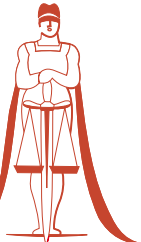


ISSN 0101 - 949X

JUSTITIA



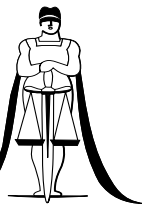
Publicada desde 1939

MPSP

A Revista do Ministério Público de São Paulo

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

JUSTITIA



Publicada desde 1939

Diretora

Aline Jurca Zavaglia Vicente Alves

Conselho Redacional

Alexandre Alberto de Azevedo Magalhães Júnior

Antonio Luiz Benedan

Debora Moretti Fumach

Rafael de Oliveira Costa

Coordenação Geral

Renata Horn Bosco Gozzi

Concepção de Projeto Editorial

Ada Santos Seles

Tradução para Língua Inglesa

Arthur Meibak de Oliveira

Editoração Eletrônica

Marcelo Soares

SUBÁREA DE APOIO TÉCNICO – REVISTA *JUSTITIA*

Rua Senador Feijó, 170/176 - 2º andar - sala 203

CEP: 01006-000 - Centro - São Paulo / SP - Brasil

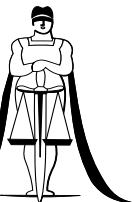
Telefones: (55 11) 3116 - 0708 e 3116 - 0808

E-mail: revistajustitia@mpsp.mp.br

Solicita-se permuta.

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

JUSTITIA



Publicada desde 1939

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

ISSN 0101-949X

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

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

Semestral

ISSN 0101-949X

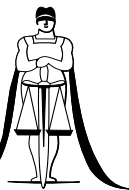
1939 – 2018 (1 – 209/210/211/212)

2019 – 2020 (213/214/215/216)

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

CDU – 34(816.1) (05)

JUSTITIA



Publicada desde 1939

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

MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO

Procuradoria-Geral de Justiça

Mário Luiz Sarrubo

ASSOCIAÇÃO PAULISTA DO MINISTÉRIO PÚBLICO

Presidente

Paulo Penteado Teixeira Junior

JUSTITIA

Diretor

Aline Jurca Zavaglia Vicente Alves

Conselho Redacional

Alexandre Alberto de Azevedo Magalhães Júnior

Antonio Luiz Benedan

Debora Moretti Fumach

Rafael de Oliveira Costa

Conselho Editorial

António Cluny (Portugal)

Antonio Magalhães Gomes Filho

Antonio Scarance Fernandes

Celso Lafer

Dalmo Dallari

Dirceu de Mello

Eugênio Zaffaroni (Argentina)

Fabio Konder Comparato

Hugo Nigro Mazzilli

Giulio Illuminati (Itália)

Jan Simon (Alemanha)

José Celso de Mello Filho

José Renato Nalini

Jorge Miranda (Portugal)

Jorge Figueiredo Dias (Portugal)

Maria Berenice Dias

Maria Schnebli (Zurique-Suíça)

Ricardo Boscovisch (Miami-EUA)

Roque Antonio Carrazza

Rosa Maria de Andrade Nery

Conselho Consultivo

Carlos Alberto de Salles

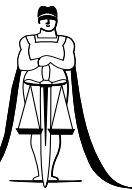
Gianpaolo Poggio Smanio

José de Oliveira

Susana Henriques da Costa

Vidal Serrano Nunes Júnior

JUSTITIA



Publicada desde 1939

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

MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO
Ano 2019

Procurador-Geral de Justiça
Gianpaolo Poggio Smanio

Subprocuradores-Gerais de Justiça

Jurídica e Competência Originária
Wallace Paiva Martins Júnior

Políticas Criminais e Institucionais
Mário Luiz Sarrubo

Planejamento Institucional
Paulo Sérgio de Oliveira Costa

Corregedora-Geral
Tereza Cristina Maldonado Katurchi Exner

Vice-Corregedor-Geral
Motauri Ciocchetti de Souza

Secretaria Administrativa da Procuradoria Geral
Fernando Pastrelo Kfoury

Secretaria Executiva da Procuradoria Geral
Fabio Ramazzini Bechara

Secretária de Integração
Lídia Helena Ferreira da Costa dos Passos

Diretor-Geral
Ricardo de Barros Leonel

Ouvidor
Gilberto Nonaka

MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO

CONSELHO SUPERIOR DO MINISTÉRIO PÚBLICO

Composição – 2019

Presidente

Procurador-Geral de Justiça

Gianpaolo Poggio Smanio

Corregedora-Geral

Tereza Cristina Maldonado Katurchi Exner

Procuradores de Justiça – Conselheiros

Ana Margarida Machado Junqueira Benedito

Augusto Eduardo de Souza Rossini

Eduardo Roberto Alcantara Del Campo

Hamilton Alonso Junior

Joiese Filomena Teoto Buffulin Salles

José Roberto Rochel de Oliveira

Olheno Ricardo de Souza Scucuglia, (secretário)

Pedro de Jesus Juliotti

Walter Paulo Sabella

ÓRGÃO ESPECIAL DO COLÉGIO DE PROCURADORES DE JUSTIÇA

Composição – 2019

Presidente

Procurador-Geral de Justiça

Gianpaolo Poggio Smanio

Corregedora-Geral

Tereza Cristina Maldonado Katurchi Exner

Membros Natos

Fernando José Marques

Álvaro Augusto Fonseca de Arruda

Pedro Franco de Campos

José Correia de Arruda Neto

Carlos Augusto Salles Sgarbi

João Machado de Araújo Neto

Antonio de Pádua Bertone Pereira

Oscar Mellim Filho

Jurandir Norberto Marçura

Walter Paulo Sabella

Luiz Cyrillo Ferreira Júnior

Rodrigo César Rebello Pinho

Ana Maria Napolitano de Godoy

Fernando José Martins

João Alves de Souza Campos

Luiz Antonio Guimarães Marrey

Plínio Antonio Brito Gentil

Luís Daniel Pereira Cintra

Pedro Falabella Tavares de Lima

Marcílio Grecco

Membros Eleitos

Liliana Mercadante Mortari

Mônica de Barros Marcondes Desinano

Luiz Antonio de Oliveira Nusdeo

Tiago Cintra Zarif

Eduardo Marcelo Mistrorigo de Freitas

Márcio Sérgio Christino

Walter Tebet Filho

Vidal Serrano Nunes Júnior

João Antonio Garreta Prats

Ana Lúcia Menezes Vieira

Alberto Carlos Dib Júnior

Ruymar de Lima Nucci

Adriano Ricardo Claro

Josely Mara Litrenta de Oliveira Donato

Vânia Ferrari Tropia Padilla

José Kalil de Oliveira e Costa

Beatriz Augusta Pinheiro

Lídia Helena Ferreira da Costa Passos

Wallace Paiva Martins Júnior

Antonio Carlos Fernandes Nery

DIRETORIA DA ASSOCIAÇÃO PAULISTA DO MINISTÉRIO PÚBLICO
Composição – 2019

Presidente

Paulo Penteado Teixeira Junior

1º Vice-Presidente

Paula Castanheira Lamenza

2º Vice-Presidente

Gabriel Bittencourt Perez

1º Secretário

Pedro Eduardo de Camargo Elias

2º Secretária

Dalva Teresa da Silva

1º Tesoureiro

Renato Kim Barbosa

2º Tesoureira

Fabiola Moran Faloppa

Diretor de Aposentados

Gabriel Cesar Zaccaria de Inellas

Diretor de Relações Públicas

Francisco Antonio Gnipper Cirillo

Diretor de Prerrogativas

Salmo Mohmari dos Santos Júnior

Diretor de Patrimônio

André Pascoal da Silva

Diretor de Esportes

Luciano Gomes de Queiroz Coutinho

Diretora APMP Mulher

Maria Gabriela Prado Manssur Trabulsi

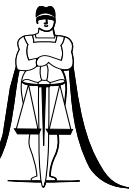
Diretor de Saúde

Francisco Ruiz Calejon

Diretor de Previdência

Marcelo Luiz Barone

JUSTITIA



Publicada desde 1939

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

MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO
Ano 2020

Procurador-Geral de Justiça
Mário Luiz Sarrubo

Subprocuradores-Gerais de Justiça

Relações Institucionais
Arnaldo Hossepian Junior

Jurídica
Wallace Paiva Martins Júnior

Assessoria de Segurança Institucional
José Roberto Rochel de Oliveira

Corregedora-Geral
Tereza Cristina Maldonado Katurchi Exner

Vice-Corregedor-Geral
Motauri Ciocchetti de Souza

Secretaria Executiva da Procuradoria Geral
Fernando Pereira da Silva

Diretor-Geral
Michel Betenjane Romano

Ouvidor
Gilberto Nonaka

MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO

CONSELHO SUPERIOR DO MINISTÉRIO PÚBLICO

Composição – 2020

Presidente

Procurador-Geral de Justiça

Mário Luiz Sarrubo

Corregedora-Geral

Tereza Cristina Maldonado Katurchi Exner

Procuradores de Justiça – Conselheiros

Antonio Carlos Fernandes Nery

Arual Martins

José Carlos Cosenzo (secretário)

Luiz Antonio de Oliveira Nusdeo

Mônica de Barros Marcondes Desinano

Oscar Mellim Filho

Pedro Henrique Demercian

Tiago Cintra Zarif

Vidal Serrano Nunes Junior

ÓRGÃO ESPECIAL DO COLÉGIO DE PROCURADORES DE JUSTIÇA

Composição – 2020

Presidente

Procurador-Geral de Justiça

Mário Luiz Sarrubo

Corregedor-Geral

Tereza Cristina Maldonado Katurchi Exner

Membros Natos

Álvaro Augusto Fonseca de Arruda

Pedro Franco de Campos

José Correia de Arruda Neto

Carlos Augusto Salles Sgarbi

João Machado de Araújo Neto

Oscar Mellin Filho

Antonio de Pádua Bertone Pereira

Sérgio Neves Coelho

Jurandir Norberto Marçura

Walter Paulo Sabella

Luiz Cyrillo Ferreira Júnior

Rodrigo César Rebello Pinho

Ana Maria Napolitano de Godoy

Fernando José Martins

João Alves de Souza Campos

Luiz Antonio Guimarães Marrey

Plínio Antonio Brito Gentil

Luís Daniel Pereira Cintra

Paulo Afonso Garrido de Paula

Pedro Falabella Tavares de Lima

Membros Eleitos

Juang Yuh Yu

Antonio Calil Filho

Jorge Assaf Maluly

Arthur Medeiros Neto

Edgard Moreira da Silva

Ana Margarida Machado Junqueira Beneduce

Martha de Toledo Machado

Silvia Reiko Kawamoto

Antonio Lopes Monteiro

Marcos Hideki Ihara

Rodrigo Canellas Dias

Pedro de Jesus Juliotti

Mario Antonio de Campos Tebet

José Reynaldo de Almeida

José Roberto Rochel de Oliveira

Cesar Dario Mariano da Silva

Saad Mazloum

Fabio Antonio Pineschi

Aloisio Antonio de Camargo Barros Pupin

Jair Burgui Manzano

DIRETORIA DA ASSOCIAÇÃO PAULISTA DO MINISTÉRIO PÚBLICO
Composição – 2020

Presidente

Paulo Penteado Teixeira Junior

1º Vice-Presidente

Paula Castanheira Lamenza

2º Vice-Presidente

Gabriel Bittencourt Perez

1º Secretário

Pedro Eduardo de Camargo Elias

2º Secretária

Dalva Teresa da Silva

1º Tesoureiro

Renato Kim Barbosa

2º Tesoureira

Fabiola Moran Faloppa

Diretor de Aposentados

Gabriel Cesar Zaccaria de Inellas

Diretora de Relações Públicas

Valeria Maiolini

Diretor de Prerrogativas

Salmo Mohmari dos Santos Júnior

Diretor de Patrimônio

André Pascoal da Silva

Diretor de Esportes

Marcelo Orlando Mendes

Diretora APMP Mulher

Maria Gabriela Prado Manssur Trabulsi

Diretor de Saúde

Francisco Ruiz Calejon

Diretor de Previdência

Marcelo Luiz Barone

EDITORIAL

Prezado Leitor,

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

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

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

Com votos de boa leitura,

Aline Jurca Zavaglia Vicente Alves
Promotora de Justiça
Diretora

SUMÁRIO / CONTENTS

CRIMINAL / CRIMINAL

Do Poder Constitucionalmente Imputado de Investigação do Ministério Público

From the constitutionally imputed power of investigation of the public prosecutor's office

Rocco Antonio Rangel Rosso NELSON 15

Pela estabilidade dos precedentes: análise da presunção de inocência pelo Supremo Tribunal Federal

For the stability of precedents: analysis of the presumption of innocence by the supreme federal court

Andressa de Liz SAMPAIO, João Rafael de OLIVEIRA e William Soares PUGLIESE 44

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

The Legal Order and its Predicates from the Perspective of Norberto Bobbio

Reis FRIEDE 62

Os Novos Desafios da Justiça Restaurativa em uma Sociedade Globalizada

New Challenges of Restorative Justice in a Global Society

Yago Daltro Ferraro ALMEIDA 81

PIC - Procedimento Investigatório Criminal. Indiciamento e Registro Criminal

Criminal Investigative Procedure. Criminal Indication and Registration.

Fernando Pascoal LUPO..... 100

CÍVEL / CIVIL

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

The Evolution of Provisional Guardianship and the (non) Stabilization of Evidence Guardianship in the New Code of Civil Procedure

André Luís CHAGAS 112

A Análise Institucional Comparativa

The Comparative Institutional Analysis

Matheus Arice Junqueira de PAULA 138

As Interações em Audiências no Juizado de Defesa do Consumidor: Uma Análise à Luz do Direito e da Ecolinguística

The interactions in hearings in the court of defense of the consumer:

An analysis in the light of law and Ecolinguistic

Tadeu Luciano Siqueira ANDRADE 154

As pessoas com deficiência e o Ministério Público brasileiro

People with disabilities and the Brazilian Public Ministry

Hugo Nigro MAZZILLI 168

Breve análise crítica do acordo de não persecução cível. Natureza jurídica e requisitos de validade

A Brief Critical Analysis of The Civil Non-Persecution Agreement. Legal Nature and Validity Requirements

José Carlos de Oliveira SAMPAIO 184

Colaboração Premiada Coletiva

Colletive State's Evidence

Sara Zero dos SANTOS 199

O compromisso de dinamização da prova civil

The commitment to optimize the standards of proof for Civil Trials

Cássio Benvenuto de CASTRO 222

O Ministério Público nas Ações de Família: Intervenção na Tutela dos Interesses da Mulher Vítima de Violência Doméstica

State Prosecution Service in Family Law Causes: Women's Rights Protection in Case of Domestic Violence

