



Boletim Científico

Escola Superior do Ministério Público da União

Ano 20 – Número 56 – janeiro/junho 2021

ISSN 1676-4781



Boletim Científico

Escola Superior do Ministério Público da União

Ano 20 – Número 56 – janeiro/junho 2021
Brasília-DF



ESMPU

República Federativa do Brasil

Ministério Público da União

Procurador-Geral da República
ANTÔNIO AUGUSTO BRANDÃO DE ARAS

Vice-Procurador-Geral da República
HUMBERTO JACQUES DE MEDEIROS

Escola Superior do Ministério Público da União

Diretor-Geral
PAULO GUSTAVO GONET BRANCO

Diretor-Geral Adjunto
MANOEL JORGE E SILVA NETO

Secretário de Educação, Conhecimento e Inovação
CARLOS VINÍCIUS ALVES RIBEIRO

Secretária de Comunicação Social Substituta
TATIANA JEBRINE

Secretário de Administração
IVAN DE ALMEIDA GUIMARÃES

Secretário de Tecnologia da Informação
RAJIV GEEVERGHESE

Editora Coordenadora
BÁRBARA NUNES FERREIRA BUENO

Boletim Científico
Escola Superior do Ministério Público da União

Uma publicação da ESMPU
SGAS Quadra 603 Lote 22 | 70200-630 – Brasília-DF
(61) 3553-5523 | 5524
www.escola.mpu.mp.br | divep@escola.mpu.mp.br

© *Copyright* 2021. Todos os direitos autorais reservados.

Coordenação Editorial

Bárbara Nunes Ferreira Bueno

Secretaria de Comunicação Social

Tatiana Jebrine – Secretária Substituta

Divisão de Editoração e Publicações

Lizandra Nunes Marinho da Costa Barbosa

Núcleo de Preparação e Revisão Textual

Carolina Soares

Núcleo de Produção Gráfica

Sheylise Rhoden

Preparação de originais e revisão de provas

Carolina Soares, Davi Silva do Carmo e Sandra Maria Telles

Capa e projeto Gráfico

Ana Manfrinato

Diagramação

Natali Andrea Gomez Valenzuela

Boletim Científico – Escola Superior do Ministério Público da União

Brasília : ESMPU, ano 20, n. 56, jan./jun., 2021

Semestral

ISSN 1676-4781

1. Direito. I. Título

CDD:340.1

As opiniões expressas nesta obra são de exclusiva responsabilidade dos autores.

Sumário

A necessidade de prévia negociação coletiva na dispensa em massa, especialmente em momentos de crise <i>Alini Bunn</i>	7
O princípio da soberania dos vereditos do Tribunal do Júri e a execução imediata da pena <i>Amanda Karol Mendes Coelho</i>	37
Reflexos do teletrabalho extraordinário no âmbito do Ministério Público do Trabalho durante a pandemia da Covid-19 <i>Brenno Augusto Freire de Menezes e Diego Serejo Ribeiro</i>	58
Novas diretrizes médicas e terapêuticas para questões de gênero e o Princípio do Melhor Interesse da Criança e do Adolescente <i>Cassius Assunção Martins e Eugenia Rodrigues</i>	84
O <i>bitcoin</i> na ótica criminal e seus desdobramentos para a atuação do Ministério Público Federal <i>Diego Lima Azevedo</i>	115
Jurisprudência, integridade e coerência: a necessária aplicação de uma teoria do precedente no Brasil e a garantia de segurança jurídica <i>Eduardo Henrique Kroth e Nédio Dariva Pires de Lima</i>	132
Acesso à justiça: aspectos históricos, Projeto Florença e Constituição Federal de 1988 <i>Fabio Fagner Pereira Ramos</i>	160
Compatibilidade do instituto da suspensão de segurança com o recurso de agravo de instrumento no âmbito dos tribunais <i>Isabelle de Lamartine Nogueira Passarinho</i>	188
O princípio do devido processo legal: breves comentários <i>Izabel Cristina de Almeida Teles</i>	208

Aquisição pelo Poder Público de medicamentos com preço tabelado: aspectos constitucionais, legais, administrativos e sancionatórios <i>Julian Ritzel Farret e Ariela Zuchetto Navarro</i>	228
O fenômeno do <i>Flash SMS</i> (<i>Class 0 SMS</i>) e a sua utilização como publicidade abusiva pelas empresas de telefonia do Brasil <i>Manuela de Oliveira Souza Brito</i>	255
Multiculturalismo e cooperação internacional: a desglobalização de povos e comunidades tradicionais para o aperfeiçoamento da Agenda 2030 <i>Natália Angélica Chaves Cardoso</i>	284
Acordo de não persecução cível: limites e condições <i>Raphael de Matos Cardoso</i>	310
A cadeia de custódia dos vestígios digitais sob a ótica da Lei n. 13.964/2019: aspectos teóricos e práticos <i>Winícius Ferraz Neres</i>	338

A necessidade de prévia negociação coletiva na dispensa em massa, especialmente em momentos de crise

Alini Bunn

Analista do MPU/Direito, lotada na Procuradoria do Trabalho no Município de Blumenau-SC. Pós-graduada em Direito Público pela Universidade Anhanguera-Uniderp.

