁸

Referido inciso instituiu um poder geral de efetivação e legitima a utilização de meios executivos atípicos para garantir o cumprimento forçado da ordem judicial, como, por exemplo, a aplicação de astreintes, a suspensão de CNH e de passaporte, também na tentativa de reduzir a baixa efetividade da execução mesmo em litígios individuais, meramente patrimoniais e não complexos.⁵⁹

É importante ressaltar, no entanto, que o Superior Tribunal de Justiça, no julgamento do Recurso Especial nº 1.782.418/ RJ e do Recurso Especial nº 1.788.950/MT, ambos de relatoria da Ministra Nancy Andrigui, fixou que tais medidas servem de apoio ao magistrado e devem ser aplicadas após esgotamento prévio dos meios típicos, de maneira subsidiária, por meio de decisão fundamentada, alisando a adequação,

⁵⁶ FARIA, Ana Maria Damasceno de Carvalho. A Liquidação de Sentença como Etapa Fundamental ao Cumprimento de Sentenças Estruturais. In: ARENHART, Sérgio Cruz; JOBIM, Marco Félix (Org.). **Processos Estruturais**. Salvador: JusPodivm, 2019, p. 168.

⁵⁷ THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Código de Processo Civil Anotado**. 23. Ed. Rio de Janeiro: Forense, 2020. p. 629.

⁵⁸ BRASIL. **Código de Processo Civil**. 2015 Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm>. Acesso em 17 jul. 2020.

⁵⁹ BUENO, Cassio Scarpinella. **Novo Código de Processo Civil Anotado**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2017. p. 198.

a necessidade, e a razoabilidade de cada caso concreto e respeitando os direitos constitucionais.

Ainda que o CPC tenha se preocupado com a efetividade do processo executório, em decisões estruturais deve-se romper com a emanção de comandos jurisdicionais construídos de maneira isolada e verticalizada, devendo estas serem construídas a partir do diálogo das partes e da negociação processual, com igualdade de oportunidades de participação. Este consenso procedimental é fator importante para a efetividade que se busca, até para, caso não haja acordo, que o magistrado possa ter acesso a vários meios de informação que possam auxiliar na tomada de uma decisão justa.⁶⁰

Francisco de Barros e Silva Neto defende, inclusive, a importância de ampliar a participação de *amici curiae* e de assistentes na fase executória do processo, de modo a possibilitar a sua efetiva participação nas negociações, tendo em vista que o cumprimento do julgado pode ser ainda mais complexo do que a fase de conhecimento.⁶¹

Além disso, Edilson Vitorelli destaca que também seria necessário possibilitar a imediata implementação das providências contidas na decisão, de maneira que a atividade cognitiva e a atividade executiva aconteçam em um mesmo momento processual, para evitar que a sentença ficasse defasada em relação aos fatos, que podem estar em constante movimento e até deixar de existir antes da implementação da decisão, além de permitir que as vicissitudes que venham a aparecer sejam, desde logo, sanadas.⁶²

A fim de esclarecer a questão, Edilson Vitorelli faz a seguinte metáfora: “o cenário do processo não se expressa como uma fotografia estática, mas como um filme, em permanente movimento”⁶³. Isso é, a implementação precisa ser realizada tão logo seja proferida a decisão.

⁶⁰ NUNES, Leonardo; COTA, Samuel; FARIA, Ana. Dos Litígios aos Processos Estruturais: pressupostos e fundamentos. In: FARIA, Juliana Cordeiro de; REZENDE, Ester Camila Gomes Norato; NETO, Edgard Audomar Marx (Org.). **Novas Tendências, diálogos entre direito material e processo**: estudos em homenagem ao professor Humberto Theodoro Júnior. Belo Horizonte: Editora D' Plácido, 2018, p. 378-379.

⁶¹ NETO, Francisco de Barros e Silva. Breves Considerações sobre os Processos Estruturais. In: ARENHART, Sérgio Cruz; JOBIM, Marco Félix (Org.). **Processos Estruturais**. Salvador: JusPodivm, 2019, p. 336.

⁶² VITORELLI, Edilson. Litígios Estruturais: decisão e implementação de mudanças socialmente relevantes pela via processual. In: ARENHART, Sérgio Cruz; JOBIM, Marco Félix (Org.). **Processos Estruturais**. Salvador: JusPodivm, 2019, p. 306-307.

⁶³ VITORELLI, Edilson. Processo Civil Estrutural: teoria e prática. Juspodivm, 2ª ed. 2021. p. 435.

É importante se ter em mente que, em razão da complexidade, não há certeza dos resultados virão a partir das decisões, estando os resultados no campo da probabilidade. Sendo assim, é necessário que haja periódica revisão do julgado e análise dos resultados, o que, por sua vez, necessita de certa flexibilização da coisa julgada, permitindo maior abertura para o futuro e para incertezas. Neste sentido, *“quanto mais complexo for o litígio, mais dúctil deve ser a coisa julgada. Em processos relativos a reformas estruturais, é inconcebível que uma decisão judicial possa reger o comportamento institucional para sempre.”*⁶⁴

Não bastando isso, é preciso modificar a própria noção de efetividade do processo. Com efeito, por ser dotado complexidade, a resolução de processos estruturais não é imediata, e o “sucesso” da decisão não pode ser avaliado de maneira absoluta. Neste sentido, Marcela Ferraro que os erros e acertos do processo sevem aprimoramento de medidas:

“Não raras as vezes, pensar em uma “solução total” não passa de uma utopia. As soluções vão sendo testadas e, aí, as informações vão sendo adquiridas. É inviável cogitar uma solução totalizante, pois uma visão integral do problema e de suas repercussões já é em si irrealista. Os próprios erros do experimento, no sentido de erros-e-acertos, não necessariamente representam “fracassos”, mas etapas do processo de aprendizado e aprimoramento”.⁶⁵

A própria ampliação da participação da sociedade civil e o aumento da publicidade das decisões já contribui para a fiscalização dos responsáveis pelo cumprimento das decisões⁶⁶, no entanto, até mesmo a mera inclusão de certas temáticas no dia-a-dia da sociedade contribui para o parcial sucesso e, portanto, para a efetividade da decisão, por dar visibilidade a temas muitas vezes esquecidos⁶⁷.

Por exemplo, o julgamento do Recurso Especial nº1.854.842/CE pelo Superior Tribunal de Justiça deu visibilidade à questão acerca da manutenção de crianças e adolescentes por período superior ao máximo permitido por lei, de maneira que a temática

⁶⁴ VITORELLI, Edilson. Litígios Estruturais: decisão e implementação de mudanças socialmente relevantes pela via processual. In: ARENHART, Sérgio Cruz; JOBIM, Marco Félix (Org.). **Processos Estruturais**. Salvador: JusPodivm, 2019, p. 308.

⁶⁵ FERRARO, Marcela Pereira. *Do processo bipolar a um processo coletivo-estrutural*. 2015, Dissertação de Mestrado em Direito das Relações Sociais. Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2015. p. 90.

⁶⁶ NUNES, Dierle; BAHIA, Alexandre Gustavo Melo Franco de Moraes; GOMES, Renata; ASSIS, Rafaela. Processo Estrutural e Litigância de Interesse Público. In: NUNES, Dierle; COSTA, Fabrícia Viegas, GOMES, Magno Federici (Org.). **Processo Coletivo, Desenvolvimento Sustentável e Tutela Diferenciada dos Direitos Fundamentais**. Porto Alegre: Editora FI, 2019. p. 384.

⁶⁷ FERRARO, Marcela Pereira. *Do processo bipolar a um processo coletivo-estrutural*. 2015, Dissertação de Mestrado em Direito das Relações Sociais. Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2015. p. 90.

pode não ficar restrita apenas ao Município de Fortaleza, sendo discutida em todas as localidades em que o problema se faz presente.

Diante disso, é possível verificar que os meios utilizados pelo processo civil clássico para conferir efetividade ao processo de execução e o seu próprio procedimento podem não se mostrar adequados para viabilizar o cumprimento de decisões estruturais, sendo necessário um procedimento flexível, que possa se adequar à complexidade, à realidade e aos resultados que venham a aparecer em cada demanda, e que esteja aberto à cooperação e ao diálogo.

4 SUGESTÕES PARA VIABILIZAR O TRAMENTO ADEQUADO A DEMANDAS ESTRUTURAIS

Conforme visto, a atividade do Poder Judiciário não se restringe apenas ao julgamento de questões envolvendo problemas individuais e coletivos comuns. Por ser provocado, o Poder Judiciário não pode se escusar de julgá-los, devendo, no entanto, apresentar a resposta adequada.

Neste cenário, Marcela Ferraro indica que as demandas judiciais podem apresentar três formas diferentes, individual-bipolar, coletivo-bipolar e coletivo-estrutural. As duas primeiras, marcadas pela bipolarização, e a terceira modalidade, marcada pela complexidade, pela imbricação de interesses e outras características que o distanciariam dos litígios bipolarizados.

Nessa mesma linha, Ada Pellegrini Grinover indica que conflitos estruturais se inserem em uma categoria de litígios diversa a dos litígios privados e dos litígios coletivos “genéricos”, o que exigira, portanto, uma releitura do modelo processual⁶⁸.

Apesar disso, conforme demonstrado, o Código de Processo Civil possui institutos inadequados para o julgamento de demandas estruturais. Esta ineficiência do modelo processual clássico também foi observada no julgamento do REsp nº 1.854.842/CE a Ministra Nancy Andrighi, da Terceira Turma do Superior Tribunal de Justiça destacou⁶⁹:

⁶⁸ GRINOVER, Ada Pellegrini. **Ensaio sobre a Processualidade**: Fundamentos para uma nova teoria geral do processo. Disponível em: <https://edisciplinas.usp.br/pluginfile.php/2600445/mod_resource/content/1/33-72%20-Ensaio%20sobre%20a%20processualidade%2C%20Ada%20Grinover.pdf>. Acesso em 17 de agosto de 2021.

⁶⁹ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial n. 1854842 CE, Relatora: Ministra Nancy Andrighi, Brasília-DF, DJ 04 de jun. de 2020. Disponível em:

“Diante dessas considerações, sobressai imediatamente a conclusão de que o processo civil em sua concepção clássica e tradicional, de índole marcadamente adversarial e individual, é insuficiente para uma tutela diferenciada e adequada dos litígios coletivos policêntricos, que possuem em sua *ratio* a construção de decisões de mérito em ambiente colaborativo e democrático, mediante a efetiva compreensão, participação e consideração, por exemplo, dos fatos, argumentos, possibilidades e limitações trazidas pelo Estado (em sentido lato) e pela sociedade civil, que pode ser representada, em conflitos de índole familiar, pelos conselhos tutelares, pelas entidades do terceiro setor, pelos *amici curiae* e pela Defensoria Pública exercendo a função de *custos vulnerabilis*, dentre outros.”

Seria possível cogitar, inicialmente, a criação de um procedimento especial para este tipo de demanda, mas a fixação de uma sequência de atos a ser adotada de maneira ampla pode, ainda que em menor grau, engessar o procedimento às técnicas positivadas, o que não se mostra adequado.⁷⁰

Em razão disso, parcela da doutrina aposta na necessidade de se regular legislativamente um novo modelo de processo que prestigie o diálogo, a colaboração dos Poderes, as soluções consensuais, o contraditório e a flexibilização de procedimentos⁷¹.

Sem adentrar nas críticas que podem ser feitas ao conteúdo, é importante mencionar a existência do Projeto de Lei nº 8.058/2014, apresentado pelo Deputado Federal Paulo Teixeira, que visa a instituir um processo especial para o controle e intervenção em políticas públicas pelo Poder Judiciário, e contou com o auxílio dos pesquisadores do Centro Brasileiro de Estudos e Pesquisas Judiciais – CEBEPEJ.

Por outro lado, há também a corrente que defende que a criação de lei específica não resolveria todas as dificuldades existentes na condução de processos estruturais e indica ser possível se utilizar de “*uma sistematização legal de técnicas que já estão disponíveis ao magistrado ou eventualmente serem criadas outras ou incorporadas na legislação algumas já empregadas na prática judiciária*”⁷².

<https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1948459&n_um_registro=201901607463&data=20200604&formato=PDF>. Acesso em 19 de agosto de 2021.

⁷⁰ FERRARO, Marcela Pereira. *Do processo bipolar a um processo coletivo-estrutural*. 2015, Dissertação de Mestrado em Direito das Relações Sociais. Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2015. p. 119.

⁷¹ GRINOVER, Ada Pellegrini. **Ensaio sobre a Processualidade**: Fundamentos para uma nova teoria geral do processo. Disponível em: <https://edisciplinas.usp.br/pluginfile.php/2600445/mod_resource/content/1/33-72%20-Ensaio%20sobre%20a%20processualidade%2C%20Ada%20Grinover.pdf>. Acesso em 17 de agosto de 2021.

⁷² FERRARO, Marcela Pereira. *Do processo bipolar a um processo coletivo-estrutural*. 2015, Dissertação de Mestrado em Direito das Relações Sociais. Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2015. p. 119.

Neste contexto, Dierle Nunes, Alexandre Bahia, Renata Gomes e Rafaela Assis apontam que o modelo experimentalista criado por Charles Sabel e William Simon, no ano de 2004, seria o meio mais adequado para se lidar com litígios estruturais, pois sugere um processo de desestabilização, que enfraquece o *status quo*, e abre espaço para uma colaboração experimentalista, que possui como características a flexibilização de procedimentos, a ampla participação de interessados, a negociação entre eles, e a colaboração.⁷³

Com efeito, na perspectiva experimentalista são elaboradas normas gerais que indicam os objetivos a serem atingidos e as instituições têm o seu desempenho avaliado, comparando-as com instituições similares e que apresentem êxito nas atividades. Além disso, os métodos e *standards* são continuamente observados, de maneira a possibilitar uma aprendizagem a partir da experiência, o que seria compatível.⁷⁴

A partir desta ótica, portanto, entende-se como viável disponibilizar técnica processuais, sem a necessidade de encaixá-las a um modelo pré-fixado, o que possui respaldo no direito à tutela jurisdicional adequada, tempestiva e efetiva determinada pela Constituição Federal. No entanto, é importante frisar que medidas estruturais apenas devem ser adotadas quando outras medidas mais simples, menos onerosas e menos complexas não se mostrarem adequadas para a solução efetiva do litígio.⁷⁵

Sem o intuito de encerrar as discussões acerca do tema, seja a partir da criação legislativa de um novo modelo de processo, seja a partir da modificação de técnicas processuais existentes e aplicação de novas, é importante mencionar que o processo estrutural surgiu de maneira mais pragmática e menos teórica, sendo moldada pelo próprio Judiciário.⁷⁶ Deste modo, ainda que não haja consenso sobre a melhor forma teórica de desenvolvimento do processo estrutural, é certo que deve ser afastada a

⁷³ NUNES, Dierle; BAHIA, Alexandre Gustavo Melo Franco de Moraes; GOMES, Renata; ASSIS, Rafaela. Processo Estrutural e Litigância de Interesse Público. In: NUNES, Dierle; COSTA, Fabrícia Viegas, GOMES, Magno Federici (Org.). **Processo Coletivo, Desenvolvimento Sustentável e Tutela Diferenciada dos Direitos Fundamentais**. Porto Alegre: Editora FI, 2019. p. 379-406.

⁷⁴ FERRARO, Marcela Pereira. *Do processo bipolar a um processo coletivo-estrutural*. 2015, Dissertação de Mestrado em Direito das Relações Sociais. Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2015. p. 121.

⁷⁵ ARENHART, Sérgio Cruz. **Decisões estruturais no Direito Processual Civil brasileiro**. Disponível em: <https://www.academia.edu/9132570/Decis%C3%B5es_estruturais_no_direito_processual_civil_brasileiro>. Acesso em 19 de agosto de 2021.

⁷⁶ CÔRTEZ, Osmar Mendes **Paixão. Covid/19, Processo Estrutural e Ativismo Judicial**. Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/arquivos/2020/4/DC447C1221B26F_COVIDPROCESSOSESTRUTURAISATIVI.pdf>. Acesso em 19 de agosto de 2021.

aplicação do modelo de processo bipolar, focando-se na coletivização de tratamento, considerando a dificuldade de resolver problemas complexos a partir de procedimento rígidos.

Para tanto, é necessário possibilitar o diálogo e a ampla participação dos interessados, permitindo o contraditório efetivo, sendo fundamental estimular a realização de audiências públicas e a participação dos *amici curiae*. Também é possível que seja necessário viabilizar a participação de técnicos, da sociedade civil, da academia - para auxiliar na coleta de dados, por exemplo - além de uma interação interinstitucional, com abertura aos demais poderes, para que, de maneira conjunta, o problema seja dimensionado e sejam consideradas as insatisfações dos interessados, possibilitando a construção de potenciais soluções.⁷⁷

Essa participação ampliada é ponto essencial para conferir maior legitimidade e adesão à decisão, além de possibilitar ao magistrado ter acesso aos diversos posicionamentos e interesses imbricados na demanda, possibilitando o correto mapeamento do conflito.⁷⁸

Ademais, por lidar com questões complexas, com diversos interessados e que podem gerar impactos em várias searas, é importante que haja grande estímulo à negociação, ao diálogo, ao debate, e à calendarização do processo, a fim de possibilitar que os interessados cheguem a consensos sobre as medidas necessárias à solução do problema.⁷⁹

Também é necessário flexibilizar a regra de formulação de pedido certo e determinado, a vinculação do juízo ao pedido e aos fatos da petição inicial, permitindo a prolação de sentenças abertas, que possam ser completadas ao longo da execução e da verificação dos efeitos das medidas escolhidas, permitindo maior adequação das medidas

⁷⁷ ARENHART, Sérgio Cruz. Processos Estruturais no Direito Brasileiro: Reflexões a partir do caso da ACP do Carvão. Disponível em: <https://edisdisciplinas.usp.br/pluginfile.php/4875393/mod_resource/content/0/ARENHART%2C%20S%C3%A9rgio.%20Processos%20Estruturais.pdf>. Acesso em 19 de agosto de 2021.

⁷⁸ ARENHART, Sérgio Cruz. Processos Estruturais no Direito Brasileiro: Reflexões a partir do caso da ACP do Carvão. Disponível em: <https://edisdisciplinas.usp.br/pluginfile.php/4875393/mod_resource/content/0/ARENHART%2C%20S%C3%A9rgio.%20Processos%20Estruturais.pdf>. Acesso em 19 de agosto de 2021.

⁷⁹ OSNA, Gustavo. Nem “tudo”, nem “nada” – Decisões estruturantes e efeitos jurisdicionais complexos. In: ARENHART, Sérgio Cruz; JOBIM, Marco Félix (Org.). **Processos Estruturais**. Salvador: JusPodivm, 2019, p. 362.

de acordo com a complexidade, a realidade e com os resultados que venham a aparecer em cada demanda.

Do ponto de vista procedimental, Edilson Vitorelli⁸⁰ indica que a reforma estrutural pela via jurisdicional pode ser subdividida em ciclos, cada uma com etapas específicas, dentre elas: (i) a caracterização do litígio; (ii) a definição de uma estratégia de condução de reforma; (iii) a elaboração de um plano de reestruturação da instituição; (iv) implementação do plano; (v) reelaboração do plano ou encerramento do caso. A adoção dessas medidas responde mais adequadamente aos problemas estruturais.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A partir do apresentado, é possível verificar que os processos estruturais possuem características que os diferenciam dos processos individuais e dos processos coletivos comuns. Algumas delas são, (i) a existência de uma desorganização contínua e permanente em uma estrutura burocrática; (ii) a existência de várias partes, com diversos interesses imbricados; (iii) a necessidade de análise do problema como um todo, não apenas de maneira individualizada.

A questão acerca da permanência de crianças e adolescentes por período superior ao permitido pelo Estatuto da Criança e do Adolescente em acolhimento institucional no Município de Fortaleza/CE é um exemplo de grave problema estrutural. Apesar disso, o julgamento das Ações Cíveis Públicas que discutiam a temática não observou tais particularidades, motivo pelo qual o Superior Tribunal de Justiça determinou a anulação dos processos a partir da citação, determinando a realização de novo julgamento.

Isso porque, por serem complexos, multipolares e policêntricos, é necessário que o julgamento de processos estruturais também seja diferenciado, deixando de lado o modelo bipolarizado do processo civil tradicional.

Para isso, é importante (i) possibilitar a ampla participação dos interessados e técnicos, para ampliar o contraditório e o correto mapeamento do problema; (ii) estimular as negociações e o debate, para viabilizar a adoção de medidas consensuais e que sejam efetivas; (iii) flexibilizar a regra do pedido certo e determinado, a vinculação do magistrado aos pedidos e aos fatos da inicial e a divisão entre processo de conhecimento e processo de execução; (iv) possibilitar o acompanhamento periódico de decisões e

⁸⁰ VITORELLI, Edilson. Processo Civil Estrutural: teoria e prática. Juspodivm, 2ª ed. 2021, p. 514.

resultados. Além disso, é importante que as medidas sejam constantemente avaliadas, a fim de evitar que fiquem defasadas em relação ao problema.

É importante destacar que o processo estrutural não deve ser estático, engessado. Por isso, as medidas apresentadas devem ser testadas, adaptadas a cada caso concreto, sem prejuízo da implementação de outras que se mostrarem necessárias.

Assim, o que se busca é a construção de um processo dinâmico, flexível e democrático capaz de solucionar, de maneira mais adequada, problemas complexos, implementando mudanças sociais.

REFERÊNCIAS

ARAÚJO JÚNIOR, Gediel Claudino de. **Prática no Estatuto da Criança e do Adolescente**. 3. Ed. São Paulo: Atlas, 2019.

ARENHART, Sérgio Cruz. **Decisões estruturais no Direito Processual Civil brasileiro**. Disponível em: <https://www.academia.edu/9132570/Decis%C3%B5es_estruturais_no_direito_processual_civil_brasileiro>. Acesso em 19 de agosto de 2021.

_____. **Processos Estruturais no Direito Brasileiro: Reflexões a partir do caso da ACP do Carvão**. Disponível em: <https://edisciplinas.usp.br/pluginfile.php/4875393/mod_resource/content/0/ARENHART%2C%20S%C3%A9rgio.%20Processos%20Estruturais.pdf>. Acesso em 19 de agosto de 2021.

BARROS, Marcus Aurélio de Freitas. **O STJ e os Processos Coletivos Estruturais**: do REsp 1.854.842/CE às políticas municipais de assistência social. Disponível em: <<https://emporiadodireito.com.br/leitura/o-stj-e-os-processos-coletivos-estruturais-do-resp-1-854-842-ce-as-politicas-municipais-de-assistencia-social>>. Acesso em 19 de agosto de 2021.

BAUERMAN, Desirê. Structural Injunctions no direito norte-americano. In: ARENHART, Sérgio Cruz; JOBIM, Marco Félix (Org.). **Processos Estruturais**. Salvador: JusPodivm, 2019, p. 245-267.

BRASIL. **Superior Tribunal de Justiça**. Recurso Especial n. 1854842 CE, Relatora: Ministra Nancy Andrighi, Brasília-DF, DJ 04 de jun. de 2020. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1948459&num_registro=201901607463&data=20200604&formato=PDF>. Acesso em 19 de agosto de 2021.

BUENO, Cassio Scarpinella. **Novo Código de Processo Civil Anotado**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

CARNELUTTI, Francesco. **Como se faz um Processo**. São Paulo: Pillares, 2015.

CÔRTEZ, Osmar Mendes Paixão. **Covid/19, Processo Estrutural e Ativismo Judicial**. Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/arquivos/2020/4/DC447C1221B26F_COVIDPROCESSOSESTRUTURAISATIVI.pdf>. Acesso em 19 de agosto de 2021.

DIDIER JR, Fredie; ZANETI JR, Hermes; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. Notas sobre as decisões Estruturantes. In: ARENHART, Sérgio Cruz; JOBIM, Marco Félix (Org.). **Processos Estruturais**. Salvador: JusPodivm, 2019, p. 339-354.

DIDIER JR, Fredie; ZANETI JR, Hermes; OLIVEIRA, Rafael Alexandria. **Elementos para uma Teoria do Processo Estrutural aplicada ao Processo Civil Brasileiro**. Disponível em: <https://www.academia.edu/42872474/ELEMENTOS_PARA_UMA_TEORIA_DO_PR>

PROCESSO ESTRUTURAL APLICADA AO PROCESSO CIVIL BRASILEIRO.
Acesso em 18 de agosto de 2021.

FARIA, Ana Maria Damasceno de Carvalho. A Liquidação de Sentença como Etapa Fundamental ao Cumprimento de Sentenças Estruturais. In: ARENHART, Sérgio Cruz; JOBIM, Marco Félix (Org.). **Processos Estruturais**. Salvador: JusPodivm, 2019, p. 158-177.

GRINOVER, Ada Pellegrini. **Ensaio sobre a Processualidade**: Fundamentos para uma nova teoria geral do processo. Disponível em: <https://edisiplinas.usp.br/pluginfile.php/2600445/mod_resource/content/1/33-72%20-Ensaio%20sobre%20a%20processualidade%2C%20Ada%20Grinover.pdf>. Acesso em 17 de agosto de 2021.

JOBIM, Marco Felix. *As medidas estruturantes e a legitimidade democrática do Supremo Tribunal Federal para sua implementação*. Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul, 2012, Tese de Doutorado em Direito Público.

_____; ROCHA, Marcelo Hugo. Medidas Estruturantes: Origem em Brown v. Board of Education. In: ARENHART, Sérgio Cruz; JOBIM, Marco Félix (Org.). **Processos Estruturais**. Salvador: JusPodivm, 2019, p. 655 - 674.

JUNIOR, Ulisses Lopes de Souza. Nem os Juízes são cientistas nem os Tribunais são Laboratórios: In: ARENHART, Sérgio Cruz; JOBIM, Marco Félix (Org.). **Processos Estruturais**. Salvador: JusPodivm, 2019, p. 825-841.

FARIA, Ana Maria Damasceno de Carvalho Faria. A liquidação de sentença como etapa fundamental ao cumprimento de sentenças estruturais. In: ARENHART, Sérgio Cruz; JOBIM, Marco Félix (Org.). **Processos Estruturais**. Salvador: JusPodivm, 2019, p. 157-177.

FERRARO, Marcela Pereira. *Do processo bipolar a um processo coletivo-estrutural*. 2015, Dissertação de Mestrado em Direito das Relações Sociais. Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2015.

FISS, Owen. To make the constitution a livin truth. In: ARENHART, Sérgio Cruz; JOBIM, Marco Félix (Org.). **Processos Estruturais**. Salvador: JusPodivm, 2019, p. 31-55.

NETO, Francisco de Barros e Silva. Breves Considerações sobre os Processos Estruturais. In: ARENHART, Sérgio Cruz; JOBIM, Marco Félix (Org.). **Processos Estruturais**. Salvador: JusPodivm, 2019, p. 325-354.

NUNES, Dierle; BAHIA, Alexandre Gustavo Melo Franco de Moraes; GOMES, Renata; ASSIS, Rafaela. Processo Estrutural e Litigância de Interesse Público. In: NUNES, Dierle; COSTA, Fabrícia Viegas, GOMES, Magno Federici (Org.). **Processo Coletivo, Desenvolvimento Sustentável e Tutela Diferenciada dos Direitos Fundamentais**. Porto Alegre: Editora FI, 2019. p. 379-406.

_____; _____. ARAÚJO, Jéssica Helena Braga. A aplicação compartilhada de medidas estruturante nos processos coletivos de Mariana e Brumadinho. In: NUNES, Dierle; COSTA, Fabrício Vieira; GOMES, Magno Federici (Org.). **Processo coletivo, desenvolvimento sustentável e tutela diferenciada dos direitos fundamentais**: v. 2. Rio Grande do Sul: Editora FI, 2020.p. 299-326.

NUNES, Leonardo; COTA, Samuel; FARIA, Ana. Dos Litígios aos Processos Estruturais: pressupostos e fundamentos. In: FARIA, Juliana Cordeiro de; REZENDE, Ester Camila Gomes Norato; NETO, Edgard Audomar Marx (Org.). **Novas Tendências, diálogos entre direito material e processo**: estudos em homenagem ao professor Humberto Theodoro Júnior. Belo Horizonte: Editora D' Plácido, 2018, p. 365-383.

OSNA, Gustavo. Nem “tudo”, nem “nada” – Decisões estruturantes e efeitos jurisdicionais complexos. In: ARENHART, Sérgio Cruz; JOBIM, Marco Félix (Org.). **Processos Estruturais**. Salvador: JusPodivm, 2019, p. 355-381.

PINTO, Henriqu Alves. A Conduta de Decisões Estruturais pelo Código de Processo Civil de 2015. In: ARENHART, Sérgio Cruz; JOBIM, Marco Félix (Org.). **Processos Estruturais**. Salvador: JusPodivm, 2019, p. 383-422.

PUGA, Mariela. La Litis Estructural en el caso Brown v. Broad of Education. In: ARENHART, Sérgio Cruz; JOBIM, Marco Félix (Org.). **Processos Estruturais**. Salvador: JusPodivm, 2019, p. 91-145.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Código de Processo Civil Anotado**. 23. Ed. Rio de Janeiro: Forense, 2020.

TOSTA, André Ribeiro; MARÇAL, Felipe Barreto. Gerenciamento processual adequado de demandas formalmente individuais a partir de uma visão estruturante: o reforço proporcionado a pelo art 21 da LINDB. In: ARENHART, Sérgio Cruz; JOBIM, Marco Félix (Org.). **Processos Estruturais**. Salvador: JusPodivm, 2019, p. 179- 207.

VITORELLI, Edilson. Levando os conceitos a sério: processo estrutural, processo coletivo, processo estratégico e suas diferenças. **Revista de Processo**. v. 284, p. 333-369, out. 2018

_____. Litígios Estruturais: decisão e implementação de mudanças socialmente relevantes pela via processual. In: ARENHART, Sérgio Cruz; JOBIM, Marco Félix (Org.). **Processos Estruturais**. Salvador: JusPodivm, 2019, p. 269-323.

_____. Processo Civil Estrutural: teoria e prática. Juspodivm, 2ª ed. 2021.

TRIBUNAIS DE CONTAS E TERMO DE AJUSTAMENTO DE GESTÃO O CONSENSUALISMO NO DIREITO ADMINISTRATIVO SANCIONADOR DE CONTAS

Luiz Antônio Santiago Corrêa¹

SUMÁRIO: Introdução; 1 Novos Paradigmas do Direito Administrativo; 1.1 Constitucionalização do Direito Administrativo e a Legalidade; 1.2 Administração Pública Gerencial; 1.3 Nova Abordagem da Supremacia do Interesse Público; 1.4 Confiança Legítima; 1.5 Consensualismo 2 Controle Externo e os Tribunais de Contas; 3 Direito Administrativo Sancionador e os Tribunais de Contas; 4 Termo de Ajustamento de Gestão nos Tribunais de Contas; 4.1 Fundamento Teórico; 4.2 Termo de Ajustamento de Gestão Como Instituto *Bypass*; 4.3 Desnecessidade de Legislação Específica; Considerações finais; Referências

RESUMO

O presente trabalho tratou do tema da possibilidade de aplicação do Termo de Ajustamento de Gestão no âmbito da atividade de controle externo exercida pelos Tribunais de Contas, com foco no estudo no arcabouço principiológico constitucional e aplicação do consensualismo como meio de efetivação do interesse público em alternativa à aplicação de sanções típicas do processo de contas. O objetivo central do trabalho foi responder a pergunta: “qual a justificação teórica para a possibilidade de transação por meio do ajustamento de gestão em alternativa às sanções aplicáveis pelos Tribunais de Contas aos responsáveis pela gestão de dinheiros e bens públicos?”. Adotou-se como metodologia de pesquisa o método de abordagem indutivo e o método de procedimento de análise de casos concretos e análise de conteúdo. Os objetivos específicos do trabalho foram: compreender o instituto do Termo de Ajustamento de Gestão através de uma análise principiológica e legislativa em modelos já aplicados por alguns Tribunais de Contas do país e a sua possibilidade de aplicação em substituição a sanções ordinárias aplicáveis dentro da competência finalística do Controle Externo exercido pelos Tribunais de Contas.

Palavras-chave: tribunais de contas; controle externo; consensualismo; termo de ajustamento de gestão;

¹ Autor: Auditor de Controle Externo – Procuradoria do Tribunal de Contas do Estado do Pará (TCE/PA), Advogado Associado no Dias & Cardoso Advogados, Mestre em Direito Empresarial Econômico pela Pontifícia Universidad Católica Argentina (UCA), Mestrando em Direito Econômico e Desenvolvimento pelo Instituto Brasiliense de Direito Público (IDP), www.diaslaw.com.br, luiz.santiago@diaslaw.com.br.

ABSTRACT

The present work dealt with the theme of the possibility of application of the Management Adjustment Agreement in the scope of the external control activity exercised by the Audit Courts, focusing on the study of the constitutional principle framework and the application of consensualism as a means of enforcing the public interest as an alternative to the application of typical sanctions of the accounting process. The central objective of the work was to answer the question: "what is the theoretical justification for the possibility of transaction through management adjustment as an alternative to the sanctions applied by the Audit Courts to those responsible for the management of public money and assets? The research methodology adopted was the inductive approach method and the procedural method of case analysis and content analysis. The specific objectives of the work were: to understand the institute of the Management Adjustment Agreement through a principiological and legislative analysis in models already applied by some Courts of Accounts in the country and its possibility of application in replacement of ordinary sanctions applicable within the finalistic competence of the External Control exercised by Courts of Accounts.

Keywords: *audit courts; external control; consensualism; management adjustment term.*

INTRODUÇÃO

Os novos desafios enfrentados pela Administração Pública diante de uma sociedade cada vez mais dinâmica e pragmática resultam na necessidade de adequação do atuar estatal frente as inovações e mudanças de comportamento.