Mario Moraes MARQUES JUNIOR 266

Recepção, Repristinação, Desconstitucionalização e Mutação Constitucional

Reception, Repristination, Deconstitution and Constitutional Mutation

Reis FRIEDE 278

Reflexões Sobre a Competência no Processo Coletivo

Reflections on collective process competence

Daniel Francisco Nagao MENEZES e Matheus Rodrigues OLIVEIRA 287

MANIFESTAÇÃO PROCESSUAL / PROCEDURAL MANIFESTATION

CÍVEL

MUNICÍPIO. CONCESSÃO DE ABONO EM VALORES FIXOS. DISTINÇÃO DE ÍNDICES. SISTEMA DE PRECEDENTES. CONFLITO ENTRE SÚMULAS

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

Tereza Aparecida Asta GEMIGNANI 301

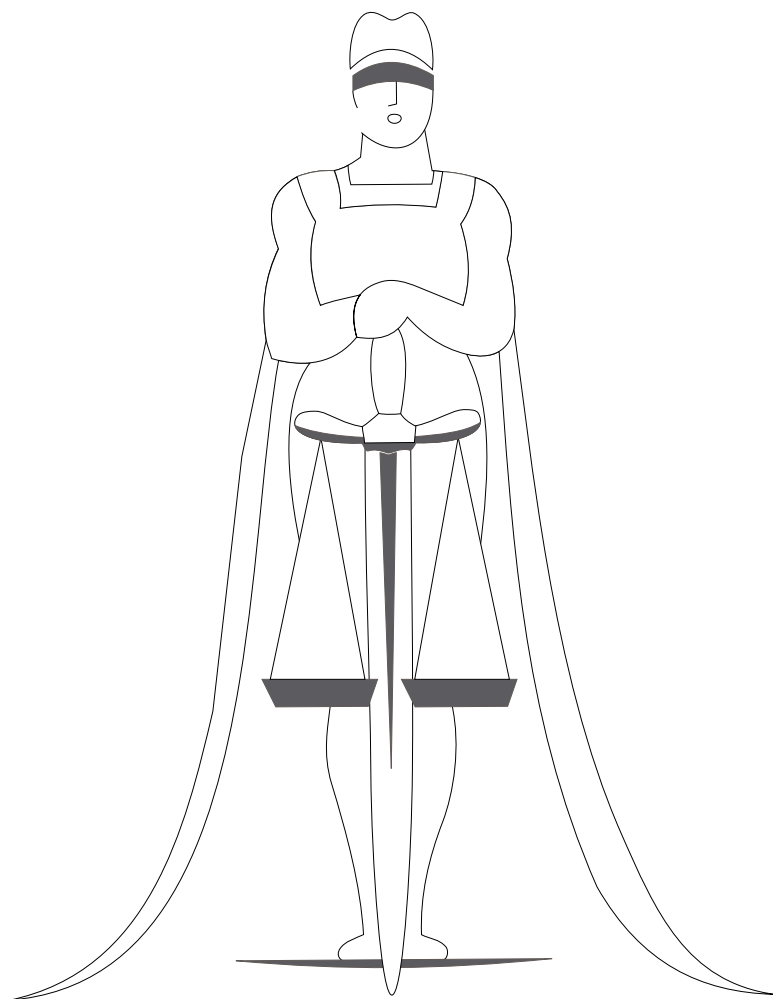
ÍNDICE DE ASSUNTOS 312

SUBJECT INDEX 315

ÍNDICE DE AUTORES/AUTHORS INDEX 318

CRIMINAL

CRIMINAL



Do Poder Constitucionalmente Imputado de Investigação do Ministério Público¹

Rocco Antonio Rangel Rosso NELSON*

- **SUMÁRIO:** Introdução. 1 Do conteúdo da proposta de Emenda Constitucional nº 37. 2 O poder de investigação do Ministério Público nos Tribunais Superiores. 2.1 No Superior Tribunal Federal. 2.2 No Superior Tribunal de Justiça. 3 A Teoria dos poderes implícitos. 3.1 Enquadramento no fenômeno do transconstitucionalismo. 4 A regulamentação do poder investigatório criminal do Ministério Público. 5 O reconhecimento do poder investigatório do Ministério Público na Lei nº 12.830, de 20 de junho de 2013. 6 Uma análise hipotética da (in) constitucionalidade da PEC nº 37. 6.1 Natureza jurídica do Ministério Público. 6.2 Limites materiais implícitos a reforma da Constituição. 7 A extinção da Proposta de Emenda Constitucional nº 37 por ausência de legitimidade – o acordar do titular do poder. Conclusão. Referências.
- **RESUMO:** O presente estudo tem por escopo sopesar a proposta de Emenda Constitucional nº 37 de 2011, que tramitou na Câmara dos Deputados, o qual propunha acrescentar um décimo parágrafo ao art. 144 da Constituição Federal de 1988, onde institui a exclusividade do processo investigatório criminal as polícias judiciárias. De tal sorte, isso tolheria o titular da ação penal, o Ministério Público, de realizar as investigações que achasse indispensáveis para aferir a justa causa da peça acusatória exordial. Para tanto, utilizar-se-á pesquisa qualitativa desenvolvida em base doutrinária,

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

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

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

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

Introdução

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

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

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

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

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

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

1 Do Conteúdo da Proposta de Emenda Constitucional nº 37

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

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

Art. 144. A segurança pública, dever do Estado, direito e responsabilidade de todos, é exercida para a preservação da ordem pública e da incolumidade das pessoas e do patrimônio, através dos seguintes órgãos:

.....
§ 10. A apuração das infrações penais de que trata os §§ 1º e 4º deste artigo, incumbem privativamente às polícias federal e civis dos Estados e do Distrito Federal, respectivamente.³ (grifo nosso)

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

“A falta de regras claras definindo a atuação dos órgãos de segurança pública neste processo tem causado grandes problemas ao processo jurídico no Brasil. Nessa linha, temos observado procedimentos informais de investigação conduzidos em instrumentos, sem forma, sem controle e sem prazo, condições absolutamente contrárias ao estado de direito vigente.

Dentro desse diapasão, vários processos tem sua instrução prejudicada e sendo questionado o feito

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

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

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

Sobreleva o seguinte trecho:

“Ao Ministério Público nacional são confiadas atribuições multifárias de destacado relevo, restando, entre tantas, a de fiscal da lei. A investigação de crimes, entretanto, não está incluída no círculo de suas competências legais. Apenas um segmento dessa honrada instituição entende em sentido contrário, sem razão.

Não engrandece nem fortalece o Ministério Público o exercício da atividade investigatória de crimes, sem respaldo legal, revelador de perigoso arbítrio, a propiciar o sepultamento de direitos e garantias inalienáveis dos cidadãos.

O êxito das investigações depende de um cabedal de conhecimentos técnico-científicos de que não dispõem os integrantes do Ministério Público e seu corpo funcional. As instituições policiais são as únicas que contam com pessoal capacitado para investigar crimes e, dessarte, cumprir com a missão que lhe outorga o art. 144 da Constituição Federal”.⁵

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

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

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

2 O Poder de investigação do Ministério Público nos Tribunais Superiores

2.1. No Superior Tribunal Federal

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

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

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

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

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

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

⁷ **No mesmo sentido: HC 93.930**, Rel. Min. **Gilmar Mendes**, julgamento em 7122010, Segunda Turma, *DJE* de 322011; **HC 96.638**, Rel. Min. **Ricardo Lewandowski**, julgamento em 2122010, Primeira Turma, *DJE* de 1922011; **HC 89.837**, Rel. Min. **Celso de Mello**, julgamento em 20102009, Segunda Turma, *DJE* de 20112009.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

Lembrar, que por se tratar de matéria ensejadora de Repercussão Geral, inúmeros/milhares de processos de natureza penal estão suspensos, aguardando uma posição definitiva da Suprema Corte Federal. Esse Recurso Extraordinário vem se arrastando desde outubro de 2008.¹⁸

2.2. No Superior Tribunal de Justiça

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

É decisão recente, tal posicionamento é reiterado:

HABEAS CORPUS IMPETRADO EM SUBSTITUIÇÃO AO RECURSO PREVISTO NO ORDENAMENTO JURÍDICO. 1. NÃO CABIMENTO. MODIFICAÇÃO DE ENTENDIMENTO JURISPRUDENCIAL. RESTRIÇÃO DO REMÉDIO CONSTITUCIONAL. EXAME EXCEPCIONAL QUE VISA PRIVILEGIAR A AMPLA DEFESA E O DEVIDO PROCESSO

LEGAL. 2. TORTURA. ART. 1º, INCISO I, DA LEI N.º 9.455/1997. CRIME COMUM. RECEBIMENTO DA DENÚNCIA SEM NOTIFICAÇÃO PARA APRESENTAÇÃO DE DEFESA PRÉVIA. AUSÊNCIA DE CONSTRANGIMENTO ILEGAL EVIDENTE. PROCEDIMENTO ESPECIAL RESTRITO AOS CRIMES FUNCIONAIS TÍPICOS. 3. INVESTIGAÇÃO PELO MINISTÉRIO PÚBLICO. REITERAÇÃO DE PEDIDO. 4. INTERCEPTAÇÃO TELEFÔNICA. CERCEAMENTO DE DEFESA. NÃO OCORRÊNCIA. MÍDIAS JUNTADAS AO PROCESSO

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

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

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

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

3 A Teoria dos poderes implícitos

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

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

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

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

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

²⁰ STJ, HC 167503, Rel. Min. Marco Aurélio Bellizze, julgamento em 21/05/2013, quinta turma, DJe 29/05/2013.

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

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

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

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

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

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

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

...

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

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

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

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

3.1. Enquadramento no fenômeno do transconstitucionalismo

No momento em que a Suprema Corte Federal, com o fito de solucionar a lide apresentada sobre a constitucionalidade ou não do poder de investigar do Ministério Público, faz uso, como um dos seus fundamentos jurídicos, a teoria dos poderes implícitos, o qual fora desenvolvida no ordenamento jurídico americano, constata uma transversalidade²⁵ entre os ordenamentos jurídicos postos, apresentando o fenômeno chamado pelo professor Marcelo Neves de transconstitucionalismo.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

4 A regulamentação do poder investigatório criminal do Ministério Público

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

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

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

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

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

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

³² Art. 17 da Resolução nº 13 do CNMP.

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

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

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

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

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

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

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

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

³³ Art. 4º da Resolução nº 13 do CNMP.

³⁴ Art. 5º da Resolução nº 13 do CNMP.

³⁵ Art. 13 da Resolução nº 13 do CNMP.

³⁶ Art. 14 da Resolução nº 13 do CNMP.

³⁷ Art. 15 da Resolução nº 13 do CNMP.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

Por mais que se interceda pela não configuração de uma poder, o Ministério Público, sem dúvida é um importante protagonista na manutenção na harmonia dos três poderes, onde sua função é uma função estatal constitucionalmente adequada⁴⁶ na busca da concretização dos ditames constitu-

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

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

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

cionais, em face da dinâmica social vigente.

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

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

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

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

6.1. Natureza jurídica do Ministério Público

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

Deve se advertir que não se vislumbra o Ministério Público como um quarto poder⁴⁹, mas sim como uma entidade promovente do equilíbrio entre a interlocução dos três poderes.⁵⁰

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

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

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

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

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

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

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

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

Resta dizer algumas palavras sobre o Ministério Público.

...

Sucedeu, porém, que a superação das monarquias absolutas não conseguiu apagar os traços genéticos dessa primitiva vinculação do Ministério Público ao chefe de Estado, ou ao chefe do governo. A situação é tão absurda, nos sistemas presidenciais de governo, que o chefe do órgão, nomeado pelo presidente, e portanto a ele pessoalmente grato, aparece, em geral, como o único agente público) competente para denunciá-lo em processos criminais.

Hoje, quando o Ministério Público dispõe de poderes ampliados, notadamente para a defesa dos chamados direitos difusos ou transindividuais, e para a responsabilização pessoal de todos os agentes públicos por condutas imorais ou lesivas ao bem comum, esse resquício de ligação do órgão com o Poder Executivo é preocupante. o Ministério Público serve, não raras vezes, os interesses político-partidários do governo, propondo, a pedido deste, ações de inconstitucionalidade de leis, julgadas inconvenientes ao Executivo ou à maioria parlamentar. Outras vezes, as instâncias superiores do órgão deixam de agir com o necessário zelo contra membros do governo, sob o curioso pretexto de que o assunto é de natureza político-partidária.

Ora, a denominação do órgão indica, já por si, a natureza das suas atribuições. Trata-se de um servidor do povo, não de um dependente ou agregado governamental. Para que o Ministério Público possa, portanto, defender com absoluta autonomia o bem comum do povo, é indispensável desvincular totalmente o órgão do Poder Executivo, retirando-se deste a atribuição de nomear qualquer dos seus integrantes.⁵³ (grifos nossos)

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

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

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

6.2. Limites materiais implícitos a reforma da Constituição

Vislumbrando o comprometimento direto da cláusula pétrea da separação dos poderes, pela PEC nº 37, em face de uma interpretação restritiva e gramatical, associado à controvérsia sobre a natureza jurídica do Ministério Público, poder-se defender que o projeto em tela, viola os limites materiais implícitos⁵⁷ da Constituição Federal.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

Nesses termos, ovaciona as palavras de Paulo Bonavides:

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

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

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

Conclusão

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

Referências

- BARROSO, Luís Roberto. **Curso de Direito Constitucional Contemporâneo**. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2010.
- BONAVIDES, Paulo. **A Constituição Aberta**. 3ª ed. São Paulo: Malheiros, 2004.
- BRASIL. Lei nº 12.830, de 20 de junho de 2013. Dispõe sobre a investigação criminal conduzida pelo delegado de polícia. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, 21 de junho de 2013. Disponível: <http://www.planalto.gov.br/CCIVIL_03/_Ato2011-2014/2013/Lei/L12830.htm>. Acesso em: dia 28 de junho de 2019.
- BRASIL. Mensagem nº 251, de 20 de junho de 2013. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, 21 de junho de 2013. Disponível: <http://www.planalto.gov.br/CCIVIL_03/_Ato2011-2014/2013/Msg/VEP-251.htm>. Acesso em: dia 28 de junho de 2019.
- BULOS, Uadi Lammêgo. **Curso de Direito Constitucional**. 5ª ed. São Paulo: Saraiva, 2010.
- CAETANO, Marcelo. **Direito Constitucional**. 2ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1987. V. I.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

Andressa de Liz SAMPAIO*

João Rafael de OLIVEIRA**

William Soares PUGLIESE***

- **SUMÁRIO:** Introdução. 1 Coerência, integridade e estabilidade das decisões judiciais: o dever de uniformização da jurisprudência. 2 O papel do Supremo Tribunal Federal no julgamento de casos que servirão de precedentes. 3 O julgamento das ADC's 43, 44 e 54 e o cenário jurídico atual frente à teoria dos precedentes. Conclusão. Referências.
- **RESUMO:** O cenário jurídico é dinâmico e vive em constante alteração, motivo pelo qual as leis não são suficientes para regular a vida em sociedade. A tradição que o Brasil segue é a romano-germânica, ou seja, o direito brasileiro é pautado na *civil law*, que tem a lei como meio de solução de con-

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

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

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

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

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

Introdução

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

cesso legal são elementos essenciais para manter o direito como integridade, afastando-se do convencionalismo e do pragmatismo jurídico⁴, de modo que cumpre aos juízes decidir os casos com base na melhor interpretação extraída da norma.⁵

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

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

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

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

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

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

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

Já na tradição *civil law*, o centro do ordenamento são os códigos e, portanto, a lei. Cabe ao magistrado aplicar a lei ao caso, pela lógica da subsunção⁷. A premissa da tradição romano-germânica a disposição legal e não as disposições do fato, como na *common law*.

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

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

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

A estabilidade de uma decisão não pode significar que ela seja para sempre aplicada¹⁰. Ao contrário, ela deve ser entendida como forma de ga-

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

cia pudessem a produzir eficácia independentemente da interposição de recursos, e assim, ser decretada a prisão para início de cumprimento de pena, o que causou um verdadeiro caos na jurisprudência brasileira, com doutrinas e decisões criticando o precedente, principalmente em virtude da gritante diferença entre a norma e a interpretação conferida pelo STF.^{22e23}

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

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

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

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

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

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

Constituição Federal, dentre os quais, a regra do estado de inocência²⁴ (5.o, LVII, CR/88).

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

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

A propósito, inevitável apontar a doutrina do próprio Ministro Gilmar Ferreira Mendes²⁵ acerca da consideração do princípio da dignidade da pessoa humana:

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

Conclusão

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

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

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

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

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

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

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

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

Referências

- BOVINO, Alberto; BIGLIANI, Paola. *Encarcelamiento preventivo y estandares del sistema interamericano*. Ciudad Autónoma de Buenos Aires: Del Puerto, 2011.
- BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 03 dez. 2019.
- BRASIL. Decreto-lei n.o 3.689, de 3 de outubro de 1941. Código de Processo Penal. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689.htm>. Acesso em: 03 dez. 2019.
- BRASIL. Lei n.o 13.105, de 16 de março de 2015. Código de Processo Civil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm>. Acesso em: 03 dez. 2019.
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal. HC 126.292/SP. Trecho do voto do Relator Ministro Teori Zavascki. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginador>

pub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10964246>. Acesso em: 03 dez. 2019.
CORDERO, Franco. *Procedimiento penal*. Tradução de Jorge Guerrero. Bogotá: Temis, 2000. Tomo I.

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

FERRAJOLI, Luigi. *Direito e razão: teoria do garantismo penal*. 4.ed. Tradução de Ana Paula Zomer Sica, Fauzi Hassan Choukr, Juarez Tavares, Luis Flávio Gomes. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

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

JULGAMENTO histórico: STF muda jurisprudência e permite prisão a partir de decisão de segunda instância. *Migalhas*, 17 fev. 2016. Disponível em: <<https://www.migalhas.com.br/Quentes/17,MI234107,51045-JULGAMENTO+HISTORICO+STF+muda+jurisprudencia+e+permite+prisao+a>>. Acesso em: 03 dez. 2019.
MACCORMICK, Neil. *Retórica e o estado de direito*. Tradução de Conrado Hubner Mendes. Rio de Janeiro: Elsevier, 2008.

MARINONI, Luiz Guilherme. *Precedentes obrigatórios*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

_____. *A ética dos precedentes: justificativa do novo CPC*. 2.ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

_____. *Julgamento nas Cortes Supremas: precedente e decisão do recurso diante do novo CPC*. 2.ed. rev. atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017.

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

_____. *A zona de penumbra entre o STJ e o STF*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2019.

_____. *Precedentes obrigatórios*. 6.ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2019.

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

MITIDIERO, Daniel. *Precedentes: da persuasão à vinculação*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

_____. *Precedentes: da persuasão à vinculação*. 3.ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2018.

MORAES, Maurício Zanoide. *Presunção de inocência no processo penal brasi-*

leiro: análise de sua estrutura normativa para elaboração legislativa e para a decisão judicial. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

PUGLIESE, William Soares. *Precedentes e a civil law brasileira*: interpretação e aplicação do novo Código de Processo Civil. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

_____. *Princípios da jurisprudência*. Belo Horizonte: Arraes, 2017.

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

Reis FRIEDE*

- **SUMÁRIO:** Introdução. 1 Ordenamento Jurídico. 2 Atributos do Ordenamento Jurídico. 2.1 Unidade. 2.2 Coerência. 2.3 Completude. 3 O Problema das Antinomias. 3.1 Espécies de Antinomias. 3.2 Critérios Solucionadores das Antinomias. Conclusão. Referências.
- **RESUMO:** o presente artigo discorre sobre o ordenamento jurídico e os atributos pertinentes (unidade, coerência e completude) sob a perspectiva de Norberto Bobbio, enfrentando, ainda, o problema das antinomias e respectivos critérios solucionadores.
- **PALAVRAS-CHAVE:** Ordenamento jurídico. Unidade. Coerência. Completude. Antinomia.