Resumo: O presente artigo objetiva defender que mesmo após a inserção do art. 477-A da CLT, pela reforma trabalhista, permanece a necessidade de prévia negociação coletiva nos casos de dispensa em massa, conforme jurisprudência já assentada no caso Embraer. Argumenta-se que, caso se interprete de forma diversa, referido artigo atenta contra a Constituição Federal e contra Convenções Internacionais, tais como a 98 e a 154 da OIT, e, também, contra a Convenção 158 da OIT, cuja análise da constitucionalidade da denúncia ainda não foi decidida pelo STF. Por fim, ressalta-se que as dispensas coletivas realizadas, especialmente diante de momentos de crise como o causado pela pandemia de Covid-19, violam a boa-fé objetiva e a função social do contrato e da propriedade, incorrendo em abuso de direito.

Palavras-chave: Dispensa coletiva. Negociação coletiva. Art. 477-A da CLT. Inconstitucionalidade. Inconvencionalidade. Abuso de direito.

Abstract: This article aims to defend that even after the insertion of art. 477-A of the CLT, due to the labor reform, the need for prior collective negotiation in cases of mass layoff remains, according to jurisprudence already established in the Embraer case. It is argued that, if it is interpreted differently, that article violates the Federal Constitution and International Conventions, such as ILO 98 and 154, and also against ILO Convention 158, whose analysis of the denunciation's constitutionality has not yet been decided by the STF. Finally, it is emphasized that the collective layoffs carried out,

especially in times of crisis such as the one caused by the pandemic of Covid-19, violate the objective good faith and the social function of the contract and property, incurring abuse of rights.

Keywords: Collective layoff. Collective negotiation. Article 477-A of the CLT. Unconstitutionality. Unconventionality. Abuse of Law.

Sumário: 1 Considerações iniciais sobre a dispensa coletiva. 2 Da necessidade de prévia negociação coletiva nas dispensas em massa. 3 Do art. 477-A da CLT – Inconstitucionalidades e inconveniências. 4 Do abuso de direito e da dispensa coletiva em momentos de crise. 5 Considerações finais.

1 Considerações iniciais sobre a dispensa coletiva

Com a crise do Estado liberal após a Primeira Guerra Mundial, despontou o Estado social, que buscou, por meio dos direitos sociais, assegurar, além da igualdade formal presente na primeira geração de direitos, a igualdade material, o que passou a exigir a intervenção estatal para sua efetivação.

Embora, num primeiro momento, os direitos sociais tenham sido reconhecidos apenas como normas diretivas e programáticas, que dependiam de uma atuação legiferante por parte dos Poderes Executivo e Legislativo, estes foram ganhando espaço nas legislações nacionais.

E, na medida que são conquistados novos direitos, não se pode permitir a regressão em tais conquistas. Tanto é assim que o art. 2º do Pacto Internacional sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais (PIDESC), o art. 29 da Convenção Americana de Direitos Humanos (CADH) e o art. 1º do Protocolo de São Salvador dispõem sobre o princípio da progressividade e da vedação ao retrocesso social.

Em âmbito nacional, a Constituição Federal de 1988 dispõe em seu art. 5º, § 1º, que “as normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata”, entre as quais os direitos sociais estão inseridos. E segue o art. 7º, *caput*, da Constituição Federal, que dispõe um rol de direitos sociais e usa a expressão “além de outros que visem à melhoria”, do que se extrai não ser possível a

regressão dos direitos conquistados, mas somente um avanço. Para além disso, o art. 60, § 4º, prevê a vedação de proposta de emenda constitucional tendente a abolir os “direitos e garantias individuais”. Desse modo, entende-se que a Constituição Federal determinou que os direitos e garantias fundamentais não são normas programáticas, mas, sim, possuem aplicabilidade imediata, e que não podem ser abolidos ou sofrer regressão em relação àqueles já conquistados.

Dentro desse contexto, encontra-se o direito à proteção contra o desemprego descrita no art. XXIII da Declaração Universal de Direitos Humanos (DUDH), art. 7º, *d*, do Protocolo de São Salvador, na Convenção 168 da Organização Internacional do Trabalho (OIT) e no art. 23 da Declaração Sociolaboral do Mercosul.

Buscando concretizar tal direito, o art. 7º, I, da Constituição Federal de 1988 dispôs sobre o direito da “relação de emprego protegida contra despedida arbitrária ou sem justa causa, nos termos da lei complementar, que preverá indenização compensatória, dentre outros direitos”.

Essa garantia, no entanto, não é absoluta, restringindo-se aos casos de despedida arbitrária ou sem justa causa. Para José Afonso da Silva, essa

garantia do emprego é um direito, por si bastante, nos termos da Constituição, ou seja, a norma do art. 7º, I, é por si só suficiente para gerar o direito nela previsto. Em termos técnicos, é de aplicabilidade imediata, de sorte que a lei complementar apenas virá determinar os limites dessa aplicabilidade, com a definição dos elementos (despedida arbitrária e justa causa) que delimitem sua eficácia, inclusive pela possível conversão em indenização compensatória, de garantia de permanência no emprego.¹

Assim, tem-se que o direito à garantia de emprego é de aplicação imediata, restando pendente a sua regulamentação por lei complementar. E, enquanto tal lei não é promulgada, a proteção

1 SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 28. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2007. p. 290.

ficou circunscrita ao disposto no art. 10, I, do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias (ADCT), ou seja, à multa de 40% sobre os depósitos do Fundo de Garantia do Tempo de Serviço (FGTS).