Sabe-se que, classicamente, os objetos do Direito Administrativo são: poder de polícia, fomento, serviço público e intervenção no domínio econômico. Soma-se a esse rol a regulação, objeto que vem ganhando força no modelo contemporâneo de Administração Pública.

É através da regulação que ganha conteúdo e contorno o desenvolvimento dos novos paradigmas do Direito Administrativo². E nesse novo modelo também se inserem o atuar do Controle Externo exercido pelos Tribunais de Contas.

Os Tribunais de Contas dentro do seu processo de contas têm como objetivo promover a eficiência da gestão pública e evitar prejuízos ao erário. Como garantia de sua competência constitucionais, as Cortes de Contas detêm poder sancionador podendo aplicar multas, advertências, imposição de ressarcimento, etc. As consequências dessas sanções vão além do próprio objetivo principal delas, pois poderá inclusive levar a perda de função pública e suspensão de direitos políticos por força da “lei da ficha limpa”.

Ocorre que, nem sempre será mais eficaz punir o gestor por uma conduta desconforme na ordenação de despesa. É possível que dentro de um escopo consensual, se chegue a uma solução mais eficaz, a de trazer o gestor para o caminho correto, acertar as contas e promover a eficiência, sem que seja necessário punir. Tal solução seria mais rápida que um processo de contas que pode levar anos, e faria o gestor controlado faltoso desde logo se comprometer a sanar os vícios de sua gestão para evitar as eventuais punições ordinárias de um processo sancionador regular nos Tribunais de Contas.

Tendo em vista essa conjuntura em que se insere o direito administrativo sancionador no âmbito dos Tribunais de Contas objetivamos nesse estudo, com um olhar empírico sobre a questão, delinear esses novos paradigmas que balizam o direito administrativo, situando o controle externo exercido pelas Cortes de Contas e a possibilidade de se utilizar do modelo

²Sobre o tema Guimarães leciona que “No limite, como faz Marçal JUSTEN FILHO (estribado em doutrina de Giandomenico MAJONE), a emergência da ideia de regulação, dá ensejo ao surgimento de um novo tipo de Estado, chamado justamente de “Regulador”. Sendo que as características desse modelo novo (que ora está-se a chamar de Pós-Social) identificam-se com as apontadas acima, especialmente na necessidade de se rearticular a relação público/privado, buscando uma maior efetividade na implementação das missões reservadas ao Estado”. Ver em : Guimarães, Bernardo Strobel. **Da regulação como função do direito administrativo**. Dissertação de Mestrado. USP. 2007. p.53-54

consensual de solução de conflitos, por meio dos Termos de Ajustamento de Gestão (TAGs) como meio juridicamente possível de consecução do interesse público em que se insere as finalidades e competências constitucionais dos Tribunais de Contas.

1. NOVOS PARADIGMAS DO DIREITO ADMINISTRATIVO

1.1 CONSTITUCIONALIZAÇÃO DO DIREITO ADMINISTRATIVO E A LEGALIDADE

O Direito Administrativo, ramo de direito público, é classicamente fundado no princípio da legalidade estrita (ou legalidade administrativa) que prediz que o administrador somente pode fazer aquilo que está permitido pela lei. Contudo, a conceituação clássica do princípio da legalidade administrativa possui suas bases em períodos em que pouco diálogo havia entre valores, direito e constituição.

Isto é, o direito administrativo clássico possui raiz burocrática e formal, abstraindo-se da valoração moral ou ética e distante de outros ramos do direito. Isso se explica pelo momento histórico de seu surgimento, para romper (supostamente) com o absolutismo no qual o direito era na verdade a vontade do monarca.

Esse período de superação do absolutismo é conhecido como período das revoluções iluministas, com a preocupação de aplicação da ciência distanciada de valores subjetivos, isto é o uso da razão em vez de valores, justamente para fugir de subjetivismo que havia na vontade do rei, enraizando assim o “nascimento” do direito administrativo em formalismo da era positivista.

Dessa forma, falar em legalidade administrativa clássica é diferente de se falar em legalidade administrativa hoje em dia, principalmente após a segunda guerra mundial período em que inúmeras atrocidades foram feitas com base na aplicação formal e literal da lei, despida de moral e ética, ganhando força assim o fenômeno jurídico do Neoconstitucionalismo.

Neoconstitucionalismo é um movimento jus-filosófico que, em síntese, reaproxima o direito da moral, bem como reconhece a supremacia axiológica da Constituição (em constituições escritas e rígidas, como a CRFB/1988). Nesse sentido, pode-se afirmar que a Constituição passa ao centro do ordenamento jurídico, emanando seus valores a todos os ramos do direito, num processo que a doutrina denominou de constitucionalização do direito.

Logo, o Direito Administrativo passou por uma releitura valorativa, devendo ser interpretado em conformidade a todos os valores e princípios defendidos pela Constituição

Federal. Assim, a legalidade administrativa já não pode ser entendida tão somente como o permissivo legal para prática de determinada conduta pela Administração Pública, mas sim como o permissivo da lei e do ordenamento jurídico para prática de determinada conduta.

Em razão disso, a doutrina administrativista moderna vem tratando o princípio da legalidade, dentro desta nova dogmática, com uma readequação, agora denominando-o de princípio da juridicidade, pelo qual não basta mais para o Administrador Público fazer somente o que a lei permite, a Administração Pública deve atuar quando a lei e o direito, entendido aqui princípios e valores constitucionais, permitirem.

A lei deixa hoje de ocupar o centro do ordenamento jurídico para dar lugar à Constituição. O reconhecimento da força normativa das normas constitucionais, especialmente dos princípios constitucionais, e a pluralidade típica das sociedades democráticas modernas (ocidentais) exigem do Estado o respeito ao Direito como um todo e não apenas à lei, produto formal do Poder Legislativo. Como consequência dessa crescente importância do papel do Estado na efetivação das normas constitucionais e na ponderação dos interesses em jogo, reforça-se a necessidade de efetivação de instrumentos democráticos e de legitimação da atuação da Administração Pública. (OLIVEIRA, 2007, p.13-14)

Dentro desse novo parâmetro de valor do Direito, e sendo a Constituição Federal uma constituição democrática que presa pela dignidade da vida humana, sendo essa uma cláusula geral do ordenamento jurídico, o Direito passou pelo que se chama de repersonalização, retornando ao centro de tutela a pessoa humana, afastando-se do formalismo passado, reestruturando sua tábua axiológica.

1.2. ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA GERENCIAL

Assim como na transição de um direito administrativo legalista para um direito administrativo neoconstitucional, a gestão da coisa pública também passou por uma mudança em sua estruturação metodológica.

Antes a Administração Pública se baseava na própria existência do Estado para manter e gerir a coisa pública, na sua autossustentabilidade; ou ainda, mais remotamente, como patrimônio do Monarca, servindo a sua satisfação.

Sobre essa transição leciona Diogo de Figueiredo leciona:

Em consequência dessa mudança, O Estado não administra nem, como no passado remoto, para o Rei e para seus áulicos, nem, como no passado recente, para o próprio Estado e sua *nomenklatura*: muda o enfoque e *passa a administrar para o cidadão, e apenas para ele*, os interesses públicos que lhe são confiados pela ordem jurídica (MOREIRA NETO, 2018, p. 123)

Atualmente, ainda que haja resquícios do passado, o foco é o cidadão. A Administração Pública gerencial deve ser eficiente na gestão da coisa pública primeiro porque o centro da proteção constitucional é a pessoa humana (repersonalização do direito), segundo porque o cidadão é o titular da coisa pública e o gestor público é administrador de coisa alheia (indisponibilidade do interesse público).

No contexto brasileiro podemos dizer que, ainda que teoricamente se possa imputar o início da administração pública gerencial a momento anterior, normativamente, é com a Emenda Constitucional nº 19/1998 que se estabelece um marco de transformação da administração pública burocrática para a gerencial (MOREIRA NETO, 2018, p. 128).

1.3. NOVA ABORDAGEM DA SUPREMACIA DO INTERESSE PÚBLICO

Considerado pelos autores clássicos um dos pilares do regime jurídico Administrativo o princípio da Supremacia do Interesse Público vem passando por diversas críticas teóricas e metodológicas diante do atual cenário jurídico constitucional.

Conceitualmente, o princípio em comento já pressupõe que que diante da colisão entre interesse público e interesse privado, o primeiro deve prevalecer. E, para os autores que o defendem, ele fundamenta as diversas prerrogativas da Administração Pública sobre o particular dentro do ordenamento jurídico.

Contudo, da análise de estudos da lavra de Humberto Ávila e Gustavo Binembojm ³ podemos dizer que tal entendimento encontra diversos problemas conceituais e dogmáticos, O primeiro seria o de delimitar o que seria interesse público; o segundo seria o da deslegitimação automática de interesses privados legítimos e, inclusive, constitucionalmente protegidos; o terceiro, a impossibilidade de ponderação de interesses entre colisão com outros princípios; e o quarto, decorrente do último, a impossibilidade de aplicação dos princípios instrumentais da proporcionalidade e razoabilidade na sua aplicação.

Concluimos portanto que no atual modelo metodológico constitucional do direito administrativo, mais adequado seria a utilização da ponderação de interesses, com base na

³ Ver em: AVILA, Humberto. **Repensando o “princípio da supremacia do interesse público sobre o particular”**. Salvador: Revista Eletrônica Sobre a Reforma do Estado, nº 11. 2007; e BINENBOJM, Gustavo. **Da Supremacia do Interesse Público ao Dever de Proporcionalidade: Um novo paradigma para o Direito Administrativo**. In: SARMENTO, Daniel (org.). Interesses públicos versus Interesses privados: desconstruindo o princípio da supremacia do interesse público. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

aplicação dos princípios da proporcionalidade e razoabilidade quando da colisão de interesses, sejam esses públicos ou privados, não se podendo colocar, a priori, o interesse o público, acima do privado automaticamente, já que o privado, muitas das vezes poderá ser mais legítimo e adequado com a satisfação dos valores constitucionais do que o público, e, portanto, a prevalência de um ou de outro deve se dar ponderadamente no caso concreto.

1.4. CONFIANÇA LEGÍTIMA

O princípio da proteção da confiança ou da confiança legítima, de origem alemã, assume no atual estágio do direito administrativo brasileiro grande importância. Tal princípio é um espectro subjetivo decorrente do princípio constitucional da segurança jurídica, e que, em síntese, resguarda a justa e legítima expectativa que a Administração Pública gerou no particular.

Isto é, não pode o Estado de Direito atuar contrário as justas expectativas que ele mesmo cria no administrado através de sua atuação. Nada mais justo que o Estado, em respeito a juridicidade, seja coerente com os próprios atos. Daí portanto também se pode extrair a teoria dos atos próprios dentro do Direito Administrativo (*venire contra factum próprio*)

Importância ainda maior ganhou o princípio com a recente reforma da lei de introdução as normas do direito brasileiro que positivou no artigo 23 e 24 cláusulas gerais de aplicação da confiança legítima no âmbito do Poder Público.

1.5. CONSENSUALISMO

Por último, dentro desse novo modelo de direito administrativo, no qual não se pode falar em superior interesse público sobre o privado sem análise do caso concreto, abrem-se as portas do diálogo entre administrador e administrado.

Se a Administração Pública gerencial tem foco no cidadão, e este é o centro de proteção da tutela constitucional na sua dignidade humana, titular da coisa pública e destinatário final da atuação estatal, nada mais condizente com este regime do que a relação consensual e dialógica entre ambos.

Odete Medauar sobre a consensualidade assim leciona.

A atividade de consenso-negociação entre Poder Público e particulares, mesmo informal, passa a assumir papel importante no processo de identificação de interesses

públicos e privados, tutelados pela Administração. Esta não mais detém exclusividade no estabelecimento do interesse público; a discricionariedade se reduz, atenua-se a prática de imposição unilateral e autoritária de decisões. A Administração volta-se para a coletividade, passando a conhecer melhor os problemas e aspirações da sociedade. A Administração passa a ter atividade de mediação para dirimir e compor conflitos de interesses entre várias partes ou entre estas e a Administração. Daí decorre um novo modo de agir, não mais centrado sobre o ato como instrumento exclusivo de definição e atendimento do interesse público, mas como atividade aberta à colaboração dos indivíduos. Passa a ter relevo o momento do consenso e da participação (MEDAUAR, 2017, p.210)

Destaca-se que a dialeticidade entre administrador e administrado é caminho natural num ambiente onde a supremacia do interesse público é desconstruída e o a administração se despe de determinadas prerrogativas para conversar em pé de igualdade com o particular.

Abre-se assim a porta da negociação e transação entre Administração e particular de forma a superar o modelo clássico de separação entre direito público primário e secundário.

2. CONTROLE EXTERNO E OS TRIBUNAIS DE CONTAS

Se o Estado democrático de direito é um Estado que se submete ao seu próprio regramento instituído e se a República é fundada em responsabilidade do governante, nada mais lógico do que controlar os atos daqueles que exercem o poder e cuidam da coisa pública. Desta forma, como assevera Valdecir Pascoal (2010, p.135), o princípio do controle é corolário do princípio republicano.

Vários podem ser o tipo do controle, podendo ser interno, externo, finalístico, supervisional, etc. Nos preocuparemos aqui de nos ater ao controle externo realizado pelos Tribunais de Contas.

Controle externo é o controle exercido por órgão estranho a estrutura a ser controlada. O órgão que realiza o controle não possui ligação de hierarquia com o controlado, possuindo equidistância técnica para exercer sua função.

Nesse sentido nos valem da explicação de Evandro Guerra (2005).

O controle externo é aquele desempenhado por órgão apartado do outro controlado, tendo por finalidade a efetivação de mecanismos, visando garantir a plena eficácia das ações de gestão governamental, porquanto a Administração Pública deve ser fiscalizada, na gestão dos interesses da sociedade, por órgão de fora de suas partes, impondo atuação em consonância com os princípios determinados pelo ordenamento jurídico, como os da legalidade, legitimidade, economicidade, moralidade, publicidade, motivação, impessoalidade, entre outro. (GUERRA, 2005, p.101)

Muito embora o legislativo quem detenha a titularidade do controle externo, por ser um órgão político, o Constituinte optou por outorgar aos Tribunais de Contas a materialização

técnica desse controle. Dentro desse esquema organizacional, encontramos no art. 70 da CRFB a cláusula geral de atuação dos Tribunais de Contas em seu papel institucional, ainda que, a priori, o titular de tal controle seja o Legislativo.

Art. 70. A fiscalização contábil, financeira, orçamentária, operacional e patrimonial da União e das entidades da administração direta e indireta, quanto à legalidade, legitimidade, economicidade, aplicação das subvenções e renúncia de receitas, será exercida pelo Congresso Nacional, mediante controle externo, e pelo sistema de controle interno de cada Poder.

Dentro desse modelo constitucional então outorgou diversas competências aos Tribunais de Contas.

Art. 71. O controle externo, a cargo do Congresso Nacional, será exercido com o auxílio do Tribunal de Contas da União, ao qual compete:

I - apreciar as contas prestadas anualmente pelo Presidente da República, mediante parecer prévio que deverá ser elaborado em sessenta dias a contar de seu recebimento;

II - julgar as contas dos administradores e demais responsáveis por dinheiros, bens e valores públicos da administração direta e indireta, incluídas as fundações e sociedades instituídas e mantidas pelo Poder Público federal, e as contas daqueles que derem causa a perda, extravio ou outra irregularidade de que resulte prejuízo ao erário público;

III - apreciar, para fins de registro, a legalidade dos atos de admissão de pessoal, a qualquer título, na administração direta e indireta, incluídas as fundações instituídas e mantidas pelo Poder Público, excetuadas as nomeações para cargo de provimento em comissão, bem como a das concessões de aposentadorias, reformas e pensões, ressalvadas as melhorias posteriores que não alterem o fundamento legal do ato concessório;

IV - realizar, por iniciativa própria, da Câmara dos Deputados, do Senado Federal, de Comissão técnica ou de inquérito, inspeções e auditorias de natureza contábil, financeira, orçamentária, operacional e patrimonial, nas unidades administrativas dos Poderes Legislativo, Executivo e Judiciário, e demais entidades referidas no inciso II;

V - fiscalizar as contas nacionais das empresas supranacionais de cujo capital social a União participe, de forma direta ou indireta, nos termos do tratado constitutivo;

VI - fiscalizar a aplicação de quaisquer recursos repassados pela União mediante convênio, acordo, ajuste ou outros instrumentos congêneres, a Estado, ao Distrito Federal ou a Município;

VII - prestar as informações solicitadas pelo Congresso Nacional, por qualquer de suas Casas, ou por qualquer das respectivas Comissões, sobre a fiscalização contábil, financeira, orçamentária, operacional e patrimonial e sobre resultados de auditorias e inspeções realizadas;

VIII - aplicar aos responsáveis, em caso de ilegalidade de despesa ou irregularidade de contas, as sanções previstas em lei, que estabelecerá, entre outras cominações, multa proporcional ao dano causado ao erário;

IX - assinar prazo para que o órgão ou entidade adote as providências necessárias ao exato cumprimento da lei, se verificada ilegalidade;

X - sustar, se não atendido, a execução do ato impugnado, comunicando a decisão à Câmara dos Deputados e ao Senado Federal;

XI - representar ao Poder competente sobre irregularidades ou abusos apurados.

§ 1º No caso de contrato, o ato de sustação será adotado diretamente pelo Congresso Nacional, que solicitará, de imediato, ao Poder Executivo as medidas cabíveis.

§ 2º Se o Congresso Nacional ou o Poder Executivo, no prazo de noventa dias, não efetivar as medidas previstas no parágrafo anterior, o Tribunal decidirá a respeito.

§ 3º As decisões do Tribunal de que resulte imputação de débito ou multa terão eficácia de título executivo.

§ 4º O Tribunal encaminhará ao Congresso Nacional, trimestral e anualmente, relatório de suas atividades.

Certo que o modelo de controle realizado pelos Tribunais de Contas não é inovação da Carta de 1988, já que o Tribunal de Contas da União teve sua normatização definida ainda na Constituição de 1891, tendo sua instalação definitiva em 1893 graças aos esforços de Inocêncio Serzedêllo Corrêa, Ministro da Fazenda de Floriano Peixoto, primeiro presidente do Brasil (ARAÚJO; SOARES, 2016, p.220).

De lá para cá o modelo não só se solidificou como espelhou a criação de seus congêneres Estaduais e o do Distrito Federal, além dos Tribunais de Contas dos Municípios (este último sendo órgão de instituição opcional pela CRFB/1988, existindo hoje somente nos estados do Pará, Bahia e Goiás) e Tribunais de Contas Municipais (extintos pela CRFB/1988, mantidos os que existiam à época, nos municípios de São Paulo e no Rio de Janeiro).

2.2.NATUREZA JURÍDICA E COMPETÊNCIA DOS TRIBUNAIS DE CONTAS

Os Tribunais de Contas são órgãos autônomos de estatura constitucional, possuindo independência administrativa e orçamentária. Muito embora a norma do artigo 71 da CRFB/1988 indique que o controle externo é de titularidade do Legislativo com auxílio dos Tribunais de Contas, isto não os torna um órgão subordinado.

A sua posição na estrutura administrativa faz com que se tenha dificuldade para encaixá-lo dentro da repartição dos poderes, de sorte que alguns doutrinadores optam por colocá-los fora da tripartição clássica dos poderes, tal como alguns fazem com o Ministério Público.

Contudo, a maioria da doutrina o posiciona dentro do Poder Legislativo por uma questão orçamentária, já que é do orçamento deste Poder que vem os recursos para custeio dos Tribunais de Contas e, ainda, pela sua posição normativa topográfica na CRFB/88, tendo em vista que se encontra inserido dentro do Capítulo I, Título IV que trata do Poder Legislativo⁴.

3. O DIREITO ADMINISTRATIVO SANCIONADOR E OS TRIBUNAIS DE CONTAS

O Estado Democrático de Direito para consecução de seus objetivos necessita conformar a conduta do cidadão na busca pelas finalidades legítimas constitucionais. Ocorre que, o cidadão nem sempre aceita determinadas prescrições estatais ou, em vias de atender um interesse puramente particular escolhe por não atender determinações estatais legítimas. De sorte que, ao cometer um desvio administrativo, impedindo a satisfação de questões públicas, abre-se caminho à sanção administrativa, despertando o *jus puniendi* estatal.

Nessa esteira Alice Voronoff (2018, p.129) leciona que *“as sanções administrativas devem ser vistas como instrumentos regulatórios voltados a assegurar a conformidade do comportamento dos administrados, com vista à realização de finalidades de interesse público reconhecidas pelo ordenamento jurídico”*

Contudo, esse poder de punir, o *jus puniendi* estatal, encontra limites na própria ordem jurídica que legitima sua existência. Isto é, um *jus puniendi* sem limites seria arbitrariedade e não se legitimaria dentro do esqueleto constitucional que rege a ordem democrática de direito. Assim, pode-se dizer que o poder sancionador do Estado só é legítimo quando exercido dentro de uma autocontenção que legitima e limita a própria existência do Estado.

Nesse sentido, Diogo de Figueiredo e Flávio Garcia (2012) lecionam:

O Estado democrático de Direito se assenta como princípio fundamental da Constituição Federal de 1988 e exprime a inextricável submissão que se quer do Estado: à vontade do povo e à vontade da ordem jurídica.

Como se sabe, com o advento do Estado de Direito, as normas de Direito Público explicitaram sua dupla função: a de limitar e controlar o poder do Estado, de modo a coibir os excessos e desvios praticados no exercício do poder e controles impostos pela legítima expressão jurídica da vontade do povo.

⁴ Sobre o tema “O tribunal de Contas é um órgão constitucional dotado de autonomia administrativa e financeira, sem qualquer subordinação com os Poderes Executivo, Legislativo e Judiciário. Embora as competências dos Tribunais de Contas estejam constitucionalmente inseridas no Capítulo I do Título IV, dedicado ao Poder Legislativo, esse fato não enseja uma interpretação no sentido de que haja qualquer subordinação administrativa ao parlamento” ver em: . PASCOAL, Valdeci. **Direito Financeiro e Controle Externo**. 9ª ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método. 2015.p. 143.

Com resultado da feliz confluência de sucessivas etapas históricas do aperfeiçoamento convergente da noção original de Estado de Direito, avançou-se contemporaneamente para o conceito de Estado Democrático de Direito, que, ao agregar o esquecido elemento da legitimidade, subordinou a ação estatal ao atendimento do interesse público, bem como a inexorável observância de valores, que passaram a ser expressos como direitos fundamentais dos cidadãos. (GARCIA ; MOREIRA NETO, 2012, p.2)

Por sua vez, dentro do espectro do *jus puniendi* estatal encontramos dois grandes ramos, o do Direito Penal e o do Direito Administrativo. Tendo em vista a juridicidade que rege a matéria, ambos os ramos estão submetidos aos princípios limitadores do poder de punir, tais como devido processo legal, contraditório e ampla defesa, proporcionalidade e razoabilidade, legalidade, tipicidade, segurança jurídica, entre outros. Cada ramo com suas adaptações e peculiaridades respeitando seus postulados teóricos.

Certo que, a punição penal, mais gravosa, somente tem lugar de forma subsidiária. Isto é balizada pelo princípio da ofensividade e da fragmentariedade, nem todo ilícito será penal, mas poderá ser administrativo, sendo, portanto, campo de atuação do Direito Administrativo Sancionador.

É o que ocorre dentro do processo sancionador de contas que se insere dentro do Direito Administrativo Sancionador, não tendo, pois, vinculação direta com a sanção penal, já que realizado por um tribunal administrativo, com as peculiaridades a ele inerentes. Contudo, nada obsta que, no andamento do processo administrativo de contas sejam identificadas possíveis infrações penais, que deverão ser remetidas ao titular da ação penal, o Ministério Público Estadual ou Federal.

No âmbito do processo de contas os gestores de recursos públicos estão sujeitos ao controle de sua gestão a ser escrutinizada pelos Tribunais de Contas. A depender da origem dos recursos, estará sujeito à competência dos Tribunais Contas Estaduais, dos Tribunais de Contas dos Municípios (onde houver), do Tribunal de Contas do Município (onde houver) ou Tribunal de Contas da União.

Ressalta-se que prestar contas é uma obrigação constitucional e caso esta não seja realizada dentro dos prazos legais (normalmente prescritos nos regimentos dos Tribunais) estes sujeitar-se-ão ao instituto da tomada de contas (aberta de ofício para julgar as contas do gestor faltoso com a prestação ou para apurar eventuais denúncias sobre a gestão).

O poder sancionador dos Tribunais de Contas possui validade na própria Constituição Federal em seu art. 71 e permitem que sua atuação seja dotada de imperatividade, não mera recomendação.

Nessa esteira, Bugarin, informa que essa competência sancionadora dos Tribunais de Contas possui três elementos constitutivos:

As sanções, são, portanto, uma das competências conferidas ao Tribunal de Contas para bem desempenhar a função controladora, que segundo Bento José Bugarin possui três elementos constitutivos: a) verificação, que consiste no exame da conduta do sujeito controlado em face de uma determinada norma ou princípio; b) juízo, que consiste na conclusão sobre a conformidade do ato examinado à norma ou princípio e c) providência, que é a medida corretiva adotada pelo controlador, ou a proposta a adoção de providências pela autoridade controlada. (BUGARIN apud PELEGRINI, 2008, p.108)

Cumpra esclarecer que o processo de contas, seja pela prestação ordinária, seja pela tomada de contas, é processo administrativo formal, permeado pelas regras constitucionais e garantias individuais, tais como segurança-jurídica, ampla defesa e contraditório etc., dentro do que já falamos se tratar do princípio da juridicidade. Desta forma o processo de contas está sujeito à lei e ao direito e a inobservância dos princípios e regras que o regem pode levar a invalidade da decisão.

Certo que, a finalidade da atividade controladora dos Tribunais de Contas, portanto, é de dar transparência e eficiência a ordenação de despesa pública e ressarcir eventuais prejuízos ao erário. Contudo, pode-se dizer que o controle de contas não é um julgamento comum, neste caso não há partes. Isto é, o gestor não está sendo julgado, mas sua gestão, o que acaba por não trazer ao processo elementos subjetivos como dolo e culpa.

Tal situação seria simples de lidar não fosse a inovação trazida pela recente inclusão à Lei de Introdução ao Direito Brasileiro (LINDB) que em seu novel art. 22 assim passou a dispor.

Art. 22. Na interpretação de normas sobre gestão pública, serão considerados os obstáculos e as dificuldades reais do gestor e as exigências das políticas públicas a seu cargo, sem prejuízo dos direitos dos administrados. ([Regulamento](#))

§ 1º Em decisão sobre regularidade de conduta ou validade de ato, contrato, ajuste, processo ou norma administrativa, serão consideradas as circunstâncias práticas que houverem imposto, limitado ou condicionado a ação do agente. ([Incluído pela Lei nº 13.655, de 2018](#))

§ 2º Na aplicação de sanções, serão consideradas a natureza e a gravidade da infração cometida, os danos que dela provierem para a administração pública, as circunstâncias agravantes ou atenuantes e os antecedentes do agente. ([Incluído pela Lei nº 13.655, de 2018](#))

§ 3º As sanções aplicadas ao agente serão levadas em conta na dosimetria das demais sanções de mesma natureza e relativas ao mesmo fato. ([Incluído pela Lei nº 13.655, de 2018](#))

Ao que parece, o art. 22 da LINDB trouxe um sistema de subjetividade que deverá (ou deveria), a princípio, também ser introduzido ao processo sancionador de contas. Trazendo ao

bojo do controle externo um desafio grande de conciliar técnica de auditoria e a investigação quanto a subjetividade das situações concretas que podem conformar o atuar do gestor público.

No entanto, é possível que o pior do processo sancionador de contas nem seja a eventual sanção aplicável em si, mas suas consequências. Isso porque, a condenação por Tribunal De Contas torna o gestor “ficha suja” suspendendo temporariamente seus direitos políticos (muito embora possa-se questionar a medida já que em tese os Tribunais de Contas não aferem dolo ou culpa no julgamento de contas, o que, no entanto, não muda a realidade fática atual já que os Tribunais Regionais Eleitorais requerem aos Tribunais de Contas as listas dos gestores com contas rejeitadas para aferição dos requisitos de elegibilidade). O que para muitos que atuam na esfera pública é tão ou mais grave até mesmo que uma sanção penal⁵.

Diante disso, é certo que o direito sancionador no âmbito dos Tribunais de Contas deve ser pautado sempre dentro da juridicidade, necessitando de capacitação técnica dos auditores e imparcialidade dos julgadores (Conselheiros ou Ministros).

4. O TERMO DE AJUSTAMENTO DE GESTÃO NO PROCESSO DE CONTAS

4.1. FUNDAMENTO TEÓRICO

Inicialmente, poderia ser questionado se haveria justificação teórica para a utilização dos compromissos negociais no âmbito do Controle Externo Exercido pelos Tribunais de Contas. Isso porque ainda há arraigada dentro do estudo do direito administrativo a noção da Superioridade do Interesse Público e da Indisponibilidade do Interesse Público, o que dentro do Direito Administrativo Clássico fundamentou o autoritarismo metodológico que sustentou (e ainda sustenta) a atividade da Administração Pública e sua relação com o particular.

Não faz tanto tempo que se questionava, por exemplo, o uso da Arbitragem no âmbito da Administração Pública. Entendia-se que se o Interesse Público era indisponível não possibilitaria o uso de compromissos arbitrais pela Administração Pública.

⁵ Lei Complementar 64/1990. Art. 1º São inelegíveis: I - para qualquer cargo: (...) g) os que tiverem suas contas relativas ao exercício de cargos ou funções públicas rejeitadas por irregularidade insanável que configure ato doloso de improbidade administrativa, e por decisão irrecorrível do órgão competente, salvo se esta houver sido suspensa ou anulada pelo Poder Judiciário, para as eleições que se realizarem nos 8 (oito) anos seguintes, contados a partir da data da decisão, aplicando-se o disposto no [inciso II do art. 71 da Constituição Federal](#), a todos os ordenadores de despesa, sem exclusão de mandatários que houverem agido nessa condição;

A situação também chegava ao ponto de se questionar à possibilidade de transação no âmbito do poder judiciário por parte da Fazenda Pública.

A evolução do debate então estabeleceu que dentro da indisponibilidade haveria duas classes de interesse público. O primeiro, que seria o interesse público legítimo, e o secundário, que seriam os interesses da administração pública enquanto ente ou pessoa jurídica. Então se dizia que o interesse secundário poderia ser objeto de transação, enquanto o primário não.

O problema é que tais conceitos são conceitos jurídicos indeterminados e, muito embora possamos até identificar situações cristalinas de enquadramento entre um e outro, muitas das vezes estaremos diante de zonas de incertezas que impediriam a alocação desse interesse em uma ou outra categoria de forma segura. Isso sem falar dos modelos teóricos aplicáveis aos princípios e regras que atualmente desmentem os pilares autoritários do Direito Administrativo.

No entanto, atualmente, já se entende que interesse público pode ser alcançado também através da negociação/transação, sendo este um instrumento de alcance de resultados e eficiência e de satisfação do interesse público. Nesse sentido corrobora SCHIFLER:

Em suma, são diversos os casos em que a negociação pode gerar soluções criativas que prestigiam os interesses públicos de maneira mais apurada que a simples aplicação das soluções já previstas na legislação. Retirar da Administração Pública a possibilidade de negociar soluções alternativas ao descumprimento contratual por parte do contratado significar privá-la da busca pela melhor forma de satisfazer seus próprios interesses, que, como se sabe, devem ser coincidentes com os interesses públicos. (SCHIEFLER, 2016, p.3)

Desta forma, a Administração pública não só pode, como deve buscar meios mais eficientes de resolução de conflitos, isto também resulta em diminuição no custo da transação e proporciona maior eficiência na atuação. É a chamada Administração Pública de Resultados.

A este respeito lecionam André Saddy e Rodrigo Greco:

A busca por resultados, portanto, passa a ser uma preocupação constante da Administração. Ela deriva do dever jurídico relativo à efetividade, ou seja, da atenção satisfatória dos interesses públicos. Além de se ocupar do processo de decisão, a Administração passou a preocupar-se com o resultado do decidido e a mensurar se a ordem dos fatos reproduz satisfatoriamente o disposto na ordem jurídica. Ver em (SADDY; GRECO, 2016, p; 168)

Ora, se a finalidade instrumental do Controle Externo é manter uma gestão pública proba e eficiente torna-se legítimo que a Administração Pública se utilize de instrumentos mais adequados para este fim. Isto nada mais é do que compatibilizar interesse público e eficiência.

4.2. TERMO DE AJUSTAMENTO DE GESTÃO COMO INSTITUTO *BYPASS*

O modelo de Administração Pública consensual, adentra dentro do âmbito do Controle Externo realizado pelos Tribunais de Contas por meio dos TAG's (Termos de Ajustamento de Gestão).

Termo de Ajustamento de Gestão, Termo de Ajuste, Termo de Ajustamento de Conduta, são nomenclaturas que variam conforme o ente que os institui e utilizadas para nominar o mesmo instituto. No âmbito dos Tribunais de Contas, tendo em vista o objetivo institucional convencionou-se chamar de Termo de Ajuste de Gestão.

Tal instituto é um acordo de vontades, convergindo para uma finalidade recíproca e negocial voltada a reconhecer um desajuste de procedimento e compromisso em corrigir o que vem sendo feito de errado por uma parte (controlado) com vias a receber da outra (controlador) à não punição ordinária para o descumprimento que se pretende corrigir.