Introdução

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

1 Ordenamento Jurídico

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

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

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

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

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

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

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

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

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

2 Atributos do Ordenamento Jurídico

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

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

2.1. Unidade

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

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

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

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

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

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

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

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

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

2.2. Coerência

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

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

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

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

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

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

de sua autoridade. Situam-se, ambos, no mais elevado grau de positividade jurídica, impondo-se, no plano do ordenamento estatal, enquanto categorias normativas subordinantes, à observância compulsória de todos, especialmente dos órgãos que integram o aparelho de Estado.”

(STF, Primeira Turma, Recurso Extraordinário nº 160.486/SP, Rel. Min. CELSO DE MELLO, julgamento em 11.10.1994)

2.3. Completude

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

3 O Problema das Antinomias

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

3.1 Classificação das Antinomias

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

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

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

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

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

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

3.2 Critérios Solucionadores das Antinomias

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

(STF, Segunda Turma, *Habeas Corpus* nº 109.213/SP, Rel. Min. CELSO DE MELLO, julgamento em 28.08.2012)

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

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

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

(STF, Segunda Turma, *Habeas Corpus* nº 105.181/SC, Rel. Min. CELSO DE MELLO, julgamento em 09.04.2013)

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

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

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

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

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

Conclusão

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

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

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

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

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

Referências

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

Os Novos Desafios da Justiça Restaurativa em uma Sociedade Globalizada

Yago Daltro Ferraro ALMEIDA*

- **SUMÁRIO:** Introdução. 1 Brevíssimas considerações sobre a justiça restaurativa. 2 A tutela de novos bens jurídicos e as exigências da sociedade do risco. 3 O direito penal frente a uma nova realidade. 4 As práticas restaurativas no contexto de uma sociedade do risco: a imperiosidade de um aprofundamento teórico quanto os crimes sem vítimas e o cuidado necessário com o efficientismo. Conclusão. Referências.
- **RESUMO:** A globalização e a sociedade do risco ensejaram, por certo, o surgimento de novas realidades e desafios para o Direito Penal contemporâneo, pelo que se pretende analisar, no presente trabalho, as influências desse cenário nas práticas restaurativas. Desse modo, o problema em discussão gravita em torno do questionamento a respeito da possibilidade de a Justiça Restaurativa, que foi tradicionalmente desenvolvida para os crimes que atingem uma vítima concreta e determinada, amoldar-se a um novo contexto, de crimes sem vítimas e de ofensores não marginalizados. Para tanto, formulamos a hipótese de que algumas adaptações seriam necessárias, bem como uma cautela maior na condução das práticas restaurativas seria medida imperiosa, mas a Justiça Restaurativa poderia, sim, ser aplicada a tal mister. Nesse sentido, a metodologia do estudo consiste, eminentemente, na revisão bibliográfica a respeito do tema, propondo a resolução dos conflitos oriundos dos crimes vagos à luz do contexto restaurativo.
- **PALAVRAS-CHAVE:** Crimes vagos. Globalização. Justiça restaurativa. Sociedade do risco.

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

Introdução

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

1 Brevíssimas Considerações sobre a Justiça restaurativa

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

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

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

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

Efetivamente, a perspectiva de análise sobre o fenômeno delitivo é verdadeira marca distintiva entre a Justiça Restaurativa e a Justiça Penal Tradicional. Isso porque, para esta, o conflito é visto em uma dimensão essencialmente abstrata e coletiva, na medida em que considerado como um atentado aos bens jurídicos³, é dizer, valores tidos como penalmente rele-

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

Todas essas causas, imiscuídas em um contexto do risco, criam um cenário suscetível a uma expansão considerável do Direito Penal, a ensejar, portanto, a tutela penal desses novos interesses⁴. A relação entre a aparição de novos riscos (ou majoração dos já existentes) e criminalização de novas condutas é, pois, evidente.

Inicialmente, é preciso salientar que os riscos sempre existiram, não sendo um conceito próprio da pós-modernidade⁵ ou da chamada sociedade industrial. A expansão marítima, própria da Europa Moderna, quando os recentes Estados europeus lançavam-se ao mar para o Descobrimento das terras do novo mundo era, ela própria, um risco. Contudo, o termo “risco”, naquela época, mais se assemelhava a um tom de ousadia, de aventura, de cariz eminentemente pessoal, não configurando situações de ameaça generalizada e global, a exemplo das que surgem para toda a humanidade com uma eventual tragédia radioativa, *exempli gratia*. (BECK, 2011, p. 25).

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

3 O direito penal frente a uma nova realidade

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

a crise do Estado Nacional⁸, que se manifesta pela remodelação da noção de soberania, alteração do sistema de fontes e, conseqüentemente, em um enfraquecimento do constitucionalismo (2001, pp. 15-17)

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

Quanto ao eficientismo penal, temos por necessário salientar a imprescindibilidade de uma vigilância constante para que a Justiça Restaurativa não se veja imersa em um nítido cariz utilitarista, com viés puramente “esvaziador de prateleiras” do já sobrecarregado judiciário, tampouco se confunda com a barganha ou com a justiça criminal negocial¹⁰. Não se trata de “fazer justiça rápido”, o que, à evidência, não pode -nem deve!- ser atribuído à Justiça Restaurativa. Assim, a celeridade não necessariamente deve permear as práticas restaurativas, porque o fator tempo não é relevante -e muitas vezes pode ser prejudicial- ao acordo eventualmente firmado.

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

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

Conclusão

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

Referências

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

PIC - Procedimento Investigatório Criminal. Indiciamento e Registro Criminal

Fernando Pascoal LUPO*

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

PIC - Procedimento Investigatório Criminal. Indiciamento e Registro Criminal

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

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

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

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

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

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

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

Com efeito, indiciamento e formal indiciamento não se confundem.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

- Nos delitos de pequeno potencial ofensivo de competência do Juizado Especial Criminal da Justiça Estadual, apesar da não realização do formal indiciamento, tampouco do preenchimento do BIC nos termos circunstanciados, a concessão de transação penal ou de suspensão condicional do processo são comunicadas ao IIRGD para a formação ou abastecimento dos ‘DVC’s por força das Normas de Serviço da Corregedoria Geral da Justiça Paulista, TOMO I, Seção IX, artigo 393, incisos VII e VIII;
- Da mesma maneira, os casos de transação penal e de suspensão condicional do processo-crime eleitoral são comunicados ao IIRGD, em razão das Normas da Corregedoria Eleitoral – TRE/SP, artigos 44.2, 49.1 e 55;
- O acordo de não persecução penal criado pela Lei nº 13.964/19, que alterou o Código de Processo Penal (art. 28-A, parágrafos 2º, III e 12) é comunicado ao IIRGD e ao INFOSEG em virtude de providências administrativas iniciadas pelo Ministério Público de São Paulo;
- No âmbito da Polícia Federal, os BICs elaborados pela autoridade policial são enviados ao NID (Núcleo de Identificação) ou ao GID (Grupo de Identificação nas Delegacias do Interior) que os encaminham para registro no INFOSEG.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

Referências

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

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

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

Diário Oficial da União. Brasília, 12 jan. 2016.

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

BRASIL. Lei nº 7.347, de 24 de julho de 1985. Disciplina a ação civil pública de responsabilidade por danos causados ao meio-ambiente, ao consumidor, a bens e direitos de valor artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico (VE-TADO) e dá outras providências. **Diário Oficial da União.** Brasília, 24 jul. 1985.

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

KANG, Dake. Chinese 'gait recognition' tech IDs people by how they walk.

AP News, Beijing, 6 nov. 2018. Disponível em: < <https://apnews.com/article/bf75dd1c26c947b7826d270a16e2658a>>. Acesso em: 23 out. 2020.

SÃO PAULO. Assembleia Legislativa. **Lei Estadual nº 15.425, de 16/05/2014.**

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

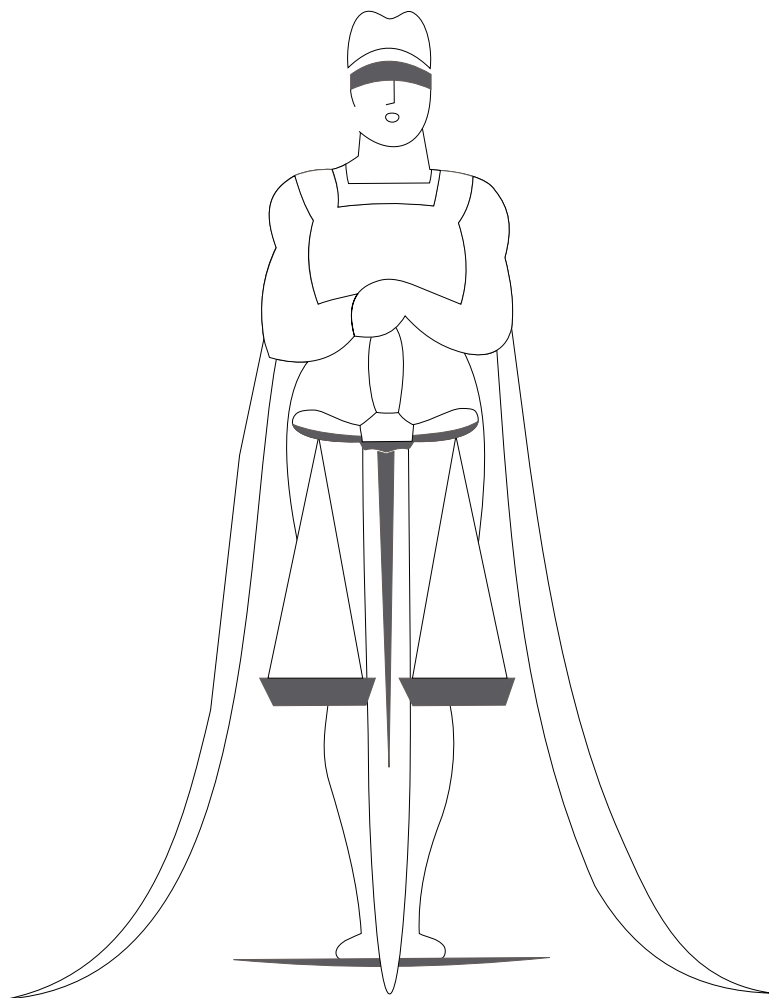
SÃO PAULO. Ministério Público. Procuradoria-Geral de Justiça. **Resolução nº 1.225/2020-PGJ, de 3 de setembro de 2020.** Disciplina a Notícia de fato (NF), Procedimento preparatório eleitoral (PPE), Procedimento investigatório criminal (PIC) e o Procedimento administrativo (PA), no âmbito do Ministério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

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

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

CÍVEL

CIVIL



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

André Luís CHAGAS*

- **SUMÁRIO:** Introdução. 1 Breve histórico. 2 O escopo do código de processo civil de 2015. 3 Tutela provisória. 3.1 Tutela provisória antecedente e incidental. 4 A tutela de urgência. 5 A tutela de evidência. 6 A estabilização da tutela antecipada. 7 A aplicação do instituto da estabilização a tutela de evidência. Conclusão. Referências.
- **RESUMO:** Este artigo é um breve estudo sobre o Livro V (Da Tutela Provisória), Título I (Disposições Gerais) do Novo Código de Processo Civil, promulgado em 18 de março de 2015 (Lei Federal n.º 13. 105/2015). Passa-se por um breve histórico da tutela antecipada, até mesmo como uma obrigação de mostrar um pouco da evolução legislativa nessa seara. Inicia-se com o Código de Processo Civil de 1973, o qual teve diversas alterações legislativas até o novo Código de Processo Civil entrar em vigor. O novo Código de Processo Civil alterou nome de tutela antecipada para tutela provisória. Esse novo diploma processual vem ao encontro dos princípios inseridos na Constituição Federal de 1988 (v. g. legalidade, igualdade, segurança jurídica, motivações das decisões, ampla defesa, contraditório, razoável duração do processo e o devido processo legal). O novo diploma processual, na seara das tutelas provisórias trouxe em seu artigo 304 a denominada “estabilização da tutela de urgência”. Cabe ressaltar, que este novo instituto passa por críticas por parte da doutrina, porque não poderia ser restrito apenas a tutela de urgência, devendo abranger também a tutela de evidência, mesmo que este instituto esteja dentro do Título III (Tutela

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

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

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

Introdução

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

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

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

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

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

1 Breve Histórico

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

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

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

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

Sempre houve uma necessidade de demonstrar na tutela antecipada a sua urgência e uma decisão judicial preliminar sobre determinado fato, o qual não pode esperar o final do processo, antecipando os seus efeitos de caráter provisório¹, a qual pode ser no total ou parcial.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

2 O escopo do código de processo civil de 2015.

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

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

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

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

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

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

La figura del processo è strettamente legata a quella della tutela, essendo questa necessariamente giudiziale ed esaurendo di solito il suo compito nell'apparato processuale con una pronuncia del giudice.

Partendo da questo presupposto, tra le molte considerazioni in dottrina sulla reale funzione del processo ce ne sono due principali.

La più antica vede il processo come lo strumento che assiste il singolo per la realizzazione e l'esercizio di un suo diritto, l'altra, prevalente in quasi l'intero Novecento, considera il processo come una funzione pubblica diretta alla reintegrazione del diritto oggettivo.

Abbandonata la prima impostazione sulla scia anche dell'influenza tedesca, si è capito con il tempo che non faceva coincidere molto il processo con la sua vera funzione originaria, vale a dire lo scopo della tutela dei diritti del singolo. Disciplinando la natura delle varie forme di tutela e lasciando modi e forme al codice di rito, questa sistemazione offre notevoli punti di riflessione ma soprattutto riconosce implicitamente che non è il processo ad offrire in modo esclusivo tutela ai singoli, ma anche altre forme come la trascrizione e la prescrizione.”²

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

3 Tutela provisória³

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

Com isso, a tutela provisória se caracteriza por sumária, precária e de estabilização.

3.1 Tutela provisória antecedente e incidental

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

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

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

4 A tutela de urgência

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

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

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

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

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

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

§ 2º A tutela de urgência pode ser concedida liminarmente ou após justificação prévia.

§ 3º A tutela de urgência de natureza antecipada não será concedida quando houver perigo de irreversibilidade dos efeitos da decisão.

Art. 301. A tutela de urgência de natureza cautelar pode ser efetivada mediante arresto, sequestro, arrolamento de bens, registro de protesto contra alienação de bem e qualquer outra medida idônea para assecuração do direito.

Art. 302. Independentemente da reparação por dano processual, a parte responde pelo prejuízo que a efetivação da tutela de urgência causar à parte adversa, se:

I - a sentença lhe for desfavorável;

II - obtida liminarmente a tutela em caráter antecedente, não fornecer os meios necessários para a citação do requerido no prazo de 5 (cinco) dias;

III - ocorrer a cessação da eficácia da medida em qualquer hipótese legal;

IV - o juiz acolher a alegação de decadência ou prescrição da pretensão do autor.

Parágrafo único. A indenização será liquidada nos autos em que a medida tiver sido concedida, sempre que possível.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

Por fim, sobressai que existirá a probabilidade de concretização de defesa prévia para a concessão da tutela de urgência (artigo 300, §2º) e, também,

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

5 A tutela de evidência

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

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

Art. 311. A tutela da evidência será concedida, independentemente da demonstração de perigo de dano ou de risco ao resultado útil do processo, quando:

I - ficar caracterizado o abuso do direito de defesa ou o manifesto propósito protelatório da parte;

II - as alegações de fato puderem ser comprovadas apenas documentalmente e houver tese firmada em julgamento de casos repetitivos ou em súmula vinculante;

III - se tratar de pedido reipersecutório fundado em prova documental adequada do contrato de depósito, caso em que será decretada a ordem de entrega do objeto custodiado, sob cominação de multa;

IV - a petição inicial for instruída com prova documental suficiente dos fatos constitutivos do direito do autor, a que o réu não oponha prova capaz de gerar dúvida razoável.

Parágrafo único. Nas hipóteses dos incisos II e III, o juiz poderá decidir liminarmente.

Essa tutela tem a finalidade de uma melhor prestação jurisdicional, afirmando na celeridade e efetividade do processo, com afincamento constitucional, de evitar a morosidade da esfera judiciária. É notório que o atraso na prestação jurisdicional não traz a satisfação de direito⁴.

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

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

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

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

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

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

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

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

Enaltece o legislador aquilo a que, na doutrina, se tem chamado de *tutela de evidência sem urgência* ou *tutela de evidência pura*, que corresponde “à tutela de um direito que, de tão claro, impele a uma rápida proteção jurisdicional”, hipótese em que, “embora não haja o risco de dano à esfera jurídica do autor (grau nenhum) ou embora este risco seja desprezível (grau mínimo), o juiz decide conceder a tutela em face da certeza ou quase certeza do direito alegado (grau máximo)”.