Entretanto, a regulamentação do ADCT, além de temporária, restringe-se às hipóteses de dispensa individual, nada tratando sobre as dispensas coletivas, de modo que persiste lacuna no ordenamento jurídico nesse tocante.

Mauricio Godinho Delgado assim diferencia as dispensas individuais e coletivas:

*A despedida individual é a que envolve um único trabalhador, ou que, mesmo atingindo diferentes empregados, não configura ato demissional grupal, ou uma prática maciça de rupturas contratuais (o chamado lay-off). A ocorrência de mais de uma dispensa em determinada empresa ou estabelecimento não configura, desse modo, por si somente, despedida coletiva: pode se tratar de um número disperso de dispensas individuais. Nessa medida, pode-se falar em dispensa individual como aquela que atinge um único empregado, e *dispensa plúrima*, aquela que atinge um número diversificado de empregados, porém não alcança o sentido e o impacto de uma dispensa coletiva, de caráter massivo. Já a *despedida coletiva* atinge um grupo significativo de trabalhadores vinculados ao respectivo estabelecimento ou empresa, configurando uma prática maciça (ou massiva) de rupturas contratuais (lay-off). Observe-se, no tocante à presente tipologia, que a amplitude ou abrangência que separam as duas modalidades de terminação do contrato de trabalho não se circunscrevem, em rigor, somente ao estabelecimento ou empresa. É que, enquanto a dispensa meramente individual tem parca possibilidade de provocar repercussões no âmbito externo à relação de emprego (e, em certa medida, também a dispensa plúrima), a *dispensa coletiva certamente deflagra efeitos no campo da comunidade mais ampla em que se situa a empresa ou o estabelecimento, provocando, em decorrência disso, forte impacto social.*² (Grifo nosso).*

2 DELGADO, Mauricio Godinho. *Curso de direito do trabalho*: obra revista e atualizada conforme a lei da reforma trabalhista e inovações normativas e jurisprudenciais posteriores. 18. ed. São Paulo: LTr, 2019. p. 1382.

Dessa forma, enquanto na dispensa individual o motivo ensejador é subjetivo e a consequência se dá na esfera de um único trabalhador, na dispensa plúrima as causas são heterogêneas, embora envolvam um grande número de trabalhadores, e na dispensa coletiva ou em massa, a causa ensejadora é homogênea, objetiva, geralmente relacionada a motivos financeiros, e as consequências transcendem os interesses das partes, atingindo também a sociedade a partir de reflexos sociais, econômicos e tributários.

Muito embora haja essa diferenciação no campo doutrinário, a legislação nacional não se preocupou em diferenciar e regulamentar as referidas modalidades de dispensas. No direito comparado, por sua vez, o Conselho da União Europeia definiu no art. 1º da Diretiva n. 98/59/CE do Conselho:

Entende-se por «despedimentos colectivos» os despedimentos efectuados por um empregador, por um ou vários motivos não inerentes à pessoa dos trabalhadores, quando o número de despedimentos abranger, segundo a escolha efectuada pelos Estados-membros: i) ou, num período de 30 dias: – no mínimo 10 trabalhadores, nos estabelecimentos que empreguem habitualmente mais de 20 e menos de 100, – no mínimo 10 % do número dos trabalhadores, nos estabelecimentos que empreguem habitualmente no mínimo 100 e menos de 300 trabalhadores, – no mínimo 30 trabalhadores, nos estabelecimentos que empreguem habitualmente no mínimo 300; ii) ou, num período de 90 dias, no mínimo 20 trabalhadores, qualquer que seja o número de trabalhadores habitualmente empregados nos estabelecimentos em questão; [...].³

Demonstrando a experiência legislativa no direito comparado, Lorena Vasconcelos Porto e Augusto Grieco Sant'Anna Meirinho informam que as legislações de países como Itália (art. 24 da Lei n. 223, de 1991), França (art. L1233-46 do Código do Trabalho), Espanha (art. 51), Portugal (art. 359 do Código do Trabalho), Dinamarca (Lei sobre as Dispensas Coletivas, que repete os cri-

3 CONSELHO EUROPEU. *Diretiva n. 98/59/CE, 20 de julho de 1998*. Disponível em: <https://op.europa.eu/pt/publication-detail/-/publication/4536855b-5b01-4f1a-a4b0-f83f971714c8>. Acesso em: 9 jan. 2021.

térios previstos na Diretiva n. 59, de 1998, da União Europeia), Finlândia (Lei sobre as Dispensas Coletivas, que repete os critérios previstos na Diretiva n. 59, de 1998, da União Europeia), Inglaterra [Collective Redundancies and Transfer of Undertakings – Protection of Employment (Amendment) Regulations], Estados Unidos (Worker Adjustment and Retraining Notification Act), Japão (Worker Adjustment and Retraining Notification Act), além de trazerem critérios quantitativos, qualitativos e temporais no que se refere à dispensa coletiva, “determinam que a dispensa em massa deve ser precedida de negociação coletiva prévia como condição de validade e estabelecem que a dispensa em massa se encontra sob o controle do Poder Judiciário”.⁴

Com base no direito comparado e em princípios extraídos do nosso próprio ordenamento jurídico, diante da falta de regulamentação por meio de lei complementar quanto às dispensas coletivas, mas considerando o direito à relação de emprego protegida, parte da doutrina, assim como a jurisprudência prevalecente do Tribunal Superior do Trabalho (TST), tem entendido como requisito necessário para a realização das dispensas coletivas a prévia negociação coletiva.