Podemos então dizer que o TAG é um instituto *bypass* que pode ser lançado pelos TC's em alternativa ao processo sancionador ordinário. Um instituto by-pass é um meio alternativo de solução de uma situação por meio de um instituto concorrente. Nos dizeres de Daniel Athias (2013, p.1) *“ao invés de tentar realizar uma reforma direta de determinada legislação ou instituição que possa ser considerada como ineficiente ou com incentivos não desejados, cria-se nova instituição; qual passa a competir com a aquela “não desejada” /menos eficiente.”*

Portanto, um instituto *bypass* tem por finalidade ser uma alternativa a outro, ordinário, que pode se apresentar a depender da situação como menos eficiente. O meio ordinário continua válido e possível de se utilizar, mas, a depender dos requisitos, o modelo *bypass* aparece como instituto alternativo numa busca de melhor resultado.

Isto é, não haverá direito subjetivo a se firmar uma TAG, ele existirá concorrentemente com o modelo sancionador tradicional do processo de contas e poderá ser usado (faculdade) caso o Tribunal de Contas entenda conveniente e oportuno no alcance de um resultado efetivo e o controlado cumpra requisitos determinados.

Ao analisar o a norma do texto do art. 26 da LINDB logo se vê que alguns requisitos mínimos são exigidos para que se possa utilizar o instituto:

Art. 26. Para eliminar irregularidade, incerteza jurídica ou situação contenciosa na aplicação do direito público, inclusive no caso de expedição de licença, a autoridade administrativa poderá, após oitiva do órgão jurídico e, quando for o caso, após realização de consulta pública, e presentes razões de relevante interesse geral, celebrar compromisso com os interessados, observada a legislação aplicável, o qual só produzirá efeitos a partir de sua publicação oficial. [\(Incluído pela Lei nº 13.655, de 2018\)](#) [\(Regulamento\)](#)

§ 1º O compromisso referido no **caput** deste artigo: [\(Incluído pela Lei nº 13.655, de 2018\)](#)

I - buscará solução jurídica proporcional, equânime, eficiente e compatível com os interesses gerais; [\(Incluído pela Lei nº 13.655, de 2018\)](#)

II – (VETADO); [\(Incluído pela Lei nº 13.655, de 2018\)](#)

III - não poderá conferir desoneração permanente de dever ou condicionamento de direito reconhecidos por orientação geral; [\(Incluído pela Lei nº 13.655, de 2018\)](#)

IV - deverá prever com clareza as obrigações das partes, o prazo para seu cumprimento e as sanções aplicáveis em caso de descumprimento.

Do dispositivo acima e seu incisos extraímos a priori 3 (três) requisitos mínimos obrigatórios: *a) impossibilidade de desoneração permanente de dever; b) prazo para cumprimento, c) sanções aplicáveis no caso de descumprimento.* Podemos estabelecer também como requisito lógico a vontade das partes em firmar o ajuste e como requisito prévio a análise do setor jurídico e consulta pública quando exigível.

Dentro do que já foi dito neste trabalho, em se tratando de um modelo gerencial e consensual de direito administrativo, é salutar possibilitar a solução de conflitos de forma consensual como forma mais eficiente de garantir a consecução do interesse público.

Veja-se que, a intenção de um sistema de Controle não é punir por punir, mas garantir que a gestão pública seja proba e eficiente. Para que isso ocorra nem sempre punir o gestor é o melhor caminho, já que isto não é garantia de que o vagão voltará aos trilhos.

4.3. DESNECESSIDADE DE LEGISLAÇÃO ESPECÍFICA

A utilização de instrumentos de compromissos consensuais na Administração Pública tinha, anteriormente, como justificação de validade jurídica, a Lei de Ação Civil Pública. Tal justificação, no entanto, era bastante frágil e criticada pela doutrina especializada, o que trazia insegurança jurídica ao modelo de compromisso e acabava por tornar temerária sua utilização. Nesse sentido corrobora a lição de GUERRA e PALMA:

“O art. 5º, 6º, da lei de Ação Civil Pública (Lei nº 7.347/85), inserido no texto da lei pelo Código de Defesa do Consumidor, era então apontado como o permissivo genérico à celebração de acordos pela Administração Pública.

(...)

O entendimento de que a Lei da Ação Civil Pública trazia o permissivo genérico legal necessário à consensualidade administrativa, embora largamente defensável, era frágil. Além e relevantes posicionamentos doutrinários em sentido contrário, ressentia-se de um precedente judicial mais firme cancelando o referido preceito como autorizador genérico à celebração de acordos administrativos. a insegurança jurídica na

consensualidade administrativa colocava-se, portanto, desde a sua origem, no clássico debate sobre a viabilidade jurídica de a Administração Pública transacionar. Por razões marcadamente utilitaristas, seguiu-se uma sucessão de normas dispondo de acordos em espécie nos mais variados órgãos e entes administrativos; a cada dia, o número de acordos firmados pelo Poder Público crescia. (GUERRA; PALMA, 2018, 146-147)

No entanto, como já dito em tópico anterior, atualmente temos o art. 26 da LINDB que se tornou cláusula geral de autorização dos compromissos e ajustes no âmbito do Poder Público, perfeitamente válido também aos Tribunais de Contas, que não necessitam de norma específica ou de inclusão da possibilidade em seus Regimentos Internos para que possam se utilizar de ajustes do tipo.

Contudo, nada impede a criação de norma específica voltada às suas peculiaridades que, no entanto, não podem contrariar o conteúdo mínimo de requisitos estabelecidos pela LINDB, como visto anteriormente. Pode-se inferir que GUERRA e PALMA também coadunam dessa ideia, como se vê.

“O grande mérito do compromisso previsto no art. 26 da LINDB é superar a dúvida jurídica sobre o permissivo genérico para a Administração pública transacionar. De modo claro e contundente a autoridade administrativa poderá firmar compromisso, ou seja, celebrar acordos. para tanto a LINDB criou uma espécie de acordo - o compromisso do seu art. 26 - e trouxe o mínimo regulamentar desta figura, com os requisitos de validade imprescindíveis à efetividade e à garantia dos interesses gerais” (GUERRA; PALMA, 2018, p. 147)

No entanto, muito embora não necessite de legislação específica para sua utilização é recomendável por meio de atos infralegais que seja regulamentado pelo Tribunal de Contas que deseje se utilizar do instituto, estabelecendo padrões mínimos de objetividade e possibilidade de utilização já que, por mais que seja de uso facultativo, não pode ele ser utilizado sem critérios objetivos quanto à escolha dos gestores que poderão firmar o ajuste, sob pena de malversação do instituto e afronta à impessoalidade administrativa.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Por fim, concluímos que, dentro do atual estágio metodológico que passa o Direito Administrativo, superando (ou tentando) a crise dos pilares desconstruídos que o sustentam, principalmente pelas inadequação metodológica que pesam sobre a Supremacia do Interesse Público e pela crescente ampliação da participação e dialógica entre Administrador e Particular, que a aplicação dos compromissos consensuais dentro dos Tribunais de Contas, por meio dos Termos de Ajustamento de Gestão, não só é juridicamente possível e segura como

pode, a depender do caso, ser solução mais adequada a promoção do interesse público e da eficiência na aplicação dos recursos estatais.

Assim, ganha o controle externo importante instrumento alternativo na promoção de sua atividade constitucional, que possui uma cláusula geral de permissão na norma que se extrai do texto do art. 26 da LINDB. Norma esta que deve ser respeitada em seu conteúdo mínimo, bem como toda a juridicidade que rege a atuação estatal para que se evite o uso do instituto como meio de burla à própria finalidade que se busca, a de garantir a eficiência e probidade nas contas públicas.

É, portanto, salutar que o Estado Regulador seja sancionador subsidiário, e assim como no direito penal, no Direito Administrativo Sancionador deve-se buscar a de atuação subsidiária, buscando caminhos alternativos que promovam a solução de forma consensual e para aí, em não surtindo efeito ou não respeitado o ajuste, se recorra a tutela sancionatória.

REFERÊNCIAS

ARAÚJO, Dilton Oliveira de. SOARES, Geraldo Ramos. **Caminhos de contas: a história do tribunal de contas do estado da bahia**. 2d. rev. e ampl. 2016. Disponível em: <<https://www.tce.ba.gov.br/files/flippingbook/caminhos-de-contas/files/assets/basic-html/page4.html>>, Acesso em 18 de maio de 2021. p. 220

ATHIAS, Daniel Tobias. *Institutional bypass – o exemplo do regime diferenciado de contratações (rdc)*. Revista Fórum de Direito Financeiro e Econômico - RFDfE. Belo Horizonte, ano 3, n. 3, mar. / ago. 2013.

AVILA, Humberto. **Repensando o “princípio da supremacia do interesse público sobre o particular”**. Salvador: Revista Eletrônica Sobre a Reforma do Estado, nº 11. 2007

BINENBOJM, Gustavo. **Uma teoria do direito administrativo: direitos fundamentais, democracia e constitucionalização**. 2. ed. revista e atualizada. Rio de Janeiro: Renovar, 2008 (p.377)

BINENBOJM, Gustavo. **Da supremacia do interesse público ao dever de proporcionalidade: um novo paradigma para o direito administrativo**. In: SARMENTO, Daniel (org.). Interesses públicos versus Interesses privados: desconstruindo o princípio da supremacia do interesse público. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

GARCIA, Flavio Amaral. MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. **A principiologia no direito sancionador**. Econômico. nº 28. Bahia: REDAE. Revista Eletrônica de Direito Administrativo. 2012.

GUERRA, Sérgio; PALMA, Juliana Bonacorsi de. **Art. 26 da LINDB: novo regime jurídico de negociação com a administração pública**. Revista de Direito Administrativo. Belo Horizonte, v.277 2018

GUERRA, Evandro Martins. **Os controles externo e interno da Administração Pública**. 2.ed. rev. e ampl. Belo Horizonte: Forum, 2005.

GUIMARÃES, Bernardo Strobel. **A Regulação como função do direito administrativo**. Dissertação de Mestrado. USP. 2007. p.53-54

MEDAUAR, Odete. **O direito administrativo em evolução**. Brasília: gazeta Jurídica, 2017.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. **Administração Pública Gerencial**. Rev. Direito, Rio de Janeiro, v.2, n. 4, jul./dez. 1998

OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. **Princípio juridicidade: uma releitura da legalidade e da legitimidade administrativa**. Pontifícia Universidade Católica do Rio De Janeiro - Puc-Rio. 2007, Disponível em: <https://www.maxwell.vrac.puc-rio.br/10775/10775_2.PDF> , Acesso em 17 de maio de 2021.

PASCOAL, Valdeci. **Direito financeiro e controle externo**. 9ª ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método. 2015

PELEGRINI, Marcia. **A competência sancionatória dos tribunais de contas no exercício da função controladora**. Tese de Doutorado em Direito do Estado. USP. 2008.

SADDY, André; GRECO, Rodrigo Azevedo. **Termo de ajustamento de conduta em procedimentos sancionatórios regulatórios**. Boletim de Licitações e Contratos, São Paulo, v. 29, n. 2, p. 109-135, fev. 2016. Disponível em: <http://dspace.almg.gov.br/xmlui/bitstream/item/21627/geicIC_FRM_0000_pdf.aspx.pdf?sequence=1>. Acesso em 17 de maio de 2021

SCHIEFLER, Gustavo Henrique Carvalho. **A possibilidade de negociação em caso de descumprimento do contrato administrativo e a questão da indisponibilidade do interesse público**. Artigo eletrônico, 2016. Disponível em: < <https://schiefler.adv.br/wp-content/uploads/A%20POSSIBILIDADE%20DE%20NEGOCIA%C3%87%C3%83O%20EM%20CASO%20DE%20DESCUMPRIMENTO%20DO%20CONTRATO%20ADMINISTRATIVO%20E%20A%20QUEST%C3%83O%20DA%20INDISPONIBILIDADE%20DO%20INTERESSE%20P%C3%9ABLICO.pdf> > Acesso em: 22 maio de 2021

VORONOFF, Alice. **Direito administrativo sancionador no brasil - justificação, interpretação e aplicação**. Belo Horizonte: Fórum. 2018.

AUTONOMIA PRIVADA DO AGENTE PÚBLICO NOS CONTRATOS CELEBRADOS SOB A ÉGIDE DA LEI N. 13.303/2016

PRIVATE AUTONOMY OF THE PUBLIC AGENT IN CONTRACTS HELD UNDER THE AGE OF LAW N. 13.303/2016

Lara Caxico Martins Miranda¹

Luiz Gustavo Tirol²

RESUMO

Os negócios jurídicos públicos podem ser conceituados como aqueles em que a Administração Pública compõe uma das partes da relação jurídica. Dentro desta categoria, esta pode firmar negócios em caráter privado, o que gera a necessidade de se verificar a aplicação do regime jurídico privado puro, público puro ou misto. Para tanto, há de se observar o objeto e tipo de negócio celebrado. O problema da referida temática consiste nos limites da autonomia privada do agente público nos contratos celebrados pelas empresas estatais, conforme disposições contidas na Lei 13.303/2016. Para isso, será analisado aspectos do negócio privado e público, dos regimes jurídicos aplicáveis a cada contrato, e especificamente os efeitos e limites da autonomia privada. O Estado, mesmo quando opta por atuar no âmbito privado, deverá observar alguns princípios do regime jurídico administrativo e por essa razão esbarra na autonomia privada do agente público. A metodologia empregada é qualitativa e indutiva, obtida através de pesquisa na legislação e doutrina.

PALAVRAS-CHAVE: Autonomia privada. Empresas Públicas. Empresas de Economia Mista. Negócio Jurídico Público.

ABSTRACT

Public legal affairs can be considered as those in which the Public Administration comprises one of the parties to the legal relationship. Within this category, it can enter into private business, which generates the need to verify the application of the pure, pure public or mixed private legal regime. To do so, one must observe the object and type of business entered into. The problem of this subject consists in the limits of the private autonomy of the public agent in the contracts celebrated by the state companies, according to dispositions contained in the Law

¹ Doutoranda em Ciência Jurídica pela Universidade Estadual do Norte do Paraná. Mestre em Direito Negocial pela Universidade Estadual de Londrina. Coordenadora do Curso Saber, preparatório para concursos públicos e vestibulares. Professora de Direito do Trabalho, Direito Processual do Trabalho e Prática Trabalhista no curso de Direito das Faculdades Integradas do Vale do Ivaí (UNIVALE - Ivaiporã/PR) e no curso de Direito da Faculdade Pitágoras (Londrina/PR). Professora de Direito Constitucional em cursos preparatórios para concursos públicos no Curso Saber (Londrina/PR). Pós Graduada em Direito Constitucional pelo Complexo de Ensino LFG (2016) e em Direito do Trabalho e Processual do Trabalho pelo Damásio (2016). Possui graduação em Direito pela Universidade Estadual de Londrina (2014).

² Mestrando no Programa de Pós-Graduação em Educação da Universidade Estadual de Londrina (UEL). Bacharel em Administração pelo Centro Universitário Filadélfia (UNIFIL). Discente do curso de Direito da Universidade Estadual de Londrina (UEL). Membro do grupo de pesquisas e estudos Currículo, Formação e Trabalho Docente da Universidade Estadual de Londrina (UEL) cadastrado e certificado junto ao Conselho Nacional de Desenvolvimento Científico e Tecnológico (CNPQ). Endereço eletrônico: luiz.gustavo.tirol@uel.br. Currículo Lattes: <http://lattes.cnpq.br/4012511514272072>. ORCID: <https://orcid.org/0000-0002-7912-8319>.

13,303 / 2016. For this, it will analyze aspects of the private and public business, the legal regimes applicable to each contract, and specifically the effects and limits of private autonomy. The State, even when it chooses to act in the private sphere, must observe some principles of the administrative juridical regime and for that reason it runs against the private autonomy of the public agent. The methodology employed is qualitative and inductive, obtained through research in legislation and doctrine.

KEYWORDS: Private autonomy. Public companies. Mixed Economy Companies. Public Legal Business.

INTRODUÇÃO

Os negócios jurídicos são entendidos, a princípio, dentro do âmbito do direito privado, como aqueles em que dois sujeitos manifestam sua vontade qualificada com o intuito de produzir efeitos jurídicos permitidos em Lei e desejados pelos agentes. Em sua larga maioria são estudados diante dos direitos privados, entretanto também é possível se verificar negócios jurídicos no âmbito público, que exigirão a regência por normas diferenciadas a depender do objeto a ser celebrado. Sob as discussões e subdivisões dentro dos negócios jurídicos públicos o trabalho se assenta.

O estudo parte das peculiaridades dos negócios jurídicos privados para a compreensão dos negócios jurídicos públicos. Posteriormente inquirere acerca do regime jurídico aplicável aos negócios jurídicos públicos, averiguando se as situações são de aplicação exclusiva do regime jurídico público ou regime jurídico privado, ou ainda se há situações em que se aplica um regime jurídico misto.

Por fim, a abordagem pretende alcançar os mecanismos que limitam a autonomia privada do agente público nos contratos celebrados sob a égide da Lei n. 13.303 de 30 de junho de 2016, observando as margens de discricionariedade concebidas pela lei e suas próprias limitações. A metodologia empregada é qualitativa e indutiva, obtida através de pesquisa a legislação e doutrina.

1 NEGÓCIO JURÍDICO PRIVADO E PÚBLICO

As discussões acerca dos negócios jurídicos costumeiramente são tratadas dentro do âmbito privado. Apesar disso, atualmente não se pode negar que esses também estão presentes no cenário público, diante de relações jurídicas firmadas entre Poder Público e particulares e entre entidades da administração pública.

O negócio jurídico consiste em declaração de vontade privada, com o intuito de produzir efeitos que as partes pretendem e o direito reconhece³. Em regra, as definições encontradas na doutrina referem-se a negócios jurídicos privados, vez que a declaração da vontade em sua definição não abrange interesses vinculados ao Estado. Para Mello⁴ os negócios jurídicos são:

os atos jurídicos, em que, através da manifestação da vontade humana, se adquire novo direito, se modifica e se extingue o existente, alterada a ordem jurídica em vigor; ou então se declara direito, assegurando-o, ou reconhecendo-o, ante a verificação de relação jurídica ou a apuração de fato material. Dá-se lhes essa definição de negócios jurídicos porque, mediante a manifestação da vontade humana, se busca constituir nova situação jurídica ou se elucida o desfrute, ante a declaração feita, de certa situação de direito, e que lhe confere valor formal e lhe dá força de eficácia.

O ingresso da concepção no âmbito público perpassa pela análise dos atos que podem ser produzidos pela Administração Pública. Meirelles (1979) entende que os atos jurídicos da administração “são todos aqueles que contêm uma declaração de vontade da administração apta a concretizar determinado negócio jurídico ou a deferir certa faculdade ao particular, nas condições impostas ou consentidas pelo poder público”⁵, ou seja, é a “declaração de vontade do poder público coincidente com a pretensão do particular, visando a concretização de negócios jurídicos públicos, ou a atribuição de certos direitos ou vantagens ao interessado”⁶.

Nos negócios jurídicos privados é possível dizer que prevalece a vontade das partes, enquanto que nos negócios jurídicos administrativos prevalece a finalidade imantada para o interesse público⁷. “Mesmo ao contratar com os particulares, a administração tem de agir por interesse público, ficando a vontade do agente superada pelo fim, o qual vincula o administrador”⁸.

O negócio jurídico público surge quando o Estado precisa cumprir determinada finalidade e o particular se dispõe a realizá-la. Essa ligação de vontades cria um vínculo jurídico que obriga ambas as partes⁹. Essas passam, nessa perspectiva, para a confecção de um contrato público. Araújo¹⁰ explica que esse pode ser celebrado com particulares, mas necessariamente

³ AMARAL, Francisco. **Direito Civil**. Introdução. 8. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2014, p. 409.

⁴ MELLO, Oswaldo Aranha Bandeira de. **Princípios gerais de direito administrativo**. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 1979. v. 1, p. 420.

⁵ Ibidem, p. 163.

⁶ Ibidem.

⁷ JÚNIOR, J. Cretella. **Negócio jurídico administrativo**. Revista de Direito Administrativo, Rio de Janeiro, v. 164, p. 29-49, abr./jun. 1986. p. 39.

⁸ JÚNIOR, 1986. p. 39.

⁹ ARAÚJO, Edimir Netto. **Do Negócio Jurídico Administrativo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1992. p. 119.

¹⁰ Ibidem, p. 121.

deverá ter um ente público em um dos polos. O Poder Público, por sua vez, pode celebrar contratos regidos pelo direito privado, ainda que em ambos os polos só haja pessoas jurídicas de direito público. Para a definição do contrato é preciso analisar o regime jurídico a que ele submete, matéria que será tratada ao longo do presente estudo.

É importante frisar que os contratos administrativos e contratos da administração, embora pareçam, pela sua terminologia, ter significações semelhantes, possuem distinções significativas. A Lei n. 8.666 de 21 de junho de 1993 traz a definição de contratos administrativos como todo contrato celebrado entre a Administração Pública e particulares, que unidas por um vínculo celebram suas vontades¹¹.

O contrato administrativo pode ainda ser considerado como o “acordo de vontade destinado a criar, modificar ou extinguir direitos e obrigações, tal como facultado legislativamente e em pelo menos uma das partes atua no exercício da função administrativa”¹². Portanto, atividades como desapropriação, tributação, requisição administrativa e a punição não são contratos, mas apenas atos administrativos. Para caracterizar-se o contrato administrativo é necessário que a Administração esteja na relação contratual, que tenha por objetivo a realização de finalidades do interesse público (não necessariamente serviços públicos) e que haja a vontade do Estado declarada.

O instituto tratado não se assemelha ao contrato da Administração. A diferença entre ambos se encontra na posição de supremacia do Estado na relação contratual, evidenciada, por exemplo, da presença de cláusulas exorbitantes. Di Pietro¹³ traz a distinção dos termos contratos administrativos e da administração da seguinte forma:

A expressão contratos da Administração é utilizada, em sentido amplo, para abranger todos os contratos celebrados pela Administração Pública, seja sob regime de direito público, seja sob regime de direito privado. E a expressão contrato administrativo é reservada para designar tão somente os ajustes que a Administração, nessa qualidade, celebra com pessoas físicas ou jurídicas, públicas ou privadas, para a consecução de fins públicos, segundo regime jurídico de direito público.

¹¹ Artigo 2º, Lei n. 8.666 de 21 de junho de 1993. As obras, serviços, inclusive de publicidade, compras, alienações, concessões, permissões e locações da Administração Pública, quando contratadas com terceiros, serão necessariamente precedidas de licitação, ressalvadas as hipóteses previstas nesta Lei. Parágrafo único. Para os fins desta Lei, considera-se contrato todo e qualquer ajuste entre órgãos ou entidades da Administração Pública e particulares, em que haja um acordo de vontades para a formação de vínculo e a estipulação de obrigações recíprocas, seja qual for a denominação utilizada.

¹² FILHO, Marçal Justen. **Curso de Direito Administrativo**. São Paulo: Saraiva, 2005. p. 277

¹³ DI PIETRO, Maria Sylvia. **Direito Administrativo**. 29. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016. p. 297.

Mello¹⁴ entende que os contratos administrativos são regidos pelas normas atinentes ao regime jurídico público. Os contratos privados celebrados pela administração regem-se, por sua vez, quanto ao conteúdo e efeitos, pelo Direito Privado. Para o autor, os contratos administrativos seriam

um tipo de avença travada entre a Administração e terceiros na qual, por força de lei, de cláusulas pactuadas ou do tipo de objeto, a permanência do vínculo e as condições preestabelecidas assujeitam-se a cambiáveis imposições de interesse público, ressalvados os interesses patrimoniais do contratante privado¹⁵.

É possível afirmar que ambos os contratos se distinguem na medida em que os contratos da Administração se regulam, a princípio, pelas normas do direito privado, sofrendo interferências das normas de direito público, enquanto que os contratos administrativos se sujeitam às regras, princípios e normas do direito público. Pode-se estar diante de normas majoritariamente de direito público quando a Administração Pública se coloca na relação jurídica em uma posição de superioridade frente ao contratante, enquanto que quando se está diante de normas em sua maioria privadas é a Administração Pública contratando com o particular em posição de igualdade (horizontalidade), não possuindo qualquer tipo de vantagem na negociação.

O contrato privado se distingue do contrato administrativo na medida em que o primeiro é regido pelo Código Civil e o segundo, quando tipicamente administrativo, é inteiramente regido pelo direito público (concessão de serviço público, de obra pública e de uso de bem público). Esse último pode ainda ter um paralelo com o direito privado, mas ainda predominância das normas de direito público (mandato, empréstimo, depósito, empreitada)¹⁶.

Os contratos públicos celebrados serão sempre regidos pelo interesse do Estado, e esse interesse não pode ser confundido com o interesse da administração, conforme entendimento de Justen Filho¹⁷:

O interesse público primário é a razão de ser do Estado, e sintetiza-se nos fins que cabe a ele promover: justiça, segurança e bem-estar social. Estes são os interesses de toda a sociedade. O interesse público secundário é o da pessoa jurídica de direito público que seja parte em uma determinada relação jurídica – quer se trate da União, do Estado-membro, do Município ou das suas autarquias. Em ampla medida, pode ser identificado como o interesse do erário, que é o de maximizar a arrecadação e minimizar as despesas. (...)

¹⁴ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 27. ed. São Paulo: Malheiros, 2010, p. 605.

¹⁵ Ibidem, p. 611.

¹⁶ DI PIETRO, 2016. p. 302.

¹⁷ FILHO, 2005. p. 39-41.

O interesse público pode ser entendido a partir de uma corrente simplista como o interesse privado comum a todos os cidadãos, e segundo esta definição, “qualquer interesse privado será qualificado como público desde que a totalidade dos particulares tenha interesses semelhantes”. Outra corrente poderia afirmar que o interesse público é o interesse privado comum a maioria da população, ou ainda no interesse da “sociedade”¹⁸. Justen Filho¹⁹ defende que por vivermos em um Estado contemporâneo, estamos diante da fragmentação dos interesses, e por isso a escolha de uma corrente deve ser observada com cautela. Nesse sentido, o interesse primário é aquele do Estado, como a justiça, segurança e bem-estar social, enquanto que o interesse secundário é o da Administração Pública, parte de uma relação jurídica, podendo ser entendido como interesse do erário de arrecadação e minimizar despesas.

Na esteira desse conhecimento, Mello²⁰ expõe que o interesse público deve ser entendido como o “conjunto dos interesses que os indivíduos pessoalmente têm quando considerados em uma qualidade de membros da Sociedade e pelo simples fato de o serem”, fazendo a seguinte distinção entre interesses primários e secundários:

É que, além de subjetivar esses interesses, o Estado, tal como os demais particulares, é, também ele, uma pessoa jurídica, que, pois, existe e convive no universo jurídico em concorrência com todos os demais sujeitos de direito. Assim, independentemente do fato de ser, por definição, encarregado dos interesses públicos, o Estado pode ter, tanto quanto as demais pessoas, interesses que lhe são particulares, individuais, e que, tal como os interesses delas, concebidas em sus meras individualidades, se encarnam no Estado enquanto pessoa. Estes últimos não são interesses públicos, mas interesses individuais do Estado, similares, pois (sob prisma extrajurídico), aos interesses de qualquer outro sujeito²¹.

Para o estudo em questão a distinção entre os interesses da administração se fez necessária para verificar a característica do negócio jurídico público. Esse é categoria genérica em que se inserem os contratos da Administração Pública e os contratos administrativos. O que se observou até o momento é que os primeiros são regidos prioritariamente pelos interesses da Administração (interesse secundário) e os segundos pelo interesse público (interesse primário). Concluiu-se que os negócios jurídicos públicos se distinguem dos privados em decorrência da legislação aplicável a eles, sendo que no primeiro, como há o interesse público abrangido,

¹⁸ Ibidem, p. 39.

¹⁹ Ibidem, p. 43.

²⁰ MELLO, 2010. p. 61.

²¹ MELLO, 2010. p. 65-66.

deverá ser seguido pelas normas de direito público, seguindo os princípios referentes à Administração e observando o interesse público.

2 REGIME JURÍDICO APLICÁVEL AOS NEGÓCIOS JURÍDICOS PÚBLICOS

A análise de um ordenamento jurídico revela, a princípio, dois regimes jurídicos, um de natureza privada e um de natureza pública. Estes dão origem aos diversos ramos do direito e orientam as relações envolvendo particulares e àquelas em que um ente público compõe um dos polos.

Não há dúvidas de que quando dois sujeitos, no seu cotidiano privado, realizam negócios jurídicos recai sobre esses o regime jurídico privado. O questionamento se estabelece quando o agente público, ou ente privado, exercendo funções da Administração Pública, se encontra em um dos pólos do negócio. Nestes casos, é necessário verificar se a aplicação deve ser do regime jurídico público, privado ou misto²².

Atualmente é perceptível que os regimes se inter-relacionam e que em diversas situações identifica-se a incidência, em uma mesma relação, de regras do regime jurídico privado e outras do regime jurídico público. Diante de alguns negócios jurídicos ainda, nem ao menos é possível dizer com clareza qual o regime que deve incidir. Para subsidiar a escolha do regime pelo intérprete faz-se necessário esclarecer os princípios vinculados a eles e os limites impostos às partes que os realizam.

2.1 REGIME JURÍDICO PÚBLICO

O regime jurídico público é o conjunto de prerrogativas e sujeições que colocam a Administração Pública em uma posição de superioridade em referência ao particular. Essa revela uma relação vertical, em que há a possibilidade de impor restrições às liberdades dos administrados, fazer cumprir cláusulas exorbitantes em contratos e alterar unilateralmente negócios jurídicos.

Segundo Barroso²³, o regime jurídico de direito público está pautado na soberania estatal, na legalidade e na supremacia do interesse público. Cabe ao administrador público atuar

²² CARVALHAES NETO, Eduardo Hayden. **Contratos privados da Administração Pública: uma análise do regime jurídico aplicável**. 2011. 145 f. Tese (Doutorado em Direito) – Faculdade de Direito da USP, São Paulo, 2011. p. 12.

²³ BARROSO, Luís Roberto. **Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo**. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 56-57.

dentro dos estreitos limites da lei, fazendo tudo aquilo que seja expressamente permitido. Di Pietro²⁴ afirma que "basicamente, pode-se dizer que o regime administrativo resume-se a duas palavras: prerrogativas e sujeições". Essas são conferidas ao Estado para que, limitando interesses individuais, possa atuar em busca do interesse público e do bem estar coletivo²⁵. No mesmo sentido, Mello²⁶ entende que "o regime de direito público resulta da caracterização normativa de determinados interesses como pertinentes à sociedade e não aos particulares considerados em sua individuada singularidade".

A necessidade de proteção e busca de interesses coletivos faz com que o regime jurídico público seja composto por dois princípios basilares: supremacia do interesse público sobre o privado e indisponibilidade do interesse público²⁷. O interesse público é "o interesse do todo, ou seja, do próprio conjunto social". Apesar de ser também o interesse individual, à medida que o interesse do conjunto não pode ser dissonante do interesse de cada um, não se configura como a somatória dos interesses privados. Trata-se da "dimensão pública dos interesses individuais, ou seja, dos interesses de cada indivíduo enquanto partícipe da Sociedade"²⁸.

A partir da concepção de interesse público tem-se que a Administração Pública, na sua atuação diária, não pode agir de modo a ferir o interesse público ou dispor desse. O interesse público é indisponível e constitui-se como limite à celebração e execução de negócios jurídicos. Essa é a principal sujeição à que se acomete o agente estatal.

Da indisponibilidade do interesse público decorre a necessidade de estrita observância à lei e suas sucessivas implicações: princípio da finalidade, da razoabilidade, da proporcionalidade, da motivação e da responsabilidade do Estado. Sucede também a obrigatoriedade do desempenho da atividade pública e o consequente princípio da continuidade do serviço público. Ademais, menciona-se como decorrente da indisponibilidade o controle administrativo, a isonomia entre os administrados, a publicidade, a inalienabilidade dos direitos concernentes a interesses públicos e o controle jurisdicional dos atos administrativos²⁹.

O princípio da legalidade pressupõe observância da Administração e dos seus agentes, em toda a atividade funcional, às disposições legais. Não há livre vontade particular. Enquanto o particular tem a possibilidade de fazer tudo o que a lei não proíbe, o agente público só pode

²⁴ DI PIETRO, 2016. p. 92.

²⁵ Ibidem, p. 93.

²⁶ MELLO, 2010, p. 55.

²⁷ Ibidem.

²⁸ Ibidem, p. 59-60.

²⁹ MELLO, 2010. p. 65.

fazer aquilo que a lei expressamente autoriza³⁰. Tal princípio, decorrente da indisponibilidade, pela Administração, dos interesses públicos, não foi construído com o mero intuito de estruturar, mediante a lei e de forma burocrática, a composição orgânica e atuação do Estado, mas sim de estabelecer, em favor da sociedade, garantias e proteções. Por essa razão é que as violações à lei podem ser exigíveis judicialmente pelos próprios participantes sociais³¹.

Decorrente da legalidade tem-se o princípio da finalidade, tendo em vista que toda a atividade administrativa que não se coadune com o fim legal é nula. O cumprimento da lei, que é o objetivo da atuação do Estado, se coloca como um limite ao poder discricionário, tendo em vista que quando desatende a esta finalidade a Administração extrapola a zona de atuação prevista pelo legislador³².

Os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade também decorrem da legalidade à medida que toda atuação que exceda o necessário também supera o escopo normativo. No mesmo sentido, o princípio da motivação impõe à Administração pública o dever de expor os motivos pelos quais optou por atuar de tal ou qual maneira. Este se revela ainda mais necessário, para garantir o interesse público, quando o legislador deixa margem de discricionariedade para o exercício administrativo³³.

O princípio da ampla responsabilidade do Estado é sustentado pelo princípio da legalidade na perspectiva da sua forma reversa: a ilegalidade. Caso o agente público atue transgredindo a Lei incorrerá nas sanções previstas. O princípio da obrigatoriedade do desempenho da atividade pública é caracterizado pelo dever em face da Lei. Este possui como subprincípio o da continuidade do serviço público, que pressupõe a necessária atuação do Estado na manutenção do serviço público ainda que concedida a prestação a um particular³⁴.