Algo evidente, a rigor, seria aquilo que não dependeria de prova. Mas na maior parte dos casos descritos no art. 311 do CPC/2015 exige-se prova documental. O sentido com que o legislador emprega a expressão “evidência”, assim, é bastante largo. (MEDINA, 2017. p 370/371)

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

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

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

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

A eliminação do livro próprio permitiu conferir o adequado tratamento à tutela cautelar, sendo certo que, quando antecedente, incidia o processo e na mesma relação processual instaura-se a ação principal.

A tutela de urgência satisfativa, que na sua essência se difere da tutela cautelar pela diversidade do periculum in mora, neste último caso, incidente sobre a utilidade do processo, ao passo que naquele outro o risco é para o direito da parte, por isso que Calamandrei aduzia a instrumentalidade ao quadrado da tutela acautelatória, submete-se ao mesmo regime quando antecedente.

A novidade também se operou quanto aos direitos líquidos e certos de uma parte em face da outra.

Entendeu a comissão que nessas hipóteses em que uma parte ostenta direito evidente, não se revelaria justo, ao ângulo do princípio da isonomia, postergar a satisfação daquele que se apresenta no processo com melhor direito, calcado em prova inequívoca, favorecendo a parte que, ao menos *prima facie*, não tem razão.

A tutela da evidência não é senão a cautela antecipada que dispensa o risco de dano para ser deferida, na medida em que se funda no direito irretorquível da parte que inicia a demanda.

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

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

Em caso prático, o Supremo Tribunal Federal – STF – O Guardião da Constituição -, afirmou no episódio que para as ações civis públicas não se faz necessários a invocação do instituto da urgência, satisfazendo para tanto, a aplicação da tutela de evidência⁵.

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

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

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

6 A estabilização da tutela antecipada

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

Embora se preveja que não fará coisa julgada a decisão que concede a tutela, somente por ação própria e no prazo de dois anos poderá ser revista, reformada ou invalidada.

Estabilizada a tutela antecipada de urgência, não caberá ação rescisória, já que há previsão de ação própria.

Este novo instituto, não se aplica a tutela de cautelar nem a tutela de evidência. Justifica-se a não aplicação da estabilização a tutela cautelar, por ser tutela não-satisfativa, de cunho assecuratório, para conservar o direito afirmado.

“(…) a tutela de evidência quanto a de urgência (esta, antecipada ou cautelar) poderá ser concedida em caráter antecedente ou incidental, isso é, antes de apresentado o pedido “principal” (cujos efeitos se vão antecipar, ou cuja produção de efeitos se pretende garantir) ou quando já realizado tal pedido. A disciplina prevista no art. 304 do CPC/2015, a nosso ver, também pode aplicar-se à tutela de evidência”. (MEDINA, 2017. p.344)

Já em relação à tutela de evidência, a doutrina apresenta crítica, por-

que a lei foi tão restritiva ao aplicar a estabilização apenas a tutela de urgência, uma vez que ela também exige tutela antecipada de natureza satisfativa.

Leciona Neves (2016, p. 449) que a haverá estabilização apenas nas decisões que deferir a tutela de forma antecipada.

Das três diferentes espécies de tutela provisória somente a tutela antecipada foi contemplada na forma legal de estabilização consagrada no art. 304 do Novo CPC. Significa dizer que, ao menos pela literalidade da norma, a regra não é aplicável à tutela cautelar e à tutela da evidência. Por outro lado, como o *caput* do art. 304 do Novo CPC faz remissão expressa à tutela antecipada concedida nos termos do artigo legal antecedente (art. 303), também estaria excluída da estabilização tutela antecipada concedida inicialmente.

Após a intimação das partes do deferimento da tutela de urgência (tutela antecipada), tem-se o início do prazo de 15 (quinze) dias para que seja interposto o recurso de agravo de instrumento. Caso neste prazo, não seja interposto o recurso a tutela concedida passa a ser estável e caso o recurso não seja deferido a decisão deverá ser mantida.

7 A aplicação do instituto da estabilização a tutela de evidência

O novo Código de Processo Civil (Lei Federal n.º 13.105/2015) fixou que o instituto da estabilização do deferimento deve ser aplicado apenas a tutela de urgência, conforme artigo 304, *caput*.

A tutela antecipada (provisória satisfativa) cedida e não examinada pode advir por um fato de estabilização, antecipado no artigo 304 do Código de Processo Civil. Essa estabilização da tutela antecipada não se confunde, apesar disso, com a coisa julgada.

Nesse mesmo sentido, Neves (2016, p. 449/450) afirma que:

(...) não se pode dizer da tutela provisória da evidência, que a exemplo da tutela antecipada tem natureza satisfativa. Nesse caso o legislador parece ter tido menos do que deveria, porque as mesmas razões que o levaram a criar a estabilização da tutela antecipada indiscutivelmente aplicam-se à tutela de evidência.

(...) Partindo-se dessa premissa, a estabilização da tutela da evidência só seria possível nas hipóteses previstas nos incisos II e III do art. 311 do Novo CPC.

Com a devida vênia ao legislador, essa interpretação restritiva, não traz justificativa para excluir a aplicação estabilização à tutela de evidência, em razão dos requisitos exigidos para a tutela antecipada antecedente.

Com o devido respeito, o Código não foi feliz ao recusar a tutela de evidência que é passível de ser prestada na forma antecedente, uma vez que a tutela de evidência apresenta a mesma satisfação fática que a tutela antecipada, consisti em a alteração aos pré-requisitos para a sua concessão.

Assim, instrui Neves (2016, p. 499) como se poderia proceder para pugnar a estabilização na tutela de evidência:

É claro que, nas duas hipóteses de tutela da evidência em que não cabe sua concessão liminarmente, não haverá possibilidade material de seu pedido ocorrer de forma antecedente: mas nas duas outras, nas quais a concessão pode ou deve ser limitar, é plenamente possível imaginar um pedido de forma antecedente. Como Novo Código de Processo Civil não trata dessa possibilidade, é possível (...) propugnar pela aplicação por analogia do procedimento previsto para o pedido antecedente de tutela antecipada.

Neves (2016, p. 499) continua explicando como o requerente/autor poderá pleitear judicialmente a tutela de evidência, na forma antecedente expondo que:

Sendo o pedido formulado de forma antecedente, poderá ser elaborado como tópico da petição inicial, ou, após esse momento inicial do procedimento, ser formulado por meio de mera petição a ser juntamente aos autos principais. Ainda que o juiz possa, antes de decidir, intimar a parte contrária para se manifestar sobre o pedido a tutela de evidência pode ser a qualquer momento, concedida mediante contraditório diferido, nos termos do art. 9º, parágrafo único, II, do Novo CPC.

O Ministro do Supremo Tribunal Federal, Luiz Fux (2000, p. 8), de forma clara, defende que:

(...) demonstrável *prima facie* através de prova documental que o consubstancie líquido e certo, como também o é o direito assentado em fatos incontroversos, notórios, o direito a coibir um suposto atuar do *adversus* com base

em „manifesta ilegalidade“, o direito calcado em questão estritamente jurídica, o direito assentado em fatos confessados noutro processo ou comprovados através de prova emprestada obtida sob contraditório ou em provas produzidas antecipadamente, bem como o direito dependente de questão prejudicial, direito calcado em fatos sobre os quais incide presunção *jure et de jure* de existência e em direitos decorrentes da consumação de decadência ou da prescrição.

Com isso, no caso de se deferida a tutela antecedente de evidência, terá amparo legal do artigo 311 do Código de Processo Civil.

Pode-se afirmar que a estabilização da tutela de evidência pode ser aplicada aos incisos II e III do artigo 311 do Código de Processo Civil, como citado mais ao norte, apenas vem reforçar o cumprimento das decisões dos tribunais superiores.

Veja bem que o inciso II deixa claro que as alegações apontadas baseadas em fatos puderem ser comprovadas apenas documentalmente e houver tese firmada em julgamento de casos repetitivos ou em súmula vinculante

Questiona-se: Se o fato alegado pode ser provado documentalmente e mais ainda esse fato é fundamentado em julgados repetitivos de tribunais superiores ou em súmula vinculante só isso não seria forte o suficiente para o deferimento de uma tutela?

Em comparação com a tutela de urgência, deve-se ter o lastro de hipóteses, como a probabilidade de um direito e a urgência do caso concreto.

Neste caso, deve estilizar a decisão que deferir o pedido de tutela de evidência em caso de não haver interposição de agravo.

O melhor caminho é desmembrar cada instituto desse inciso e expô-lo para clarificar o que a finalidade do próprio inciso II.

A estabilização é uma questão segurança jurídica, em respeito as provas apresentadas nos autos, caso concreto, e respeito aos tribunais superiores.

Não é diferente o pensamento de Diddier (2016, p. 579/580) ao dizer que:

A tutela provisória de evidência (satisfativa) pode ser concedida liminarmente quando fundada nos incisos II e III do art. 311, porquanto se tenham ali estabelecido hipóteses de evidência robustas o bastante para autorizar a medida antes de o réu ser ouvido. Ou seja, são caso em que a prova dos fatos e/ou o seu enquadramento normativo tem a consistência necessária para permitir a

providência *in limine litis* em favor do demande. Acrescente-se a isso ‘a elevada qualidade do seu direito a reduzida probabilidade de que o réu possa vir a desmenti-la’”.

Com isso, “na realidade é plenamente justificável que um pedido de tutela de evidência se faça na forma antecedente, sem qualquer exigência de urgência, ainda mais pela possibilidade de estabilização da tutela provisória nos termos do artigo art. 304 do Novo CPC”. (Neves. 2016, p. 414).

Destarte, os professores Marinoni, Arenhart e Mitidiero (2017, p. 224), aduzem que cabe ao intérprete analisar de forma ampla o pensamento restritivo que teve o legislador:

“Do ponto de vista técnico, nada obstará a possibilidade de tutela da evidência antecedente, como mostra a experiência do *référé provision français* (art. 809, *Code de Procédure Civile*); porém, intencionalmente ou não, nosso legislador parece ter optado por limitar a tutela antecipada antecedente aos casos de urgência. A opção, por óbvio, não merece respaldo. O ônus do tempo do processo não pode ser atribuído àquele que aparentemente tem razão. Por isso, examinando o regime da tutela antecipada antecedente à luz da garantia fundamental da tempestividade da jurisdição, evidencia-se a necessidade de se interpretar extensivamente o contido no art. 303, do CPC, de modo a abarcar também, por analogia, as tutelas da evidência.”

Barracho (1996, p. 105) é enfático ao declarar que “a tutela do processo efetiva-se pelo reconhecimento do princípio da supremacia da Constituição sobre as normas processuais. Ela efetua-se (...) como suporte as garantias”.

Assim, limitar-se aplicação do instituto da estabilização apenas a tutela de urgência, é restringir o espírito do novo Código de Processo Civil, que trouxe inserido os princípios constitucionais (*verbi gratia* art. 5º, XXXV, Carta Magna), com a finalidade do amplo acesso à justiça.

Conclusão

Como visto ao longo deste trabalho, optou-se por demonstrar de forma singela, que o processo civil, desde 1973 passou por uma evolução até a promulgação da Lei Federal 13.105/2015. Esta lei, alterou por completo o

que se entedia por tutela antecipada. Começando pelo título que passou a chamar-se tutela provisória.

Dentre as alterações, trouxe de forma expressa o instituto da estabilização.

O legislador fixou que este instituto dentro do título da tutela de urgência. As inovações do Código de Processo Civil vieram ao encontro da Constituição da República de 1988.

Desta forma, deve-se ter uma visão ampla do processo, com o escopo de alcançar os princípios processuais constitucionais, principalmente, o do acesso ao judiciário, uma vez que é o fim principal do Novo Código de Processo Civil.

A estabilização da tutela de evidência apresenta força e não há no mundo jurídico elementos para evitar que parágrafo único do artigo 311 do Código de Processo Civil, ao afirmar que o juiz poderá decidir por liminar os incisos II e III.

Com isso, não se pode excluir a aplicação da estabilização à tutela de evidência, uma vez que ela apresenta as mesmas características da tutela de urgência, em um processo constitucional democrático.

CHAGAS, A. L., The Evolution of Provisional Guardianship and the (non) Stabilization of Evidence Guardianship in the New Code of Civil Procedure. *Justitia*, São Paulo, v. 213/214/215/216, p. 112-137, Jan. / Dec. 2019-2020.

- **ABSTRACT:** This article is a brief study on Book V (Provisional Guardianship), Title I (General Provisions) of the New Code of Civil Procedure, promulgated on March 18, 2015 (Federal Law No. 13. 105/2015). It goes through a brief history of early protection, even as an obligation to show a little of the legislative evolution in this area. It begins with the Civil Procedure Code of 1973, which had several legislative changes until the new Civil Procedure Code came into force. The new Civil Procedure Code changed the name from early protection to provisional protection. This new procedural diploma meets the principles inserted in the Federal Constitution of 1988 (see legality, equality, legal certainty, motivations for decisions, broad defense, contradictory, reasonable duration of the process and due legal process). The new procedural law, brought the so-called “stabilization of urgent tutelage” in the Article 304, in the area of provisional tutelage. It should be noted that this new institute is criticized by the doctrine, because it could not be restricted to urgent protection only, and should also cover the protection of evidence, even if this institute is within Title III (Ur-

gent Care), Chapter II (Of the Early Guardianship Procedure Requested in an antecedent character).

- **KEYWORDS:** Guardianship. Provisional. Urgency. Evidence. New. Process. Civil. Stabilization. Constitution. Federal

Referências

A COMISSÃO. **Exposição do Motivos do Código de Processo Civil de 2015.** Vade Mecum. Acadêmico de Direito. Anne Joyce Angher – organizadora. 22ª ed. São Paulo. Rideel, 2016.

ALESSANDRA. Concas. **II Processo Civele.** Disponível em:< [https://www.diritto.it/il-processo-civile/#:~:text=Il%20processo%20civile%20C3%A8%20uno,nel%20codice%20di%20procedura%20civile.](https://www.diritto.it/il-processo-civile/#:~:text=Il%20processo%20civile%20C3%A8%20uno,nel%20codice%20di%20procedura%20civile.;)>; Acessado em: 29 de Jun. de 2020.

BARACHO. José Alfredo de Oliveira. **Processo Constitucional.** Separata de: Revista Forense. Rio de Janeiro, v. 337. 1996. P. 105-123.

CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988, de 5 de outubro de 1988. Diário Oficial da União. Brasília, 5 de out. de 1988. Disponível em < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>. Acesso em: 25 de jul. de 2020.

DA SILVA, Ovídio A. Baptista. **Processo Cautelar.** 3ª. Rio de Janeiro. Forense, 2006.

DIDIER Jr. Fredie.; BRAGA. P. S.; OLIVEIRA. R. A. **Curso de Direito Processual Civil:** teoria da prova, direito probatório, ações probatórias, decisão, precedente, coisa julgada e antecipação dos efeitos da tutela. v. 2.11ª. Ed. – Salvador: Ed. JusPodivm, 2016.

DIDIER Jr. Fredie; coordenador. 18, 19 e 20 de mar. de 2016 <<http://portalprocessual.com/wp-content/uploads/2016/05/Carta-de-S%C3%A3o-Paulo.pdf>> Acessado em: 18 de fev. de 2017.

JÚNIOR NERY, Nelson. Nery, Rosa Maria de. **Código de Processo Civil comentado.** 3. ed. São Paulo. Thomson Reuters Brasil, 2018.

LEI FEDERAL Nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973. Diário Oficial da União. Brasília, 17 de janeiro de 1973. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L5869.htm> Acesso em: 29 de jan. de 2017.

LEI FEDERAL Nº 13.105, de 18 de março de 2015. Diário Oficial da União. Brasília, 17 de março de 2016. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/L13105.htm> Acesso em: 5 de fev. de 2017.

FUX, Luiz. **O Novo Processo Civil Brasileiro.** Direito em Expectativa. Forense, Rio de Janeiro, 2011.

FUX, Luiz. **A tutela dos Direitos Evidentes**. Jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça. < http://bdjur.stj.jus.br/jspui/bitstream/2011/894/A_Tutela_Dos_Direitos_Evidentes.pdf > Brasília, ano 2, número 16, p. 23-43, abril de 2000. Disponível em: Acesso em: 4.fev. 2017.

LAMY, Eduardo. **Tutela provisória**. São Paulo. Atlas, 2018 *apud* FUX, Luiz. **Tutela de segurança e tutela da evidência**. São Paulo: Saraiva, 1996. p. 313-316.

NERY JÚNIOR, Nelson. **Princípios do Processo Civil na Constituição Federal**. 8. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

NEVES, Daniel Amorim Assumpção. **Manual de Direito Processual Civil**. Volume Único. 8ª. Ed. – Salvador: Ed. JusPodivm, 2016

MARINONI, Luiz Guilherme, ARENHART, Sérgio Cruz Arenhart, e MITIDIERO, Daniel. **Novo Curso Processo Civil**, Vol. 2, 3ª ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017, p. 224.