2 Da necessidade de prévia negociação coletiva nas dispensas em massa

Na relação dispar tal como é a trabalhista, já que o empregador é ser coletivo por excelência, para que seja alcançada igualdade de condições na resolução dos conflitos, o que Mauricio Godinho Delgado chama de princípio da equivalência entre contratantes coletivos, surge a necessidade de os trabalhadores agirem em conjunto, por meio dos sindicatos.

Tanto é assim que a própria Constituição Federal definiu no art. 8º, III, que “ao sindicato cabe a defesa dos direitos e interesses coletivos ou individuais da categoria, inclusive em questões judiciais

4 PORTO, Lorena Vasconcelos; MEIRINHO, Augusto Grieco Sant’Anna. A dispensa em massa e a pandemia do COVID19. *Rev. Trib. Reg. Trab. 3ª Reg.*, Belo Horizonte, edição especial, t. II, jul. 2020. p. 492.

ou administrativas”; e, no art. 8º, VI, determinou que “é obrigatória a participação dos sindicatos nas negociações coletivas de trabalho”.

A negociação coletiva, antes de tudo, é um direito fundamental do trabalho, assim reconhecido na Declaração da Organização Internacional do Trabalho (OIT) sobre Princípios e Direitos Fundamentais no Trabalho de 1998, que deve ser respeitado, promovido e realizado pelo simples fato de um país ser membro da OIT, independentemente da existência de quaisquer convenções ratificadas nesse tocante.

A expressão “negociação coletiva”, consoante o art. 2º da Convenção 154 da OIT, compreende

[...] todas as negociações que tenham lugar entre, de uma parte, um empregador, um grupo de empregadores ou uma organização ou várias organizações de empregadores, e, de outra parte, uma ou várias organizações de trabalhadores, com o fim de: a) fixar as condições de trabalho e emprego; ou b) regular as relações entre empregadores e trabalhadores; ou c) regular as relações entre empregadores ou suas organizações e uma ou várias organizações de trabalhadores, ou alcançar todos estes objetivos de uma só vez.

E seu art. 5º determina que “deverão ser adotadas medidas adequadas às condições nacionais no estímulo à negociação coletiva”.

Em razão da importância da realização de negociação coletiva, o art. 4º da Convenção 98 da OIT dispõe que aos Estados cabe “estimular e promover o pleno desenvolvimento e utilização de mecanismos de negociação voluntária entre empregadores ou organizações de empregadores e organizações de trabalhadores”. E o art. 17 da Declaração Sociolaboral do Mercosul informa que os empregadores e as organizações de trabalhadores “têm direito de negociar e celebrar convenções e acordos coletivos para regular as condições de trabalho, em conformidade com as legislações e práticas nacionais dos Estados Partes”.

Assim, em situações que envolvem não somente a esfera individual do trabalhador, mas toda a coletividade, a negociação coletiva figura um importante instrumento de pacificação social. E,

especialmente diante de situações que possam ocasionar prejuízos aos trabalhadores, como é o caso da dispensa coletiva, deve ser assegurado esse direito, em que a participação do sindicato dos trabalhadores é obrigatória.

Esse foi o entendimento adotado pelo TST no julgamento do caso Embraer – RODC 309/2009-000-15-00-4, em que considerou ser necessário distinguir a dispensa individual da coletiva, motivo pelo qual fixou a premissa de que “a negociação coletiva é imprescindível para a dispensa em massa dos trabalhadores”. Citam-se trechos da ementa desse julgado:

RECURSO ORDINÁRIO EM DISSÍDIO COLETIVO. DISPENSAS TRABALHISTAS COLETIVAS. MATÉRIA DE DIREITO COLETIVO. IMPERATIVA INTERVENIÊNCIA SINDICAL. RESTRIÇÕES JURÍDICAS ÀS DISPENSAS COLETIVAS. ORDEM CONSTITUCIONAL E INFRACONSTITUCIONAL DEMOCRÁTICA EXISTENTE DESDE 1988. [...] DISPENSAS COLETIVAS TRABALHISTAS. EFEITOS JURÍDICOS. A ordem constitucional e infraconstitucional democrática brasileira, desde a Constituição de 1988 e diplomas internacionais ratificados (Convenções OIT n. 11, 87, 98, 135, 141 e 151, ilustrativamente), *não permite o manejo meramente unilateral e potestativista das dispensas trabalhistas coletivas, por se tratar de ato/fato coletivo, inerente ao Direito Coletivo do Trabalho, e não Direito Individual, exigindo, por consequência, a participação do(s) respectivo(s) sindicato(s) profissional(is) obreiro(s). Regras e princípios constitucionais que determinam o respeito à dignidade da pessoa humana (art. 1º, III, CF), a valorização do trabalho e especialmente do emprego (arts. 1º, IV, 6º e 170, VIII, CF), a subordinação da propriedade à sua função socioambiental (arts. 5º, XXIII e 170, III, CF) e a intervenção sindical nas questões coletivas trabalhistas (art. 8º, III e VI, CF), tudo impõe que se reconheça distinção normativa entre as dispensas meramente tópicas e individuais e as dispensas massivas, coletivas, as quais são social, econômica, familiar e comunitariamente impactantes. Nesta linha, seria inválida a dispensa coletiva enquanto não negociada com o sindicato de trabalhadores, espontaneamente ou no plano do processo judicial coletivo.* A d. Maioria, contudo, decidiu apenas fixar a premissa, para casos futuros, de que “a negociação coletiva é imprescindível para a dispensa em

massa de trabalhadores”, observados os fundamentos supra. Recurso ordinário a que se dá provimento parcial.⁵ (Grifo nosso).