O princípio do controle administrativo procede da persecução do interesse público pela Administração, enquanto que o da isonomia prevê que não pode o agente público atuar com discriminação entre os administrados. O princípio da publicidade dispõe que os atos emitidos com a intenção de implementar ou garantir os interesses públicos devem ser de amplo acesso social, já que estes pertencem a todos³⁵.

Ainda, o princípio da inalienabilidade preceitua que sendo a Administração aquela que serve a sociedade, não pode dispor dos interesses dessa. Por fim, o princípio do controle

³⁰ MEIRELLES, 1979. p. 89.

³¹ MELLO, op. cit., p. 55-56.

³² Ibidem, p. 69.

³³ Ibidem, p. 69-70.

³⁴ MELLO, 2010. p. 70-73.

³⁵ Ibidem, p. 74-75.

jurisdicional prevê que o administrado pode recorrer a um órgão imparcial e independente para postular contra a ofensa do interesse público³⁶.

A fim de alcançar o bem social e garantir o interesse público, a Administração tem ainda a possibilidade de agir com supremacia perante o particular. Nesse viés, com prerrogativa, pode constituir privados em obrigações ou alterar contratos de forma unilateral. A supremacia do interesse público "significa que o Poder Público se encontra em situação de autoridade, de comando, relativamente aos particulares, como indispensável condição para gerir os interesses públicos postos em confronto"³⁷.

Sendo o regime jurídico público fundamentado no interesse coletivo, é possível concluir que o Estado, na realização dos seus negócios, deve atuar de modo a garanti-lo e preservá-lo. Para tanto, poderá se valer de prerrogativas e sujeições que se compõem pelos princípios de supremacia do interesse público sobre o privado e indisponibilidade do interesse público.

O que caracteriza, enfim, um negócio jurídico regido pelo direito público é a posição que assume o Estado na relação jurídica, "representada pela inserção, explícita ou implícita no instrumento contratual, de cláusulas (exorbitantes ou de prerrogativa) que firmem tal supremacia, e que não poderiam constar de contrato privado, pois atentariam contra a ordem pública"³⁸. Segundo Araújo³⁹

(...) em virtude da aplicação do princípio da supremacia do interesse público sobre o interesse individual, a posição das partes no contrato é de verticalidade, situando o Estado em posição de preponderância sobre o particular na relação jurídica, possibilitando que o mesmo tome certas medidas ou use certas prerrogativas sem a aquiescência do contratante particular, embora observando-se certas regras jurídicas protetoras do interesse privado e do equilíbrio contratual.

A partir das considerações, assenta-se que, quando o Estado atua em uma relação com posição de verticalidade em referência à outra parte, aplica-se ao negócio o regime jurídico de direito público. Este também será adotado quando duas entidades da Administração Pública atuarem unicamente em busca de interesses primários. Neste caso, não haverá posição de supremacia, mas de hierarquia, quando for o caso dentro da estrutura administrativa, ou de igualdade quando não o for.

³⁶ Ibidem, p. 76-77.

³⁷ Ibidem, p. 70.

³⁸ ARAÚJO, 1992. p. 128.

³⁹ Ibidem, p. 121.

Em qualquer das situações, aplicando-se este regime, há necessidade de objetivar o interesse público e respeitar as sujeições impostas à prolação da vontade do Estado, dentre elas o princípio da legalidade. Deve o agente atuar nos estreitos limites da Lei e impor, quando necessário, as prerrogativas públicas.

2.2 REGIME JURÍDICO PRIVADO

O Regime Jurídico Privado é o conjunto de normas de um dado ordenamento jurídico, relativas inicialmente ao Direito Privado, que se propõem a disciplinar as relações entre os particulares. Este tutela os interesses individuais ao mesmo tempo em que assegura o convívio social e o proveito de bens e direitos.

Para Barroso, o regime jurídico de direito privado é composto pelos princípios da livre iniciativa e autonomia da vontade. Inicialmente os indivíduos que realizarem negócios jurídicos submetidos a ele podem fazer tudo que a lei expressamente não proíba. Há liberdade de contratar de acordo com interesses e objetivos particulares, possibilidade de dispor, usar e fruir livremente da propriedade e manifestar autonomamente a vontade das partes a fim de chegar a um acordo mútuo⁴⁰. Segundo Araújo⁴¹,

no regime jurídico de direito privado, as partes estão em relação de horizontalidade, ou seja, em pé de igualdade quanto aos direitos e obrigações resultantes da relação jurídica, o que coloca o contrato, no que se respeita à sua execução, alteração e demais condições, em uma sistemática consensual quase absoluta.

Atualmente não é possível dizer que as relações que se submetem ao regime jurídico privado não se sujeitam a restrições. Isso porque sob qualquer relação, seja pública ou privada, se impõe limites que visam assegurar a ordem e a função social e equalizar situações de desigualdade. Tais normas mitigam sobremaneira a vontade das partes, que passam a ter seus interesses balizados por princípios como da boa-fé objetiva e função social do contrato.

Nesse contexto se insere a distinção entre a autonomia da vontade e a autonomia privada. Determinados autores, como Lôbo⁴² defendem que ambos os princípios podem ser tratados como sinônimos, vez que suas diferenciações são ínfimas:

⁴⁰ BARROSO, 2009. p. 56-57.

⁴¹ ARAÚJO, 1992, p. 121.

⁴² LÔBO, Paulo Luiz Netto. **Condições gerais dos contratos e cláusulas abusivas**. São Paulo: Saraiva, 1991, p. 10.

A esse respeito, afirmamos nosso entendimento de absoluta indistinção entre autonomia privada, de um lado, e auto-regramento ou autonomia da vontade, de outro. Para alguns, autonomia privada capta o momento jurídico da exteriorização da vontade, sendo esta enquanto intenção íntima, uma instância pré-jurídica. Para outros, autonomia evoca significação normativa e não podem os particulares ser autores de normas jurídicas, diante do monopólio legislativo do Estado. Essas distinções são inócuas e procuram escapar, sem sucesso, à origem e à natureza políticas que se imputam à autonomia privada (ou da vontade) ou ao caráter imperativista que se atribuiu à vontade.

Por outro lado, a grande parte da doutrina defende que as diferenciações dos termos são importantes, como o caso de Perlingieri⁴³ que defende não existir a possibilidade de realizar um discurso unitário com relação à autonomia privada, vez que a unidade é axiológica, sendo o ordenamento centrado no valor da pessoa unitário. Isto porque, impõe um tratamento diversificado para atos e atividades que tocam esse valor e regulamentam situações tanto existenciais quanto patrimoniais.

Diniz⁴⁴ estabelece que o princípio da autonomia da vontade é a base contratual das partes contratantes, consistindo no “poder de estipular livremente, como melhor lhes convier, mediante acordo de vontades, a disciplina de seus interesses, suscitando efeitos tutelados pela ordem jurídica”. Perlingieri⁴⁵ traz a definição de autonomia privada da seguinte forma:

A autonomia privada não se identifica com a iniciativa econômica, nem com a autonomia contratual em sentido estrito: o contrato, como negócio patrimonial, não exaure a área de relevância da liberdade dos particulares. Ao contrário, não somente ela se exprime também em matérias onde diretamente são envolvidas situações subjetivas existenciais [...]. O ordenamento não pode formalisticamente igualar a manifestação da liberdade através da qual se assinala, profundamente, a identidade do indivíduo com a liberdade de tentar perseguir o máximo lucro possível [...]. Os atos de autonomia têm portanto fundamentos diversificados e não devem ser reconduzidos unicamente à liberdade econômica.

A liberdade jurídica pode ser entendida como a possibilidade do sujeito atuar com eficácia jurídica, que se realiza com o poder de criar, modificar ou extinguir relações jurídicas – do ponto de vista do sujeito –, e através do poder de regular juridicamente referidas relações, permitindo que tenham conteúdo, efeitos, reconhecimento e proteção do direito – objetivamente⁴⁶. Vasconcelos⁴⁷ alerta que essa liberdade não se refere a quaisquer conteúdos negociais, possuindo limitações previstas no próprio Código Civil.

⁴³ PERLINGIERI, Pietro. **Perfis do direito civil**. Trad. Maria Cristina de Cicco. Rio de Janeiro: Renovar, 1999. p. 276-277.

⁴⁴ DINIZ, Maria Helena. **Curso de direito civil brasileiro**. Teoria geral das obrigações contratuais e extracontratuais. 16. ed. São Paulo: Saraiva, 2001. v. 3, p. 31.

⁴⁵ PERLINGIERI, op. cit., p. 276-277.

⁴⁶ AMARAL, 2014, p. 409.

⁴⁷ VASCONCELOS, Pedro Pais de. **Teoria Geral do Direito Civil**. 3. ed. Coimbra: Almedina, 2005, p. 261.

Nesse sentido, autonomia da vontade é “o princípio do direito privado pelo qual o agente tem a possibilidade de praticar um ato jurídico, determinando-lhe o conteúdo, a forma e os efeitos”, enquanto que a autonomia privada estabelece-se em “uma esfera de atuação do sujeito no âmbito do direito privado, mais propriamente um espaço que lhe é concedido para exercer a sua atividade jurídica”⁴⁸.

O espaço conferido para o agente atuar, em virtude da sua autonomia privada, é um espaço social, limitado pelo próprio regime jurídico privado. O legislador civilista, ao positivar as disposições gerais do contrato, previu no artigo 421 do Código Civil que “a liberdade de contratar será exercida em razão e nos limites da função social do contrato”. Na mesma esteira de limitação dispôs na norma do artigo 422 que “os contratantes são obrigados a guardar, assim na conclusão do contrato, como em sua execução, os princípios de probidade e boa-fé”.

O atual regime jurídico aplicável aos contratos privados exige que a autonomia do agente atenda às exigências da moderna sociedade, deixando de lado o simplismo da proteção às relações patrimoniais ou obrigacionais. A partir da promulgação do Código de Defesa do Consumidor, criou-se um novo sistema privado contratual, em que se exige a observância de princípios como a boa-fé e da função social e aceite da intervenção do Estado limitando a vontade contratual e as práticas negociais abusivas. “Entrementes, o que a concepção social da autonomia privada possibilita é a interação do Direito e, especificamente, do negócio jurídico, num ambiente pós-moderno, com novos paradigmas”⁴⁹.

A autonomia privada, que superou a concepção de autonomia da vontade, resguarda a atuação do indivíduo nos negócios jurídicos, mas se ajusta ao contexto contemporâneo global e complexo de proteção a uma multiplicidade de direitos. Esta concede um espaço para a prática da atividade jurídica no âmbito do direito privado ao mesmo tempo em que lhe cria limites. Estes, entretanto, não são outorgados apenas pelas normas do Direito Privado.

Com a promulgação da Constituição Federal de 1988 foram instituídos deveres vinculados à atuação na ordem econômica. O conjunto de diretrizes, expostos no artigo 170, indica que qualquer prática na ordem econômica deve necessariamente estar pautada na valorização do trabalho humano, na livre iniciativa e ter por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social. Dessa forma, é possível afirmar que quando os negócios jurídicos constituídos no âmbito privado atribuírem consequências jurídicas à ordem

⁴⁸ AMARAL, op. cit., p. 409.

⁴⁹ RODRIGUES JUNIOR, Otávio Luiz. **Autonomia da vontade, autonomia privada e autodeterminação.** Notas sobre a evolução de um conceito na Modernidade e na Pós-modernidade. Revista de Informação Legislativa, Brasília, n. 163, p. 113-130, jul./set. 2004, p. 124-125.

econômica, além dos limites impostos à autonomia privada, deverão respeitar as prescrições do artigo 170 da Constituição Federal.

Conforme observa Barroso⁵⁰, o dispositivo mencionado indica princípios de funcionamento da ordem econômica, que legitimam e estabilizam os negócios, e princípios fins, que descrevem o que necessariamente a atuação na ordem econômica deve alcançar. Ambos constituem limites à autonomia privada: não pode o particular atuar de acordo com o regime jurídico privado se não objetivar alcançar os fins estabelecidos no dispositivo legal. Se assim o fizer incorrerá em inconstitucionalidade.

Os seis primeiros dispositivos trazem os princípios de funcionamento da ordem econômica. Vê-se nestes diversos limites à autonomia privada, iniciando pela soberania nacional. "Se o Estado brasileiro decretar embargo comercial a um país, proibindo as exportações, todas as empresas terão que de sujeitar-se"⁵¹. Da mesma forma, havendo opção das partes por lei estrangeira referente à matéria cujas normas brasileiras são de ordem pública, essas últimas serão aplicadas, em detrimento da vontade. Não há, neste último caso, liberdade de escolha.

A livre iniciativa, princípio da ordem econômica, diz respeito à liberdade que o indivíduo tem de atuar livremente no mercado, escolhendo, com a menor intervenção possível do Estado, os setores para investimentos e tomando as decisões comerciais que atenderem aos seus interesses. Segundo Barroso⁵², "a liberdade para fixar preços de acordo com o mercado concorrencial é da própria essência da livre iniciativa".

Esta, apesar de compor o regime jurídico privado, é princípio que "deve ser ponderado com outros valores e fins públicos previstos no próprio texto da Constituição"⁵³, como a função social da propriedade e repressão do abuso do poder econômico. Assim, a entidade privada tem a sua vontade de contratar limitada por normas de Direito Público.

A função social da propriedade, que limita a autonomia privada, significa "subordinar o exercício dessa propriedade aos ditames da justiça social e de transformar esse mesmo exercício em instrumento para a realização do fim de assegurar a todos existência digna"⁵⁴. Portanto, no âmbito da atuação particular econômica, não pode o empresário optar por ter propriedade que desrespeite a função social, ainda que a própria propriedade seja

⁵⁰ BARROSO, Luís Roberto. **A ordem econômica constitucional e os limites à atuação estatal no controle de preços**. Revista de Direito Administrativo, Rio de Janeiro, v. 4, p. 187-212, out./dez. 2001. p. 193.

⁵¹ Ibidem, p. 192.

⁵² BARROSO, 2001, p. 192.

⁵³ Ibidem, p. 191.

⁵⁴ GRAU, Eros Roberto. **A ordem econômica na Constituição de 1988**. 13. ed. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 248.

constitucionalmente garantida. Observa-se que os dois princípios de funcionamento da ordem econômica, quais sejam, propriedade privada e função social da propriedade, em verdade são garantia do exercício da autonomia privada e sua relativização.

A livre concorrência, princípio correlato, indica a liberdade dada aos agentes econômicos de optar pela economia de mercado. A partir dele tem-se que a competição e a liberdade de escolha dos mercados consumidores garantem o progresso econômico e social através de melhores preços e serviços. "Por outro lado, os agentes privados têm não apenas direito subjetivo à livre concorrência, mas também o dever jurídico de não adotarem comportamentos anticoncorrenciais, sob pena de se sujeitarem à ação disciplinadora e punitiva do Estado"⁵⁵.

Por fim, a defesa do meio ambiente se constituiu como princípio constitucional impositivo⁵⁶, que deve ser necessariamente respeitada na realização e cumprimento de negócios jurídicos. O agente econômico não pode ter conduta capaz de destruir o meio ambiente sob o pretexto da autonomia privada. "Um ambiente saudável é o limite ao livre exercício da atividade econômica e, para defendê-lo e garantir a sadia qualidade de vida da população, o Estado tem o poder-dever de intervir na atuação empresarial"⁵⁷.

Os princípios fins também se constituem como limitação à vontade particular, tendo em vista que impõem necessários objetivos a serem atingidos na atuação econômica. Por essa razão, devem os negócios jurídicos empresariais buscar garantir a existência digna para todos, redução das desigualdades regionais e sociais, busca do pleno emprego e a expansão das microempresas e empresas de pequeno porte.

O regime jurídico privado é aplicável em todas as relações jurídicas em que estejam envolvidas pessoas jurídicas de direito privado e que haja a tutela de direitos privados. Além dessa hipótese, este também será aplicado quando a Administração Pública atuar com os já tratados interesses secundários, ou seja, gerindo os próprios negócios, desvestida das prerrogativas públicas e em posição de igualdade com a outra parte. A opção pela atuação do Estado no regime jurídico de direito privado se dá pela Constituição (artigo 173, §1º e 175, CF) ou pela própria lei. Não é possível que o agente público, por ato administrativo, opte por atuar na esfera privada, em virtude do princípio da legalidade⁵⁸.

⁵⁵ BARROSO, op. cit., p. 193.

⁵⁶ GRAU, op. cit., p. 251.

⁵⁷ BARROSO, op. cit., p. 196.

⁵⁸ DI PIETRO, 2016, p. 91/92.

Destarte, seja pessoa jurídica de direito privado ou pessoa jurídica de direito público, tendo seus negócios jurídicos regidos pelo regime jurídico de direito privado, terá a autonomia privada limitada ao menos nos dizeres expostos. O Estado, no entanto, mesmo despojado das prerrogativas públicas terá ainda seus negócios jurídicos limitados com certas derrogações desse regime em virtude de permanecer sendo ente da Administração Pública⁵⁹.

O princípio da supremacia do interesse público deve nortear toda ação da Administração Pública, quer praticada em regime privado, quer praticada em regime público ou mesmo misto. Para isto, poderá fazer uso das prerrogativas que lhe são atribuídas por conta de sua natureza jurídica intrínseca pública (que não se confunde com o regime jurídico de seus atos)⁶⁰.

Nem mesmo nas ocasiões em que a Administração Pública atue sob o regime do direito privado ela não se assemelhará a um particular. Segundo Carvalhaes Neto "a Administração Pública jamais será idêntica a um particular". Por essa razão, em qualquer tipo de negócio jurídico, o ente estatal sempre terá prerrogativas e sujeições, não servindo para igualar os pólos do negócio, mas para garantir um contentamento entre as partes⁶¹.

Segundo Figueiredo⁶², "a Administração Pública, consoante entendemos, está, sempre, jungida do regime de Direito Público em muitos aspectos, ainda que o contrato seja dos que se submetem mais às normas de Direito Privado". Por essa razão, nos negócios jurídicos em que a Administração Pública atuar com interesses privados haverá a aplicação de um regime jurídico híbrido.

Sobre a dualidade dos regimes jurídicos possíveis de aplicação aos negócios jurídicos públicos conclui Carvalhaes Neto⁶³ que "raramente haverá um único regime jurídico aplicável à integralidade do contrato". Assim, quando se está diante de contratos privados da Administração Pública pode-se dizer que o regime jurídico aplicável é o predominantemente privado, mas não unicamente.

A análise do regime jurídico aplicável aos negócios jurídicos públicos leva a conclusão de que este pode ser unicamente público, quando a relação jurídica objetivar interesses primários da Administração, ou um regime jurídico misto, onde haverá maior ou menor predominância do regime jurídico de direito privado. Em virtude da sua natureza intrinsecamente pública não há situações em que se aplique um regime unicamente privado.

⁵⁹ ARAÚJO, 1992, p. 126.

⁶⁰ CARVALHAES NETO, 2011, p. 14.

⁶¹ Ibidem, p. 64.

⁶² FIGUEIREDO, Lúcia Valle. **Curso de direito administrativo**. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 1998, p. 438-439.

⁶³ CARVALHAES NETO, 2011, p. 66.

3 AUTONOMIA PRIVADA NOS CONTRATOS CELEBRADOS SOB A ÉGIDE DA LEI N. 13.303/2016

A administração Pública, quando da realização de negócios jurídicos de natureza privada, terá sobre eles a incidência do regime jurídico privado com algumas imposições do regime jurídico de direito público, em razão da sua personalidade eminentemente pública. Em virtude disso, sobre as decisões do agente público incidirá os limites já mencionados relativos aos negócios privados, como boa-fé objetiva e função social do contrato, além da necessária observância do não desrespeito ao interesse público.

Em virtude da aplicação de um regime jurídico híbrido, é possível afirmar que a autonomia privada do agente público, nos negócios jurídicos de natureza privada da Administração, será ainda mais limitada do que a autonomia privada de um particular na mesma posição. Essa diferença sustenta-se já pela aplicação diferenciada do princípio da legalidade para os autores do negócio jurídico. Independentemente do contrato, "jamais poderá a Administração Pública celebrar negócios jurídicos sem a necessária autorização legislativa, posto que se submete à legalidade estrita"⁶⁴.

Quando o agente público atua sob o regime jurídico de direito privado haverá margem discricionária para determinadas escolhas, o que indica liberdade de atuar e contratar. Apesar disso, sempre será necessária a observância dos comandos do ordenamento jurídico e a preservação do interesse público.

A comprovação deste enunciado se encontra na própria legislação brasileira, que exige que todos os contratos realizados pela Administração Pública, sejam sob o regime jurídico privado ou público, tenham licitação precedente, disponham de dotação orçamentária e respeitem os limites da Lei de Responsabilidade Fiscal. Segundo Eduardo Hayden Carvalhaes Neto⁶⁵, "ainda que formalmente idêntica à dos particulares, a autonomia do Poder Público quando atua sob a égide do direito privado possui diferenças (limites) significativas em sua substância"⁶⁶.

Sob tais limites foi elaborada a Lei n. 13.303, de junho de 2016, que dispôs sobre o estatuto jurídico da empresa pública, da sociedade de economia mista e de suas subsidiárias, no âmbito da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios. A administração pública,

⁶⁴ CARVALHAES NETO, 2011, p. 55.

⁶⁵ Ibidem, p. 14.

⁶⁶ Ibidem.

composta pela Administração Direta e Indireta, possui, como espécie da segunda, pessoas jurídicas de direito privado, as chamadas empresas estatais. Apesar do seu caráter eminentemente privado, as empresas estatais possuem o substrato público, à medida que o regime aplicável é derogado pelo regime jurídico administrativo.

O caráter público das empresas estatais também é demonstrado pela destinação das suas atividades. Enquanto que nas sociedades privadas a atuação é voltada unicamente para o interesse dos acionistas, ainda que submetida à função social da propriedade, nas empresas estatais está voltada para os usuários⁶⁷. Salienta-se que o caráter público não afasta a natureza jurídica privada das entidades, determinada pela Lei n. 13.303/2016 nos artigos 3º e 4º.

Apesar das limitações impostas à atuação do agente público no âmbito privado, esta é de extrema importância, tendo em vista a previsão do artigo 173 da Constituição Federal. Havendo situação necessária aos imperativos da segurança nacional ou relevante interesse coletivo, deve o Estado atuar na exploração direta de atividade econômica. Ademais,

(...) quando a Administração resolve criar entidades públicas para a prestação de serviços públicos comerciais e industriais sob a égide do direito privado, é porque, consoante pacificamente sempre se entendeu, tanto na doutrina do direito pátrio como na do direito comparado, está pretendendo conferir-lhes, repitamos, tendo em vista a natureza desses serviços, maior flexibilidade de atuação, pela absorção dos métodos de gestão empresarial privada⁶⁸.

Quando o Estado opta, diante das circunstâncias mencionadas, por atuar no âmbito privado, o faz com certa margem de discricionariedade. Este permite a prática de atos com "liberdade de escolha de sua conveniência, oportunidade e conteúdo". Isso não significa a atuação de modo arbitrário, tendo em vista que a discricionariedade exige a atuação dentro dos limites impostos pela lei, enquanto que a arbitrariedade configura a atuação em desacordo com a legislação⁶⁹.

Todas as possibilidades de escolha do agente público estão dispostas no instrumento normativo. A Lei determina os limites da sua discricionariedade, trazendo expressamente em quais situações ele poderá optar por uma decisão ou outra. Assim, o poder discricionário está submetido ao princípio da legalidade e conseqüentemente ao interesse público. Hely Lopes Meirelles explica que "se a prática de um ato vinculado a autoridade pública está adstrita à lei

⁶⁷ TÁCITO, Caio. **Direito Administrativo e Direito Privado nas Empresas Estatais**. Revista de Direito Administrativo, Rio de Janeiro, v. 1, p. 22-28, jan./mar. 1983, p. 22.

⁶⁸ BORGES, Alice Gonzalez. **O estatuto jurídico das empresas estatais na emenda constitucional nº 19/98**. Revista de Direito Administrativo, Rio de Janeiro, v. 3, p. 01-12, jul./set. 1999, p. 9.

⁶⁹ MEIRELLES, 1979. p. 122-123.

em todos os seus elementos formadores, para praticar um ato discricionário é livre, no âmbito em que a lei lhe confere essa faculdade"⁷⁰

A liberdade conferida se justifica pela atuação direta do administrador na ordem social. Só este pode estabelecer com precisão o que é necessário em determinadas circunstâncias, a conveniência e melhor oportunidade para a prática de determinados atos. Seria impossível que o legislador previsse todas as situações do dia a dia da administração pública, sendo apenas os órgãos executivos capazes de decidir o que convém e o que não convém em face do interesse público⁷¹.

O estatuto das empresas estatais trouxe, em diversos dispositivos, possibilidades de exercício da discricionariedade pública, permitindo que o administrador pudesse exercer sua autonomia privada. As normas dispostas na Lei podem ser divididas didaticamente em pré-contratuais e contratuais.

Com relação aos dispositivos pré-contratuais que permitem o exercício da autonomia privada do agente público cita-se o artigo 32, inciso IV, da Lei, que indica a modalidade de licitação denominada pregão como preferencial para a aquisição de bens e serviços comuns. Caso o agente público identifique que no caso concreto não é esta a modalidade que melhor de aplica, poderá se valer das demais modalidades de licitação, respeitadas suas particularidades, previstas no artigo 22 da Lei 8.666/1993. Vale lembrar que o instituto legal mencionado também se aplica às empresas estatais por força do seu artigo 1º, parágrafo único.

O artigo 36 possibilita que a empresa pública ou sociedade de economia mista analisem e decidam sobre a viabilidade de promover pré-qualificação dos seus fornecedores. Nos contratos de obra, em que há necessidade de elaborar projeto executivo, terão ainda possibilidade de fixar o preço do projeto, que deve constar expressamente no contrato, conforme artigo 44, §1º.

Conforme dispõe o artigo 45 do estatuto, na contratação de obras e serviços, inclusive de engenharia, entendendo viável, pode a empresa estatal estabelecer remuneração variável vinculada ao desempenho do contrato, com base em metas, padrões de qualidade, critérios de sustentabilidade ambiental e prazos de entrega definidos no instrumento convocatório e no contrato. Tendo em vista que o já tratado limite da discricionariedade, conforme parágrafo único do mesmo dispositivo, a utilização da remuneração variável deve necessariamente

⁷⁰ Ibidem, p. 123.

⁷¹ Ibidem, p. 124.

respeitar o limite orçamentário fixado pela empresa pública ou pela sociedade de economia mista para a respectiva contratação.

A autonomia privada é exercida ainda na possibilidade de celebrar mais de um contrato para executar serviço de mesma natureza quando o objeto da contratação puder ser executado de forma concorrente e simultânea por mais de um contratado, conforme artigo 46. Para tanto, há a necessidade de justificativa prévia e desde que não haja perda econômica.

A empresa pública e sociedade de economia mista podem ainda, dentro dos limites estabelecidos no artigo 47, indicar marca ou modelo nas licitações para aquisição de bens. Nos modos de disputa, podem optar pelo modelo aberto ou fechado, ou combinação de ambos, de acordo com a conveniência, conforme artigo 52. Com relação aos critérios de julgamento, de acordo com o artigo 54, há a possibilidade de escolha entre menor preço; maior desconto; melhor combinação de técnica e preço; melhor técnica; melhor conteúdo artístico; maior oferta de preço; maior retorno econômico ou melhor destinação de bens alienados.

Quando o critério de julgamento utilizado for a maior oferta de preço, conforme artigo 58, §1º, os requisitos de qualificação técnica e de capacidade econômica e financeira podem ser dispensados a critério da empresa estatal.

Dentre os dispositivos contratuais também é possível identificar margens de discricionariedade para a atuação do agente público. Caso este entenda necessário, conforme o artigo 70, pode exigir prestação de garantir nas contratações de serviços e compras. Dentre elas, pela conveniência e oportunidade, pode a empresa estatal definir pela caução em dinheiro, seguro-garantia ou fiança bancária.

A possibilidade de não redução a termo do contrato também é opção das empresas públicas e sociedades de economia mista no caso de pequenas despesas de pronta entrega e pagamento das quais não resultem obrigações futuras para estas, conforme artigo 73 do estatuto.

Dispõe o artigo 75 que cabe ao agente público optar por convocar licitantes remanescentes ou revogar a licitação no caso de o convocado não assinar o termo de contrato no prazo e nas condições estabelecidos. No caso de inexecução total ou parcial do contrato, conforme artigo 83, a empresa pública ou a sociedade de economia mista podem, garantida a prévia defesa, optar pela aplicação ao contratado de advertência, multa, na forma prevista no instrumento convocatório ou no contrato ou suspensão temporária de participação em licitação e impedimento de contratar com a entidade sancionadora, por prazo não superior a dois anos.

Por meio da análise da Lei n. 13.303/2016 é possível verificar a existência de margens de discricionariedade para a atuação das entidades estatais nos contratos privados firmados. Nestes, onde há a aplicação prioritária do regime jurídico privado, identifica-se a autonomia

privada do agente público, que permanece sujeita aos limites deste regime, das normas de direito público e da lei.

Em qualquer negócio jurídico celebrado pelo Estado, seja sob o âmbito do direito privado ou de direito público, o agente público deverá observar a legalidade estrita e a supremacia do interesse público, princípios norteadores do regime jurídico de direito público. Isso se justifica pela razão de ser da máquina estatal: atuação em benefício da sociedade.

CONCLUSÃO

Negócios jurídicos públicos se distinguem dos privados em decorrência da legislação aplicável à eles, sendo que no primeiro, como há o interesse público abrangido, deverá ser constituído pelas normas de direito público, seguindo os princípios referentes à Administração e observando o interesse público.

Os contratos administrativos possuem distinção com os contratos da Administração, sendo esse configurado quando há interesse do Estado, que são interesses diversos dos referentes a Administração.

Os negócios jurídicos públicos podem ser definidos como contratos da Administração, regidos por normas estritamente de direito público ou ainda conjuntamente com as normas de direito privado, a depender do contrato celebrado. Para isso é necessário entender a qual regime jurídico o contrato se submete.

O regime jurídico aplicável aos negócios jurídicos públicos leva a conclusão de que este pode ser unicamente público, quando a relação jurídica objetivar interesses primários da Administração, ou um regime jurídico misto, onde haverá maior ou menor predominância do regime jurídico de direito privado. Em virtude da sua natureza intrinsecamente pública não há situações em que se aplique um regime unicamente privado.

A Lei n. 13.303/2016 dispõe a possibilidade de verificar a existência de margens de discricionariedade para a atuação das entidades estatais nos contratos privados firmados. Nestes, onde há a aplicação prioritária do regime jurídico privado, identifica-se a autonomia privada do agente público, que permanece sujeita aos limites deste regime, das normas de direito público e da lei.

Portanto, em qualquer negócio jurídico celebrado pelo Estado, seja sob o âmbito do direito privado ou de direito público, o agente público deverá observar a legalidade estrita e a supremacia do interesse público, princípios norteadores do regime jurídico de direito público. Isso se justifica pela razão de ser da máquina estatal: atuação em benefício da sociedade.

REFERÊNCIAS

AMARAL, Francisco. **Direito Civil**. Introdução. 8. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2014.

ARAÚJO, Edimir Netto. **Do Negócio Jurídico Administrativo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1992.

BARROSO, Luís Roberto. **A ordem econômica constitucional e os limites à atuação estatal no controle de preços**. Revista de Direito Administrativo, Rio de Janeiro, v. 4, p. 187-212, out./dez. 2001.

BARROSO, Luís Roberto. **Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo**. São Paulo: Saraiva, 2009.

BORGES, Alice Gonzalez. **O estatuto jurídico das empresas estatais na emenda constitucional nº 19/98**. Revista de Direito Administrativo, Rio de Janeiro, v. 3, p. 01-12, jul./set. 1999.

CARVALHAES NETO, Eduardo Hayden. **Contratos privados da Administração Pública: uma análise do regime jurídico aplicável**. 2011. 145 f. Tese (Doutorado em Direito) – Faculdade de Direito da USP, São Paulo, 2011.

DI PIETRO, Maria Sylvia. **Direito Administrativo**. 29. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de direito civil brasileiro**. Teoria geral das obrigações contratuais e extracontratuais. 16. ed. São Paulo: Saraiva, 2001. v. 3.

FILHO, Marçal Justen. **Curso de Direito Administrativo**. São Paulo: Saraiva, 2005.

FIGUEIREDO, Lúcia Valle. **Curso de direito administrativo**. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 1998.

GRAU, Eros Roberto. **A ordem econômica na Constituição de 1988**. 13. ed. São Paulo: Malheiros, 2008.

JÚNIOR, J. Cretella. **Negócio jurídico administrativo**. Revista de Direito Administrativo, Rio de Janeiro, v. 164, p. 29-49, abr./jun. 1986.

LÔBO, Paulo Luiz Netto. **Condições gerais dos contratos e cláusulas abusivas**. São Paulo: Saraiva, 1991.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito administrativo brasileiro**. 7. ed. São Paulo: Malheiros, 1979.

_____. **Direito Administrativo Brasileiro**. 37. ed. São Paulo: Malheiros, 2011.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 27. ed. São Paulo: Malheiros, 2010.

MELLO, Oswaldo Aranha Bandeira de. **Princípios gerais de direito administrativo**. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 1979. v. 1.

PERLINGIERI, Pietro. **Perfis do direito civil**. Trad. Maria Cristina de Cicco. Rio de Janeiro: Renovar, 1999.