MOUZALAS, De Souza e Silva. **Processo Civil**. Imprensa: Salvador, JusPODIVM, 2011.

PESSANHA, José Américo Motta (seleção de textos). **Os Pensadores**. Platão, 428 ou 7-348 ou 7 A.C. Defesa de Sócrates / Platão. Ditos e feitos memoráveis de Sócrates; Apologia de Sócrates / Xenofonte. As nuvens / Aristófanes; traduções de Jaime Bruna, Libero Rangel de Andrade, Gilda Maria Reale Strazynski. — 4. ed. — São Paulo: Nova Cultural, 1987.

SILVA, R. M. S. **Processo Civil. Volume único**. 4ª ed. Editora JusPodivm. 2011.

SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA – STJ - O Tribunal da Cidadania - DIREITO PROCESSUAL CIVIL - **Tutela antecipada concedida em caráter antecedente. Estabilização. Não interposição de agravo de instrumento. Preclusão. Apresentação de contestação. Irrelevância**. [REsp 1.797.365-RS](#), Informativo nº 0658 Rel. Min. Sérgio Kukina, Rel. Acd. Min. Regina Helena Costa, Primeira Turma, por maioria, julgado em 03/10/2019, DJe 22/10/2019

SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA – STJ – O Tribunal da Cidadania - [REsp 1.797.365-RS](#), Rel. Min. Sérgio Kukina, Rel. Acd. Min. Regina Helena Costa, Informativo 658. Primeira Turma, por maioria, julgado em 03/10/2019, DJe 22/10/2019

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL – STF – O Guardião da Constituição. RE 944504 AgR, Relator(a): DIAS TOFFOLI, Segunda Turma, julgado em 20/10/2017, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-251 DIVULG 31-10-2017 PUBLIC 06-11-2017

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL – STF – O Guardião da Constituição. AO 2482 MC-AgR, Relator(a): RICARDO LEWANDOWSKI, Tribunal Pleno, julgado em 04/05/2020, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-122 DIVULG 15-05-2020 PUBLIC 18-05-2020

A Análise Institucional Comparativa

Matheus Arice Junqueira de PAULA*

- **SUMÁRIO:** Introdução. 1 A análise institucional comparativa. 2 Aplicação do modelo. Conclusão. Referências.
- **RESUMO:** Cada vez mais atuante no cenário de definição e implementação de políticas públicas, o Poder Judiciário tem buscado concretizar direitos individuais e coletivos contidos na Constituição Federal através de suas decisões. Tal atuação, chamada por muitos de “judicialização da política”, tem sido alvo de severas críticas por parte de economistas, cientistas políticos e juristas. Vem à tona a discussão acerca da capacidade desse Poder em implementar políticas públicas, tendo em vista suas limitações institucionais. Este trabalho busca demonstrar que a análise não deve ser voltada unicamente sobre as limitações do Poder Judiciário. É necessário ir além. Neil Komesar, professor estadunidense da Universidade de Wisconsin, propõe um novo modelo de aferição de instituições aptas à implementação de políticas públicas: a análise institucional comparativa. Por meio desta, o analista investiga não apenas uma, mas as principais instituições responsáveis pela concretização de políticas públicas, quais sejam, o mercado (processo de trocas), o Poder Judiciário (processo adjudicatório) e os Poderes Executivo e Legislativo (processo político). Assim, à luz de um caso concreto, determinada instituição, ainda que apresente variados defeitos e limitações, pode ser aquela cuja atuação seja a mais adequada a buscar a otimização do interesse público, tendo em vista os defeitos e limitações das demais instituições serem ainda mais graves.
- **PALAVRAS-CHAVE:** Judicialização da política. Políticas públicas. Análise institucional comparativa. Modelo centrado na participação. Escolha racional.

Introdução

Originalmente destinada aos poderes Executivo e Legislativo, a função de definição e efetivação de políticas públicas¹ tem sido cada vez mais exer-

*Advogado

¹ Segundo ensinamento de BUCCI (2006, p. 39), políticas públicas são “o programa de ação

cida pelo Poder Judiciário. Denominada por alguns como “judicialização da política”, essa situação, embora obtenha sucesso em alguns casos, nem sempre é bem-vinda. Muitas vezes, por mais que embasada em justas intenções, as decisões judiciais mais prejudicam do que efetivamente colaboram com a consecução do interesse público. Isso decorre do fato de que o Poder Judiciário nem sempre é a instituição mais adequada à implementação de determinada política pública e, ao se colocar no papel de efetivador de certo direito, acaba não atuando da maneira mais adequada quanto seria possível.

O cenário atual é produto das transformações sociais e jurídicas ocorridas no decorrer do século XX. Com a falência do liberalismo econômico (constatada principalmente após a quebra da Bolsa de Nova Iorque, em 1929), os Estados passam a adotar uma política economicamente mais intervencionista e juridicamente mais social.

Emerge o Estado do Bem-Estar Social, muito marcado pela presença de direitos humanos de segunda geração: ao Estado não mais cabe apenas a função de garantir as liberdades públicas, mediante uma atuação majoritariamente contida, mas deve agora governar através de prestações positivas no sentido de regular o mercado e buscar igualdade material entre os indivíduos². Ressalta Duran-Ferreira:

*A esse fenômeno, acrescenta-se o caráter “dirigente” que muitas das constituições modernas vieram a adquirir, passando a conter extensos róis de direitos de natureza social, que instrumentalizam objetivos e finalidades do sistema político.*³

Destarte, passou o Poder Judiciário a ser verdadeiro instrumento de efetivação desses mandamentos constitucionais via ações judiciais dos governados contra o Estado.

governamental que resulta de um processo ou um conjunto de processos juridicamente regulados [...] visando coordenar os meios à disposição do Estado e as atividades privadas, para a realização de objetivos socialmente relevantes e politicamente determinados”.

² BADIN, Arthur Sanchez. *Controle judicial das políticas públicas: contribuição ao estudo do tema da judicialização da política pela abordagem da análise institucional comparada de Neil K. Komesar*. Dissertação de mestrado na Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, sob orientação do Professor Hermes Marcelo Huck, 2011, p. 14.

³ DURAN-FERREIRA, Camila. *O Judiciário e as Políticas de Saúde no Brasil: o caso AIDS*. Monografia vencedora do concurso IPEA-CAIXA 2004, p. 7.

O problema é que a escassez de recursos impede a efetivação de todos os direitos individuais e sociais previstos na Constituição. O administrador, em sua função de administrar, se vê forçado a escolher entre asfaltar vias públicas, construir creches, reformar hospitais ou contratar policiais – trata-se da popular expressão “cobertor curto”. E quando o Poder Judiciário interfere nesse juízo de oportunidade e conveniência, podem haver problemas decorrentes das próprias limitações desta instituição, os quais serão abordados oportunamente.

Com efeito, a “judicialização da política” trouxe à tona uma importante discussão, talvez ainda mais importante do que se discutir os fins e os meios das políticas públicas: a escolha a respeito de quem deve fazer essas escolhas. Como mostra Badin:

[...] subjacente ao debate sobre os limites da revisão judicial das políticas públicas está, consciente ou inconscientemente, a busca por saber qual a instituição mais “capacitada” a decidir sobre as variáveis “fins” e “meios” de forma mais aderente ao “interesse público”.⁴

Essa seleção institucional costuma ser desenvolvida pela doutrina e pelos operadores do direito a partir de uma análise simples, ou seja, uma análise monoinstitucional, que leva em conta os prós e contras de uma só instituição. Trata-se de uma abordagem superficial que pode levar a conclusões equivocadas. Por exemplo: identificar e apontar os defeitos do Poder Judiciário para a implementação de determinada política pública não implica, necessariamente, que o Poder Executivo é a instituição melhor estruturada para satisfatoriamente prestar esse serviço; este pode, inclusive, apresentar defeitos que o torne ainda menos indicado ao mister, os quais não são analisados por referida análise monoinstitucional.

Neil Komesar, professor estadunidense da Universidade de Wisconsin, propõe em sua obra “Imperfect alternatives: choosing institutions in law, economics and public policy” uma seleção diferente. Para Komesar, a “escolha de quem deve fazer as escolhas” deve ser desenvolvida a partir de uma análise

⁴ BADIN, Arthur Sanchez. *Controle judicial das políticas públicas: contribuição ao estudo do tema da judicialização da política pela abordagem da análise institucional comparada de Neil K. Komesar*. Dissertação de mestrado na Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, sob orientação do Professor Hermes Marcelo Huck, 2011, p. 17.

institucional comparativa, que leva em consideração não apenas uma, mas as principais instituições existentes e capazes de implementação de políticas públicas, quais sejam: o processo adjudicatório (Poder Judiciário), o processo de trocas (mercado) e o processo político (Poderes Legislativo e Executivo). Somente a partir de uma análise comparativa, analisando as complexidades de cada instituição à luz das peculiaridades do caso concreto, chegaríamos à conclusão de quem seria a mais apta a concretizar determinada política pública. Nesse sentido a lição de Costa:

*A questão não é “quando a economia funciona melhor que o legislativo” ou “quando o processo judicial atua melhor que a economia”, mas, dado um conjunto de circunstâncias, qual das instituições é a mais apta à implementação de determinada política pública.*⁵

Este trabalho buscará, através da análise institucional comparativa proposta por Komesar, propor uma abordagem diferente acerca da efetivação de políticas públicas. Não há a pretensão de indicar o melhor ou o único caminho viável à solução dos complexos problemas sociais e jurídicos brasileiros; trata-se apenas de uma visão ainda pouco difundida no cenário nacional e que, ao menos, enriquece o debate acerca da “judicialização das políticas públicas” e da otimização de sua efetivação.

1 A análise institucional comparativa

Como mencionado acima, mais importante do que escolher qual a melhor política pública para determinado caso concreto é a definição de quem fará essa escolha. Explica Badin que “a depender da instituição que for encarregada de fazer a escolha de políticas públicas (fins, meios e prioridades), teremos diferentes resultados de política pública”.⁶ Vianna e Burgos ao analisarem o “Caso dos Drogadictos”, ilustram essa premissa: em uma ação civil pública movida pelo Ministério Público do Rio de Janeiro em face da Prefei-

⁵ COSTA, Rafael de Oliveira. *Entre o Direito, a Política e a Economia: (Re)Construindo a Análise Institucional Comparativa*. Revista da Faculdade de Direito da UFPR, v. 59 (2014), p. 80.

⁶ BADIN, Arthur Sanchez. *Controle judicial das políticas públicas: contribuição ao estudo do tema da judicialização da política pela abordagem da análise institucional comparada de Neil K. Komesar*. Dissertação de mestrado na Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, sob orientação do Professor Hermes Marcelo Huck, 2011, p. 89.

tura do Rio de Janeiro, os autores pleiteavam a criação de pelo menos dezesseis leitos em hospitais públicos para crianças e jovens dependentes de drogas. O fundamento do pedido estava na inércia do Poder Público, na batalha do Ministério Público e do Judiciário contra a drogadição de crianças e adolescentes e na utilização da ação como instrumento de transformação social.⁷

Acerca do caso, Viana e Burgos entrevistaram uma pesquisadora da área de saúde pública, que lhes afirmou que “se tivesse de apostar todas as fichas, apostaria na prevenção, pois o problema tem de ser tratado como uma epidemia, o que supõe uma abordagem intensiva e cotidiana”. Por sua vez, um funcionário da prefeitura também entrevistado respondeu que não só a ação civil pública em questão seria inexequível, tanto pelo prazo de efetivação quanto pela magnitude dos recursos, como a demanda dos dezesseis leitos é absurda, pois o número é exorbitante: “já não há espaço para doentes em estado terminal em vários hospitais. O programa de atendimento ambulatorial, com profissionais treinados e todos os seus dispositivos, requer uma mobilização muito grande de recursos”⁸.

Percebemos nesse caso que, a depender da pessoa encarregada de decidir, o resultado da ação estatal será diverso. Para a pesquisadora, a alocação dos recursos públicos deve ser feita na prevenção do uso de drogas. Para o funcionário da Prefeitura, que enxerga não apenas esse caso, mas também todas as demais demandas na área da saúde, não se trata de um pedido viável, tendo em vista a escassez de recursos públicos. Já os membros do Ministério Público, autores da ação, têm como função a concretização do mandamento constitucional de fornecer saúde e dignidade a todos, e entendem que as crianças e adolescentes têm prioridade absoluta na concretização desses direitos.

Assim, é necessário deixar de lado a análise monoinstitucional, que leva em consideração somente os atributos de uma instituição, isoladamente considerada, e abraçar a análise institucional comparativa desenvolvida por Neil Komesar.

⁷ VIANNA, Luiz Werneck & BURGOS, Marcelo Baumann. *Entre princípios e regras: cinco estudos de caso de Ação Civil Pública*. Rio de Janeiro: Escola da Magistratura do Rio de Janeiro, 2005, p. 38.

⁸ VIANNA, Luiz Werneck & BURGOS, Marcelo Baumann. *Entre princípios e regras: cinco estudos de caso de Ação Civil Pública*. Rio de Janeiro: Escola da Magistratura do Rio de Janeiro, 2005, p. 42.

Justificando a utilização de seu trabalho, Komesar adverte:

[...] os mesmos fatores que alteram a capacidade de uma instituição em duas situações muitas vezes alteram a capacidade da(s) instituição(ções) alternativa(s) na mesma direção. É muito comum - embora nem sempre - as instituições se moverem juntas. Quando uma instituição está no seu melhor ou pior, as instituições alternativas muitas vezes estão no seu melhor ou pior.⁹

Firmada a premissa de que as instituições se movem juntas, analisar apenas uma delas, considerando unicamente os seus defeitos e virtudes, não indica que outra seja melhor ou pior diante de determinado caso concreto.

Nas palavras de Komesar, a análise institucional comparativa trata-se de “uma escolha entre alternativas imperfeitas”¹⁰, isto é, nenhuma instituição é perfeita. Da sua análise emergirá, contudo, aquela que mais satisfatoriamente pode atingir a finalidade pública de determinada política.

Ressalta-se que, embora não se trate de uma tarefa simples, a proposta do professor da Universidade de Wisconsin “abarca não apenas a racionalidade e os benefícios das instituições, mas também as suas falibilidades e dificuldades, tornando-a mais complexa e realista”.¹¹

A análise institucional comparativa propõe uma metodologia chamada de “modelo centrado na participação”. Tal metodologia busca prever o grau de eficiência da atividade de determinada instituição a partir de uma variável: quais grupos de interesses (consumidores, fornecedores, lobistas, votantes, litigantes, etc) participam efetivamente do processo de decisão. A interação entre esses atores e a instituição explica e condiciona o resultado da política pública por ela implementada, uma vez que é característica comum entre todas as instituições, servindo assim como perfeito parâmetro de comparação entre elas.¹²

⁹ KOMESAR, Neil K. *Imperfect alternatives: choosing institutions in law, economics and public policy*. Chicago University Press: Chicago, 1994, p. 23.

¹⁰ KOMESAR, Neil K. *Imperfect alternatives: choosing institutions in law, economics and public policy*. Chicago University Press: Chicago, 1994, p. 5.

¹¹ COSTA, Rafael de Oliveira. *Entre o Direito, a Política e a Economia: (Re)Construindo a Análise Institucional Comparativa*. Revista da Faculdade de Direito da UFPR, v. 59 (2014), p. 80.

¹² BADIN, Arthur Sanchez. *Controle judicial das políticas públicas: contribuição ao estudo do*

Essa interação é determinada, sobretudo, pela “escolha racional”. Cunha-da pelo autor estadunidense, essa expressão representa uma ponderação realizada por esses atores entre os custos e os benefícios de sua participação no processo decisório. Como benefícios entende-se o efetivo ganho dessa participação distribuído entre os membros daquela classe. A análise entende como custos os “custos de participação”, que abarcam tanto os custos de informação quanto os custos de organização da classe e os custos de acesso. Os custos de informação são aqueles necessários para se compreender o problema ou o caso, levantar dados que embasem os argumentos utilizados, enfrentar matérias técnicas. Os custos de organização são associados à mobilização de um grupo, à coordenação de seus membros. Finalmente, os custos de acesso estão associados às barreiras de entrada em alguma instituição e ao cálculo da probabilidade de êxito. Esclarece Costa¹³:

Assim, o modelo básico de participação institucional tem como fundamento um simples modelo matemático: o grau de participação é determinado pela interação entre os benefícios e os custos da participação (Ibid.). Os benefícios enfocam a distribuição de interesses entre os indivíduos envolvidos. Os aspectos centrais a serem examinados são a média de interesses per capita e a extensão na qual os interesses per capita variam entre os envolvidos (Ibid.). No que concerne aos custos de participação – custos de transações, custos de litígios ou custos de participação no processo político –, temos duas grandes categorias: os custos de organização e os custos de informação (Ibid.). Os custos de organização dizem respeito aos interesses per capita na mobilização de um grupo para a defesa de uma dada política pública. De outro modo, os custos de informação estão presentes em praticamente qualquer análise:

tema da judicialização da política pela abordagem da análise institucional comparada de Neil K. Komesar. Dissertação de mestrado na Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, sob orientação do Professor Hermes Marcelo Huck, 2011, p. 100.