No referido julgado, o relator ministro Mauricio Godinho Delgado ressaltou que, muito embora a relação de emprego individual esteja protegida contra a despedida arbitrária ou sem justa causa, na forma do art. 7º, I, da CF, esta não pode se confundir com a despedida massiva. Isso porque a dispensa coletiva, por envolver quantidade significativa de trabalhadores, é matéria relacionada ao direito coletivo do trabalho, de modo que deve seguir as regras e os princípios deste, que são diversos dos do direito individual. Assim, considerando a ordem constitucional, infraconstitucional e os diplomas internacionais ratificados, bem como os princípios constitucionais, entendeu-se ser necessária a participação do sindicato obreiro por meio da negociação coletiva não para proibir a dispensa em massa, mas para encontrar mecanismos que diminuam seus impactos na sociedade.

Esse mesmo entendimento foi adotado em diversos outros casos análogos pelo TST, como se observa no RODC 2004700-91.2009.5.02.0000, no RO 173-02.2011.5.15.0000, no RO 00000006-61.2011.5.05.0000 e no RODC 0006155-89.2014.5.15.0000.

Por oportuno, vale destacar que o RE 999435, no caso Embraer, teve a repercussão geral reconhecida pelo STF:

Tema 638 – Necessidade de negociação coletiva para a dispensa em massa de trabalhadores. Relator: Min. Marco Aurélio. Leading Case: RE 999435. Recurso extraordinário em que se discute – à luz dos arts. 1º, IV, 2º, 3º, I, 4º, IV, 5º, II, 7º, I, 114, 170, II e parágrafo único, da Constituição federal, bem como do art. 10, II, do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias – a imposição, pelo Tribunal Superior do Trabalho, da obrigatoriedade de negociação coletiva para a dispensa em massa de trabalhadores.⁶

5 BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. *ED-RODC - 30900-12.2009.5.15.0000*. Relator: Min. Mauricio Godinho Delgado, Seção Especializada em Dissídios Coletivos, Data de Julgamento: 10.8.2009, Data de Publicação: 4.9.2009.

6 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *RE 999435*. Relator: Min. Marco Aurélio. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudenciaRepercussao/verAnda>

Sobre a matéria, ainda, há de se destacar orientação emitida pelo Ministério Público do Trabalho (MPT) por meio da Coordenadoria Nacional de Promoção da Liberdade Sindical e do Diálogo Social:

Orientação n. 06 (aprovada na reunião de 11.04.2013): Dispensa coletiva. DISPENSA COLETIVA. “Considerando os princípios constitucionais da dignidade da pessoa humana (art. 1º, III), da democracia nas relações de trabalho e da solução pacífica das controvérsias (preâmbulo da Constituição Federal de 1988), do direito à informação dos motivos ensejadores da dispensa massiva e de negociação coletiva (art. 5º, XXXIII e XIV, art. 7º, I e XXVI, e art. 8º, III, V e VI), da função social da empresa e do contrato de trabalho (art. 170, III, e Cód. Civil, art. 421), bem como os termos das Convenções ns. 98, 135, 141 e 151, e Recomendação n. 163 da Organização Internacional do Trabalho (OIT), a dispensa coletiva será nula e desprovida de qualquer eficácia se não se sujeitar ao prévio procedimento da negociação coletiva de trabalho com a entidade sindical representativa da categoria profissional”.

Assim, considerando toda a base principiológica constitucional e do direito comparado, entende-se que o direito potestativo do empregador de dispensar seus empregados assim como o direito à propriedade e à livre iniciativa devem conviver com os princípios da função social do trabalho, do valor social do trabalho, da busca do pleno emprego e da dignidade da pessoa humana, razão pela qual se afigura necessária a negociação coletiva.

Não se ignora que a reforma trabalhista acrescentou à Consolidação das Leis do Trabalho (CLT) o art. 477-A, que dispõe que as dispensas imotivadas individuais, plúrimas ou coletivas equiparam-se para todos os fins, não havendo necessidade de autorização prévia de entidade sindical ou de celebração de convenção coletiva ou acordo coletivo de trabalho para sua efetivação.

Entretanto, há de se entender que a autorização prévia do sindicato e a celebração de Acordo Coletivo de Trabalho (ACT) ou Convenção Coletiva de Trabalho (CCT) para efetivação das dispensas coletivas não

mentoProcesso.asp?incidente=5059065&numeroProcesso=999435&classeProcesso=RE&numeroTema=638. Acesso em: 15 jan. 2021.

se confundem com a necessidade de negociação coletiva, até porque esta não necessariamente resulta em um instrumento coletivo.

3 Do art. 477-A da CLT – Inconstitucionalidades e inconveniências

Como amplamente divulgado, o discurso é de que a reforma trabalhista buscava o fortalecimento da negociação coletiva, tanto é que assinalou a preponderância do negociado sobre o legislado no art. 611-A da CLT.