RODRIGUES JUNIOR, Otávio Luiz. **Autonomia da vontade, autonomia privada e autodeterminação**. Notas sobre a evolução de um conceito na Modernidade e na Pós-modernidade. Revista de Informação Legislativa, Brasília, n. 163, p. 113-130, jul./set. 2004.

TÁCITO, Caio. Direito **Administrativo e Direito Privado nas Empresas Estatais**. Revista de Direito Administrativo, Rio de Janeiro, v. 1, p. 22-28, jan./mar. 1983.

VASCONCELOS, Pedro Pais de. **Teoria Geral do Direito Civil**. 3. ed. Coimbra: Almedina, 2005.

UMA ANÁLISE DAS SOBREPOSIÇÕES EXISTENTES ENTRE OS ACORDOS DE LENIÊNCIA DA LEI ANTICORRUPÇÃO E ANTITRUSTE

Raylla Ferreira Matos¹

SUMÁRIO: Introdução; 1. Capítulo I - Apontamentos sobre a Lei n. 12.846/2013 (Lei Anticorrupção), o seu bem jurídico tutelado e o Acordo de Leniência; Capítulo II - Apontamentos sobre a Lei n. 12.529/2011 (Lei Antitruste), o seu bem jurídico tutelado e o Acordo de Leniência; Capítulo III – Os Acordos de Leniência Antitruste e Anticorrupção; Capítulo IV – Metodologia; Capítulo V - Apresentação e Discussão dos Dados; Capítulo VI – Conclusão; Referências

RESUMO: O presente artigo teve como objetivo explorar, compreender e trazer um debate acerca das sobreposições existentes entre os Acordos de Leniência da Lei Antitruste (12.529/11) e da Lei Anticorrupção (12.846/13). A partir dos dados disponíveis referentes aos acordos firmados no âmbito do CADE e da CGU/AGU, buscou-se verificar: 1. Se ocorreu a assinatura de 02 acordos sobre os mesmos fatos; 2. Caso tenha ocorrido, se existiu a compensação de valores pecuniários nos instrumentos celebrados. A análise das informações disponíveis demonstrou que somente 04 empresas firmaram acordos tanto na área anticorrupção quanto na antitruste. A análise desses acordos permitiu a identificação de 10 casos relatados cujos ilícitos eram coincidentes, sendo que: Em 06 casos os fatos ocorreram antes da vigência da Lei Anticorrupção, não sendo possível a aplicação de sanções; Em 02 casos não havia recursos federais e; Em 02 casos as multas foram aplicadas pelas Instituições sem a existência de qualquer tipo de compensação.

Palavras-chave: Acordo de Leniência. Lei Anticorrupção. Lei Antitruste.

AN ANALYSIS OF THE EXISTING OVERLAWS BETWEEN LENIENCY AGREEMENTS O THE ANTI-CORRUPTION AND ANTITRUST LAW

ABSTRACT: The purpose of this article was to explore, understand and bring up a debate about the overlaps between the Leniency Agreements of the Antitrust Law (12.529 /11) and the Anti-Corruption Law (12.846 /13). Based on the available data regarding the agreements signed within the scope of CADE and CGU/AGU we sought to verify: 1. Whether there was the signing of 02 agreements on the same facts; 2. If it has occurred, whether there was a

¹ Bacharel em Direito – Centro Universitário de Brasília (UnICEUB). LLM – Controle e Combate à Corrupção – Instituto Brasiliense de Direito Público (IDP). E-mail: raylla_mattos@hotmail.com. CV Lattes: <http://lattes.cnpq.br/7963506604224587>.

compensation of pecuniary values in the instruments entered into. The analysis of the available information showed that only 04 companies entered into agreements in both the anti-corruption and antitrust areas. The analysis of these agreements allowed the identification of 10 reported cases whose illicit events were coincident, being: in 06 cases, the facts occurred before the Anti-Corruption Law came into force, therefore it is not possible to apply sanctions; in 02 cases there were no federal resources and; in 02 cases, fines were imposed by the Institutions without any type of compensation.

Keywords: Leniency Agreement. Anti-Corruption Law. Antitrust Law.

INTRODUÇÃO

A corrupção prejudica a capacidade das nações de prosperar e de crescer. Esta prática desvia recursos destinados à saúde, educação e segurança, de tal modo que afeta o desenvolvimento social. A corrupção em si gera insegurança e inibe o progresso de um país.²

Na intenção de combater o problema, o Sistema Brasileiro Anticorrupção formou-se por um conjunto difuso de normas esparsas procedentes de fontes internas e externas, que atende as determinações dos Tratados e Convenções Internacionais Anticorrupção ratificados com o objetivo de prevenir e reprimir as condutas corruptas nos setores público e privado.

O Acordo de Leniência é um mecanismo de combate à corrupção e outros tipos de desvios. A finalidade desse Programa de Leniência é estabelecer compromissos e responsabilidades às pessoas jurídicas que voluntariamente se preparam a romper com o envolvimento da prática ilícita e assumir medidas para conservar suas atividades de forma ética e sustentável, em cumprimento à sua função social.³

Embora no Brasil o tema dos Acordos de Leniência tenha ganhado notoriedade a partir de 2013 e 2014, quando grandes investigações do Ministério Público e da Polícia Federal eram realizadas no âmbito da alta gestão do país, o primeiro Programa de Leniência mencionado na legislação foi o antitruste, voltado a combater os crimes que vão contra a ordem econômica, possuindo a livre concorrência como o seu bem jurídico tutelado.

Pois bem, no primeiro momento, a matéria antitruste foi colocada no ordenamento jurídico pela Lei n. 10.149/2000, que trouxe alterações à Lei n. 8.884/94, que por sua vez

² FRAZÃO, Ana (Org.). **Constituição, empresa e mercado**. Brasília: Faculdade de Direito - UnB, 2017, p. 4.

³ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella; MARRARA, Thiago (Orgs). **Lei anticorrupção comentada**. Belo Horizonte: Fórum, 2017, p. 196.

até 2011 abordava sobre a prevenção e repressão às infrações concorrenciais. Entretanto, atualmente, a legislação antitruste é regulamentada pela Lei n. 12.529/2011.⁴

Em seguida, com a finalidade de suprir lacunas existentes e em resposta aos grandes movimentos de combate à corrupção, assim como as constantes manifestações populares, foi promulgada a Lei n. 12.846, em 1º de agosto de 2013, que aborda de forma expressiva a responsabilização das pessoas jurídicas que praticam atos de corrupção contra a administração pública, nacional ou estrangeira, sendo o patrimônio público o seu bem jurídico tutelado. Representando, dessa forma, sua chegada em um importante marco no combate à corrupção no Brasil que, até então, dispunha de leis esparsas no tocante as pessoas jurídicas.⁵

No campo da Lei Antitruste (Lei n. 12.529/2011) empreende-se a possibilidade de celebrar Acordos de Leniência com pessoas físicas e jurídicas que praticam crimes contra a ordem econômica. Agora, nos termos da Lei Anticorrupção (Lei n. 12.846/2013) existe somente a possibilidade de pessoas jurídicas celebrar Acordos de Leniência com relação aos ilícitos cometidos contra a Administração Pública, estendendo, portanto, seu alcance para além das infrações de mercado e contra a ordem econômica.

Deste modo, mesmo que a Lei Antitruste aborde as condutas que vão contra a livre concorrência, ao passo que a Lei Anticorrupção (LAC) tem por objetivo combater a corrupção e outros ilícitos, existe uma zona de sobreamento entre os dois dispositivos legais. Nessa linha, o motivo que levou ao desenvolvimento desse artigo se deve às circunstâncias de utilização do instrumento de colaboração previstos na Lei Antitruste e na Lei Anticorrupção.

Dessa forma, o presente trabalho tem por objetivo explorar, compreender e trazer um debate acerca das sobreposições existentes entre os Acordos de Leniência no âmbito da Lei Antitruste e da Lei Anticorrupção.

Para esta finalidade serão abordados os seguintes tópicos: 1. Se existe a possibilidade de serem firmados 02 acordos diferentes sobre os mesmos fatos; 2. Caso ocorra a situação anterior, se ocorreu a compensação de valores pecuniários nos instrumentos celebrados.

O presente artigo será organizado da seguinte maneira: Capítulo I - Apontamentos sobre a Lei n. 12.846/2013 (Lei Anticorrupção), o seu bem jurídico tutelado e o Acordo de

⁴ ATHAYDE, Amanda. **Manual dos Acordos de Leniência no Brasil, Teoria: Prática** - CADE, BC, CVM, CGU, AGU, TCU, MP, Introdução. Belo Horizonte: Fórum, 2019.

⁵ CARVALHOSA, Modesto. **Considerações sobre a Lei anticorrupção das pessoas jurídicas**: Lei n. 12.846/2013, Introdução. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

Leniência; Capítulo II - Apontamentos sobre a Lei n. 12.529/2011 (Lei Antitruste), o seu bem jurídico tutelado e o Acordo de Leniência; Capítulo III – Os Acordos de Leniência Antitruste e Anticorrupção; Capítulo IV – Metodologia; Capítulo V - Apresentação e Discussão dos Dados; Capítulo VI – Conclusão.

1 APONTAMENTOS SOBRE A LEI N. 12.846/2013 (LEI ANTICORRUPÇÃO/LAC), O SEU BEM JURÍDICO TUTELADO E O ACORDO DE LENIÊNCIA

A Lei n. 12.846/2013, conhecida como Lei Anticorrupção dispõe sobre a responsabilização administrativa e civil de pessoas jurídicas pela prática de atos contra a Administração Pública, nacional ou estrangeira. Sua promulgação se deu por influência de organizações internacionais (OCDE, ONU e OEA) e normas estrangeiras, onde no contexto internacional o Brasil era pressionado para estabelecer medidas de combate à corrupção.⁶

A professora Amanda Athayde descreve perfeitamente os movimentos que aconteceram no Brasil como resultado das pressões internacionais:

Esse contexto internacional, por sua vez, segundo os autores, impulsionou a discussão e a implementação de medidas de enfrentamento da corrupção no Brasil. Surgiram, então, quatro movimentos marcantes: (i) a ampliação da transparência; (ii) o fortalecimento das instituições; (iii) a expansão legislativa e (iv) a inflexão jurisprudencial. No contexto da expansão legislativa é que se encontra a Lei Anticorrupção brasileira, que vem acompanhada de uma intensa alteração do sistema normativo, com ajustes nas normas preexistentes e novos marcos regulatórios.⁷

Nessa perspectiva, Valdir Moysés Simão e Marcelo Pontes Vianna apresentam uma contextualização clara da Lei Anticorrupção:

A LAC veio inaugurar, no ordenamento pátrio, a possibilidade de responsabilização administrativa e civil de pessoas jurídicas pela prática de atos lesivos contra a Administração Pública nacional e estrangeira. Com sua promulgação, o Estado passou a deter meios de sancionar pessoas jurídicas de forma efetiva. Anteriormente, a ação estatal ficava restrita à punição das pessoas naturais que agiam em nome das empresas ou, ainda, à aplicação de sanções judiciais ou administrativas de fundo contratual ou regulatório.⁸

⁶ CARVALHOSA, Modesto. **Considerações sobre a Lei anticorrupção das pessoas jurídicas**: Lei n. 12.846/2013, Introdução. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 31.

⁷ ATHAYDE, Amanda. **Manual dos Acordos de Leniência no Brasil, Teoria: Prática** - CADE, BC, CVM, CGU, AGU, TCU, MP, Introdução. Belo Horizonte: Fórum, 2019, p. 239 e 240.

⁸ SIMÃO, Valdir Moysés; VIANNA, Marcelo Pontes. **O acordo de leniência na lei anticorrupção**: histórico, desafios e perspectivas. São Paulo: Trevisan, 2017, p. 21.

Percebe-se que a Lei n. 12.846/2013 tem como bem jurídico tutelado o patrimônio público, podendo ser de ascendência nacional ou estrangeira. A legislação também alcança a proteção bens imateriais, ou seja, aqueles relacionados aos princípios da Administração Pública.

A possibilidade de cooperação com as investigações por meio do Programa de Leniência é um dos instrumentos de controle e combate à corrupção. Embora não se trate de instituto inovador no ordenamento jurídico brasileiro⁹, a utilização do Acordo de Leniência se justifica na resolução de casos de alta complexidade. O pagamento de propina, fraude a licitação, superfaturamento e sobrepreço em obras e serviços são exemplos das infrações que se pretende descortinar com os Acordos de Leniência previstos na Lei Anticorrupção.¹⁰

A lei prevê que a autoridade máxima de cada órgão ou entidade pública poderá celebrar o Acordo de Leniência¹¹. Dentre a vasta quantidade de autoridades competentes para celebração de acordos no campo da Lei Anticorrupção, destaca-se para esse trabalho

⁹ O Acordo de Leniência foi introduzido no ordenamento jurídico brasileiro para combater às infrações contra a ordem econômica.

¹⁰ BRASIL. **Lei n. 12.846, de 1º de agosto de 2013**. Dispõe sobre a responsabilização administrativa e civil de pessoas jurídicas pela prática de atos contra a administração pública, nacional ou estrangeira, e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2013/lei/l12846.htm.

“Art. 5º Constituem atos lesivos à administração pública, nacional ou estrangeira, para os fins desta Lei, todos aqueles praticados pelas pessoas jurídicas mencionadas no parágrafo único do art. 1º, que atentem contra o patrimônio público nacional ou estrangeiro, contra princípios da administração pública ou contra os compromissos internacionais assumidos pelo Brasil, assim definidos: I - prometer, oferecer ou dar, direta ou indiretamente, vantagem indevida a agente público, ou a terceira pessoa a ele relacionada; II - comprovadamente, financiar, custear, patrocinar ou de qualquer modo subvencionar a prática dos atos ilícitos previstos nesta Lei; III - comprovadamente, utilizar-se de interposta pessoa física ou jurídica para ocultar ou dissimular seus reais interesses ou a identidade dos beneficiários dos atos praticados; IV - no tocante a licitações e contratos: a) frustrar ou fraudar, mediante ajuste, combinação ou qualquer outro expediente, o caráter competitivo de procedimento licitatório público; b) impedir, perturbar ou fraudar a realização de qualquer ato de procedimento licitatório público; c) afastar ou procurar afastar licitante, por meio de fraude ou oferecimento de vantagem de qualquer tipo; d) fraudar licitação pública ou contrato dela decorrente; e) criar, de modo fraudulento ou irregular, pessoa jurídica para participar de licitação pública ou celebrar contrato administrativo; f) obter vantagem ou benefício indevido, de modo fraudulento, de modificações ou prorrogações de contratos celebrados com a administração pública, sem autorização em lei, no ato convocatório da licitação pública ou nos respectivos instrumentos contratuais; ou g) manipular ou fraudar o equilíbrio econômico-financeiro dos contratos celebrados com a administração pública; V - dificultar atividade de investigação ou fiscalização de órgãos, entidades ou agentes públicos, ou intervir em sua atuação, inclusive no âmbito das agências reguladoras e dos órgãos de fiscalização do sistema financeiro nacional”.

¹¹ BRASIL. **Lei n. 12.846, de 1º de agosto de 2013**. Dispõe sobre a responsabilização administrativa e civil de pessoas jurídicas pela prática de atos contra a administração pública, nacional ou estrangeira, e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2013/lei/l12846.htm. “Art. 16. A autoridade máxima de cada órgão ou entidade pública poderá celebrar acordo de leniência com as pessoas jurídicas responsáveis pela prática dos atos previstos nesta Lei que colaborem efetivamente com as investigações e o processo administrativo, sendo que dessa colaboração resulte. § 10. A Controladoria-Geral da União - CGU é o órgão competente para celebrar os acordos de leniência no âmbito do Poder Executivo federal, bem como no caso de atos lesivos praticados contra a administração pública estrangeira”.

a competência da Controladoria Geral da União (CGU) para a celebração de Acordos de Leniência no âmbito do Poder Executivo Federal e em relação aos atos lesivos praticados contra a Administração Pública estrangeira.

A responsabilidade da pessoa jurídica é objetiva, ou seja, sua responsabilização ocorrerá independentemente da existência de dolo ou culpa. Valdir Moysés Simão e Marcelo Pontes Vianna assim se manifestaram sobre esse assunto:

A LAC não trata de sanções aplicáveis a pessoas naturais, portanto não existirá processo instaurado e tampouco pena aplicada em face de indivíduos com fundamento na Lei n. 12.846/2013. Todavia, é sempre necessário lembrar que a pessoa jurídica é uma ficção, criada com base na lei. A pessoa jurídica somente pratica atos e exerce sua vontade por intermédio das pessoas que atuam em seu nome. [...]. Logo, sempre que comprovada a responsabilização da pessoa jurídica, estaremos diante de um ato praticado por um indivíduo, sobre o qual, em regra, recairá sanções previstas em outras legislações. Além disso, ela dispõe expressamente que a responsabilização da pessoa jurídica não afastará a responsabilidade individual de seus dirigentes ou administradores ou de qualquer pessoa natural, autora, coautora ou partícipe de ato ilícito.¹²

No que confere ao limite temporal de propositura do Acordo de Leniência, o Decreto 8.420/2015 prevê que poderá ser celebrada leniência a qualquer momento, desde que a proposta tenha ocorrido antes da apresentação do relatório final de um Processo Administrativo de Responsabilização (PAR) já instaurado.¹³

Para que a pessoa jurídica receba os benefícios e se qualifique para celebrar o Acordo de Leniência, deve cumprir alguns requisitos: ser a primeira a se manifestar¹⁴, cessar o envolvimento na conduta, admitir a participação no ilícito, cooperar plena e permanentemente com as investigações, instituir ou aperfeiçoar programa de integridade¹⁵.

¹² SIMÃO, Valdir Moysés; VIANNA, Marcelo Pontes. **O acordo de leniência na lei anticorrupção**: histórico, desafios e perspectivas. São Paulo: Trevisan, 2017, p. 30 e 31.

¹³ BRASIL. **Decreto n. 8.420, de 18 de março de 2015**. Regulamenta a Lei n. 12.846, de 1º de agosto de 2013, que dispõe sobre a responsabilização administrativa de pessoas jurídicas pela prática de atos contra a administração pública, nacional ou estrangeira e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/decreto/d8420.htm. Acesso em 09 out. 2020. “Art. 30. [...] § 2º A proposta do acordo de leniência poderá ser feita até a conclusão do relatório a ser elaborado no PAR.

¹⁴ Ocorre que no Decreto n. 8.420/2015. Art. 30. A pessoa jurídica que pretenda celebrar acordo de leniência deverá: I - ser a primeira a manifestar interesse em cooperar para a apuração de ato lesivo específico, quando tal circunstância for relevante; (grifo acrescido). “Quando tal circunstância for relevante” não aparece na LAC, o que gera controvérsia interpretativa.

¹⁵ O Programa de Integridade ou *Compliance* se refere aos mecanismos de conformidade anticorrupção adotadas pela empresa, com a finalidade de prevenir, detectar e diminuir atos lesivos à Administração Pública, ou seja, envolve práticas que efetivam ações anticorrupção de maneira geral.

Além de a cooperação resultar na identificação dos demais envolvidos quando houver, bem como no fornecimento preciso de informações e documentos que comprovem o ilícito¹⁶.

Em troca do cumprimento de todos requisitos, o colaborador poderá ser isento da sanção de publicação extraordinária da decisão condenatória, das sanções previstas nos incisos I a IV do Art. 19 da LAC, e ainda poderá ter a multa reduzida em até 2/3 do valor calculado.¹⁷

O Decreto n. 8.420/2015 trata da tutela do sigilo das negociações, dispondo que a proposta de cooperação apresentada será sigilosa e o acesso ao conteúdo será restrito aos servidores designados a participar da negociação dos Acordos de Leniência, ressalvando a possibilidade de o possível colaborador autorizar a divulgação ou o compartilhamento de informações sobre a existência ou conteúdo da proposta.¹⁸

A professora Amanda Athayde comenta a importância do sigilo das informações:

A questão da tutela do sigilo das negociações é especialmente relevante, uma vez que é necessário ponderá-la com a própria proteção das investigações. Muito embora o sigilo sirva também para proteger a imagem e a reputação da pessoa jurídica proponente, ele só se justifica em nome da melhor atuação estatal. Assim, há quem defenda que só faz sentido resguardar o sigilo das negociações em casos em que já há investigação em curso sobre a mesma prática e quando a publicidade puder trazer benefícios.¹⁹

¹⁶ BRASIL. **Lei n. 12.846, de 1º de agosto de 2013.** Dispõe sobre a responsabilização administrativa e civil de pessoas jurídicas pela prática de atos contra a administração pública, nacional ou estrangeira, e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2013/lei/l12846.htm. “Art. 16. I - a identificação dos demais envolvidos na infração, quando couber; e II - a obtenção célere de informações e documentos que comprovem o ilícito sob apuração. § 1º O acordo de que trata o caput somente poderá ser celebrado se preenchidos, cumulativamente, os seguintes requisitos: I - a pessoa jurídica seja a primeira a se manifestar sobre seu interesse em cooperar para a apuração do ato ilícito; II - a pessoa jurídica cesse completamente seu envolvimento na infração investigada a partir da data de propositura do acordo; III - a pessoa jurídica admita sua participação no ilícito e coopere plena e permanentemente com as investigações e o processo administrativo, comparecendo, sob suas expensas, sempre que solicitada, a todos os atos processuais, até seu encerramento”.

¹⁷ BRASIL. **Lei n. 12.846, de 1º de agosto de 2013.** Dispõe sobre a responsabilização administrativa e civil de pessoas jurídicas pela prática de atos contra a administração pública, nacional ou estrangeira, e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2013/lei/l12846.htm. Art. 16, § 2º. A celebração do acordo de leniência isentará a pessoa jurídica das sanções previstas no inciso II do art. 6º e no inciso IV do art. 19 e reduzirá em até 2/3 (dois terços) o valor da multa aplicável.

¹⁸ BRASIL. **Decreto n. 8.420, de 18 de março de 2015.** Regulamenta a Lei n. 12.846, de 1º de agosto de 2013, que dispõe sobre a responsabilização administrativa de pessoas jurídicas pela prática de atos contra a administração pública, nacional ou estrangeira e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/decreto/d8420.htm. Art. 31. § 1º A proposta apresentada receberá tratamento sigiloso e o acesso ao seu conteúdo será restrito aos servidores especificamente designados pela Controladoria-Geral da União para participar da negociação do acordo de leniência, ressalvada a possibilidade de a proponente autorizar a divulgação ou compartilhamento da existência da proposta ou de seu conteúdo, desde que haja anuência da Controladoria-Geral da União.

¹⁹ ATHAYDE, Amanda. **Manual dos Acordos de Leniência no Brasil, Teoria:** Prática - CADE, BC, CVM, CGU, AGU, TCU, MP, Introdução. Belo Horizonte: Fórum, 2019, p. 242.

Quanto a possibilidade de nas negociações do Acordo de Leniência não se obter êxito, a LAC prevê que não será considerado que houve reconhecimento da prática do ato ilícito por parte do colaborador no caso do Acordo ser rejeitado pela autoridade competente²⁰. No Decreto n. 8.420/2015, adiciona os aspectos operacionais dessa garantia, abordando: (i) a possibilidade da pessoa jurídica desistir da proposta de colaboração a qualquer momento que anteceda assinatura do Acordo²¹ e, (ii) no caso de o Acordo de Leniência não ser celebrado, os documentos fornecidos serão devolvidos à pessoa jurídica e será vedado seu uso para fins de responsabilização, exceto quando a Administração Pública tiver conhecimento dele independente de Acordo.²²

2 APONTAMENTOS SOBRE A LEI N. 12.529/2011 (LEI ANTITRUSTE), O SEU BEM JURÍDICO TUTELADO E O ACORDO DE LENIÊNCIA

A concorrência é um dos instrumentos para o desenvolvimento econômico dos mercados. No Brasil, a Constituição Federal de 1988 aborda o princípio da ordem econômica no seu artigo 170:

Art. 170. A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios:
IV - livre concorrência.²³

²⁰ BRASIL. **Decreto n. 8.420, de 18 de março de 2015**. Regulamenta a Lei n. 12.846, de 1º de agosto de 2013, que dispõe sobre a responsabilização administrativa de pessoas jurídicas pela prática de atos contra a administração pública, nacional ou estrangeira e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/ato2015-2018/2015/decreto/d8420.htm. “Art. 16. [...] § 7º Não importará em reconhecimento da prática do ato ilícito investigado a proposta de acordo de leniência rejeitada”.

²¹ BRASIL. **Decreto n. 8.420, de 18 de março de 2015**. Regulamenta a Lei n. 12.846, de 1º de agosto de 2013, que dispõe sobre a responsabilização administrativa de pessoas jurídicas pela prática de atos contra a administração pública, nacional ou estrangeira e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/ato2015-2018/2015/decreto/d8420.htm. “Art. 34. A pessoa jurídica proponente poderá desistir da proposta de acordo de leniência a qualquer momento que anteceda a assinatura do referido acordo”.

²² BRASIL. **Decreto n. 8.420, de 18 de março de 2015**. Regulamenta a Lei n. 12.846, de 1º de agosto de 2013, que dispõe sobre a responsabilização administrativa de pessoas jurídicas pela prática de atos contra a administração pública, nacional ou estrangeira e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/ato2015-2018/2015/decreto/d8420.htm. “Art. 35. Caso o acordo não venha a ser celebrado, os documentos apresentados durante a negociação serão devolvidos, sem retenção de cópias, à pessoa jurídica proponente e será vedado seu uso para fins de responsabilização, exceto quando a administração pública federal tiver conhecimento deles independentemente da apresentação da proposta do acordo de leniência”.

²³ BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 13 out. 2020.

O Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE) tem como finalidade proteger e monitorar a livre concorrência legal, combatendo a criação de cartéis, conduta ilícita que provoca lesão à concorrência, acumulando o poder de investigar, decidir e aplicar penalidades.

A Lei n. 12.529/2011, que pertence a última grande edição normativa sobre o tema, direciona as formas de prevenção e repressão das infrações que vão contra a livre concorrência e a livre iniciativa, uma vez que seu bem jurídico tutelado é ordem econômica. Dessa forma, as mudanças pertinentes da Lei Antitruste não se restringem somente nas determinações normativas e legislativas, ela abrange também as transformações estruturais vividas pela economia brasileira, além de um nítido aperfeiçoamento dos métodos de análise econômica.

A professora Amanda Athayde comenta a importância do Direito da Concorrência:

Para criar e preservar o ambiente concorrencial e proteger os interesses da coletividade consubstanciados nos princípios constitucionais, a Lei n. 12.529/2011 é o instrumental da disciplina da concorrência no Brasil. Considerada no bojo do conjunto de valores delineados na Constituição, esta Lei, em seu art. 1º, define que seu objeto é “a prevenção e a repressão às infrações contra a ordem econômica, orientada pelos ditames constitucionais de liberdade de iniciativa, livre concorrência, função social da propriedade, defesa dos consumidores e repressão ao abuso do poder econômico”. Observa-se, portanto, que o direito da concorrência e o controle do poder econômico está intimamente relacionado aos princípios da ordem econômica constitucional.²⁴

Não restam dúvidas que o controle, sendo do setor público ou privado, sobre os preços de mercado gera ineficácia. Por isso, as diversas formas de infração implicam a responsabilidade da pessoa jurídica e a responsabilidade individual de seus dirigentes ou administradores.

Nota-se que a legislação antitruste é robusta em matéria de defesa concorrencial. Os procedimentos do CADE garantem que o mercado seja protegido de infratores em conluio,

²⁴ ATHAYDE, Amanda. As três ondas do antitruste no Brasil. A Lei 12.529/2011 e o Conselho Administrativo de Defesa Econômica. 01 nov. 2017. **Jota Info**. Disponível em: <https://www.jota.info/opiniao-e-analise/artigos/as-tres-ondas-do-antitruste-no-brasil-01112017>.

e também dos atos de concentração de empresas de grande porte, em que seus impactos sejam profundamente sentidos na cadeia de produção e mercado.²⁵

O Acordo de Leniência à disposição da Lei Antitruste é o primeiro a ser instituído no sistema jurídico brasileiro. Logo na primeira parte do seu guia denominado “Programa de Leniência Antitruste do CADE” aborda-se o conceito do instituto:

O Programa de Leniência Antitruste (Programa de Leniência) do Conselho Administrativo de Defesa Econômica (Cade) é um conjunto de iniciativas com vistas a detectar, investigar e punir infrações contra a ordem econômica; informar e orientar permanentemente as empresas e os cidadãos em geral a respeito dos direitos e garantias previstos nos artigos 86 e 87 da Lei n. 12.529/2011 (Lei de Defesa da Concorrência - LDC) e nos artigos 237 a 251 do RICade; e incentivar, orientar e assistir os proponentes à celebração do Acordo de Leniência Antitruste do Cade (Acordo de Leniência).²⁶

Nessa linha, o Programa de Leniência permite que pessoas jurídicas e/ou físicas envolvidas cartel ou em outra prática antitruste coletiva consigam benefícios na esfera administrativa e criminal por meio da celebração de Acordo de Leniência com o CADE, comprometendo-se a cessar a conduta ilegal, a denunciar e confessar sua participação no ilícito, bem como a colaborar com as investigações apresentando informações e documentos relevantes à investigação.²⁷

Dessa forma, os Acordos de Leniência beneficiam pessoas envolvidas na prática de carteis, que procuram se desvincular dos conluíus, visando suprimir a punibilidade administrativa e criminal ou a diminuição da penalidade aplicável. Assim, a professora Amanda Athayde discorre sobre como é visto esse instrumento atualmente:

²⁵ BRASIL. **Lei n. 12.529, de 30 de novembro de 2011.** Estrutura o Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência; dispõe sobre a prevenção e repressão às infrações contra a ordem econômica; altera a Lei n. 8.137, de 27 de dezembro de 1990, o Decreto-Lei n. 3.689, de 3 de outubro de 1941 - Código de Processo Penal, e a Lei n. 7.347, de 24 de julho de 1985; revoga dispositivos da Lei n. 8.884, de 11 de junho de 1994, e a Lei n. 9.781, de 19 de janeiro de 1999; e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/ato2011-2014/2011/lei/l12529.htm.

“Art. 36. Constituem infração da ordem econômica, independentemente de culpa, os atos sob qualquer forma manifestados, que tenham por objeto ou possam produzir os seguintes efeitos, ainda que não sejam alcançados: I - limitar, falsear ou de qualquer forma prejudicar a livre concorrência ou a livre iniciativa; II - dominar mercado relevante de bens ou serviços; III - aumentar arbitrariamente os lucros; e IV - exercer de forma abusiva posição dominante”.

²⁶ CONSELHO ADMINISTRATIVO DE DEFESA ECONÔMICA. Guia – Programa de leniência antitruste do CADE. Maio 2016. Disponível em: http://www.cade.gov.br/acesso-a-informacao/publicacoes-institucionais/guias_do_Cade/guia_programa-de-leniencia-do-cade-final.pdf.

²⁷ Art. 86 e 87. BRASIL. **Lei n. 8.884, de 11 de junho de 1994.** Transforma o Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE) em Autarquia, dispõe sobre a prevenção e a repressão às infrações contra a ordem econômica e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8884.htm.

O Programa de Leniência Antitruste é reconhecido nacional e internacionalmente como um dos instrumentos mais eficazes para detectar, investigar e coibir condutas anticompetitivas com potencial lesivo à concorrência e ao bem-estar social. Constitui, assim, um importante pilar da política de combate à cartéis.²⁸

O Acordo de Leniência Antitruste pode ser celebrado tanto com pessoas físicas quanto com pessoas jurídicas envolvidas na prática anticoncorrencial, desde que da colaboração resulte a identificação dos demais envolvidos no ilícito e a obtenção de informações e documentos que comprovem os fatos relatados. Além disso, o colaborador deve ser o primeiro a se manifestar, cessar o envolvimento na conduta, confessar sua participação no ilícito, cooperar plena e permanentemente com a investigação e com o processo administrativo e trazer provas suficientes que comprove o que for delatado.

No mais, o Acordo Antitruste não exige reparação integral do dano, o que não significa que a Lei impeça que a pessoa jurídica seja responsabilizada no âmbito civil por eventuais ações de reparação do dano causado pela conduta ilícita.

Em contrapartida, o colaborador do Acordo de Leniência recebe benefícios no âmbito administrativo, como a extinção da ação punitiva da administração pública ou a redução de 1 a 2/3 das penas aplicáveis. Ainda, na esfera criminal, é possível a suspensão do curso do prazo prescricional e o impedimento do oferecimento da denúncia, com a extinção automática da punibilidade dos crimes diretamente relacionados ao Acordo celebrado.

Se a proposta for recusada ou o colaborador vier a desistir do Acordo de Leniência, o que pode ser efetuado a qualquer tempo antes da assinatura do respectivo instrumento de Acordo, as informações apresentadas não poderão ser utilizadas pelo CADE. Entretanto, o CADE poderá iniciar processo investigativo no âmbito da Superintendência-Geral para averiguar os fatos relacionados à proposta de Acordo de Leniência.²⁹

3 OS ACORDOS DE LENIÊNCIA ANTITRUSTE E ANTICORRUPÇÃO

Uns dos principais motivos para o estabelecimento de um Programa de Leniência é a capacidade desse instituto de aumentar as chances de detecção de condutas ilícitas pela

²⁸ ATHAYDE, Amanda. **Manual dos Acordos de Leniência no Brasil, Teoria:** Prática - CADE, BC, CVM, CGU, AGU, TCU, MP, Introdução. Belo Horizonte: Fórum, 2019, p. 76.

²⁹ Art. 198 CADE. Regimento Interno do Conselho Administrativo de Defesa Econômica (RiCADE). Disponível em: <http://www.cade.gov.br/assuntos/normas-e-legislacao/regimento-interno-1>.

autoridade investigadora. A implementação desse tipo de programa permite que a autoridade competente tome conhecimento de uma prática ilegal, que era, até então, desconhecida ou de difícil investigação.