¹³ COSTA, Rafael de Oliveira. *Entre o Direito, a Política e a Economia: (Re)Construindo a Análise Institucional Comparativa*. Revista da Faculdade de Direito da UFPR, v. 59 (2014), p. 81.

a organização é em si mesma dependente da informação e, sem ela, não é capaz, sequer, de tomar ciência das medidas necessárias para a implementação de uma dada política pública.

Frisa-se que, em regra, quanto mais difuso for o interesse, maiores serão os custos de organização, pois a identificação dos indivíduos se torna tarefa complexa. Na mesma esteira, o interesse de cada indivíduo no resultado será menor, e sensivelmente afetado por pequenos acréscimos nos custos de participação. Ainda, em se tratando de interesses altamente técnicos, que demandam tempo e energia para a própria compreensão da informação, haverá acréscimo significativo nos custos de participação.¹⁴ Ilustra essa situação Badin, citando um caso de interesses conflitantes de consumidores e fornecedores em uma consulta pública realizada por uma agência reguladora:

Suponhamos, por exemplo, que a consulta pública fosse a respeito de qual índice de correção monetária deveria ser aplicado em determinado ano, um mais favorável às empresas ou outro mais favorável aos consumidores. Para cada uma das empresas individualmente consideradas, o retorno dessa regulação é enorme, pois impacta todo o seu faturamento. Para cada um dos consumidores individualmente considerados, entretanto, o retorno da regulação é desprezível, pois se refere a uma alteração bastante marginal em uma das inúmeras “contas” que têm que pagar ao final do mês. Dessa forma, embora mais numerosos que as empresas, os consumidores tenderiam a “perder a briga” para as empresas. Ainda que o “ganho total da coletividade de consumidores” fosse muito superior ao “ganho total da coletividade de empresas”, a regulação estaria fadada a maximizar este em detrimento daquele, gerando resultados agregados sub-ótimos, em razão das condições institucionais que conformam a ação dos indivíduos no processo de decisão. Benefícios individuais baixos e

¹⁴ KOMESAR, Neil K. *Imperfect alternatives: choosing institutions in law, economics and public policy*. Chicago University Press: Chicago, 1994.

*altos custos (de informação, de coordenação ou de ação política) desencorajam a atuação de grupos majoritários, ainda que o somatório dos benefícios seja superior à inação.*¹⁵

Assim, o modelo centrado na participação pressupõe três premissas básicas.

Primeiramente, ao se basear em “escolhas racionais”, como dito acima, não é possível que o analista institucional presuma “a perfeição de um mundo imperfeito”¹⁶. Ou seja, não pode definir a escolha de uma instituição considerando como zero os custos de informação e de organização dos grupos de interesses.

A segunda premissa prega que os processos de tomada de decisão são massivos, complexos e dependentes das interações entre um grande número de participantes. Para Costa:

*Os resultados, no campo econômico, decorrem das interações entre a massa de consumidores e os fornecedores. A influência dos votantes, lobistas e outros grupos caracteriza o funcionamento do processo político. Até mesmo o Poder Judiciário pode ser concebido como um processo – um processo de prestação jurisdicional –, no qual a dinâmica do litígio determina a forma como os juízes decidem.*¹⁷

Finalmente, a análise institucional não deve deixar de considerar as limitações estruturais e financeiras de cada instituição.

2 Aplicação do modelo

A análise institucional comparativa de Komesar, contrapondo-se à análise monoinstitucional, impõe a necessidade de se avaliar os prós e os contras das principais instituições responsáveis pela implementação de políticas públicas.

¹⁵ BADIN, Arthur Sanchez. *Controle judicial das políticas públicas: contribuição ao estudo do tema da judicialização da política pela abordagem da análise institucional comparada de Neil K. Komesar*. Dissertação de mestrado na Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, sob orientação do Professor Hermes Marcelo Huck, 2011, p. 118.

¹⁶ KOMESAR, Neil K. *Imperfect alternatives: choosing institutions in law, economics and public policy*. Chicago University Press: Chicago, 1994, p. 27.

¹⁷ COSTA, Rafael de Oliveira. *Entre o Direito, a Política e a Economia: (Re)Construindo a Análise Institucional Comparativa*. Revista da Faculdade de Direito da UFPR, v. 59 (2014), p. 83.

Buscando otimizar os resultados, a análise comparativa entende que, mais importante do que a escolha “do que se faz” é a escolha de “quem fará”: se a instituição a desenvolver determinada política pública for equivocadamente escolhida, os resultados podem ser desastrosos.

Como visto, esse processo de escolha comparativa baseia-se na metodologia do “modelo centrado na participação”, cujo critério para escolha institucional é a participação efetiva de grupos de interesse no processo de decisão, característica comum a todas as instituições. Tal participação é baseada no custo benefício calculado pelos indivíduos integrantes dos grupos de interesse, sendo os benefícios representados pelo efetivo ganho dessa participação distribuído entre os membros daquela classe e os custos, aqueles referentes à informação, organização e acesso. A partir desse denominador comum, a análise fornece elementos que permitem a comparação entre as principais instituições: o processo político (Poderes Executivo e Legislativo), o processo de trocas (mercado) e o processo adjudicatório (Poder Judiciário).

Agora, passa-se à aplicação do modelo.

Inicialmente, o analista deve escolher a política pública que deseja promover.

Após, à luz de referida política, ele avalia a capacidade de cada instituição, segundo o grau de participação provável dos grupos de interesse. A análise, aqui, deve recair sobre a capacidade da instituição de atrair a participação dos atores envolvidos (consumidores, fornecedores, lobistas, votantes, litigantes...), ou seja, o custo benefício dessa participação - que envolve os custos de organização, acesso e informação, e o benefício per capita que pode ser aferido pelos indivíduos - deve ser positivo.

Costa menciona ainda um terceiro estágio: o dever do analista de aferir se a decisão institucional está contida nos limites traçados pelo ordenamento jurídico constitucional. Salienta Costa:

Por fim, deve-se analisar se a decisão institucional está contida nos limites traçados pelo ordenamento jurídico para cada instituição. [...] Embora Komesar não aborde expressamente este terceiro estágio, entendemos tratar-se de etapa fundamental para o modelo, na medida em que é impossível vislumbrar a seleção institucional sem a filtragem da sua compatibilidade com o próprio ordenamento jurídico.¹⁸

¹⁸ COSTA, Rafael de Oliveira. *Entre o Direito, a Política e a Economia: (Re)Construindo a Análise Institucional Comparativa*. Revista da Faculdade de Direito da UFPR, v. 59 (2014), p. 87.

No mais, ressalta Komesar que a motivação individual dos participantes pouco influencia no comportamento das instituições.¹⁹

O processo político, termo que abrange as instituições tradicionalmente responsáveis pela definição das políticas públicas, isto é, os Poderes Legislativo e Executivo, tem influência direta do modelo centrado na participação: os indivíduos participarão desse processo segundo um cálculo do custo-benefício dessa participação.

De acordo com Komesar, é decorrência lógica da teoria política do grupo de interesses o fato de que os indivíduos que puderem participar do processo de decisão política farão prevalecer seu ponto de vista e as políticas públicas em que têm interesse.²⁰ Assim, aquele grupo que tiver custos de organização e informação menores do que os possíveis ganhos com determinada política conseguirão intervir junto ao processo político. Ao revés, quando os custos de informação e organização forem maiores do que os eventuais ganhos per capita, não haverá essa participação no processo político.

Em regra, os grupos majoritários possuem como ponto a seu favor a sua superioridade numérica, enquanto os grupos minoritários têm como forte aliado o seu alto interesse per capita e a maior facilidade em se organizar. Badin complementa:

Quanto maior o benefício per capita do grupo majoritário (ainda que menor do que o benefício per capita do grupo minoritário), maior a probabilidade de seus membros incorrerem nos custos envolvidos na ação política. Assim, por exemplo, temas como benefícios previdenciários tendem a contar com maior participação da maioria, pressionando a decisão das instituições políticas (executivo e legislativo). Quanto menor o benefício per capita do grupo majoritário (ainda que no agregado seja superior ao benefício total do grupo minoritário), menor a probabilidade de que seus interesses se façam presentes no processo político. Por exemplo, temas como meio ambiente e

¹⁹ KOMESAR, Neil K. *Imperfect alternatives: choosing institutions in law, economics and public policy*. Chicago University Press: Chicago, 1994, p. 65.

²⁰ KOMESAR, Neil K. *Imperfect alternatives: choosing institutions in law, economics and public policy*. Chicago University Press: Chicago, 1994, p. 67.

*a defesa da concorrência (antitruste) tendem a ser tratados sem a participação da maioria.*²¹

Da mesma forma que o processo político, a eficiência do processo de trocas (mercado) na implementação de políticas públicas é determinada pela participação de consumidores e fornecedores. Tem como premissas básicas a propriedade privada, o *pacta sunt servanda* e a livre iniciativa. No modelo capitalista clássico de mercado, que previa o livre comércio sem intervenção estatal, tais premissas garantiriam uma interação saudável entre consumidor e fornecedor, promovendo uma alocação eficiente de recursos e maximizando o bem-estar geral. Contudo, no mundo dos fatos, esse modelo foi deturpado pelas chamadas “falhas de mercado”: monopólios, oligopólios, assimetria de informação (quando apenas um dos contratantes detém a grande maioria das informações), “free ride” em bens coletivos, poder de mercado, dentre outras, são limitações institucionais que engessam essa instituição e justificam, em muitos casos, a substituição do mercado por outra instituição. Para Badin:

*A presença de altos custos de transação, por exemplo, pode impedir que uma troca desejada pelas partes seja realizada, frustrando o incremento de bem-estar. Do mesmo modo, a existência de monopólio natural impede a entrada de novos ofertantes no mercado, sujeitando os consumidores a preços mais elevados e excluindo uma parcela dos consumidores de participar do mercado.*²²

Diante dessas imperfeições do processo de trocas, autores como Richard Posner pregam a necessidade de substituição do processo de trocas pelo processo político, ou seja, uma intervenção do Estado por meio de políticas públicas.²³ Todavia, trata-se de uma análise monoinstitucional que, como

²¹ BADIN, Arthur Sanchez. *Controle judicial das políticas públicas: contribuição ao estudo do tema da judicialização da política pela abordagem da análise institucional comparada de Neil K. Komesar*. Dissertação de mestrado na Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, sob orientação do Professor Hermes Marcelo Huck, 2011, p. 121.

²² BADIN, Arthur Sanchez. *Controle judicial das políticas públicas: contribuição ao estudo do tema da judicialização da política pela abordagem da análise institucional comparada de Neil K. Komesar*. Dissertação de mestrado na Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, sob orientação do Professor Hermes Marcelo Huck, 2011, p. 125.

²³ POSNER, Richard A. *Economic analysis of law*. 6ª ed. Chicago: Aspen, 2002.

já visto, é criticada por Komesar: para este, os mesmos fatores que impõem limitações ao funcionamento do processo de trocas podem também limitar as outras instituições.

Finalmente, o processo adjudicatório também pode ter sua análise reduzida ao mínimo denominador comum proposto por Komesar, qual seja, a participação dos litigantes. Se comparado às outras instituições, o Poder Judiciário tende a ter um custo de acesso maior, e uma estrutura muito mais limitada. A razão para esse custo ser maior decorre de diversos fatores, dentre os quais destaca-se a dependência de contratação de advogados, as restrições legais referentes à legitimidade de partes, os riscos das causas e a morosidade do sistema processual.

Segundo Komesar, contudo, a principal característica do processo adjudicatório deve ser atribuída ao seu custo de informação. Este decorre, sobretudo, da independência e imparcialidade de seus membros, proporcionando uma ambiguidade a essa instituição: ao passo que, do ponto de vista social, o isolamento confere aos juízes um antídoto contra as pressões populares, o custo de informação do processo judicial é muito caro e muitas vezes superior ao benefício a ser aferido individualmente pelos interessados.

Visível, portanto, que as principais instituições possuem virtudes e defeitos. Analisar apenas uma delas e negligenciar a análise das demais trata-se de um erro comumente cometido pela análise monoinstitucional. Sempre levando em conta os limites traçados pelo ordenamento jurídico, a análise institucional comparativa otimizará os resultados de eventual política pois tende a excluir as instituições não capacitadas para solucionar determinado problema ou atuar em determinado caso.

Conclusão

Este trabalho buscou fornecer, por meio da análise institucional comparativa de Neil Komesar, uma perspectiva diferente sobre a discussão acerca da “judicialização da política”. A partir do momento em que começa a atuar de maneira mais incisiva em matéria de definição e implementação de políticas públicas, o Poder Judiciário passa a ser alvo de muitas críticas. Entretanto, as críticas sobre o Poder Judiciário e suas limitações institucionais não indicam, necessariamente, que outra instituição seja melhor estruturada para o mister de efetivar determinada política pública: os defeitos do processo adjudicatório podem estar presentes também nas outras instituições, de modo a revelar que elas são igualmente ou ainda mais inoperantes. Como visto, a análise mo-

noinstitucional precisa dar lugar a uma análise mais aprofundada e complexa tal qual a análise institucional comparativa.

A análise institucional comparativa busca mostrar que a decisão de “quem deve fazer” é mais relevante do que a decisão “do que se deve fazer”. Caso se escolha uma instituição inadequada para solucionar determinado caso concreto, os resultados almejados não serão atingidos.

Sempre levando em consideração que, de fato, trata-se de “uma escolha entre alternativas imperfeitas”, uma vez que todas as instituições possuem limitações, essa escolha tem como critério primordial um denominador comum entre todas as instituições: a participação dos grupos de interesse. A partir de tal critério, é possível traçar um paralelo entre o processo adjudicatório, o processo de trocas e o processo político, bem como se aferir qual deles tem a maior possibilidade de atingir a finalidade pública almejada por determinada política.

Por sua vez, a participação de tais grupos de interesse é determinada, sobretudo, pela “escolha racional”. Esse critério se baseia no custo benefício que influencia a participação dos grupos de interesse, calculado a partir da aferição do benefício individual de cada um dos participantes e os custos de informação e organização.

Por meio desse processo mais complexo e mais aprofundado que a análise simples, os recursos públicos podem ser empregados com maior eficiência e gerar mais frutos. Nas palavras de Costa²⁴:

[...] a comunidade jurídica possui um considerável conhecimento acumulado acerca das instituições e da implementação de políticas públicas, mas precisa desejar correr os riscos associados à exploração de novos horizontes. Não é certo o quão longe os investimentos nesses riscos nos levarão. Mas é certo que não iremos a lugar algum se os evitarmos.

Em um país que sofre com limitações orçamentárias em todas as esferas de governo, a adoção de um sistema que potencializa a alocação de recursos pode ser a solução não de todos, mas de muitos problemas envolvendo a efetivação de políticas públicas.

²⁴ COSTA, Rafael de Oliveira. *Entre o Direito, a Política e a Economia: (Re)Construindo a Análise Institucional Comparativa*. Revista da Faculdade de Direito da UFPR, v. 59 (2014), p. 89.

PAULA, M. A. J. de, The Comparative Institutional Analysis. *Justitia*, São Paulo, v. 213/214/215/216, p. 138-153, Jan. / Dec. 2019-2020.

- **ABSTRACT:** The Judicial Power is increasingly active in the definition and the implementation of public policy scenario. Also, it has sought to materialize individual and collective rights provided by the Constitution through its decisions. Economists, political scientists and jurists have criticized that kind of procedure, which is called by many as “judicialization of politics”. The discussion about the capacity of the Judicial Power in implementing public policies comes up as a consequence of its own institutional limitations. This article aims to demonstrate that the institutional analysis must not be focused only on the limitations of the Judicial Power. It is necessary to go beyond. Neil Komesar, who is an American professor of Wisconsin University, proposes a new approach: the comparative institutional analysis. It emphasizes the analysis of the main institutions that are capable of implementing constitutional rights, which is the Judicial Power, the market, and the Executive and Legislative Powers (the political process). Therefore, even if a particular institution, can present many defects and limitations, it could have the most adequate performance on a concrete case.
- **KEYWORDS:** Judicialization of politics. Public policies. Comparative institutional analysis. Participation centered model. Rational choice.

Referências

BADIN, Arthur Sanchez. *Controle judicial das políticas públicas: contribuição ao estudo do tema da judicialização da política pela abordagem da análise institucional comparada de Neil K. Komesar*. Dissertação de mestrado na Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, sob orientação do Professor Hermes Marcelo Huck, 2011.

BUCCI, Maria Paula Dallari. *O conceito de política pública em direito*. In BUCCI, Maria Paula Dallari (org.). *Políticas públicas: reflexões sobre o conceito jurídico*. São Paulo: Saraiva, p. 39, 2006.

COASE, Ronald H. *The problem of social cost*. In: *The Journal of Law and Economics*, v. III, Chicago: University of Chicago Press, 1960.

COSTA, Rafael de Oliveira. *Entre o Direito, a Política e a Economia: (Re)Construindo a Análise Institucional Comparativa*. *Revista da Faculdade de Direito da UFPR*, v. 59 (2014).