Tal intento pode ser observado na justificativa do substitutivo apresentado pela Comissão Especial da Câmara dos Deputados, sob a relatoria do deputado federal Rogério Marinho:

O projeto em análise tem por objetivo aprimorar as relações do trabalho no Brasil, por meio da valorização da negociação coletiva entre trabalhadores e empregadores. [...] propõe-se que haja um *fortalecimento da negociação coletiva*. [...] Um dos pilares do projeto encaminhado para apreciação por esta Casa Legislativa é a *possibilidade de que a negociação coletiva realizada por entidades representativas de trabalhadores e empregadores possa prevalecer sobre normas legais, em respeito à autonomia coletiva da vontade*. [...] o foco que se almeja com a presente reforma é a *expansão das condições de negociação dos sindicatos diante das rígidas regras da CLT, sem comprometer os direitos assegurados aos trabalhadores*.⁷ (Grifo nosso).

Desse modo, considerando uma interpretação teleológica da reforma trabalhista, que busca valorizar a negociação coletiva, não se pode andar em sentido contrário quando se trata da dispensa coletiva. Especialmente porque interpretar que a dispensa coletiva pode ser efetivada sem a participação dos sindicatos

[...] visa a atender, ao máximo, interesses econômicos e mercadológicos, facilitando as negociações entre empregado e empregador, incentivando, desse modo, a atividade empresarial ao tornar mais

7 BRASIL. Câmara dos Deputados. *Substitutivo 1 do Projeto de Lei n. 6.787/2016*. Apresentado em 12.4.2017. Disponível em: https://www.camara.leg.br/proposicoes/Web/prop_mostrarintegra?cod teor=1544961&filename=SBT+1+PL678716+%3D%3E+PL+6787/2016. Acesso em: 11 jan. 2021.

célere a extinção do contrato de trabalho. No entanto, não atende os interesses sociais dos empregados, uma vez que atinge a dignidade, os valores sociais e a cidadania dessas pessoas.⁸

Segundo Mauricio Godinho Delgado e Gabriela Neves Delgado, a leitura gramatical e literalista do novo preceito normativo apenas demonstra a compulsão da Lei n. 13.467/2017 no sentido de enxergar, no mundo do trabalho, estritamente os interesses unilaterais dos empregadores.

Os autores vão além ao afirmar que

[...] todo o universo de princípios humanísticos e sociais da Constituição da República é desrespeitado pela nova regra legal, sob qualquer perspectiva que se queira examinar a matéria. Princípios como da centralidade da pessoa humana na ordem socioeconômica e jurídica, da dignidade da pessoa humana, do bem-estar individual e social, da inviolabilidade física e psíquica do direito à vida, da igualdade em sentido material, da segurança em sentido amplo e social, ao invés de apenas em sua antiga acepção patrimonial, além do princípio da valorização do trabalho e emprego – este em paridade e simetria (ao contrário de subordinação) com o princípio da livre iniciativa –, sem contar, ainda, o princípio da subordinação da propriedade à sua função social, todos esses princípios e normas constitucionais de 1988 são descurados pela literalidade da regra inserida no recente art. 477-A da CLT.⁹

Caso se entenda pela interpretação gramatical literal do referido dispositivo, coloca-se em xeque a própria constitucionalidade e convencionalidade do referido dispositivo.

Nesse tocante, Godinho elenca diversos aspectos que colocam em questão a compatibilidade da nova regra legal com a Constituição.

8 LEITÃO, André Studart; SILVA, Ticianne Pereira da. Uma análise da dispensa coletiva pós-reforma trabalhista à luz da teoria do utilitarismo. *Revista da Escola Nacional da Inspeção do Trabalho*, Brasília, ano 3, p. 37-57, 2019. Disponível em: <https://enit.trabalho.gov.br/revista/index.php?journal=RevistaEnit&page=article&op=view&path%5B%5D=68&path%5B%5D=36>. Acesso em: 11 jan. 2021.

9 DELGADO, Mauricio Godinho; DELGADO, Gabriela Neves. *A reforma trabalhista no Brasil: com os comentários à Lei n. 13.467/2017*. São Paulo: LTr, 2017. p. 181.

Em resumo: primeiro, afirma que a regulação do inciso I do art. 7º da Constituição da República somente pode ser feita por meio de Lei Complementar (LC), cuja essencialidade, inclusive, já foi assim decidida pelo STF na ADI n. 1625, ao julgar, em 2007, inconstitucional a Convenção 158 da OIT em decorrência de o art. 7º, I, da CF determinar que a sua regulamentação se faça por LC. Além disso, Essa LC deve prever, “dentre outros direitos”, uma “indenização compensatória”, não sendo uma lei ordinária apta a reger a matéria; segundo, o art. 477-A da CLT mantém a incidência da despedida arbitrária, afasta a negociação coletiva e não estipula indenização compensatória, o que é literal e diretamente contrário ao art. 7º, I, da CF; terceiro, ao equiparar dispensas coletivas e individuais, desrespeita princípios constitucionais do trabalho, como o da justiça social, o da subordinação da propriedade à sua função social, o da segurança, o da valorização do trabalho e emprego, o da centralidade da pessoa humana na ordem jurídica e na vida socioeconômica e o da dignidade da pessoa humana; quarto, desrespeita o princípio constitucional da proporcionalidade ao conferir tratamento idêntico às dispensas coletivas; quinto, pelo menoscabo do art. 8º, III e VI, pois a dispensa em massa ostenta o caráter de direito coletivo e enquadra-se como assunto inserido nas atribuições constitucionais do sindicato, que deve participar de forma inequívoca e direta na negociação coletiva; sexto, pela afronta ao conceito constitucional de Estado Democrático de Direito, que supõe a presença de uma sociedade civil com caráter democrático e inclusivo, em vez do contrário.¹⁰

Lorena Vasconcelos Porto e Augusto Grieco Sant’Anna Meirinho entendem que

esse dispositivo legal, no entanto, apenas prevê que não é necessária a autorização do sindicato, o que jamais foi exigido, não mencionando em momento algum que não é necessária a negociação coletiva prévia.