Nesse contexto, a professora Amanda Athayde explica claramente essa importância:

O foco das autoridades investigadoras tende a ser, portanto, nas práticas ilícitas que são, tipicamente, de difícil detecção. Isso porque, com relação às práticas de fácil detecção, não há grandes incentivos para a autoridade investigadora instituir um Programa de Leniência, dado que esta já consegue identificá-las e persegui-las facilmente. Assim, com relação a práticas ilícitas de difícil detecção, os incentivos são significativamente maiores para que a autoridade investigadora institua um Programa de Leniência. Não raras vezes, para alguém que não faz parte do ilícito, um determinado comportamento pode até ser visto com desconfiança ou sinal de alerta, mas sem as informações, documentos e detalhes, a detecção da prática se torna difícil, altamente custosa e, em alguns casos, praticamente inviável. Esse fato ocorre porque os participantes, cientes dos riscos de serem detectados, tipicamente tendem a acobertar os rastros de sua participação.³⁰

Como visto, essas práticas ilícitas são altamente sofisticadas e infelizmente o poder público tem seus limites. Por isso, é interessante para o Estado a colaboração efetiva de quem participou do conluio, cuja investigação se torna mais simples de ser identificada, uma vez que os ilícitos que precisam ser deflagrados podem ser informados mediante os Acordos de Leniência.³¹

Outros efeitos positivos resultantes da colaboração é a obtenção de informações e documentos disponibilizados pelo colaborador demonstrando o *modus operandi* das condutas dos infratores, de tal modo que devam ser relevantes para investigação e que possam confirmar o que foi delatado, podendo levar à condenação dos envolvidos no conluio por meio das provas apresentadas. Ademais, os Acordos de Leniência reduzem os custos das investigações, o que o torna mais eficiente, viabilizando a detecção dos ilícitos de maneira precisa, com o menor tempo e com menos recursos.

O fato de a cooperação resultar na identificação dos infratores e consequentemente suas devidas punições, justifica a concessão dos benefícios ao possível colaborador, como a imunidade ou redução da sanção, desde que cumpra a condição de cessar com a prática ilícita imediatamente.

³⁰ ATHAYDE, Amanda. **Manual dos Acordos de Leniência no Brasil, Teoria: Prática** - CADE, BC, CVM, CGU, AGU, TCU, MP, Introdução. Belo Horizonte: Fórum, 2019, p. 31.

³¹ FRAZÃO, Ana (Org.). **Constituição, empresa e mercado**. Brasília: Faculdade de Direito - UnB, 2017, p. 10.

Um bom Programa de Leniência relaciona-se exatamente com a estrutura de incentivos, a ponderação do custo-benefício feita pelo infrator precisa ser observada com total atenção, devendo existir transparência, previsibilidade e segurança jurídica para os colaboradores. Vale ressaltar que o colaborador pode optar por não procurar a autoridade investigadora para cooperar, caso cogite que ao final do acordo estará em situação pior do que no começo das negociações. Por isso, os Acordos de Leniência devem oferecer benefícios satisfatórios para que as pessoas jurídicas tenham interesse em colaborar.³²

Nessa lógica, os Programas de Leniência da Lei Antitruste e da Lei Anticorrupção significam, sem dúvida, grandes avanços no objetivo de prevenção e de punição de ilícitos que vão contra a ordem econômica e a prática da corrupção, principalmente por viabilizarem a responsabilização civil e administrativa de pessoas jurídicas.

Entretanto, discute-se pouco os aspectos comuns entre as práticas anticoncorrenciais e corruptas, havendo dúvidas, em alguns poucos casos, sobre até que ponto uma infração pode ser caracterizada como fraude concorrencial ou ato de corrupção.

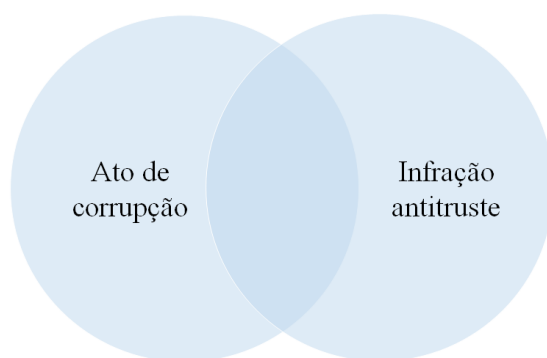
A professora Susan Rose-Ackerman descreve uma relação que vai além da confusão entre os dois tipos de infração, demonstrando que existem circunstâncias onde uma conduta equipara-se a outra para obter sucesso na prática ilícita:

Não há dúvidas de que a corrupção distorce a concorrência, substituindo o critério da eficiência pelo critério da proximidade política ou da compra de facilidade. Ao assim fazer, a corrupção cria excessivos e desnecessários custos de transação, os quais, a depender do grau, podem ser verdadeiras barreiras à entrada nos mercados ou fatores que dificultam ou mesmo impossibilitam a rivalidade, restringindo a concorrência àqueles capazes de assumir os riscos e custos da corrupção.³³

Nessa perspectiva, pode-se concluir que existe uma vinculação concreta entre os atos de corrupção e infração antitruste, já que ambos os comportamentos, apesar de distintos, apresentam muitas áreas que se coincidem, como é demonstrado na seguinte imagem:

³² Ver: PIMENTA, Guilherme. Empresa não pode sair de leniência pior do que entrou, diz Amanda Athayde. In: **Jota info**. Disponível em: <https://www-jota-info.cdn.ampproject.org/c/s/www.jota.info/tributos-e-empresas/mercado/empresa-leniencia-entrou-amanda-athayde-21062018/amp>. p. 72.

³³ ROSE-ACKERMAN, Susan. The challenge of poor governance and corruption. Revista Direito GV. Número especial 1. Pp. 207-266, 2005 apud FRAZÃO, Ana (Org.). **Constituição, empresa e mercado**. Brasília: Faculdade de Direito - UnB, 2017, p. 5.



Fonte: Ana Frazão ³⁴

Portanto, de fato, para as condutas de evidente dupla tipificação, é possível dizer que todo ato de corrupção praticado por agente público com posição dominante pode acabar tendo desdobramentos concorrenciais, já que afeta a competição pelo mérito por intermédio de um abuso de poder/posição em benefício particular.

4 METODOLOGIA

A metodologia de pesquisa desse trabalho é dividida em três fases: a fase exploratória, a fase de coleta de dados e a fase de análise e interpretação dos dados.

Inicialmente foram realizadas leituras em livros e artigos sobre o tema. Posteriormente, com base nas informações solicitadas aos órgãos responsáveis pelos Acordos, CGU e CADE, buscou-se obter informações que respondessem aos problemas de pesquisa previamente formulados.

Por último, foi realizada uma análise e uma discussão dos dados obtidos com a finalidade de compreender as sobreposições existentes entre os dois institutos de leniência do país, bem como propor melhorias no processo.

5 APRESENTAÇÃO E DISCUSSÃO DOS DADOS

Inicialmente foi verificado nos sítios eletrônicos do CADE e da CGU todas as empresas que firmaram Acordos de Leniência, sendo que desse trabalho restou verificado que 04 pessoas jurídicas possuíam Acordos firmados com ambas Instituições.

³⁴ FRAZÃO, Ana (Org.). **Constituição, empresa e mercado**. Brasília: Faculdade de Direito - UnB, 2017, p. 6.

Em seguida, foi solicitado ao CADE informações sobre os Acordos de Leniência celebrados pela autarquia e quais as evidências das condutas anticompetitivas objeto de cada Acordo, conforme Tabela 1 abaixo.

Empresa Leniente	Caso	Entidades Lesadas	Descrição das irregularidades detectadas
01	01	(i) Superintendência de Conservação e Obras Públicas de Salvador - SUCOP; (ii) Companhia de Desenvolvimento Urbano do Estado da Bahia - CONDER e (iii) Secretaria Municipal de Urbanismo e Transporte - SEMUT - (atual Secretaria Municipal de Urbanismo - SUCOM)	Evidência de condutas anticompetitivas consistentes em acordos de (i) fixação de preços, condições comerciais e vantagens em licitações; (ii) divisão de mercado entre concorrentes, por meio da solicitação e apresentação de propostas de cobertura com prévio acerto de vencedor, preços e condições dessas propostas e (iii) troca de informações comercial e concorrencialmente sensíveis, a fim de frustrar o caráter competitivo de pelo menos três licitações públicas: Requalificação da área da Barra na Orla de Salvador (2013), Corredores de transporte coletivo integrado de Salvador - Trecho Lapa - L.I.P (2013) e Implantação dos corredores alimentadores de transporte de média/alta capacidade em Salvador (2013).
01	02	Desenvolvimento Rodoviário S.A. (Dersa) e Empresa Municipal de Urbanização (EMURB)	Evidência de condutas anticompetitivas em licitações promovidas pela empresa Desenvolvimento Rodoviário S.A. (Dersa) e pela Empresa Municipal de Urbanização (EMURB), perpetradas no mercado de obras civis de infraestrutura e transporte rodoviário para a implementação do Programa do Sistema Viário Estratégico Metropolitano de São Paulo. Sendo que essas condutas relatadas afetaram ao menos 7 licitações, sendo elas: (i) Avenida Roberto Marinho (2008); (ii) Nova Marginal Tietê (2008); (iii) Complexo Jacú Pêssego (2008); (iv) Chucrí Zaidan (2010); (v) Avenida Cruzeiro do Sul (2010); (vi) Avenida Sena Madureira (2010) e (vii) Córrego Ponte Baixa (2011). Tais condutas consistem em (i) fixação de preços, condições comerciais e vantagens em licitações; (ii) divisão de mercados entre concorrentes, por meio da apresentação de propostas de cobertura e supressão de propostas; e (iii) troca de informações concorrencialmente sensíveis a fim de frustrar o caráter competitivo.
01	03	Desenvolvimento Rodoviário S.A. (Dersa)	Evidência de condutas anticompetitivas no mercado de obras de infraestrutura e transporte rodoviário relacionadas à construção do Rodoanel Mario Covas, pelo menos em seu trecho sul, em licitações da Desenvolvimento Rodoviário S.A. (Dersa). Tais condutas consistem em

			acordos para (i) fixação de preços, condições e vantagens associadas; (ii) divisão de mercado entre concorrentes, por meio da apresentação de propostas de cobertura, supressão de propostas, subcontratação e promessa de colaboração em negociações futuras; e (iii) troca de informações concorrencialmente sensíveis.
02	01	Secretaria de Obras do Governo do Estado do Rio de Janeiro (SEOBRAS) e o Departamento Nacional de Infraestrutura Terrestre (DNIT	Evidência de condutas anticompetitivas em obras estaduais do Rio de Janeiro licitadas pela Secretaria de Estado de Obras do Rio de Janeiro (SEOBRAS), sobretudo obras viárias, incluindo pelo menos as obras de construção, manutenção e reparos de rodovias do Arco Metropolitano Rodoviário do Rio de Janeiro (Arco do Rio). Tais condutas antitruste consistiram em: (i) acordos de fixação de preços, condições e abstenções de participação, por meio do estudo em conjunto dos custos dos lotes e definição conjunta de orçamentos e preços; (ii) acordos de divisão de mercado entre concorrentes, por meio da formação de consórcios, apresentação de propostas de cobertura, supressão de propostas e promessa de subcontratação; e (iii) compartilhamento de informações comercial e concorrencialmente sensíveis, com a finalidade de frustrar o caráter competitivo da licitação.
03	01	Governo do Estado de Pernambuco quanto à Arena Pernambuco em Recife/PE, Secretaria de Estado de Obras do Rio de Janeiro quanto ao Estádio do Maracanã no RJ, Secretaria do Esporte do Estado do Ceará quando à Arena Castelão em Fortaleza, Governo do Estado do Rio Grande do Norte quanto à Arena das Dunas em Natal e a Secretaria do trabalho, emprego, renda e esporte - SETRE do Governo da Bahia	Evidência de condutas anticompetitivas no mercado nacional de obras de construção civil, modernização e/ou reforma de instalações esportivas (estádios de futebol) destinados à Copa do Mundo do Brasil de 2014. A violação contra à ordem econômica consistiriam em acordos (i) de fixação de preços, condições, vantagens e abstenções entre concorrentes, e (ii) de divisão de mercado e alocação de projetos, por meio da formação de consórcios, da supressão de propostas, da apresentação de propostas de cobertura e da promessa futura de subcontratação.

		quanto à Arena Fonte Nova em Salvador.	
03	02	Governo do Estado do Rio de Janeiro	Evidência de condutas anticompetitivas em obras públicas de serviços de engenharia e construção para urbanização do Complexo do Alemão, do Complexo de Mangueiras e da Comunidade da Rocinha no Rio de Janeiro (PAC - Favelas) - Concorrência Nacional n. 002/2007/SEOBRA/MCIDADES/CAIXA, conduzida pela Secretaria de Estado de Obras do Rio de Janeiro, financiada com recursos do Programa de Aceleração do Crescimento (PAC). As violações à ordem econômica consistiram em acordos de (i) fixação de preços das propostas, condições e vantagens em licitação pública; (ii) divisão de mercado entre concorrentes, por meio da formação de consórcios e apresentação de propostas de cobertura; e (iii) troca de informações concorrencialmente sensíveis, a fim de frustrar o caráter competitivo da licitação.
03	03	Norte Energia S.A.	Evidência de condutas anticompetitivas na licitação para a outorga de concessão de uso de bem público para exploração da Usina Hidroelétrica de Belo Monte (UHE Belo Monte) - Leilão n. 06/2009 - e na contratação para construção da UHE Belo Monte na modalidade EPC - Concorrência Privada da Norte Energia S/A. Tais violações consistiram em (i) acordo de divisão do mercado de construção da UHE Belo Monte, viabilizado mediante (ii) troca de informações concorrencialmente sensíveis e (iii) alinhamento de práticas comerciais.
04	01	Governo dos Estados da Bahia, Ceará, Distrito Federal, Minas Gerais, Paraná, Rio de Janeiro, Rio Grande do Sul e São Paulo (21 licitações públicas no Brasil).	Evidência de condutas anticompetitivas envolvendo projetos de infraestrutura de transporte de passageiros sobre trilhos (em especial metrô e monotrilho) em licitações públicas realizadas, pelo menos, nos estados da Bahia, Ceará, Distrito Federal, Minas Gerais, Paraná, Rio de Janeiro, Rio Grande do Sul e São Paulo. Tais condutas consistem em (i) fixação de preços, condições e vantagens; (ii) divisão de mercado entre os concorrentes, por meio da formação de consórcios, supressão de propostas e apresentação de propostas de cobertura; bem como (iii) troca de informações concorrencialmente sensíveis a fim de frustrar o caráter competitivo de licitações.
04	02	Valec - Engenharia, Construções e Ferrovias S.A.	Evidência de condutas anticompetitivas em licitações da Valec - Engenharia, Construção e Ferrovias S.A., praticadas no Brasil, no mercado de obras civis de infraestrutura e superestrutura ferroviárias, obras de arte especiais e serviços de engenharia para implantação da Ferrovia Norte-Sul (FNS-EF-151) e da Ferrovia de Integração Oeste-Leste (FIOL-EF-334). Tais condutas consistem em acordos para divisão

			de mercado entre concorrentes com fixação de vantagens relacionadas para frustrar o caráter competitivo de algumas licitações, em especial da Concorrência 004/2001 (Ferrovia Norte-Sul: Trecho Anápolis/GO - Porangatu/GO), da Concorrência 008/2004 (Ferrovia Norte-Sul: Trechos entre Tocantins e Goiás), da Concorrência 004/2010 em seus lotes Lotes 01 a 04 (Ferrovia Norte-Sul: Trecho Ouro Verde/GO - Estrela do Oeste/SP) e da Concorrência 005/2010 em seus Lotes 01, 02, 04, 05 e 06 (Ferrovia de Integração Oeste- Leste: Trecho Ilhéus/BA - Barreiras/BA).
04	03	Eletronuclear S.A. - Termonuclear S.A. - Eletronuclear	Evidência de condutas anticompetitivas no mercado de obras de montagem eletromecânica na "usina Angra 3" em licitação da Eletronuclear S.A. - Eletronuclear. Tais condutas consistem em acordos de (i) fixação de preços, condições e vantagens associadas, e (ii) divisão de mercado entre concorrentes para frustrar o caráter competitivo da Concorrência No. GAC.T/CN-003/132da Eletronuclear (pacotes 1 e 2), com valor aproximado de R\$ 3 bilhões para contratação de obras de montagem eletromecânica.

Tabela 1 – Tabela de irregularidades cometidas, por empresa, fornecidas pelo CADE.

Em seguida, foi demandado à CGU, com base nas informações disponibilizadas pelo CADE, a seguinte verificação: (I) as irregularidades constantes da Tabela 1 constam dos Acordos firmados pela CGU? (II) em caso positivo, houve cobrança de multa acerca desses fatos? (III) houve compensação desses valores com o CADE?

Empresa	Caso	Integra o Acordo	Multa aplicada	Houve compensação de
Leniente		da CGU/AGU		valores com o CADE
01	01	Sim	Multa não aplicada pelos fatos serem anteriores a Lei 12.846/2013.	-
01	02	Não	Não havia recursos federais	-
01	03	Sim	Multa não aplicada pelos fatos serem anteriores a Lei 12.846/2013.	-
02	01	Sim	Multa não aplicada pelos fatos serem anteriores a Lei 12.846/2013.	-
03	01	Não	Não havia recursos federais	-

03	02	Sim	A multa considerou somente a parcela do lucro pós 2014, no valor de R\$ 91.403,00	Não
03	03	Sim	A multa considerou somente a parcela do lucro pós 2014, no valor de R\$ 91.054.755,00	Não
04	01	Sim	Multa não aplicada pelos fatos serem anteriores a Lei 12.846/2013.	-
04	02	Sim	Multa não aplicada pelos fatos serem anteriores a Lei 12.846/2013.	-
04	03	Sim	Multa não aplicada pelos fatos serem anteriores a Lei 12.846/2013.	-

Com base nas informações fornecidas pela CGU, restou verificado que em dois casos (Caso 02 da Empresa 01 e Caso 01 da empresa 03) não havia recursos federais, motivo pelo qual os fatos não constaram do Acordo da CGU.

Verificou-se também, que em 06 casos (Caso 01 da Empresa 01, Caso 03 da empresa 01, Caso 01 da Empresa 02 e Casos 01, 02 e 03 da Empresa 04) os fatos ocorreram antes da vigência da Lei n. 12.846, não sendo possível a aplicação de sanções.

Por último, restou verificado que em 02 casos (Caso 02 e 03 da Empresa 03) as multas foram aplicadas em ambas Instituições sem a existência de qualquer tipo de compensação.

Sobre a inexistência de recursos federais e a não presença dos ilícitos no Acordo de Leniência firmado pela CGU/AGU, vale ressaltar aqui uma diferença entre os Acordos do CADE e da CGU. Conforme a Lei Anticorrupção, a CGU detém competência exclusiva, no Poder Executivo Federal, para celebrar Acordos de Leniência com pessoas jurídicas pela prática de atos lesivos contra a Administração Pública Federal, já a celebração de Acordos de Leniência com o CADE, independe de tais recursos, pois basta existir a prática anticoncorrencial.

Quanto aos 06 casos em que os ilícitos foram cometidos anteriormente à vigência da Lei n. 12.846/2013, é importante salientar que a Lei Anticorrupção não pode retroagir aos fatos cometidos antes de sua vigência, já que constitui princípio basilar do Direito Punitivo

(Administrativo ou Criminal) que o investigado somente poderá ser responsabilizado pelas condutas que, à época em que foram praticadas, já eram proibidas. Vale dizer também, que caso as ocorrências fossem posteriores à vigência da lei, conforme conversas travadas nas instituições, não ocorreria compensação de valores.

Por fim, quanto aos 02 casos de cobrança em ambos Acordos, nota-se que foi aplicada multa considerando apenas a parcela do lucro devida após 2014, ou seja, a Lei Anticorrupção entrara em vigor nesse ano e conseqüentemente as infrações imputadas já estariam sujeitas a sanção legal. Com isso, demonstra-se que não houve nenhuma compensação dos valores das multas aplicadas pela CGU/AGU e pelo CADE.

CONCLUSÃO

O presente artigo teve como objetivo demonstrar as sobreposições existentes entre os Acordos de Leniência firmados com base na Lei Anticorrupção e na Lei Antitruste, sem a correspondente compatibilização desses sistemas. Restou demonstrado que em alguns casos, os mesmos ilícitos podem constar tanto dos Acordos de Leniência anticorrupção como dos antitruste. Tal situação pôde ser identificada em acordos firmados por 04 empresas diferentes, totalizando 10 casos que retratam essa duplicidade de condutas.

Restou verificado ainda, que em 2 casos ocorreu a cobrança de multa pelos mesmos ilícitos sem a devida compensação de valores. Nos outros 08 casos as cobranças em duplicidade não ocorreram pelo fato de inexistir recursos federais nos contratos relatados (02 casos) e pelo fato dos ilícitos terem ocorrido anteriormente à vigência da Lei anticorrupção (06 casos).

Face ao acima exposto e buscando a racionalidade dos processos sancionadores, sugere-se que as instituições responsáveis pelos Acordos de Leniência anticorrupção e antitruste busquem uma parceria com a finalidade de compensação dos valores cobrados pelos mesmos fatos com a finalidade de evitar-se o *bis in idem*.

Sugere-se também que a academia e os órgãos envolvidos, em especial a CGU, AGU e o CADE busquem identificar esses ilícitos que podem ser enquadrados nos dois dispositivos legais (Lei n. 12.846/2013 e Lei n. 12.529/2011), com a finalidade de instruir as equipes que labutam nos órgãos já citados sobre como tratar esses dados.

O presente estudo demonstrou ainda, com base em conversas obtidas com as Instituições públicas responsáveis, que até o presente momento não existe um acerto

definitivo que permita a referida compensação. Porém, recentemente, houve a assinatura de um acordo de cooperação entre o CADE e a CGU, conforme a Portaria Conjunta n. 4/2018³⁵. Este pode ser o primeiro passo para a discussão e formalização da compensação das multas, com intuito de conferir ao sistema jurídico brasileiro uma maior segurança quanto aos incentivos existentes nos Acordos de Leniência firmados por ambas Instituições.³⁶

³⁵ MINISTÉRIO DA TRANSPARÊNCIA E CONTROLADORIA-GERAL DA UNIÃO. **Portaria conjunta n. 4, de 30 de maio de 2018.** Disponível em: <https://pesquisa.in.gov.br/imprensa/jsp/visualiza/index.jsp?jornal=515&pagina=94&data=01/06/2018>. Acesso em 7 nov. 2020.

³⁶ CONTROLADORIA GERAL DA UNIÃO. **CGU e CADE firmam acordo de cooperação para combater suborno transnacional.** Publicado em 01 jun. 2018. Disponível em: <https://www.gov.br/cgu/pt-br/assuntos/noticias/2018/06/cgu-e-cade-firmam-acordo-de-cooperacao-para-combater-suborno-transnacional>. Acesso em 03 nov. 2020.

DADOS CADE						DADOS CGU	
Empresa Leniente	Entidades Lesadas	Descrição do contrato objeto da sanção aplicada	Nº do Contrato	Data de assinatura do contrato	Integra o Acordo CGU/AGU	Multa LAC - CGU/AGU	Observação
Odebrecht	(i) Superintendência de Conservação e Obras Públicas de Salvador - SUCOP; (ii) Companhia de Desenvolvimento Urbano do Estado da Bahia - CONDER e (iii) Secretaria Municipal de Urbanismo e Transporte - SEMUT - (atual Secretaria Municipal de Urbanismo - SUCOM)	Evidência de condutas anticompetitivas consistentes em acordos de (i) fixação de preços, condições comerciais e vantagens em licitações; (ii) divisão de mercado entre concorrentes, por meio da solicitação e apresentação de propostas de cobertura com prévio acerto de vencedor, preços e condições dessas propostas e (iii) troca de informações comerciais e concorrencialmente sensíveis, a fim de frustrar o caráter competitivo de pelo menos três licitações públicas: Requalificação da área da Barra na Orla de Salvador (2013), Corredores de transporte coletivo integrado de Salvador - Trecho Lapa - L.I.P (2013) e Implantação dos corredores alimentadores de transporte de média/alta capacidade em Salvador (2013).	Acordo de Leniência nº 03/2018	19/10/2016	Sim (96,00% Federal)	Não foi aplicada multa pois as condutas foram anteriores à vigência da Lei. Caso fosse aplicada, a multa poderia variar de R\$ 1.272.800,35 a R\$ 3.818.401,05	Essa projeção de multa considera apenas a participação federal de 96,00%. Como o CADE não considera esses índices, se considerados 100% a multa variaria de R\$ 1.325.833,70 a R\$ 3.977.501,09.
Odebrecht	Desenvolvimento Rodoviário S.A. (Dersa) e Empresa Municipal de Urbanização (EMURB)	Evidência de condutas anticompetitivas em licitações promovidas pela empresa Desenvolvimento Rodoviário S.A. (Dersa) e pela Empresa Municipal de Urbanização (EMURB), perpetradas no mercado de obras civis de infraestrutura e transporte rodoviário para a implementação do Programa do Sistema Viário Estratégico Metropolitano de São Paulo. Sendo que essas condutas relacionadas afetaram ao menos 7 licitações, sendo elas: (i) Avenida Roberto Marinho (2008); (ii) Nova Marginal Tietê (2008); (iii) Complexo Jacú Pêssego (2008); (iv) Chucri Zaidan (2010); (v) Avenida Cruzeiro do Sul (2010); (vi) Avenida Sena Madureira (2010) e (vii) Córrego Ponte Baixa (2011). Tais condutas consistem em (i) fixação de preços, condições comerciais e vantagens em licitações; (ii) divisão de mercados entre concorrentes, por meio da apresentação de propostas de cobertura e supressão de propostas; e (iii) troca de informações concorrencialmente sensíveis a fim de frustrar o caráter competitivo.	Acordo de Leniência nº 15/2017	31/07/2017	Não (não há recursos federais)	0,00	
Odebrecht	Desenvolvimento Rodoviário S.A. (Dersa)	Evidência de condutas anticompetitivas no mercado de obras de infraestrutura e transporte rodoviário relacionadas à construção do Rodoanel Mario Covas, pelo menos em seu trecho sul, em licitações da Desenvolvimento Rodoviário S.A. (Dersa). Tais condutas consistem em acordos para (i) fixação de preços, condições e vantagens associadas; (ii) divisão de mercado entre concorrentes, por meio da apresentação de propostas de cobertura, supressão de propostas, subcontratação e promessa de colaboração em negociações futuras; e (iii) troca de informações concorrencialmente sensíveis.	Acordo de Leniência nº 14/2017	25/07/2017	Sim (28,23% Federal)	Não foi aplicada multa pois as condutas foram anteriores à vigência da Lei. Caso fosse aplicada, a multa poderia variar de R\$ 2.099.154,42 a R\$ 6.297.463,26	Essa projeção de multa considera apenas a participação federal de 28,23%. Como o CADE não considera esses índices, se considerados 100% a multa variaria de R\$ 7.435.899,47 a R\$ 22.307.698,30.
OAS	Secretaria de Obras do Governo do Estado do Rio de Janeiro (SEOBRAS) e o Departamento Nacional de Infraestrutura Terrestre (DNIT)	Evidência de condutas anticompetitivas em obras estaduais do Rio de Janeiro licitadas pela Secretaria de Estado de Obras do Rio de Janeiro (SEOBRAS), sobretudo obras viárias, incluindo pelo menos as obras de construção, manutenção e reparos de rodovias do Arco Metropolitano Rodoviário do Rio de Janeiro (Arco do Rio). Tais condutas antitruste consistiram em: (i) acordos de fixação de preços, condições e abstenções de participação, por meio do estudo em conjunto dos custos dos lotes e definição conjunta de orçamentos e preços; (ii) acordos de divisão de mercado entre concorrentes, por meio da formação de consórcios, apresentação de propostas de cobertura, supressão de propostas e promessa de subcontratação; e (iii) compartilhamento de informações comerciais e concorrencialmente sensíveis, com a finalidade de frustrar o caráter competitivo da licitação.	Acordo de Leniência nº 07/2017	26/06/2017	Sim (79,55% Federal)	Não foi aplicada multa pois as condutas foram anteriores à vigência da Lei. Caso fosse aplicada, a multa poderia variar de R\$ 28.925.660,38 a R\$ 86.776.981,14	Essa projeção de multa considera apenas a participação federal de 79,55%. Como o CADE não considera esses índices, se considerados 100% a multa variaria de R\$ 36.361.609,53 a R\$ 109.084.828,59.

Andrade Gutierrez	Governo do Estado de Pernambuco quanto à Arena Pernambuco em Recife/PE, Secretaria de Estado de Obras do Rio de Janeiro quanto ao Estádio do Maracanã no RJ, Secretaria do Esporte do Estado do Ceará quando à Arena Castelão em Fortaleza, Governo do Estado do Rio Grande do Norte quanto à Arena das Dunas em Natal e a Secretaria do trabalho, emprego, renda e esporte - SETRE do Governo da Bahia quanto à Arena Fonte Nova em Salvador.	Evidência de condutas anticompetitivas no mercado nacional de obras de construção civil, modernização e/ou reforma de instalações esportivas (estádios de futebol) destinados à Copa do Mundo do Brasil de 2014. A violação contra à ordem econômica consistiriam em acordos (i) de fixação de preços, condições, vantagens e abstenções entre concorrentes, e (ii) de divisão de mercado e alocação de projetos, por meio da formação de consórcios, da supressão de propostas, da apresentação de propostas de cobertura e da promessa futura de subcontratação.	Acordo de Leniência nº 08/2016	06/10/2016	Não (não há recursos federais)	0,00	
Andrade Gutierrez	Governo do Estado do Rio de Janeiro	Evidência de condutas anticompetitivas em obras públicas de serviços de engenharia e construção para urbanização do Complexo do Alemão, do Complexo de Manguinhos e da Comunidade da Rocinha no Rio e Janeiro (PAC - Favelas) - Concorrência Nacional nº 002/2007/SEOBRAS/MCIDADES/CAIXA, conduzida pela Secretaria de Estado de Obras do Rio de Janeiro, financiada com recursos do Programa de Aceleração do Crescimento (PAC). As violações à ordem econômica consistiram em acordos de (i) fixação de preços das propostas, condições e vantagens em licitação pública; (ii) divisão de mercado entre concorrentes, por meio da formação de consórcios e apresentação de propostas de cobertura; e (iii) troca de informações concorrencialmente sensíveis, a fim de frustrar o caráter competitivo da licitação.	Acordo de Leniência nº 09/2016	21/11/2016	Sim (36,01% Federal)	A multa considerou apenas a parcela do lucro devida após 2014 e foi de R\$ 91.403,00.	Caso todas as condutas tivessem ocorrido após a vigência da LAC, a multa poderia variar de R\$ 13.039.729,00 a R\$ 39.119.187,00 (considerando 36,01% Federal) ou R\$ 36.211.410,72 a R\$ 108.634.232,16 (considerando 100%).
Andrade Gutierrez	Norte Energia S.A.	Evidência de condutas anticompetitivas na licitação para a outorga de concessão de uso de bem público para exploração da Usina Hidroelétrica de Belo Monte (UHE Belo Monte) - Leilão nº 06/2009 - e na contratação para construção da UHE Belo Monte na modalidade EPC - Concorrência Privada da Norte Energia S/A. Tais violações consistiram em (i) acordo de divisão do mercado de construção da UHE Belo Monte, viabilizado mediante (ii) troca de informações concorrencialmente sensíveis e (iii) alinhamento de práticas comerciais.	Acordo de Leniência nº 07/2016	20/09/2016	Sim (49,98% Federal)	A multa considerou apenas a parcela do lucro devida após 2014 e foi de R\$ 91.054.775,00.	Essa projeção de multa considera apenas a participação federal de 49,98%. Como o CADE não considera esses índices, se considerados 100% a multa seria de R\$ 182.182.422,97.
Camargo Corrêa	Governo dos Estados da Bahia, Ceará, Distrito Federal, Minas Gerais, Paraná, Rio de Janeiro, Rio Grande do Sul e São Paulo (21 licitações públicas no Brasil).	Evidência de condutas anticompetitivas envolvendo projetos de infraestrutura de transporte de passageiros sobre trilhos (em especial metrô e monotrilho) em licitações públicas realizadas, pelo menos, nos estados da Bahia, Ceará, Distrito Federal, Minas Gerais, Paraná, Rio de Janeiro, Rio Grande do Sul e São Paulo. Tais condutas consistem em (i) fixação de preços, condições e vantagens; (ii) divisão de mercado entre os concorrentes, por meio da formação de consórcios, supressão de propostas e apresentaçõ de propostas de cobertura; bem como (iii) troca de informações concorrencialmente sensíveis a fim de frustrar o caráter competitivo de licitações.	Acordo de Leniência nº 21/2017	05/12/2017	Sim	Não foi aplicada multa pois as condutas foram anteriores à vigência da Lei. Caso fosse aplicada, a multa poderia variar de R\$ 31.258.684,31 a R\$ 93.776.052,93.	Os valores consideram 100% de participação.