DURAN-FERREIRA, Camila. *O Judiciário e as Políticas de Saúde no Brasil: o caso AIDS*. Monografia vencedora do concurso IPEA-CAIXA 2004.

KOMESAR, Neil K. *Imperfect alternatives: choosing institutions in law, economics and public policy*. Chicago University Press: Chicago, 1994.

POSNER, Richard A. *Economic analysis of law*. 6ª ed. Chicago: Aspen, 2002.

VIANNA, Luiz Werneck; BURGOS, Marcelo Baumann. *Entre princípios e regras: cinco estudos de caso de Ação Civil Pública*. Rio de Janeiro: Escola da Magistratura do Rio de Janeiro, 2005.

As Interações em Audiências no Juizado de Defesa do Consumidor: Uma Análise à Luz do Direito e da Ecolinguística

Tadeu Luciano Siqueira ANDRADE*

- **SUMÁRIO:** Introdução. 1 Audiência: Uma relação processual. 2 Definindo a Ecolinguística. 2.1 O tripé da ecolinguística. 2.1.1 Língua 2.1.2 Povo 2.1.3 Território 2.2 As interações na ecolinguística 2.3 O meio ambiente da língua 3. A audiência como uma interação: uma ecolinguística jurídica Conclusão. Referências.
- **RESUMO:** A linguagem é um dos principais traços que distinguem o homem dos outros animais, possibilita aos sujeitos transmitirem conhecimentos, argumentarem, interagirem no meio social em que estão inseridos. Nenhum ato linguístico deve ser considerado insignificante, pois os falantes de uma língua são sujeitos contextualizados política e historicamente em um determinado tempo e espaço sociocultural. Por essa razão, a Ecolinguística, como o estudo da relação entre o Povo – Território e Linguagem, trata a língua como interação. Não podemos estudar o povo separado de sua linhagem e de seu contexto sociogeográfico. Nesse contexto, destacamos o Direito na atuação intermediária das demandas sociais, pessoais ou coletivas, do ponto de vista político, ideológico ou econômico. Essas demandas são expressas pela linguagem. O presente artigo visa a reflexão das audiências de relações de consumo em uma perspectiva ecolinguística, tendo em vista que nessas relações haverá sempre um sujeito vulnerável em matéria de Direito e Linguagem que não está inserido no contexto forense. Por isso, nem sempre interage nesse contexto. Adotamos a metodologia da pesquisa etnográfica e bibliográfica, recorrendo à análise da doutrina. Esperamos que esta pesquisa desperte nos profissionais do Direito uma melhor compreensão da Linguagem Jurídica não como opressão, mas uma forma de dizer de forma cristalina o Direito.

* Professor da Universidade do Estado da Bahia, Campus IV, mestre em Linguística, doutorando em Linguística aplicada aos contextos forenses (Ecolinguística Jurídica), da Universidade de Brasília.

PALAVRAS-CHAVE: Direito. Ecolinguística. Linguagem. Interação. Contextos.

Introdução

O Direito consiste em um conjunto de normas organizadas segundo as leis, os costumes e as jurisprudência que, determinados pela autoridade competente, têm a missão de regulamentar a convivência social, pacificar os conflitos e dizer o direito. Já dizia Miguel Reale (1999) o Direito é fato, valor e norma. Surge um fato na sociedade, há a necessidade de proteger esse fato, caso seja ele positivo ou negativo. Sendo negativo, será reprimido e, sendo positivo, será protegido. Essa valoração positiva ou negativamente dar-se-á mediante a edição de uma norma. Para haver a norma jurídica, necessita-se da linguagem, porque o Direito se constitui *na* e *pela* linguagem. Por isso, Calmon de Passos dizia:

[...] o direito, mais que qualquer outro saber, é servo da linguagem. Como direito posto é linguagem, sendo em nossos dias de evidência palmar constituir-se de quanto editado e comunicado, mediante a linguagem escrita, por quem com poderes para tanto, também linguagem é o direito aplicado ao caso concreto, sob a forma de decisão judicial ou administrativa. Dissociar-se o direito da linguagem será privá-lo de sua própria existência, porque, ontologicamente, ele é linguagem e somente linguagem (CALMON DE PASSOS, 2001, p. 63-64).

Em qualquer ato da relação jurídica processual, a linguagem está presente, mesmo os interagentes tendo objetivos distintos. O Direito, estabelecendo-se por intermédio da linguagem, gera vínculos jurídicos entre pessoas e grupos sociais, faz surgir e desaparecer entidades, concede e usurpa a liberdade, absolve e condena réus, gera e extingue institutos, poderes, princípios e procedimentos legais (BENVENUTO, 2010, p. 7). Todos esses atos constituem relações jurídicas diferentes, que ocorrem em um determinado espaço, envolvendo sujeitos que, por intermédio da língua, interagem com um objetivo comum: a resolução do conflito.

As relações jurídicas ocorrem em um determinado espaço, envolvendo sujeitos que interagem entre eles e entre o mundo que os rodeia. As interações, coordenadas pelo Juiz, se dão de duas formas: entre os sujeitos e entre eles e o objeto da relação. Essas interações se dão mediante a língua/lingua-

gem em obediência às regras interacionais. Essas regras, que para o Direito são normas, só adquirem sentido quando se referir a ação entre os sujeitos. Por isso, linguagem é “interação, o seu núcleo é constituído pelas regras interacionais.” (COUTO e COUTO, 2018)

Destacamos que, nas interações, os falantes em situações concretas de uso, situam a língua em três meios ambientes, denominados também de ecossistemas. Todos esses ecossistemas são responsáveis pelo tripé ecolinguístico: o ecossistema natural, o mental e o social da língua. Segundo Couto e Couto (2018), no interior de cada um deles, a língua/linguagem é vista como interação. É o lugar onde se dão essas interações, constituindo o território (ambiente físico, o cérebro/mente, a sociedade), que é o meio ambiente da língua. Enfatizamos que esses ecossistemas não são estanques, ou isolados. Ao contrário, eles são abarcados pelo ecossistema integral da língua.

Por o ambiente jurídico ser um ecossistema que abriga profissionais do Direito, partes (sujeitos) da relação jurídica e a tríade da relação jurídica processual (sujeitos – juiz – interação/linguagem) e, nesse ambiente, ocorrerem diversas interações, que podem ser analisadas de diferentes pontos de vista, definimos a existência de uma Ecolinguística jurídica, conforme apresentaremos no decorrer deste trabalho.

Adotamos o método qualitativo e a pesquisa bibliográfica, consultando O Código de Processo Civil (CPC), o Código de Defesa do Consumidor (CDC), Lei 9099/99 – Lei do Juizado Especial. Por questões didáticas, o trabalho será dividido em três seções. Na primeira, trataremos da audiência e do processo e suas bases legais. Na segunda, focalizaremos, os pressupostos da Ecolinguística. Na terceira, proporemos uma Ecolinguística Jurídica.

1 Audiência: Uma relação processual

A relação jurídica não surge da audiência. A relação jurídica é impulsionada pelo processo constituído por uma série de atos que visam a resolver o conflito. O processo nasce com a citação, ato do juiz determinando a presença do réu para compor a *lide*. A partir daí, surgirão diferentes atos de interação. Os nomes das partes que compõem a relação processual mudam a depender do ramo do Direito que fundamenta a relação, por exemplo, réu (Processo Penal), executado (Processo de execução) reclamado (Processo do Trabalho) e outros. Para este trabalho, adotaremos o termo sujeito em vez de parte. A relação processual é complexa porque se compõe de diversas posições jurídicas ativas e passivas que se sucedem do início ao fim do processo.

(CINTRA *et al*, 2010, p. 361). Essa relação é composta por uma tríade: Juiz – autor – réu. Há divergências doutrinárias acerca de o juiz ser parte da relação processual, uma vez que ele é sujeito desinteressado, enquanto o autor e réu são sujeitos interessados, ou parciais. (CARNEIRO, 1999, p. 3). Pontes de Miranda (1974, p. 237) considera que são sujeitos da relação jurídica processual as partes que atuam nos polos ativo e passivo. Chiovenda (1980, p. 214) define como parte da relação jurídica processual “aquele que demanda em seu próprio nome a atuação de uma vontade da Lei, e aquele em face de quem essa atuação é demandada. Cintra *et al* (2010, p. 310) defendem que a relação jurídica processual é angular e apresenta três partes: o Estado, demandante e demandado. Os juristas romanos já proclamavam:

“*Judicium est actus trium personarum: judicis, actoris et rei*” (A existência de um processo depende de três pessoas: o juiz, o autor e o réu).

Não é nosso interesse, neste trabalho, discutir a divergência doutrinária acerca da participação do juiz na relação jurídica processual, mas defendemos que o Magistrado é parte da relação jurídica processual, representa o Estado, o Território, ou seja, onde as relações ocorrem. Ele não tem interesse na causa, mas comanda todas as interações na relação processual.

A audiência (Latim *audientia*) significa ato de ouvir, dar atenção. É a reunião do juiz com as partes e advogados, Ministério Público, testemunhas e outros sujeitos. Há vários tipos de audiência, depende da demanda e do ramo do Direito que a fundamenta. A este trabalho, interessa apenas a audiência de instrução e julgamento realizada no Juizado de Defesa do Consumidor regido pela Lei 9099/99 e pelo CDC.

Na audiência, há dois tipos de regras de interação: a) as regras prescritas norma processual que são fixas, seguem um rito e não podem ser violadas sob pena de extinguir o processo, e os violadores sofrerem sanções, uma vez que o juiz tem o poder de polícia; b) regras sistêmicas que estão fundamentadas no léxico e na argumentação jurídicos. Essas regras também seguem um rito, pois determinadas palavras não podem ser ditas durante a audiência, por exemplo, calão e palavras de cunho pejorativo. O falante não tem a liberdade recorrer a determinados processos semânticos. Isso poderá trazer implicações à resolução do conflito. Por exemplo, se o consumidor alegar que um determinado produto adquirido apresenta *defeito*, as implicações jurídicas não serão as mesmas, caso esse produto apresente *vício*. As palavras *defeito* e *vício* estão no mesmo campo semântico, mas são usadas em situações diferentes e apresentam consequências jurídicas diversas. O *vício* é um problema que apenas torna o produto inapto para o uso. Já o *defeito* coloca em

risco a vida e a segurança do consumidor, por exemplo, aquisição de um eletrodoméstico com um fio elétrico descascado. (*vide* artigos 12 e 17 – CDC).

A relação processual é triangular. No vértice, está o juiz representando o Estado, que tem a prerrogativa de dizer o direito. Nos lados, estão as partes, e entre elas o conjunto de atos são praticados, mediante a linguagem. Esses atos são intermediados pelo Juiz.

Regras de interação que ocorrem na audiência:

Pregão: (latim *preconium*, de *praeconari*) significa apregoar, proclamar, é o ato de anunciar, em voz alta a realização de audiências (Art. 3º 58 – CPC);

Proposta de conciliação (Artigo 359 – CPC): em todas as fases do processo, salvo algumas exceções, o juiz deve propor conciliação.

Em relação à proxêmica das partes da relação processual, em uma audiência, destacamos que o autor da demanda sentar-se-á ao lado direito do magistrado, e o réu, ao lado esquerdo. Ao juiz, compete manter a ordem e o decoro na audiência (Artigo 360 – CPC). A ordem e o decoro serão mantidos mediante o tratamento de urbanidade entre as partes, a elevação e tom de voz, a seleção lexical adequada ao contexto da audiência e o respeito ao direito de fala das partes.

Ordem das falas: Primeiro, o juiz ouve o depoimento do autor. Em seguida, o réu, obedecendo ao princípio do contraditório e da ampla defesa. Posteriormente, as testemunhas serão ouvidas, obedecendo à sequência anterior: testemunhas trazidas pelo autor e testemunhas trazidas pelo réu.

Havendo a necessidade de produção de provas orais, essas serão produzidas em audiência. Nas audiências de relação de consumo, conforme determina o Artigo 2º da Lei 9099/95, predominam os seguintes princípios: *oralidade, informalidade, simplicidade, celeridade processual e economia processual*.

Dentre desses princípios, destacamos, para o objeto deste trabalho, os princípios da oralidade e da simplicidade. O Princípio da oralidade possibilita uma interação entre os sujeitos. Segundo esse princípio, há o predomínio da língua falada, uso de um vocabulário mais simplificado, evitando-se o emprego excessivo de termos técnicos, arcaicos e complicados que dificultam o entendimento dos sujeitos que não estão inseridos no contexto jurídico. O princípio da simplicidade prima pela dispensa de alguns requisitos formais, desde que não acarrete prejuízo aos sujeitos da relação, uma vez que há casos em que eles podem demandar em juízo desassistidos de advogados. Esses dois princípios se inserem em um princípio não conhecido pela doutrina, o **Princípio Linguístico**, que objetiva o uso de uma linguagem mais aces-

sível, possibilitando a interação das partes na relação processual, contribuindo, assim, com o acesso à justiça daqueles que recorrem ao Poder Judiciário.

2 Definindo a Ecolinguística

Em uma definição simplista e considerando os termos *eco* e *linguística*, o leigo relacionará a Ecolinguística à língua e ao meio ambiente. Na verdade, a Ecolinguística não é apenas essa relação por si mesma. Couto e Couto (2016, p. 382) apresentam dois conceitos mais amplos para a Ecolinguística: “estudo das interações entre língua e seu contexto social, mental e natural, via população. Outra possibilidade de dizer a mesma coisa seria: Ecolinguística é o estudo das inter-relações linguísticas que se dão no nível social, no mental e no natural.”

Analisando os conceitos, concluímos que as interações são compostas por três elementos o povo (falante de uma língua) território (*locus* das interações) e Língua (interação).

Esses três elementos constituem o tripé da ecolinguística.

2.1 O Tripé da Ecolinguística

Um ecossistema linguístico é formado por três elementos que estão sempre em uma relação dialética. Esses elementos se intercomplementam: o Território (T), a População (P) e a Língua (L). (P), vivendo em determinado (T), interage, por intermédio de (L) e, conforme os costumes linguístico-culturais e sociais de (T). Esses padrões interacionais correspondem à língua em uso. Nesse caso, falar em interação significa falar em língua/gem.

Como a ecolinguística está inserida no conceito da ecologia geral, recebeu as seguintes denominações: linguística ecossistêmica ou ecologia linguística. O ecossistema natural apresenta seres vivos, interação e Território. No ecossistema linguístico, temos exatamente os mesmos componentes do ecossistema biológico (COUTO, 2018, p. 46), diferenciando apenas no que se refere aos seres vivos, uma vez que no ecossistema linguístico, as interações envolvem pessoas, sejam entre elas ou entre elas (pessoas) e o meio ambiente. Na Ecolinguística, temos um povo (P), vivendo em um espaço físico (T) e interagindo entre si mediante sua linguagem (L). Isso coloca a Ecolinguística em pé de igualdade com a ecologia biológica.

2.1.1. Língua: (L) não é entendida apenas como estruturas formais, e sim como a maneira que um determinado povo usa para se comunicar. Sempre que uma determinada comunidade tiver um nome para seu modo de comu-

nicar e interagir, teremos uma Língua. Nessa visão, a língua é um fenômeno sociointerativo.

2.1.2. Povo: (P) na Ecolinguística, (P) significa os organismos humanos que compõem o meio ambiente físico, parte mental dos membros de uma comunidade e cada membro da comunidade na perspectiva social. Por isso, (P) compõe-se de três elementos: organização – pensamento e interação. A relação da língua com o Território não é direta, é intermediada por (P). A língua não existe por si só. Ela só existe em P, daí a metáfora de (P) ser hospedeiro de (L).

2.1.3. Território: Retomando Sapir, consideramos (T) como a sede da língua. É a condição *sine qua non* para existirem as interações, porque os homens interagem em um determinado espaço físico.

O Estado, como organização social, também apresenta três elementos que o compõem: Território – Raça e Língua. (GROPALLI, 1968, p. 11). Hoje falamos em Território compreendendo o espaço. O elemento *raça* foi substituído por população e Língua corresponde aos laços político-culturais que unem o povo no território.

O Povo, segundo Gropalli (1968) pode ser concebido como a coletividade de indivíduos que se reconhecem e pertencem a uma mesma comunidade onde se compartilham os mesmos sentimentos e anseiam os mesmos objetivos. Assim, os indivíduos que pertencem a um determinado povo devem estar ligados por laços histórico-culturais, sedimentados pela mesma visão de mundo e modo de vida. Esse vínculo se dá por intermédio da língua e cultura, uma vez que “há íntimas inter-relações entre língua e cultura.” (COUTO, 2018, p. 45).

Mancini, em 1851, (*apud*. GROPALLI) definiu a nação como uma sociedade natural de homens em que os costumes e a língua levam-no a uma comunidade de vida e de consciência social. Àquela época, já existia uma preocupação com as interações situadas em uma determinada comunidade. Implicitamente, já existia uma Ecolinguística jurídica.