Seguem com a afirmação de que, se o objetivo da reforma trabalhista é o fortalecimento da negociação coletiva, a jurisprudên-

¹⁰ DELGADO, 2019, p. 1385-1387.

cia do TST faz exatamente isto, “prestigia-se a autonomia coletiva e garante-se que um problema de contornos inconfundivelmente coletivos seja resolvido com a valorização da negociação entre empresas e sindicatos”. Por isso, concluem que

a única interpretação possível para o art. 477-A da CLT, compatível com os propósitos do novo diploma, é o condicionamento das dispensas coletivas à prévia negociação, a fim de que os seus impactos negativos sejam atenuados.¹¹

Da mesma forma, a convencionalidade estaria prejudicada, porque equiparar as dispensas após a conquista jurisprudencial da tese da necessidade da negociação coletiva representaria afronta ao princípio da progressividade e da vedação ao retrocesso social, já que tratados internacionais ratificados como as Convenções 98 e 154 da OIT possuem *status* supralegal (na forma do que restou decidido no julgado do RE 466343), de modo que prevalecem sobre a lei ordinária, ou seja, sobre o dispositivo da reforma trabalhista.

Recorde-se que o artigo 27 da Convenção de Viena sobre os direitos dos tratados, ratificada pelo Brasil e promulgada pelo Decreto n. 7.030/2009, dispõe que “[u]ma parte não pode invocar as disposições de seu direito interno para justificar o inadimplemento de um tratado. Esta regra não prejudica o artigo 46”.

E que é dever do Poder Judiciário, de ofício, aplicar tanto os dispositivos nacionais como os tratados internacionais ratificados pelo Brasil, sob pena de o Brasil ser responsabilizado internacionalmente pelo não cumprimento. Inclusive, no caso *Lagos del Campo vs. Peru*, a Corte Interamericana de Direitos Humanos (CorteIDH) reconheceu que a violação aos tratados internacionais pode derivar de uma decisão interna que confere validade a norma incompatível com os tratados internacionais ratificados pelo país:

94. Es por ello que en el ámbito laboral, la responsabilidad del Estado se puede generar bajo la premisa de que el derecho interno, tal como fue interpretado en última instancia por el órgano jurisdiccional nacional, habría con-

11 PORTO; MEIRINHO, 2020, p. 483-484.

validado una vulneración del derecho del recurrente, por lo que la sanción, en último término, deriva como resultado de la resolución del tribunal nacional, pudiendo ello acarrear un ilícito internacional.

No mesmo caso foi reconhecido que a estabilidade no emprego é um direito protegido nos termos da CADH. Extraem-se os seguintes trechos da sentença:

147. En este sentido, el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, en su Observación General No. 18 sobre el derecho al trabajo, expresó que este mismo “implica el derecho a no ser privado injustamente del empleo”. Asimismo, ha señalado que el “incumplimiento de la obligación de proteger se produce cuando los Estados Partes se abstienen de adoptar todas las medidas adecuadas para proteger a las personas sometidas a su jurisdicción contra las vulneraciones del derecho al trabajo imputables a terceros”, lo cual incluye “el hecho de no proteger a los trabajadores frente al despido improcedente”. [...]

149. Como correlato de lo anterior, se depende que las obligaciones del Estado en cuanto a la protección del derecho a la estabilidad laboral, en el ámbito privado, se traduce en principio en los siguientes deberes: a) adoptar las medidas adecuadas para la debida regulación y fiscalización de dicho derecho; b) proteger al trabajador y trabajadora, a través de sus órganos competentes, contra el despido injustificado; c) en caso de despido injustificado, remediar la situación (ya sea, a través de la reinstalación o, en su caso, mediante la indemnización y otras prestaciones previstas en la legislación nacional). Por ende, d) el Estado debe disponer de mecanismos efectivos de reclamo frente a una situación de despido injustificado, a fin de garantizar el acceso a la justicia y la tutela judicial efectiva de tales derechos (infra, párrs. 174, 176 y 180).

150. Cabe precisar que la estabilidad laboral no consiste en una permanencia irrestricta en el puesto de trabajo, sino de respetar este derecho, entre otras medidas, otorgando debidas garantías de protección al trabajador a fin de que, en caso de despido se realice éste bajo causas justificadas, lo cual implica que el empleador acredite las razones suficientes para imponer dicha sanción con las debidas garantías, y frente a ello el trabajador pueda recurrir tal decisión ante las autoridades internas, quienes verifiquen que las causales imputadas no sean arbitrarias o contrarias a derecho.¹²

¹² CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. *Caso Lagos del Campo vs. Peru*. 2017. Disponível em: https://www.corteidh.or.cr/corteidh/docs/casos/articulos/seriec_340_esp.pdf. Acesso em: 11 jan. 2021.