Camargo Corrêa	Valec - Engenharia, Construções e Ferrovias S.A.	Evidência de condutas anticompetitivas em licitações da Valec - Engenharia, Construção e Ferrovias S.A., praticadas no Brasil, no mercado de obras civis de infraestrutura e superestrutura ferroviárias, obras de arte especiais e serviços de engenharia para implantação da Ferrovia Norte-Sul (FNS-EF-151) e da Ferrovia de Integração Oeste-Leste (FIOL-EF-334). Tais condutas consistem em acordos para divisão de mercado entre concorrentes com fixação de vantagens relacionadas para frustrar o caráter competitivo de algumas licitações, em especial da Concorrência 004/2001 (Ferrovia Norte-Sul: Trecho Anápolis/GO - Porangatu/GO), da Concorrência 008/2004 (Ferrovia Norte-Sul: Trechos entre Tocantins e Goiás), da Concorrência 004/2010 em seus lotes Lotes 01 a 04 (Ferrovia Norte-Sul: Trecho Ouro Verde/GO - Estrela do Oeste/SP) e da Concorrência 005/2010 em seus Lotes 01, 02, 04, 05 e 06 (Ferrovia de Integração Oeste- Leste: Trecho Ilhéus/BA - Barreiras/BA).	Acordo de Leniência nº 02/2016	04/04/2016	Sim	Não foi aplicada multa pois as condutas foram anteriores à vigência da Lei. Caso fosse aplicada, a multa poderia variar de R\$ 49.015.688,58 a R\$ 147.047.065,74.	Os valores consideram 100% de participação.
Camargo Corrêa	Eletrobrás Termonuclear S.A. - Eletronuclear	Evidência de condutas anticompetitivas no mercado de obras de montagem eletromecânica na "usina Angra 3" em licitação da Eletrobrás Termonuclear S.A. - Eletronuclear. Tais condutas consistem em acordos de (i) fixação de preços, condições e vantagens associadas, e (ii) divisão de mercado entre concorrentes para frustrar o caráter competitivo da Concorrência No. GAC.T/CN-003/132da Eletronuclear (pacotes 1 e 2), com valor aproximado de R\$ 3 bilhões para contratação de obras de montagem eletromecânica.	Acordo de Leniência nº 06/2015	31/07/2015	Sim	Não foi aplicada multa pois as condutas foram anteriores à vigência da Lei. Caso fosse aplicada, a multa poderia variar de R\$ 1.879.162,26 a R\$ 5.637.486,78.	Os valores consideram 100% de participação.

REFERÊNCIAS

ATHAYDE, Amanda. As três ondas do antitruste no Brasil. A Lei n. 12.529/2011 e o Conselho Administrativo de Defesa Econômica. 01 nov. 2017. **Jota Info**. Disponível em: <https://www.jota.info/opiniao-e-analise/artigos/as-tres-ondas-do-antitruste-no-brasil-01112017>.

ATHAYDE, Amanda. **Manual dos Acordos de Leniência no Brasil, Teoria: Prática** - CADE, BC, CVM, CGU, AGU, TCU, MP, Introdução. Belo Horizonte: Fórum, 2019.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 13 out. 2020.

BRASIL. **Decreto n. 8.420, de 18 de março de 2015**. Regulamenta a Lei n. 12.846, de 1º de agosto de 2013, que dispõe sobre a responsabilização administrativa de pessoas jurídicas pela prática de atos contra a administração pública, nacional ou estrangeira e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/decreto/d8420.htm. Acesso em 09 out. 2020.

BRASIL. **Lei n. 12.846, de 1º de agosto de 2013**. Dispõe sobre a responsabilização administrativa e civil de pessoas jurídicas pela prática de atos contra a administração pública, nacional ou estrangeira, e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2013/lei/l12846.htm.

BRASIL. **Lei n. 12.529, de 30 de novembro de 2011**. Estrutura o Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência; dispõe sobre a prevenção e repressão às infrações contra a ordem econômica; altera a Lei n. 8.137, de 27 de dezembro de 1990, o Decreto-Lei n. 3.689, de 3 de outubro de 1941 - Código de Processo Penal, e a Lei n. 7.347, de 24 de julho de 1985; revoga dispositivos da Lei n. 8.884, de 11 de junho de 1994, e a Lei n. 9.781, de 19 de janeiro de 1999; e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2011/lei/l12529.htm.

BRASIL. **Lei n. 8.884, de 11 de junho de 1994**. Transforma o Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE) em Autarquia, dispõe sobre a prevenção e a repressão às infrações contra a ordem econômica e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8884.htm.

CADE. Regimento Interno do Conselho Administrativo de Defesa Econômica (RiCade). Disponível em: <http://www.cade.gov.br/assuntos/normas-e-legislacao/regimento-interno-1>.

CARVALHOSA, Modesto. **Considerações sobre a Lei anticorrupção das pessoas jurídicas**: Lei n. 12.846/2013, Introdução. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

CONSELHO ADMINISTRATIVO DE DEFESA ECONÔMICA. Guia – Programa de leniência antitruste do CADE. Maio 2016. Disponível em: http://www.cade.gov.br/acesso-a-informacao/publicacoes-institucionais/guias_do_Cade/guia_programa-de-leniencia-do-cade-final.pdf.

CONTROLADORIA GERAL DA UNIÃO. **CGU e CADE firmam acordo de cooperação para combater suborno transnacional**. Publicado em 01 jun. 2018. Disponível em: <https://www.gov.br/cgu/pt-br/assuntos/noticias/2018/06/cgu-e-cade-firmam-acordo-de-cooperacao-para-combater-suborno-transnacional>. Acesso em 03 nov. 2020.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella; MARRARA, Thiago (Orgs). **Lei anticorrupção comentada**. Belo Horizonte: Fórum, 2017, p. 196.

FRAZÃO, Ana (Org.). **Constituição, empresa e mercado**. Brasília: Faculdade de Direito - UnB, 2017.

MINISTÉRIO DA TRANSPARÊNCIA E CONTROLADORIA-GERAL DA UNIÃO. **Portaria conjunta n. 4, de 30 de maio de 2018**. Disponível em: <https://pesquisa.in.gov.br/imprensa/jsp/visualiza/index.jsp?jornal=515&pagina=94&data=01/06/2018>. Acesso em 7 nov. 2020.

PIMENTA, Guilherme. Empresa não pode sair de leniência pior do que entrou, diz Amanda Athayde. In: **Jota info**. Disponível em: <https://www-jota-info.cdn.ampproject.org/c/s/www.jota.info/tributos-e-empresas/mercado/empresa-leniencia-entrou-amanda-athayde-21062018/amp>.

ROSE-ACKERMAN, Susan. The challenge of poor governance and corruption. Revista Direito GV. Número especial 1. Pp. 207-266, 2005 apud FRAZÃO, Ana (Org.). **Constituição, empresa e mercado**. Brasília: Faculdade de Direito - UnB, 2017.

SIMÃO, Valdir Moysés; VIANNA, Marcelo Pontes. **O acordo de leniência na lei anticorrupção**: histórico, desafios e perspectivas. São Paulo: Trevisan, 2017, p. 21.

SIMÃO, Valdir Moysés; VIANNA, Marcelo Pontes. **O acordo de leniência na lei anticorrupção**: histórico, desafios e perspectivas. São Paulo: Trevisan, 2017, p. 30 e 31.

WIKIPEDIA. **Acordo de leniência**. Disponível em: https://pt.wikipedia.org/wiki/acordo_de_leni%C3%Aancia. Acesso em 26 set. 2020.

RESPONSABILIDADE CIVIL DO FISCAL DE TRIBUTOS DO MUNICÍPIO DE MORRINHOS/GO

Rodrigo Silva Tavares¹

SUMÁRIO: Introdução; 1 Noções gerais sobre a responsabilidade civil do estado; 1.2 Desenvolvimento teórico da responsabilidade estatal; 1.2.1 Teoria da Irresponsabilidade civil; 1.2.2 Teoria civilista por atos de gestão; 1.2.3 Teoria da culpa civil ou da responsabilidade subjetiva; 1.2.4 Teoria da culpa administrativa ou culpa do serviço; 1.2.5 Teoria do risco (risco administrativo e risco integral); 1.3 Responsabilidade civil do estado na Constituição Federal de 1988; 1.4 Responsabilidade civil do estado por atos omissivos; 1.5 Análise do § 6º do artigo 37 da Constituição Federal de 1988; 1.6 Formas legais de exclusão da responsabilidade estatal; 1.7 Ação indenizatória em face do estado; 1.8 Prazo prescricional para ação indenizatória em face do estado; 1.9 Responsabilidade civil dos agentes públicos; 1.9.1 Direito de regresso do estado em face do agente público; 1.9.2 Denúnciação à lide do agente público; 2 Responsabilidade civil do Fiscal de Tributos do município de Morrinhos/GO; Considerações finais; Referências.

Resumo

O presente ensaio procurou examinar a responsabilidade civil do Fiscal de Tributos do município de Morrinhos/GO. O estudo adota-se o método dedutivo, ou seja, aquele que parte da generalidade do tema, de um referencial teórico e chega às próprias conclusões. A revisão bibliográfica nos proporcionou observar a responsabilidade civil do estado na Constituição Federal de 1988, percorrendo o desenvolvimento teórico do instituto e evidenciando suas formas legais de exclusão, como também as hipóteses de cabimento da ação indenizatória em

¹ Mestre pelo Programa de Pós-Graduação *Stricto Sensu* em Ambiente e Sociedade da Universidade Estadual de Goiás (PPGAS/UEG/Brasil), com pesquisa direcionada na área de Direito Tributário Ambiental. Graduado em Direito pela Universidade Salgado de Oliveira (GO). Técnico em Contabilidade pelo Centro de Educação Profissional Sebastião de Siqueira (GO). Pós-Graduado *Lato Sensu* em Direito Tributário e Processo Tributário pela Universidade Cândido Mendes (RJ). Pós-Graduado *Lato Sensu* em Direito Civil e Processo Civil pela Faculdade de Direito Atame (GO). Pós-Graduado *Lato Sensu* em Docência do Ensino Superior pela Faculdade Brasileira de Educação e Cultura (GO). Ex-Servidor Público Municipal (Fiscal Tributário), Advogado. URL: <http://lattes.cnpq.br/9635595706255920>. E-mail: rodrigo.advtavares@gmail.com.

face do poder público e o prazo prescricional para o ajuizamento da ação. Ademais, foram verificadas a responsabilidade civil dos servidores públicos e o direito de regresso do estado, bem como a denúncia à lide do agente público e a divergência jurisprudencial do tema no âmbito dos tribunais superiores. Ao final, foram examinados os dois fatos ensejadores da responsabilidade civil do Fiscal de Tributos, de acordo com a previsão do Código Tributário de Morrinhos/GO. Do exposto, conclui-se que há uma restrição no estabelecimento do regresso quando tal servidor ocasiona danos à prefeitura local.

Palavras-chave: Responsabilidade civil; Estado; Fiscal de Tributos; Morrinhos.

CIVIL RESPONSIBILITY OF THE TAX OFFICER OF THE MUNICIPALITY OF MORRINHOS/GO

Abstract

This essay sought to examine the civil liability of the Tax Inspector in the municipality of Morrinhos/GO. The study adopts the deductive method, that is, one that starts from the generality of the theme, from a theoretical framework and reaches its own conclusions. The bibliographical review allowed us to observe the civil liability of the state in the Federal Constitution of 1988, covering the theoretical development of the institute and highlighting its legal forms of exclusion, as well as the hypotheses of the suitability of the indemnity action against the public authorities and the statute of limitations for the filing of the action. In addition, the civil liability of public servants and the state's right of recourse were verified, as well as the denunciation of the lawsuit by the public agent and the jurisprudential divergence on the subject in the scope of the higher courts. At the end, the two facts giving rise to the civil liability of the Tax Inspector were examined, in accordance with the provisions of the Tax Code of Morrinhos/GO. From the above, it is concluded that there is a restriction in the establishment of return when such server causes damages to the local city hall.

Keywords: Civil responsibility; State; Tax Inspector; Morrinhos.

INTRODUÇÃO

O tema a ser explanado no presente artigo trata-se da responsabilidade civil do Fiscal de Tributos do município de Morrinhos/GO. Tal servidor público exerce atividades envolvendo

planejamento, inspeção, controle, execução de trabalhos internos e externos relacionados à tributação, arrecadação e fiscalização tributária do município.

O tema é bastante intrigante porque a Lei Complementar nº 005, de 15 de dezembro de 2000 que institui o Código Tributário do município de Morrinhos/GO, trouxe algumas peculiaridades em relação a responsabilidade civil do Fiscal de Tributos.

Porém, antes de aprofundarmos o assunto é importante tecer uma breve análise da responsabilidade civil do estado na Constituição Federal de 1988, com enfoque nos agentes públicos.

Assim, partindo do objetivo geral que é examinar a responsabilidade civil do Fiscal de Tributos do município de Morrinhos/GO. Também se pretende, no desenvolvimento do ensaio, explanar as formas legais de exclusão da responsabilidade civil do estado, bem como as hipóteses de cabimento da ação indenizatória em face do poder público e o prazo prescricional para o ajuizamento da ação.

Além disso, serão verificadas a responsabilidade civil dos servidores públicos e o direito de regresso do estado, bem como a denúncia à lide do agente público. Sobre o tema, será demonstrado que há divergência jurisprudencial dos tribunais superiores sobre o instituto da denúncia à lide.

Por fim, serão identificados e examinados os pressupostos e fatos geradores que configuram a responsabilidade civil do Fiscal de Tributos do município de Morrinhos/GO, sobretudo em relação à Lei Complementar nº 005, de 15 de dezembro de 2000.

O processo de desenvolvimento de nossa investigação é orientado pela fundamentação metodológica da pesquisa bibliográfica, uma vez que busca soluções ao objeto proposto, a partir da compreensão e leitura de várias referências teóricas disponíveis na doutrina, lei, atos normativos e jurisprudências.

Para formatar o conhecimento, empregou-se o método dedutivo, que consiste em percorrer enunciados generalistas, sistematicamente por meio do raciocínio lógico-dedutivo, para se chegar à exposição dos fundamentos.

1 NOÇÕES GERAIS SOBRE A RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO

Quando um agente público atua, considera-se que o Estado atuou. Essa noção de imputação é harmonizada pelo princípio da impessoalidade, que assevera ser a função

administrativa exercida por agentes públicos, investidos de atribuições diretas outorgadas pelo poder público (MAZZA, 2016).

Nesse sentido, é natural que o Estado responda pelos prejuízos patrimoniais ocasionados pelos agentes públicos e particulares, em decorrência do exercício da função administrativa (MAZZA, 2016). Segundo Irene Patrícia Nohara (2012, p. 750-751 apud BORTOLETO, 2015, p. 667):

É necessário esclarecer que a responsabilidade aqui tratada não é responsabilidade contratual do Estado, ou seja, aquela decorrente das obrigações assumidas nos contratos em que é parte. O objeto de análise é responsabilidade extracontratual do Estado, também chamada de aquiliana, que não decorre da inadimplência de cláusulas contratuais e, na verdade, é consequência da ação ou omissão estatal, lícita ou ilícita, que provoca dano a alguém (BORTOLETO, 2015, p. 667).

Dessa maneira, pode-se definir a responsabilidade extracontratual do estado, segundo Maria Sylvia Zanella Di Pietro (2010, p. 643 apud BORTOLETO, 2015, p. 667-668) como “obrigação de reparar danos causados a terceiros em decorrência de comportamentos comissivos ou omissivos, materiais ou jurídicos, lícitos ou ilícitos, imputáveis aos agentes públicos”.

A expressão agente público, conforme leciona Ricardo Alexandre e João de Deus (2017, p. 356) “não compreende apenas o ocupante de cargo público, abrangendo também empregados públicos, titulares de serviços notariais e registrais (cartórios), empregados ou prepostos de pessoas jurídicas de direito privado prestadoras de serviço público etc.”.

No que tange à responsabilidade que decorre de atos lícitos (legais ou em conformidade com o ordenamento jurídico), podemos citar o exemplo da Prefeitura de determinado município que resolve construir um cemitério em área pública de frente ao hotel da cidade. Provavelmente, este hotel que há muitos anos tinha domicílio fixado no local terá prejuízos enormes pelo fato da obra, porque os clientes poderão recusar-se a hospedar no hotel em virtude do cemitério. Nesse sentido, temos um ato lícito (construção do cemitério) que ocasiona danos a um terceiro, originando o dever de indenizar por parte da Prefeitura.

Já com relações aos atos ilícitos pode ser vislumbrada uma situação em que o poder público apreende mercadorias do contribuinte como forma de coagi-lo ao pagamento de tributos. Neste caso, o ato de constrição das mercadorias é antijurídico, nos termos da Súmula 323 do Supremo Tribunal Federal, o que ocasiona o dever de indenizar por parte da Administração Pública.

Tal responsabilidade civil pode surgir também de ato material ou ato jurídico. Sendo o primeiro de essência meramente executória, como, no exemplo, em que a Administração Pública presta serviço a um particular. Enquanto o segundo decorre da vontade do poder público em adquirir, extinguir ou modificar as relações jurídicas que lhe interessa.

Ademais, a responsabilidade civil do estado pode originar-se ainda de atos comissivos ou omissivos de seus agentes públicos. Para Ricardo Alexandre e João de Deus (2017):

Os atos comissivos são aqueles em que o agente público atua positivamente, causando dano a um terceiro. Como exemplo, imaginemos que um motorista embriagado, servidor da União, dirigindo a serviço, atropela um pedestre. Os atos omissivos são aqueles em que o agente público não age (comportamento designado por alguns como uma “atuação negativa”) e sua omissão, apesar de não causar diretamente o dano, possibilita sua ocorrência. Não é qualquer ato omissivo praticado por agente público que enseja a responsabilização civil estatal. A responsabilização do Estado por atos omissivos só ocorre quando o agente público omissor tem o dever legal de praticar um determinado ato, e não o faz. Imaginemos o caso de um agente salva-vidas que permanece inerte diante de uma situação em que um banhista está se afogando, vindo a falecer sem ser socorrido. Nesse caso, o Estado pode ser responsabilizado pela omissão do agente público, uma vez que este tinha o dever legal de agir, tentando salvar a vida do banhista. Por outro lado, utilizando o mesmo exemplo, se, em vez do guarda salva-vidas, a omissão fosse praticada por um Auditor do Tribunal de Contas da União (TCU), o Estado não poderia ser responsabilizado, visto que o Auditor não tinha o dever legal de tentar salvar o banhista (ALEXANDRE; DEUS, 2017, p. 356-357).

1.2 Desenvolvimento teórico da responsabilidade estatal

A responsabilidade civil estatal passa por três marcos históricos, segundo Lucas Rocha Furtado (2016, p. 871): “1. Irresponsabilidade civil do Estado; 2. Responsabilidade civil do Estado a partir da aplicação das normas do Direito Privado; 3. Responsabilidade civil do Estado a partir da aplicação das normas do Direito Público”. Sobre o assunto, a doutrina administrativa orienta as seguintes teorias:

1.2.1 Teoria da Irresponsabilidade civil

Para Ricardo Alexandre e João de Deus (2015, p. 700):

Essa teoria teve maior destaque na época dos regimes absolutistas, e hoje tem valor meramente histórico, estando completamente superada. A teoria da irresponsabilidade não aceita que o Estado, por meio de seus agentes, possa causar dano às pessoas, daí essa teoria ser sintetizada pela frase: ‘O rei não pode errar’ (the king can do no wrong; Le roi ne peut mal faire). Adotada a tese, não seria possível responsabilizar o Estado pelos atos de seus agentes, pois do contrário o Estado estaria sendo colocado no mesmo nível que o súdito, prejudicando a ideia de soberania. Trata-se, portanto, não de uma teoria da responsabilidade civil do Estado, mas da sua irresponsabilidade (ALEXANDRE; DEUS, 2015, p. 700).

No Brasil, segundo Gustavo Scatolino e João Trindade (2016, p. 852) “jamais foi aceita a tese da irresponsabilidade do Estado. No nosso país, a positivação expressa sobre a responsabilidade estatal ocorreu, na forma culposa, com o Código Civil de 1916. Mesmo em legislações mais remotas, não se tem notícia o acolhimento da teoria da irresponsabilidade civil”.

1.2.2 Teoria civilista por atos de gestão

Tal teoria faz distinção entre atos de império e atos de gestão. Segundo Gustavo Scatolino e João Trindade (2016):

Atos de império seriam aqueles em que o Estado atua utilizando-se da soberania, ou melhor, da supremacia sobre o particular. Como exemplo, podemos citar a imposição de sanções e as desapropriações (o Estado atua impõe sua superioridade – império – sobre o particular). Já os atos de gestão seriam aqueles em que o Estado atua sem utilizar sua supremacia sobre o particular, isto é, atos em que o Estado se coloca quase que de igual para igual com o particular. São os atos praticados pelo Estado sob regime de Direito privado como, por exemplo, fazer assinatura de uma revista (SCATOLINO; TRINDADE, 2016, p. 852).

Para essa teoria o estado deveria responder somente pelos atos de gestão, ficando exonerado de responder pelos atos de império. No entanto, essa tese foi rapidamente superada, dado a dificuldade de diferenciar os atos de gestão dos atos de império. Além disso, seria inadequado fazer tal distinção, uma vez que o estado é um só e pratica os dois atos (SCATOLINO; TRINDADE, 2016).

1.2.3 Teoria da culpa civil ou da responsabilidade subjetiva

Influenciada pelo individualismo característico do liberalismo econômico, tal teoria pretendeu equiparar o estado ao indivíduo, à medida em que o estado era obrigado a indenizar os danos causados aos particulares nas mesmas hipóteses previstas para os indivíduos (ALEXANDRINO, 2016).

Em virtude de o estado atuar por meio de seus agentes públicos, na teoria da culpa civil ou da responsabilidade subjetiva, somente existia obrigação de indenizar quando os agentes públicos agissem com dolo ou culpa, cabendo, evidentemente, ao particular prejudicado o ônus de demonstrar a existência desses elementos subjetivos (ALEXANDRINO, 2016).

1.2.4 Teoria da culpa administrativa ou culpa do serviço

Com o direito público em plena evolução, não mais se admitia a hipótese de não responsabilizar o estado em razão da conduta praticada pelo agente público. Todavia, a teoria da culpa civil ou da responsabilidade subjetiva não mais refletia o melhor direito, tendo em vista que o estado é uma pessoa de direito público, e, por essa razão, deve receber tratamento distinto dos particulares. Nesse contexto, começaram a ser elaboradas teorias de responsabilidade do estado, com base não no direito privado, mas em normas do direito público (SANTOS, 2012).

Segundo Marcelo Alexandrino e Vicente Paulo (2018, p. 849) “a teoria da culpa administrativa representou o primeiro estágio de transição entre a doutrina subjetiva da culpa civil e a responsabilidade objetiva atualmente adotada pela maioria dos países ocidentais”. Essa teoria, para Gustavo Scatolino e João Trindade (2016):

Tem origem na famosa decisão do Tribunal de Conflitos francês no chamado Caso Blanco. Nesse caso, uma garota (Agnès Blanco) foi atingida por um trem/vagonete de uma concessionária francesa. O pai moveu ação de indenização perante o Estado, e foi suscitado perante o Tribunal um conflito de competência entre o juízo cível comum e o Tribunal Administrativo. Foi então que o Tribunal de Conflitos, em decisão inédita, decidiu que a responsabilidade civil do Estado deveria ser apurada com base em princípios próprios do Direito Administrativo, e não apenas com base nos princípios do Direito Civil. Dessa forma, declarou competente o Tribunal Administrativo para a resolução do caso. [...] A decisão Caso Blanco é importante porque nesse caso que, pela primeira vez, reconheceu-se que o Estado deve responder por seus danos de forma diferente (mais intensa) que os particulares. Abandonou-se a teoria civilista, para se adotar uma tese publicista (O Estado deve responder de

acordo com princípios do Direito Público – Administrativo – diferentemente do Direito Civil). Relevante também porque se entendeu que o caso deveria ser decidido pelo Conselho Administrativo, e não pela justiça comum que resolvia conflito envolvendo particulares. A jurisprudência decidiu que, independentemente da atividade estar sendo prestada pelo Estado, trata-se de uma atividade administrativa, um serviço público prestado por uma concessionária (um particular). De acordo com essa primeira teoria publicista, o Estado deve responder de maneira diversa que seu agente (funcionário); enquanto o agente deve ser responsabilizado pelo dolo ou culpa comuns, o Estado deve responder sempre que não preste, da maneira devida, o serviço público (culpa anônima) (SCATOLINO; TRINDADE, 2016, p. 853-854).

Assim, segundo Mauro Sérgio dos Santos (2012, p. 403) “bastaria à vítima comprovar que o serviço público não funcionou ou funcionou mal, provocando, com isso, dano ao administrado, para emergir a responsabilidade estatal”.

Apesar dos avanços, a teoria da culpa administrativa ainda não havia chegado a um estágio ideal, haja vista que atribuía à vítima o ônus de provar que o serviço não funcionou ou funcionou mal. Noutros termos, para ser indenizado, a vítima deveria comprovar a culpa do Estado, além é claro, do dano e da relação de causalidade entre ambos (SANTOS, 2012).

1.2.5 Teoria do risco (risco administrativo e risco integral)

Pela teoria do risco, de acordo com Leandro Bortoleto (2015, p. 669-670) “a responsabilização do Estado se dá de maneira objetiva, sendo necessária, apenas a demonstração do dano e que este fora causado por agente público, ou seja, basta a ação estatal, o dano e o nexo de causalidade”. Há duas espécies: risco administrativo e risco integral. Segundo Hely Lopes Meirelles (2010, p. 682-683 apud BORTOLETO, 2015, p. 670):

Teoria do risco administrativo: São admitidas excludentes de responsabilidade, em razão de caso fortuito ou força maior, culpa exclusiva da vítima e culpa exclusiva de terceiro. Teoria do risco integral: não são admitidas excludentes de responsabilidade, e o Estado deve indenizar todo e qualquer dano sofrido pelo administrado, ainda que causado por culpa ou dolo da vítima (BORTOLETO, 2015, p. 670).

Embora a teoria do risco integral seja mais favorável a vítima, o caráter absoluto dessa concepção produz grandes injustiças, especialmente diante de casos em que o dano é produzido em decorrência de ação deliberada da própria vítima. Não há notícias de nenhum país moderno, cujo direito positivo tenha adotado o risco integral como regra geral aplicável à

responsabilidade do Estado. Isso porque sua admissibilidade transformaria o Estado em verdadeiro indenizador universal (MAZZA, 2016).

Contudo, esta teoria se aplica no Brasil em situações excepcionalíssimas, conforme classificou Alexandre Mazza (2016):

a) acidentes de trabalho nas relações de emprego público, a ocorrência de eventual acidente de trabalho impõe ao Estado o dever de indenizar em quaisquer casos, aplicando-se a teoria do risco integral; b) indenização coberta pelo seguro obrigatório para automóveis (DPVAT): o pagamento da indenização do DPVAT é efetuado mediante simples prova do acidente e do dano decorrente, independentemente da existência de culpa, haja ou não resseguro, abolida qualquer franquia de responsabilidade do segurado (art. 5º da Lei n. 6.194/74); c) atentados terroristas em aeronaves: por força do disposto nas Leis n. 10. 309/2001 e n. 10.744/2003, a União assumiu despesas de responsabilidade civil perante terceiros na hipótese da ocorrência de danos a bens e pessoas, passageiros ou não, provocados por atentados terroristas, atos de guerra ou eventos correlatos, ocorridos no Brasil ou no exterior, contra aeronaves de matrícula brasileira operadas por empresas brasileiras de transporte aéreo público, excluídas as empresas de táxi-aéreo (art. 1º da Lei n. 10.744/2003). Tecnicamente, trata-se de uma responsabilidade estatal por ato de terceiro, mas que se sujeita à aplicação da teoria do risco integral porque não prevê excludentes ao dever de indenizar (MAZZA, 2016, p. 529).

1.3 Responsabilidade civil do estado na Constituição Federal de 1988

A responsabilidade civil do estado é esculpida no art. 37, § 6º, da Constituição Federal de 1988: “As pessoas jurídicas de direito público e as de direito privado prestadoras de serviços públicos responderão pelos danos que seus agentes, nessa qualidade, causarem a terceiros, assegurado o direito de regresso contra o responsável nos casos de dolo ou culpa” (BRASIL, 1988).

Segundo Alexandre Mazza (2016, p. 524) “a Constituição Federal adotou, como regra, a teoria objetiva na modalidade risco administrativo. Isso significa que o pagamento da indenização não precisa de comprovação de culpa ou dolo (objetiva) e que existem exceções ao dever de indenizar (risco administrativo)”.

Todavia, segundo o professor Leandro Bortoleto (2015, p. 670-671) “isso não exclui a possibilidade de alguns casos, ser adotada a responsabilidade subjetiva, porque o Estado responde por ação ou omissão. Em regra, quando se tratar de ação, tem-se a responsabilidade objetiva e, quando for por omissão, há a responsabilidade subjetiva”.

Nesse contexto, para que haja responsabilidade objetiva do Estado é necessário que coexistam três elementos: conduta (ação administrativa), dano (material, moral ou estético) e nexo de causalidade (comprovação de que o dano foi causado pela conduta do poder público) (ALEXANDRE; DEUS, 2017).

Em primeiro lugar, o particular deve demonstrar que sofreu um dano. Não há responsabilidade sem dano; de modo que a mera potencialidade do dano não causa, geralmente, a responsabilidade do Estado. Ainda, o dano deve ser jurídico e não apenas econômico, ou seja, deve violar um direito previsto no ordenamento jurídico (SCATOLINO; TRINDADE, 2016).

Igualmente, o dano não pode ser genérico, isto é, alcançar toda a sociedade. Deve atingir, por conseguinte, somente a pessoa ou um grupo determinado. Ademais, o dano deve causar um gravame que supere os aborrecimentos do dia a dia, de modo que nunca se confunda com a frustração ou mero dissabor (SCATOLINO; TRINDADE, 2016).

Em segundo lugar, o particular deve demonstrar que houve conduta de um agente estatal agindo nessa qualidade. Não basta que o ato atacado seja ocasionado por um agente público (qualquer pessoa que atue em nome do Estado), mas também que o agente tenha atuado enquanto agente público (SCATOLINO; TRINDADE, 2016). Ainda, a conduta praticada pelo agente público poderá ser lícita ou ilícita. Isso porque, de acordo com Matheus Carvalho (2017):

A responsabilização do Estado por condutas lícitas praticadas por seus agentes se lastreia no princípio da isonomia, tomando por base o fato de que, em uma atuação que visa o benefício de toda a coletividade, o ente público causa um prejuízo diferenciado a uma pessoa ou pequeno grupo. Para evitar que essa pessoa (ou grupo) suporte o ônus do benefício coletivo, surge o dever de indenizar do Estado (CARVALHO, 2017, p. 344).

A título de exemplo, Gustavo Scatolino e João Trindade (2017, p. 865) cita o “caso de médico que realiza cirurgia em hospital público e vem cometer algum erro (ato ilícito), ou em campanha de vacinação, quando a vacina vem a causar situação adversa irreversível (ato lícito), são atos que geram danos passíveis de reparação, na forma objetiva”. Gustavo Scatolino e João Trindade (2017) salientam ainda que:

Não é necessário que o agente tenha atuado dentro das suas funções (isto é, dentro da sua esfera de competência funcional), pois o Estado tem culpa in eligendo (culpa em escolher o agente) e in vigilando (culpa em não vigiar o agente). O que importa é que o agente tenha atuado não como particular, mas na qualidade de agente público. [...]. Não importa se foi fora do horário ou dia do serviço. Estará configurada a responsabilidade se agiu ‘nessa qualidade’. Nesse sentido, o STJ decidiu ser objetiva

a responsabilidade civil do Estado por ação de policial à paisana que se envolve em tiroteio em transporte público, resultando na morte de passageiro. [...]. Também é desnecessária a identificação do agente causador do dano; basta demonstrar que o dano foi resultado de conduta de agente de Estado. Assim, entre tiroteios de policiais e criminosos, caso uma bala seja disparada de arma da corporação policial, atingindo terceiro, se ficar provada a origem do projétil, o Estado será chamado à responsabilidade (SCATOLINO; TRINDADE, 2016, p. 866-867).

A par disso, temos ainda o nexó de causalidade que é a relação necessária que deve haver entre a conduta praticada pelo agente público e o dano causado. Se este liame não existir ou se for rompido por algum fator, estará, por consequência, afastada a responsabilidade do Estado. Logo, é insuficiente a demonstração apenas do dano e da conduta estatal, deve-se, também, provar o nexó causal. Vale dizer que mesmo nos casos de responsabilidade por omissão, não se dispensa a demonstração do nexó entre a omissão do Estado e o dano causado (SCATOLINO; TRINDADE, 2016).

À guisa de corroboração, se uma criança após receber vacina tríplice oferecida pelo Estado, vier a sofrer graves problemas mentais e deficiência física, mas não se comprovar que tais problemas surgiram em decorrência da vacina ministrada, o poder público não está obrigado a reparar os prejuízos da criança, posto que não está presente a relação de causalidade entre a conduta do Estado (aplicação de vacina tríplice) e os danos advindos a criança (graves problemas mentais e deficiência física) (SCATOLINO; TRINDADE, 2016).

1.4 Responsabilidade civil do estado por atos omissivos

Nos termos do § 6º do art. 37 da CF/88, a responsabilidade civil do Estado é objetiva na ação de seus agentes públicos. Por sua vez, nos casos de omissão do estado, existe a responsabilidade de natureza subjetiva, em que se exige do potencial prejudicado a comprovação da culpa ou do dolo por parte da administração pública (BORGES, 2015). Sobre o assunto, vejamos o entendimento que prevalece no âmbito dos tribunais superiores:

ADMINISTRATIVO. RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO. ATO OMISSIVO. MORTE DE PORTADOR DE DEFICIÊNCIA MENTAL INTERNADO EM HOSPITAL PSIQUIÁTRICO DO ESTADO. 1. A responsabilidade civil que se imputa ao Estado por ato danoso de seus prepostos é objetiva (art. 37, § 6º, CF), impondo-lhe o dever de indenizar se se verificar dano ao patrimônio de outrem e nexó causal entre o dano e o comportamento do preposto. 2.