2.2 As interações na Ecolinguística

Os membros de (P) estabelecem dois tipos de interação: a) **Interações Ecológicas:** compreendem as interações entre os membros de P com o mundo (meio, território). Por intermédio dessa interação ecológica, as pessoas dão nome às coisas que os rodeiam, constituindo o que denomina referência ou

significação. Essa interação pode ser encarada sob duas perspectivas: onomasiologia e semasiologia. Na primeira, o falante parte da coisa para a designação; na segunda, parte de uma palavra para saber à qual coisa tal palavra se refere. Conforme Couto (2018, p. 47), “A ecolinguística tem mostrado que a palavra surge pelo primeiro processo (onomasiologia), mas, após formada, adquire uma relativa autonomia, podendo referir-se a outras coisas por processos como polissemia, metáfora, metonímia e muitos outros (semasiologia).” b) **Interações comunicativas:** são as interações pessoa-pessoa. Nesse tipo de interação, a língua não é um instrumento, e sim a própria comunicação. Por isso, língua é interação.

2.3 O Meio Ambiente da Língua

As interações não ocorrem no ar, e sim em um determinado espaço. Por isso, não separamos a língua do Meio Ambiente (MA). Que vem a ser Meio ambiente? Para responder a essa pergunta, adotamos o conceito de Neves e Tostes (1992, p. 17), haja vista ser uma definição genérica:

Meio Ambiente é tudo o que está relacionado com a vida de um ser ou de um grupo de seres vivos. Tudo o que tem a ver com a vida, sua manutenção e reprodução. Nesta definição estão: os **elementos físicos** (a terra, o ar, a água), o **clima**, os **elementos vivos** (as plantas, os animais, os homens), **elementos culturais** (os hábitos, os costumes, o saber, a história de cada grupo, de cada comunidade) e a maneira como esses elementos são tratados pela sociedade. Ou seja, como as atividades humanas interferem com estes elementos. Compõem também o Meio Ambiente as interações destes elementos entre si, e entre eles e as atividades humanas. Assim entendido, “o meio ambiente não diz respeito apenas ao meio natural, mas também às vilas, cidades, todo o ambiente construído pelo homem”. (grifamos).

A partir desse conceito, extraímos dois elementos que compõem o MA: o elemento objetivo: compreendendo as interações, atividades humanas, história e a cultura de modo geral, sobretudo, a língua; elemento subjetivo: o homem. Observemos que os autores consideram MA como “tudo o que tem a ver com a vida, sua manutenção e reprodução”. Dessa forma, justificamos a relação intrínseca meio ambiente e linguagem. O MA não se refere apenas ao espaço por si mesmo, mas também a todos os elementos que nele estão inseridos principalmente as relações que ocorrem entre os homens e

entre eles e o MA. Referindo-se ao MA da língua, consideramos que a “língua existe somente na mente de seus usuários e só funciona relacionando esses usuários uns aos outros e à natureza, isto é, seu meio ambiente natural e social.” (Haugen, tradução Couto, 2016, p. p.58). Uma parte da ecologia da língua é de natureza psicológica, considerando a interação com outras línguas na mente dos falantes bilíngues e multilíngues e as relações psicofísicas que a própria língua apresenta no cérebro dos falantes, outra parte é natureza sociológica, tendo em vista as interações na sociedade onde a língua é falada.

Portanto, defendemos que a língua apresenta três, MAs, o natural, mental e o social. Sapir (tradução Câmara Jr, 2016, p. 37) defendia que a língua é um complexo de símbolos que reflete todo o quadro físico e social onde se encontra um grupo social. Naquela época, já se compreendia o termo ambiente englobando fatores físicos e sociais.

A língua apresenta três MAs, que, para Couto (2018, p. 47-48) e Couto (2015, 2016, 2017), trata-se do ecossistema natural, do mental e do social.

No ecossistema natural, a língua é um fenômeno de natureza biológica, sonora, paralinguística, proxêmica, cinésica. É usada pelas pessoas do ponto de vista físico, vivendo em um lugar específico, seu território físico (T). Dessa forma, o MA natural da língua é o lugar das interações linguísticas concretas e é formado por (P) em (T). Considerada como fenômeno mental, a língua se compõe das conexões neurais que formam o cérebro em funcionamento, e o cérebro é o lugar das interações, ou seja, é (T) da língua. Analisando a língua como um fenômeno social, definimos o ecossistema social da língua, como o conjunto de indivíduos inseridos em uma coletividade. Enfim, a língua não é vista apenas como uma realidade física, psíquica ou social, mas como uma ação biopsicossocial. O ecossistema linguístico geral, também chamado de ecossistema integral da língua que congrega essas três realidades.

Fundamentando-nos em Couto (2018, p. 49), apresentamos a sinopse:

Elementos do tripé	MA	Língua como:
P1 + T1 =	MA Físico	Realidade física
P2 + T2 =	MA Mental	Realidade mental
P3 + T3 =	MA Social	Instituição social

O ecossistema integral da língua, como uma comunidade linguística, pode ser visto como comunidade de língua e como comunidade de fala.

A Comunidade de língua (CL) é abrangente, sua existência não está vinculada à vontade do pesquisador. Por exemplo, a comunidade dos países lusófonos. A Comunidade de Fala é delimitada, depende da vontade do pesquisador. Para Couto (2018, p. 48), “a CF se aproxima do ecossistema biológico prototípico, aquele que é delimitado pelo ecólogo.” Assim, o ecolinguista pode delimitar a área que lhe interessa, por exemplo, o estudo da relação dos adeptos do candomblé com as plantas de uma determinada região da Bahia. No ecossistema integral da língua, todo e qualquer fenômeno linguístico pode ser analisado tanto na perspectiva interna da língua quanto na externa, uma vez que a linguística ecossistêmica encara seu objeto de modo holístico (COUTO, 2018). Por isso, há exoecologia linguística e a endoecologia linguística.

3 A Audiência como uma Interação: uma Ecolinguística Jurídica

Para a doutrina jurídica, a audiência é ato processual complexo porque integra vários atos e sujeitos com papéis diversos. Apesar de os sujeitos apresentarem pretensões diferentes, há entre elas uma comunhão: o desfecho da demanda. Por isso, dizemos que a audiência é uma interação, sobretudo, linguística. Segundo Chaves (2013, p. 171), com o advento da Lei 11.419/2006, que dispõe da realização de atos processuais em meio eletrônico, há o **Princípio da Interação** que visa a superar o contraditório linear e segmentado. O termo *relação*, neste trabalho e considerando o princípio da cooperação e da interação na relação processual, é usado como sinônimo de *interação*.

Qual o papel da língua na relação jurídica processual? Como ocorrem as interações nessa relação?

A língua, na relação jurídica processual, consiste em uma rede de interações que se dão entre os sujeitos. Todos os atos processuais se dão *na* e *pela* linguagem. Apesar de os sujeitos terem objetivos distintos, há interação, mesmo que seja uma interação comunicativa desarmônica (COUTO, 2016, p. 76), pois, comumente, há conflitos. Tanto as regras de interação quanto as sistêmicas são obedecidas, pois determinadas palavras não são aceitas na relação jurídica processual. A violação às regras implica consequências aos sujeitos e ao andamento do processo. No que se refere às regras sistêmicas, há uma diferença entre a interação no sistema jurídico e a interação no ecossistema linguístico. No contexto jurídico, há regras sistêmicas que não podem ser violadas, sob pena de trazer implicações às partes e à demanda. Enquan-

to no ecossistema linguístico, as regras sistêmicas podem ser violadas, pois não implicarão as interações.

A audiência não se configura como um simples arranjo para efetivar o direito do consumidor violado, “mas uma negociação de sentido em que está em questão.” (PÁDUA, 2016, p. 38). Por isso, a audiência é uma interação, uma cadeia de atos que consistem em resolver um conflito.

As interações no ordenamento jurídico podem ocorrer de duas formas: simples e complexas. Nas interações simples, ocorre um só ato, em uma só conduta. Citamos, por exemplo, a intimação à testemunha determinando seu depoimento; a sentença, que, após todas etapas da relação, extingue o processo com ou sem resolução do mérito. Nas interações complexas, praticam-se atos processuais distintos, envolve sujeitos com papéis processuais diferentes. A audiência, por exemplo, é uma interação complexa. Durante ela [audiência], são praticados vários atos conglomerados unidos pela contemporaneidade e pela finalidade comum (CINTRA *et al*, 200, p. 366).

Analisando o conceito de comunidade de fala como “um ecossistema linguístico constituído por um território geralmente de pequenas proporções, em que os atos de interação comunicativa entre seus membros se dão com relativa frequência.” (COUTO, 2016, p. 53). A audiência, do ponto de vista da Ecolinguística, é uma comunidade de fala efêmera, pois, conforme defende Couto (2016, p. 55) “tem um ajuntamento de pessoas com alguns interesses comuns, mas de curta duração”. Nela, estão presentes sujeitos (partes do processo), juiz, Promotor, Advogados), existe interação, apesar de objetivos distintos, mas há vínculo que unem as partes para a demanda ser resolvida; as interações se dão pela linguagem. Não há uma interação, mas uma rede de interações. Dentro desse ecossistema jurislinguístico, destacamos ainda que a audiência é uma comunidade de fala complexa, pois, apesar de os interlocutores serem falantes da mesma língua nacional, há uma diversidade dialetal entre eles. Nem todos os sujeitos da relação jurídica processual conhecem as regras sistêmicas do Direito.

Conclusão

Uma demanda judicial nasce de um fato que pode ser linguístico ou não, mas, constituída a relação jurídica processual, todos os atos serão praticados por intermédio da linguagem, mesmo que sejam determinados pelo Juiz, mas essa determinação se dá mediante os atos linguísticos e é fundamentada na interação. Não pode haver nenhuma relação jurídica com a presença apenas

de um sujeito. Assim, acreditamos que um ecossistema jurídico se compõe de (**P**– sujeitos), (**T** – Território, ambientes jurídicos) e (**L** – Língua correspondendo às diversas interações e atos processuais praticados pelos sujeitos). Só falamos em relação jurídica processual quando estiverem completos todos os lugares do ecossistema jurídico. As interações ocorrem com a coparticipação dos sujeitos em determinado espaço. Dessa forma, uma relação, no contexto jurídico, é uma Ecolinguística jurídica que apresenta suas especificidades.

A relação jurídica tem seus princípios e sua linguagem específicos adotados a cada situação. Não há apenas uma relação jurídica, e sim uma relação jurídica macro, composta por diversos microssistemas conforme o que as partes esperam da demanda.

Considerando os pressupostos da Ecolinguística e analisando a relação jurídica a partir dos elementos: **Partes** (do processo), **Território** (ambiente da jurisdição), **Língua** (interação endoprocessual), foi possível analisar esses elementos e correlacionando-os com os elementos que embasam a Ecolinguística. Isso nos dar fundamentos para defendermos a existência de uma Ecolinguística Jurídica. Enfatizamos que os sujeitos da relação jurídica processual, os atos por eles praticados, as regras de interação e sistêmicas são complexos, porque o Direito apresenta diversas divisões e cada uma possui suas peculiaridades. Dessa forma, consideramos haver uma Ecolinguística Jurídica macro que apresenta diversos ecossistemas jurídicos, por exemplo, Agrário, Ambiental, Penal, Civil, Tributário, Consumidor e outros.

Os questionamentos, ainda incipientes, aqui apresentados servirão de ponto de partida para outros desdobramentos das relações travadas no ecossistema jurídico à luz da Ecolinguística.

ANDRADE, T.L.S., The interactions in hearings in the court of defense of the consumer: An analysis in the light of law and Ecolinguistic. *Justitia*, São Paulo, v. 213/214/215/216, p. 154-167, Jan. / Dec. 2019-2020.

- **ABSTRACT:** Language is one of the main traits that distinguish man from other animals, allowing the subjects to transmit knowledge, arguing, and interacting in the social environment in which they are inserted. No linguistic act should be considered insignificant, because speakers of a language are politically and historically contextualized subjects in a given time and sociocultural space. For this reason, Ecolinguistics, as the study of the relationship between the people – Territory and language, treats the language as an interaction. We cannot study the people separated from their line-

age and from their socio-geographic context. In this context, we highlight the law in the intermediary action of social, personal or collective demands, from a political, ideological or economic point of view. These demands are expressed by language. This article aims to reflect on the audiences of consumer relations in an ecolinguistic perspective, considering that in these relationships there will always be a vulnerable subject in the matter of law and language that is not inserted in the forensic context. Therefore, it does not always interact in this context. We adopted the methodology of ethnographic and bibliographical research, using the analysis of the doctrine. We hope that this research will awaken in the professionals of the law a better understanding of the legal language not as oppression, but a way of saying in a crystalline way the law.

• **KEYWORDS:** Law. Ecolinguistics. Language. Interaction. Contexts.

Referências

BRASIL. **Código de Processo Civil**. São Paulo: Saraiva, 2017.

BRASIL. **Código de Defesa do Consumidor**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017 1993.

BRASIL. LEI Nº 9099, de 25 setembro de 1995. Dispõe sobre os Juizados Especiais Cíveis e Criminais e dá outras providências. Disponível em:

<[Http://www.impresanacional.gov.br/mp_leis/leis_texto.asp?Id=LEI%209887](http://www.impresanacional.gov.br/mp_leis/leis_texto.asp?Id=LEI%209887)> Acesso: 20 nov 2018.

BENVENUTO, Jayme. Prefácio In: **Linguagem e direito**. Virgínia Colares (org). Recife: Ed. Universitária da UFPE, 2010.

CALMON DE PASSOS, J. J. **Instrumentalidade do processo e devido processo legal**. Revista de processo, v. 102, São Paulo, 2001.

CARNEIRO, Athos Gusmão. **Intervenção de Terceiros**. São Paulo: Saraiva, 1999.

CHAVES, Manoel Matos de Araújo. Algumas Considerações sobre o Princípio do Contraditório no Processo Eletrônico. Disponível em <https://juslaboris.tst.jus.br/./2013>> Revista Eletrônica. Janeiro / fevereiro de 2013. Acesso: 29 nov. 2018.

CHIOVENDA, Giuseppe. **Instituições de Direito Processual Civil**. vol. I. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1980.

CINTRA, Antônio Carlos de Araújo *et al.* **Teoria Geral do Processo**. São Paulo: Malheiros, 2010.

COUTO, H. H. do; COUTO, E. K. N. N. do. A Ecolinguística e o estudo das línguas de sinais: língua, linguagem e sinais domésticos. Revista Diálogos (Re-

vDia), “Edição comemorativa pelo Qualis B2”, v. 6, n. 2, mai.-ago, 2018. Disponível em < periodicoscientificos.ufmt.br/ojs/index.php/revdia/article/view/6659>. Acesso: 29 nov. 2018.

COUTO, Elza Kioko Nakayama Nenoki do, COUTO, Hildo Honório do. Ecolinguística, Linguística Ecosistêmica e Análise do Discurso Ecológica (ADE). Revista Signótica, Goiânia, v. 28, n. 2, p. 381-404, jul. /Dez. 2016. Disponível em < <https://www.revistas.ufg.br/sig>>. Acesso: 29 nov. 2018.

COUTO, Hildo Honório do. ECOSSISTEMA CULTURAL. Ecolinguística: Revista Brasileira de Ecologia e Linguagem, v. 04, n. 01, p. 44-58, 2018. Disponível em < <http://periodicos.unb.br/index.php/erbel/article/viewFile/15136/10837>>. Acesso: 29 nov. 2018.

COUTO, Hildo Honório do. Comunidade de Fala Revisitada. Ecolinguística: Revista Brasileira de Ecologia e Linguagem, v. 02, n. 02, p. 49-72, 2016. Disponível em < <http://periodicos.unb.br/index.php/erbel/article/viewFile/15136/10837>>. Acesso: 29 nov. 2018.

GROPALLI, Alexandre. **Doutrina do Estado**. Trad. Paulo Edmur de Souza Queiroz. São Paulo: Saraiva, 1968.

HAUGEN, Einar. Ecologia da Linguagem. Tradução de Hilda Honório do Couto. In. **O Paradigma Ecológico para as Ciências da Linguagem** Ensaios ecolinguísticos clássicos e contemporâneos/Hildo Honório do Couto *et al* (org) Goiânia: Editora UFG, 2016.

NACONECY, Luiz Carlos Macedo. **Curso de Direito Processual Civil**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1984.

NEVES, Estela, TOSTES, André. **Meio Ambiente, a lei em suas mãos**. Petrópolis: Editora Vozes, 1992.

PADUA, João Pedro. Direito como sistema de normas e Direito como sistema de práticas: aportes teóricos e empíricos para a ‘refundação’ da “ciência” do Direito (em diálogo com a Linguística Aplicada). **Linguagem e Direito: Perspectivas teóricas e Práticas**. Rosalice Pinto, Ana Lúcia Tinoco Cabral, (org.). São Paulo: Contexto, 2016.

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

REALE, Miguel. **Teoria Tridimensional do Direito**. 5. Ed. São Paulo: Saraiva, 1999.

SAPIR, Edward. Língua e Ambiente. Tradução de Mattoso Câmara Jr. In. **O Paradigma Ecológico para as Ciências da Linguagem** Ensaios ecolinguísticos clássicos e contemporâneos/Hildo Honório do Couto *et al* (org) Goiânia: Editora UFG, 2016.