Somente se afasta a responsabilidade se o evento danoso resultar de caso fortuito ou força maior ou decorrer de culpa da vítima. 3. **Em se tratando de ato omissivo, embora esteja a doutrina dividida entre as correntes dos adeptos da responsabilidade objetiva e aqueles que adotam a responsabilidade subjetiva, prevalece na jurisprudência a teoria subjetiva do ato omissivo, de modo a só ser possível indenização quando houver culpa do preposto.** 4. Falta no dever de vigilância em hospital psiquiátrico, com fuga e suicídio posterior do paciente. 5. Incidência de indenização por danos morais. 7. Recurso especial provido (STJ - REsp: 602102 RS 2003/0192193-2, Relator: Ministra ELIANA CALMON, Data de Julgamento: 06/04/2004, T2 - SEGUNDA TURMA, Data de Publicação: --> DJ 21/02/2005 p. 146LEXSTJ vol. 187 p. 166RNDJ vol. 65 p. 127RT vol. 836 p. 151. **Grifo nosso**).

Observa-se que o STJ menciona, expressamente, que há divergências doutrinárias. Contudo, na jurisprudência, a questão é mais ou menos pacífica: por atos omissivos, a responsabilidade do Estado é do tipo subjetiva, tendo a vítima o dever de provar a culpa do agente da Administração, para que possa ter o direito à indenização (BORGES, 2015).

1.5 Análise do § 6º do artigo 37 da Constituição Federal de 1988

A compreensão do referido dispositivo constitucional exige uma análise mais acurada, porquanto é necessário dividirmos a norma em quatro partes: 1) as pessoas jurídicas responderão pelos danos que seus agentes, nessa qualidade, causarem a terceiros; 2) as pessoas jurídicas de direito público responderão pelos danos que seus agentes causarem a terceiros; 3) pessoas jurídicas de direito privado prestadora de serviço público responderão pelos danos que seus agentes causarem a terceiros; 4) assegurado o direito de regresso contra o responsável nos casos de dolo ou culpa (MAZZA, 2016).

1) as pessoas jurídicas responderão pelos danos que seus agentes, nessa qualidade, causarem a terceiros:

Para Alexandre Mazza (2016, p. 524-525), “a expressão ‘nessa qualidade’ indica a adoção, pelo Texto Constitucional de 1988, da teoria da imputação volitiva de Otto Gierke [...] segundo o qual somente podem ser atribuídos à pessoa jurídica os comportamentos do agente público durante o exercício da função pública”. A adoção dessa teoria, geram três efeitos básicos, segundo Alexandre Mazza (2016):

1) impede a propositura de ação de indenizatória diretamente contra a pessoa física do agente se o dano foi causado no exercício da função pública (precedente: RE 327.907/SP); 2) impossibilita a responsabilização civil do Estado se o dano foi causado pelo agente público fora do exercício da função pública. Exemplo: policial de folga que atira no vizinho [...]; 3) autoriza a utilização das prerrogativas do cargo somente nas condutas realizadas pelo agente durante o exercício da função pública. Desse modo, as prerrogativas funcionais não são dadas intuitu personae, não acompanham a pessoa do agente público o dia todo, para onde ele for. Fora do expediente, no trânsito, em casa, o agente está temporariamente desacompanhado das prerrogativas especiais, decorrentes da sua função pública, sob pena de cometer excesso de poder ou desvio de finalidade (MAZZA, 2016, p. 526-527).

2) as pessoas jurídicas de direito público responderão pelos danos que seus agentes causarem a terceiros:

Conforme classificação dada em lei, são pessoas jurídicas de direito público a União, Estados, Distrito Federal, Municípios, Territórios, Autarquias, Fundações Públicas e Associações Públicas. Essas pessoas, de acordo com Alexandre Mazza (2016, p. 524-525) “por ostentarem natureza pública, respondem objetivamente pelos danos que seus agentes causam a particulares. Importante notar que o Texto Constitucional, quanto às referidas pessoas jurídicas de direito público, não condiciona a responsabilidade objetiva ao tipo de atividade exercida”.

Logo, a responsabilidade objetiva resulta da personalidade pública e será objetiva independentemente da atividade exercida: prestação de serviço público, exercício do poder de polícia, intervenção no domínio econômico, atividade normativa ou qualquer outra manifestação da função administrativa (MAZZA, 2016).

3) pessoas jurídicas de direito privado prestadora de serviço público responderão pelos danos que seus agentes causarem a terceiros:

São pessoas jurídicas de direito de privado prestadora de serviço público as empresas públicas, sociedades de economia mista, concessionárias e permissionárias e, como tal, não estão vinculadas à responsabilidade objetiva, como ocorre com as pessoas jurídicas de direito público. Assim, as pessoas jurídicas de direito privado respondem objetivamente enquanto prestam serviços públicos, como decorrência do regime jurídico próprio do serviço público, e não pela qualidade da pessoa. Por isso, desempenhando atividades de natureza particular, que exploram a produção ou comercialização de bens e prestação de serviços no mercado econômico, destoando as finalidades essenciais pelas quais foram criadas, empresas

públicas e sociedades de economia mista estão sujeitas apenas à responsabilidade subjetiva (MAZZA, 2016).

4) assegurado o direito de regresso contra o responsável nos casos de dolo ou culpa:

A Constituição Federal prevê a utilização de ação regressiva contra o agente público, mas somente nos casos de dolo ou culpa. Logo, a responsabilidade civil do agente público é subjetiva, pois pressupõe a existência de dolo ou culpa (MAZZA, 2016).

1.6 Formas legais de exclusão da responsabilidade estatal

A teoria do risco administrativo que orienta a responsabilidade objetiva do estado reconhece formas de exclusão da responsabilidade estatal. Estas podem ser definidas como circunstâncias que, ocorrendo, elimina o dever de indenizar do estado. São três: culpa exclusiva da vítima, força maior e culpa de terceiro. Segundo Alexandre Mazza (2016) a:

a) culpa exclusiva da vítima: ocorre [...] quando o prejuízo é consequência da intenção deliberada do próprio prejudicado. São casos em que a vítima utiliza a prestação do serviço público para causar um dano a si própria. Exemplos: suicídio em estação do Metrô; pessoa que se joga na frente de viatura para ser atropelada. b) força maior: é um acontecimento involuntário, imprevisível e incontornável que rompe o nexo de causalidade entre a ação estatal e o prejuízo sofrido pelo particular. Exemplo: erupção de vulcão que destrói vila de casas. [...]; c) culpa de terceiro: ocorre quando o prejuízo pode ser atribuído a pessoa estranha aos quadros da Administração Pública. Exemplo: prejuízo causado por atos de multidão (MAZZA, 2016, p. 530-531).

Hodiernamente, prevalece o entendimento de que essas formas de exclusão da responsabilidade estatal (culpa exclusiva da vítima, força maior e culpa de terceiro) são responsáveis por eliminar o nexo de causalidade entre a ação administrativa e o dano causado ao particular.

1.7 Ação indenizatória em face do estado

A indenização devida ao lesado deve ser a mais ampla possível, de modo que seja reconstituído integralmente o patrimônio da vítima. Logo, a indenização deve equivaler-se o que o particular perdeu, incluindo-se as despesas que foi obrigado a fazer, e ao que deixou de

ganhar. Quando for o caso, devem ser acrescidos ao montante indenizatório os juros de mora e a atualização monetária (CARVALHO FILHO, 2017).

Tendo havido morte, incide a norma do art. 948 do Código Civil, que fixa as circunstâncias aptas de serem indenizadas. Por outro lado, ocorrendo lesões corporais ou redução da capacidade de trabalho, aplicam-se os artigos 949 e 950 do mesmo Diploma legal (CARVALHO FILHO, 2017). Para José dos Santos Carvalho Filho (2017):

Perpetrada a ofensa ao patrimônio do lesado, a reparação do dano a ser reivindicada pode ser acertada através de dois meios: o administrativo e o judicial. Na via administrativa, o lesado pode formular seu pedido indenizatório ao órgão competente da pessoa jurídica civilmente responsável, formando-se, então, processo administrativo no qual poderão manifestar-se os interessados, produzir-se provas e chegar-se a um resultado final sobre o pedido. Se houver acordo quanto ao montante indenizatório, é viável que o pagamento se faça de uma só vez ou parceladamente, tudo de acordo com a autocomposição das partes interessadas. Não havendo acordo, ao lesado caberá propor a adequada ação judicial de indenização, que seguirá o procedimento comum (art. 318, CPC). O foro da ação vai depender da natureza da pessoa jurídica: se for a União, empresa pública ou entidade autárquica federal, a competência é da Justiça Federal (art. 109, I, CF); se for de outra natureza, competente será a Justiça Estadual, caso em que deverá ser examinado o que dispuser o Código de Organização Judiciária local. Observe-se, ainda, que, dependendo do valor pleiteado, pode a ação ser proposta nos Juizados Especiais Federais ou nos Juizados Especiais da Fazenda Pública, onde já estiverem instalados (CARVALHO FILHO, 2017, p. 386).

1.8 Prazo prescricional para ação indenizatória em face do estado

Segundo Cyonil Borges (2015, p. 828) “o decurso de prazo é relevante para o Direito, pois provoca, por exemplo, a perda da pretensão de ressarcimento por aqueles que foram prejudicados pelas ações e omissões estatais: a prescrição”. De acordo com Cyonil Borges (2015):

As ações de ressarcimento a favor do Estado são imprescritíveis, pois, nesse caso, o interesse público é o bem superior a ser preservado. Agora, tratando-se das dívidas passivas do Estado, a ação para a reparação dos danos deve ser proposta em até cinco anos (prescrição quinquenal). Na visão do STJ, aplica-se o prazo prescricional quinquenal às ações indenizatórias ajuizadas contra a Fazenda Pública, nos termos do art. 1.º do Decreto 20.910/1932, e não o prazo prescricional trienal, previsto no

art. 206, § 3º, V, do CC/2002. O Decreto é norma especial em relação ao CC/2002 (Recurso Especial 1251993/PR) (BORGES, 2015, p. 829).

No tocante às pessoas jurídicas de direito privado que prestam serviços públicos, o prazo prescricional também é de 5 anos para o lesado ajuizar a ação indenizatória, nos termos do art. 1º-C, da Lei 9.494/1997.

Todavia, há precedentes do Superior Tribunal de justiça, como no caso do REsp: 1301122/RJ citado abaixo, que reconhece a imprescritibilidade das ações indenizatórias em razão da violação aos direitos fundamentais, durante o período da ditadura militar. Isso porque as referidas ações referem-se ao período em que a ordem jurídica foi praticamente esquecida ou desconsiderada. Legislações de exceção eram criadas para autorizar incontáveis abusos e violações aos direitos fundamentais, sobretudo em relação ao direito à dignidade da pessoa humana (BORGES, 2015). Vejamos:

ADMINISTRATIVO. RESPONSABILIDADE CIVIL. DANO MORAL. PRESCRIÇÃO. **As ações de indenização por danos morais em face de tortura praticadas por agentes do Estado durante o regime militar são imprescritíveis.** Agravo regimental desprovido. (STJ - AgRg no REsp: 1301122 RJ 2011/0310565-7, Relator: Ministro ARI PARGENDLER, Data de Julgamento: 17/09/2013, T1 - PRIMEIRA TURMA, Data de Publicação: DJe 25/09/2013. **Grifo nosso**).

Segundo Ricardo Alexandre e João de Deus (2017, p. 370) “o prazo para a propositura da ação de indenização contra o Estado começa a fluir a partir da data do ato ou do fato que deu origem ao dano, conforme previsto no art. 1º do Decreto 20.910, de 1932”.

Entretanto, se o evento danoso resultar em invalidez ou incapacidade para o particular, daí o termo inicial para a contagem do prazo prescricional não é a data do acidente, mas aquela em que a vítima teve ciência inequívoca da invalidez ou da extensão de sua incapacidade (ALEXANDRE; DEUS, 2017).

1.9 Responsabilidade civil dos agentes públicos

Evitando-se, contudo, não perder o foco deste estudo, temos a importante missão de compreendermos o direito de regresso do estado em face do agente público e sua denúncia processual, para finalmente examinarmos a responsabilidade civil do Fiscal de Tributos do município de Morrinhos/GO.

1.9.1 Direito de regresso do estado em face do agente público

O direito de regresso deve ser exercido mediante o manuseio de ação própria (ação regressiva), não podendo o Estado realizar diretamente o desconto nos vencimentos do agente público, sem o consentimento deste (ALEXANDRE; DEUS, 2017).

Segundo Alexandre Mazza (2016, p. 543) “a ação regressiva é proposta pelo Estado contra o agente público causador do dano, nos casos de culpa ou dolo (art. 37, § 6º, da CF). Sua finalidade é a apuração da responsabilidade pessoal do agente público. Tem como pressuposto já ter sido o Estado condenado na ação indenizatória proposta pela vítima”.

Ao considerar que a CF/88 estabelece que a ação regressiva é cabível nos casos de dolo ou culpa, impõe-se a conclusão de que o direito de regresso é baseado na teoria subjetiva ou teoria da culpa civil. Nesse sentido, caberá ao Estado demonstrar a ocorrência dos elementos ensejadores da responsabilidade civil do agente público: ato, dano, nexo e culpa/dolo (MAZZA, 2016).

A falta do elemento subjetivo (dolo ou culpa) no caso concreto elimina a responsabilidade do agente público na ação regressiva. Exemplo: acidente de trânsito comprovadamente motivado por problemas mecânicos na viatura (MAZZA, 2016).

Segundo Alexandre Mazza (2016, p. 544) “em razão do princípio da indisponibilidade, a propositura da ação regressiva, quando cabível, é um dever imposto à Administração, e não uma simples faculdade”. Além disso, não se computa prazo para o seu ajuizamento (é imprescritível), conforme jurisprudência dominante baseada no art. 37, § 5º, da CF.

Todavia, quando se relacionar ao dano originado por pessoa jurídica de direito privado que presta serviço público, como, por exemplo, as empresas públicas, fundações públicas, sociedades de economia mista, concessionárias e permissionárias, o prazo é de três anos, esteado no artigo 206, § 3º, inciso V, do Código Civil, iniciando-se a contagem a partir do trânsito em julgado da decisão condenatória.

São pressupostos para o ajuizamento da ação regressiva, segundo Alexandre Mazza (2016):

- 1) condenação do Estado na ação indenizatória; 2) trânsito em julgado da decisão condenatória (não precisa aguardar o levantamento do precatório); 3) culpa ou dolo do agente; 4) ausência de denúncia da lide na ação indenizatória (MAZZA, 2016, p. 544).

1.9.2 Denúnciação à lide do agente público

Ensina Ricardo Alexandre e João de Deus (2017, p. 369) que “a denúnciação à lide é instituto afeto ao direito processual civil, que objetiva trazer o processo pessoa contra a qual o réu tem pretensão indenizatória, na hipótese de este sucumbir na ação principal”.

Logo, se permitida a possibilidade da técnica nas ações relativas à responsabilidade civil do estado, se este efetivamente o fizer, o juiz, ao proferir a sentença, deverá decidir se o Estado deve indenizar o particular e, em caso positivo, necessitará deliberar sobre a obrigação de o agente público ressarcir ao ente estatal o valor gasto com a indenização (ALEXANDRE; DEUS, 2017).

A denúnciação à lide tem como fundamento assegurar a celeridade e a economia processual, haja vista que resolve num único processo duas lides diferentes: 1ª Lide: Particular versus Estado; 2ª Lide: Estado versus Agente Público causador do dano. Segundo Ricardo Alexandre e João de Deus (2017):

Há controvérsias na doutrina e na jurisprudência sobre a possibilidade de a Administração Pública denunciar à lide o agente responsável quando da ação de responsabilização civil. Aqueles que são contrários alegam que, sendo a responsabilidade civil do Estado de natureza objetiva, a discussão no processo acerca de elementos subjetivos (dolo e culpa) com o escopo de possibilitar a responsabilização do agente público retardaria o desfecho da demanda, em prejuízo do terceiro a ser indenizado. Em termos menos congestionados, a ideia é que a Constituição quis facilitar a indenização do terceiro lesado, livrando-o do ônus de demonstrar dolo ou culpa do agente público na prática do ato que resultou em prejuízo. Se inserida na discussão a responsabilidade do próprio agente, que, repise-se, é subjetiva, dependendo da compensação de dolo ou culpa, a presença desta nova questão na discussão retardaria o exercício do direito à indenização, em clara afronta ao objetivo do legislador constituinte. Os que defendem a possibilidade de denúnciação à lide argumentam, conforme já comentado, que o instituto garante a celeridade processual por resolver as duas lides (Terceiro Lesado x Estado e Estado x Agente Público). Se não for possível a denúnciação à lide de agente público, a alternativa para o Estado é esperar o julgamento final da ação movida pelo particular. Caso seja condenado a indenizá-lo, posteriormente poderá ingressar com ação regressiva autônoma visando à responsabilização do agente culpado (ALEXANDRE; DEUS, 2017, p. 369).

O Supremo Tribunal Federal se posicionou no ano de 2006, no RE de nº. 327.904, do Relator Ministro Carlos Britto, que não é possível a propositura de ação regressiva autônoma em face do agente público causador do dano. De outro lado, o entendimento dominante no âmbito do Superior Tribunal de Justiça é de que a denúncia à lide do agente público é possível, mas não é obrigatória, conforme REsp de nº. 866614/AL, do Relator Ministro João Otávio de Noronha, da 2ª Turma, em julgamento realizado em 28.08.2007 e publicado no Diário de Justiça em 17.09.2007 (ALEXANDRE; DEUS, 2017).

2 RESPONSABILIDADE CIVIL DO FISCAL DE TRIBUTOS DO MUNICÍPIO DE MORRINHOS/GO

O Fiscal de Tributos realiza análises e estudos econômico-financeiros e contábeis, relativos aos tributos municipais ou atinentes ao cálculo, controle e acompanhamento das transferências financeiras, efetiva lançamentos por homologação e elabora relatórios e dados estatísticos sobre suas atividades.

Procede também à revisão fisco-contábil de obrigações tributárias, promovendo estimativas e arbitramentos nos termos da legislação tributária, instrui processos administrativo-tributários através de diligências e informações técnico-fiscais, inclusive perícias fiscos-contábeis, bem como procede a lançamento de ofício por meio de autos de infração, constituindo os créditos tributários respectivos.

Contudo, antes de examinarmos sua responsabilidade civil, é imprescindível compreender as principais diferenças entre os conceitos de competência tributária e competência para legislar sobre o Direito Tributário.

Segundo Ricardo Alexandre (2017, p. 245) a “competência para legislar sobre o Direito Tributário é o poder constitucionalmente atribuído para editar leis que versem sobre tributos e relações jurídicas a eles pertinentes. Trata-se de uma competência genérica para traçar regras sobre o exercício do poder de tributar”.

Já a competência tributária tem sentido mais restrito. Abrange apenas as atividades da administração tributária, como, por exemplo, a fiscalização dos tributos, arrecadação, instituição, redução, majoração e a concessão de benefícios fiscais ou até mesmo a correição dos agentes fiscais (BRIGAGÃO, 2012). Ou seja, trata-se apenas de uma parcela desse poder genérico em legislar no que tange, primariamente, a instituição e; secundariamente, a modificação e extinção dos tributos (BRIGAGÃO, 2012). Para Paula Naves Brigagão (2012):

Quem possui competência tributária são os entes políticos, quais sejam: União, Estados, Distrito Federal e Municípios – trata-se, pois, de tarefa legislativa incumbida a cada ente da federação. Note [...] que o legislador constituinte delimitou em seu art. 24 a competência concorrente para que se legisle em Direito Tributário delegando-a a União, aos Estados e ao Distrito Federal. Tal artigo, todavia, não pode ser interpretado isoladamente, sob pena de exclusão do Município, o que feriria de morte o sistema federativo. Assim, o mesmo legislador constituinte nos ensinou que devemos fazer uma interpretação sistemática entre o art. 24 e o art. 30 (ambos da CRFB/88), esse último propicia aos Municípios legislar supletivamente no que toca ao Direito Tributário (BRIGAGÃO, 2012, p. 1).

Nesta senda, sobrevindo normas gerais da União sobre a matéria, as normas já editadas dos Estados e Municípios não serão revogadas. Ficarão, pois, com a sua eficácia suspensa naquilo em que for contrário ao decretado pelas normas gerais federais (BRIGAGÃO, 2012).

Após ditadas estas noções preliminares, convém notar que o Código Tributário Nacional, na qualidade de norma geral da União, ou seja, contendo matéria exclusiva de Lei Complementar, estabeleceu no seu art. 142, parágrafo único, que será apurada a responsabilidade funcional do agente fiscal que não realizar a atividade administrativa de lançamento, tal considerada como vinculada e obrigatória. Sobre o tema, vejamos o entendimento do Superior Tribunal de Justiça:

Ementa: [...] III. **Uma vez verificado pela Administração Fiscal o surgimento do fato gerador, está ela, por expressa disposição legal, obrigada a efetuar o lançamento como ato vinculado, sob pena de responsabilidade funcional.** (Art. 142, parágrafo único, do CTN). [...] (STJ. REsp 448527/SP 2002/0088582-0, Rel.: Min. Luiz Fux. 1ª Turma. Decisão: 19/08/03. DJ de 15/09/03, p. 238. **Grifo nosso**).

Ocorre que a União Federal, no uso de sua competência legislativa não regulamentou a responsabilidade funcional do agente fiscal, deixando para os Estados e Municípios fazerem, se, assim desejarem.

O Estado de Goiás por meio da Lei nº. 13.266, de 16 de abril de 1998, que institui a carreira do fisco da Secretaria da Fazenda do Estado de Goiás, atribuiu para a Corregedoria Fiscal do Estado o papel de regulamentar as atribuições e responsabilidades dos funcionários da Secretaria da Fazenda, diretamente relacionadas com a arrecadação e fiscalização dos tributos estaduais, ou seja, não alcança o Fiscal de Tributos do Município de Morrinhos/GO. Somente a título de curiosidade, vejamos:

Art. 41. Fica instituída a Corregedoria Fiscal do Estado de Goiás, com a finalidade de garantir a qualidade e a probidade dos atos praticados por funcionários do Quadro de Pessoal do Fisco, bem como de outros servidores que exerçam atividades ainda que indiretamente relacionadas com a arrecadação e fiscalização de tributos estaduais, competindo-lhe, especialmente:

I - executar a correição dos funcionários da Secretaria da Fazenda, visando apurar irregularidades nos procedimentos administrativos;

II – inspecionar as atividades das unidades fiscais, inclusive junto a terceiros, objetivando rever os trabalhos por elas realizados ou por seus agentes, suprindo as lacunas ou apurando irregularidades;

III - receber denúncias de irregularidades ocorridas, realizando as diligências necessárias à apuração dos fatos e conhecimento de sua autoria, promovendo o processo disciplinar respectivo nos termos da legislação aplicável e propondo as medidas necessárias, inclusive a punição dos responsáveis ou a celebração de Termo de Ajustamento de Conduta - TAC;

- Redação dada pela Lei nº 19.290, de 06-05-2016.

III - receber denúncias de irregularidades ocorridas, realizando as diligências necessárias à apuração dos fatos e conhecimento de sua autoria, promovendo o processo disciplinar respectivo nos termos da legislação aplicável e propondo as medidas necessárias, inclusive a punição dos responsáveis.

IV - instaurar e promover o processo administrativo de ressarcimento, na forma da lei, visando apurar prejuízo causado ao Erário, no âmbito da Secretaria da Fazenda, decorrente de infrações administrativas devidamente comprovadas em procedimento regular, encaminhando representação ao órgão competente, inclusive para inscrição na dívida ativa, dos débitos porventura não quitados.

[...]

§ 2º - **Cabe ao regulamento dispor sobre** a fixação das demais competências e da estrutura interna de funcionamento da Corregedoria Fiscal do Estado de Goiás, bem como das **atribuições e responsabilidades de seu pessoal** (BRASIL, 1998. **Grifo nosso**).

Em virtude da omissão legislativa, uma vez que União Federal e o Estado de Goiás não se pronunciaram acerca da responsabilidade do Fiscal de Tributos do município de Morrinhos/GO, coube ao mesmo, no uso de sua competência suplementar, regulamentar a matéria, por meio da Lei Complementar de nº 005, de 15 de dezembro de 2000, que institui o Código Tributário no município.

Tal lei estabelece que o Fiscal de Tributos, em função do cargo exercido, tendo conhecimento de infração a legislação tributária, deixar de lavrar e encaminhar o auto

competente, ou o funcionário que, da mesma forma deixar de lavrar a representação, será responsável pecuniariamente pelo prejuízo causado à Fazenda Pública, desde que a omissão e a responsabilidade sejam apuradas no curso da prescrição (BRASIL, 2000).

Igualmente será responsável o Fiscal de Tributos que deixar de dar andamento aos processos administrativos tributários, quer sejam contenciosos ou versem sobre consulta ou reclamação contra lançamento, inclusive, quando o fizer fora dos prazos estabelecidos na lei, ou mandar arquivá-los antes de findos e sem causa justificada, ou seja, não fundamentar o despacho na legislação vigente à época do arquivamento (BRASIL, 2000).

Desse modo, há dois fatos ensejadores da responsabilidade civil do Fiscal de Tributos do município de Morrinhos/GO:

1. Tendo conhecimento de infração a legislação tributária, deixar de lavrar o auto de infração;
2. Lavrado o auto de infração deixar de encaminhá-lo ao contribuinte.

No que tange ao segundo fato gerador, defende-se, aqui, que a responsabilidade civil do Fiscal de Tributos de Morrinhos/GO é baseada na teoria subjetiva ou teoria da culpa civil. Isso porque, trata-se de um servidor público, com provimento originário de caráter efetivo, mediante concurso público, devendo obediência ao disposto no art. 37, § 6º da lei maior.

Nesta lógica, caberá ao município de Morrinhos/GO ressarcir o contribuinte pelos prejuízos tomados e, depois em via de regresso demonstrar a ocorrência dos elementos ensejadores da responsabilidade civil do Fiscal de Tributos: ato, dano, nexo e culpa/dolo, à luz, evidentemente, das garantias fundamentais do devido processo legal, do contraditório e da ampla defesa.

Já com relação ao primeiro fato gerador, entendemos que o Fiscal de Tributos, ainda que na qualidade de servidor público legalmente concursado, não poderá fazer jus ao direito de regresso, pois o prejuízo não é ocasionado a terceiros, mas a própria Prefeitura de Morrinhos/GO. Logo, a responsabilidade civil do mesmo deve ser apurada em via única, com base na teoria subjetiva ou teoria da culpa civil, observando o devido processo legal, contraditório e ampla defesa.

Por outro lado, a lei municipal estabelece que não será de responsabilidade do Fiscal de Tributos, a omissão que praticar em razão de ordem superior, devidamente comprovada ou quando não apurar infrações em face das limitações das tarefas que lhe tenham sido atribuídas pelo seu chefe imediato. Trata-se, a nosso pensar de uma hipótese de excludente da responsabilidade civil do Fiscal de Tributos do município de Morrinhos/GO (BRASIL, 2000).

Por fim, o § 2º do art. 329 do Código Tributário de Morrinhos aduz que a responsabilidade do Fiscal de Tributos é pessoal e independente do cargo ou da função exercida, em outros dizeres, entendemos que além da responsabilidade civil na modalidade subjetiva poderá ser aplicado ao mesmo as sanções administrativas e penais cabíveis à espécie (BRASIL, 2000).

CONSIDERAÇÕES FINAIS

No decorrer do presente ensaio, fizemos uma análise da responsabilidade civil do estado e esboçamos o desenvolvimento teórico da responsabilidade estatal, em confronto com a responsabilidade civil do estado no atual direito brasileiro. Percorremos a responsabilidade civil do poder público por atos omissivos e fragmentamos o § 6º do artigo 37 da Constituição Federal de 1988.

Observamos, que, em regra, a responsabilidade civil do estado é objetiva na ação de seus agentes públicos. Todavia, na omissão do estado, a responsabilidade civil é de natureza subjetiva, uma vez que exige do potencial prejudicado a comprovação de dolo ou culpa por parte da administração pública (BORGES, 2015).

Também, foram verificadas as formas legais de exclusão da responsabilidade civil do estado, como também as hipóteses de cabimento da ação indenizatória em face do mesmo e o prazo prescricional para o ajuizamento da ação.

Além disso, evidenciamos a responsabilidade civil dos agentes públicos e o direito de regresso do estado, bem como a denúncia à lide do agente público. Ainda, demonstramos a divergência que há na jurisprudência dos tribunais superiores sobre o instituto da denúncia à lide.

Ao final, identificamos dois fatos ensejadores da responsabilidade civil do Fiscal de Tributos do município de Morrinhos/GO, conforme a previsão da Lei Complementar nº 005, de 15 de dezembro de 2000: Tendo conhecimento de infração a legislação tributária, deixar de lavrar o auto de infração; lavrado o auto de infração deixar de encaminhá-lo ao contribuinte.

Ao considerar que o Fiscal de Tributos se trata de um servidor público como qualquer outro, com provimento originário de caráter efetivo, mediante concurso público, chegamos à conclusão de que a responsabilidade civil do mesmo é baseada na teoria subjetiva ou teoria da culpa civil, conforme preconizado no § 6º do artigo 37 da Constituição Federal.

Do exposto, percebe-se que a responsabilidade civil do Fiscal de Tributos de Morrinhos/GO apresenta exceção apenas com relação ao direito de regresso, sendo que o fato ‘deixar de lavrar o auto de infração’ não ocasiona danos a terceiros, mas a própria Prefeitura local. Logo, isto permite deduzir que o prejuízo suportado pelo município poderá ser cobrado diretamente em face do Fiscal de Tributos.

REFERÊNCIAS

ALEXANDRE, Ricardo; DEUS, João de. **Direito administrativo**. 1ª ed. Rio de Janeiro: Editora Forense; São Paulo: Editora Método, 2015.

ALEXANDRE, Ricardo; DEUS, João de. **Direito administrativo**. 3ª ed. Rio de Janeiro: Editora Forense; São Paulo: Editora Método, 2017.

ALEXANDRINO, Marcelo; PAULO, Vicente. **Direito administrativo descomplicado**. 24ª ed. Rio de Janeiro: Editora Forense; São Paulo: Editora Método, 2016.

BORTOLETO, Leandro. **Direito administrativo**: coleção tribunais e MPU para os concursos de analistas dos tribunais. 4ª ed. Salvador: Editora Juspodivm, 2015.

BORGES, Cyonil; SÁ, Adriel. **Direito administrativo facilitado**. 1ª ed. Rio de Janeiro: Editora Forense; São Paulo: Editora Método, 2015.

BRASIL Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF, out 1988. Disponível em:

<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 09/10/2019.

BRASIL. Lei nº. 10.406, de 10 de janeiro de 2002. **Código Civil**. Brasília/DF, 2002.

Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/2002/L10406.htm>. Acesso em: 26/09/2019.

BRASIL. Lei nº 13.266, de 16 de abril de 1998. **Institui a carreira do fisco da Secretaria da Fazenda de Goiás**. Goiânia/GO, 1998. Disponível em:

<http://www.gabinetecivil.goias.gov.br/leis_ordinarias/1998/lei_13266.htm>. Acesso em: 23/10/2019.

BRASIL. Lei Complementar nº 005, de 15 de dezembro de 2000. **Código Tributário do Município de Morrinhos**. Morrinhos/GO, 2000. Disponível em:

<<https://morrinhos.go.gov.br/site/wp-content/uploads/2014/04/ctm.pdf>>. Acesso em: 23/10/2019.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Agravo Regimental no Recurso Especial: AgRg no RESP 1301122 RJ 2011/0310565-7, Relator: Ministro Ari Pargendler, DJ: 17/09/2013.

JusBrasil, 2019. Disponível em:

<<https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/24203765/agravo-regimental-no-recurso-especial-agrg-no-resp-1301122-rj-2011-0310565-7-stj?ref=serp>>. Acesso em: 22/10/2019.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial: Resp 602102 RS 2003/0192193-2, Relator: Ministra Eliana Calmon, DJ: 06/04/2004. **JusBrasil**, 2019. Disponível em:

<<https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/7234405/recurso-especial-resp-602102-rs-2003-0192193-2-stj/relatorio-e-voto-12989465>>. Acesso em: 18/10/2019.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial: Resp 448527/SP 2002/0088582-0, Relator: Ministro Luiz Fux, DJ: 15/09/03. **JusBrasil**, 2019. Disponível em:

<<https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/7417286/recurso-especial-resp-448527-sp-2002-0088582-0-stj>>. Acesso em: 23/10/2019.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Súmula nº 323**. É inadmissível a apreensão de mercadorias como meio coercitivo para pagamento de tributos. Brasília, DF: Supremo Tribunal Federal, [1963]. Disponível em:

<<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/menuSumarioSumulas.asp?sumula=2136>>.

Acesso em: 06/10/2019.

BRIGAGÃO, Paula Naves. Competência tributária. **Revista Conteúdo Jurídico**, ISSN 1984-0454, Brasília-DF, ano 2012, n. 29017, 15 mai. 2012. Disponível em:

<<https://www.conteudojuridico.com.br/consulta/Artigos/29017/competencia-tributaria>>.

Acesso em: 23/10/2019.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de direito administrativo**. 31ª ed. São Paulo: Editora Atlas, 2017.

CARVALHO, Matheus. **Manual de direito administrativo**. 4ª ed. Salvador: Editora Juspodivm, 2017.

FURTADO, Lucas Rocha. **Curso de direito administrativo**. 5ª ed. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2016.

MAZZA, Alexandre. **Manual de direito administrativo**. 6ª ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2016.

SANTOS, Mauro Sérgio dos. **Curso de direito administrativo**. 1ª ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2012.

SCATOLINO, Gustavo; TRINDADE, João. **Curso de direito administrativo**. 4ª ed.
Salvador: Editora Juspodivm, 2016.