Nesse mesmo sentido, segue julgado do Tribunal Regional do Trabalho da 3ª Região:

[...] 2. O disposto no art. 477-A da CLT, introduzido pela Lei n. 13.467/17, em sua própria literalidade, a despeito de esclarecer não ser necessária a “autorização prévia de entidade sindical ou de celebração de convenção coletiva ou acordo coletivo de trabalho para sua efetivação”, quedou-se silente a respeito da necessidade da instauração da consulta prévia para sua validade, no que bem andou o legislador, pois não poderia mesmo avançar mais e derrogar os preceitos internacionais que tratam da necessidade do diálogo social no âmbito coletivo. 3. As normas de direitos humanos sobre o trabalho, quando internalizadas no ordenamento nacional, asseguram um patamar mínimo (não um teto) de garantias que dirigem a interpretação das normas emanadas do legislador ordinário. 4. *O juiz brasileiro não é apenas um juiz nacional, mas um garante do sistema internacional de proteção aos direitos humanos.*¹³ (Grifo nosso).

Importante mencionar a Convenção 158 da OIT, que, apesar de denunciada pelo Brasil, trata especificamente sobre a matéria ora em estudo. Referida convenção objetiva, regra geral, a proteção da relação de emprego, de modo que a dispensa apenas pode se dar por causa justificada relacionada à capacidade ou ao comportamento do trabalhador, ou baseada nas necessidades de funcionamento da empresa, do estabelecimento ou do serviço (art. 4º). E quando prevista a dispensa por motivos econômicos, tecnológicos, estruturais ou análogos, como é o caso da dispensa em massa, na forma do art. 13 da referida convenção, o empregador:

- a) proporcionará aos representantes dos trabalhadores integrados, em tempo oportuno, a *informação* pertinente, incluindo os motivos dos términos previstos, o número e categorias dos trabalhadores que poderiam ser afetados pelos mesmos e o período durante o qual seriam efetuados esses términos;
- b) em conformidade com a legislação e a prática nacionais, oferecerá aos representantes dos trabalhadores interessados, o mais breve

13 BRASIL. Justiça do Trabalho. Tribunal Regional do Trabalho da 3ª Região. 1ª SDI. *Proc. 0011778-65.2017.5.03.0000 (MS)*. Rel. Des. José Eduardo Resende Chaves Jr., j. 26.4.2018.

que for possível, uma oportunidade para *realizarem consultas* sobre as medidas que deverão ser adotadas para evitar ou limitar os termos e as medidas para atenuar as consequências adversas de todos os termos para os trabalhadores afetados, por exemplo, achando novos empregos para os mesmos. (Grifo nosso).

Em que pese a Convenção 158 ter sido aprovada pelo Congresso Nacional por meio do Decreto Legislativo n. 68, de 16 de setembro de 1992, e promulgada por meio do Decreto n. 1.855, de 10 de abril de 1996, ela foi denunciada por meio do Decreto Presidencial n. 2.100, de 30 de dezembro de 1996. Esse último decreto foi questionado na ADI 1625, até o momento pendente de julgamento, ajuizada pela Confederação Nacional dos Trabalhadores da Agricultura (Contag), uma vez que a denúncia foi unilateral, sem a manifestação do Congresso Nacional, embora o art. 49, I, determine a competência deste para resolver definitivamente sobre tratados.

Inclusive, no sentido de ser necessária a conjugação de vontades dos Poderes Legislativo e Executivo, o Tribunal Regional do Trabalho da 17ª Região editou a Súmula 42 pelo Tribunal Pleno, muito embora tenha sido suspensa até a decisão final da ADI 1625:

SÚMULA 42 DO TRT-17. “INCONSTITUCIONALIDADE DO DECRETO 2.100/96. DENÚNCIA UNILATERAL DA CONVENÇÃO 158 DA OIT. A Convenção 158 da OIT é um tratado de direito humano social. A aprovação e ratificação de um tratado de direitos humanos é um ato complexo, necessitando da conjugação da vontade de dois Poderes (Legislativo e Executivo), em claro respeito ao princípio da separação dos poderes previsto no artigo 2º da CR/88, bem como ao sistema de freios e contrapesos (*checks and balances*) consagrado na forma republicana de governo. Logo, a denúncia unilateral pelo Presidente da República (por meio de decreto) da Convenção 158 ratificada pelo Congresso Nacional é formalmente inconstitucional, por violação ao procedimento previsto no art. 49, I, da CF”.

De igual modo, parte da doutrina entende pela inconstitucionalidade tanto formal como material do ato de denúncia da Convenção 158 da OIT. Dentre eles, estão Carlos Henrique Bezerra Leite e

Nelson Camatta Moreira, segundo o qual, em resumo, a denúncia da Convenção 158 encontra-se eivada de inconstitucionalidade:

[...] *formal*, porquanto somente o Estado-membro (ato complexo do Congresso Nacional e do Presidente da República), e não somente o Governo, possui “competência” para tal; *material*, já que se trata de tratado internacional incorporado imediata e plenamente em nosso sistema, na categoria de direito fundamental (CF, art. 5º, §§ 2º e 1º), razão pela qual o ato de denúncia carece de validade em função das limitações impostas pelo art. 60, § 4º, IV, da CF.¹⁴ (Grifo do original).

Em assim sendo, entendendo-se por inconstitucional e inconvençional o Decreto que denunciou a Convenção 158 da OIT, seria plenamente aplicável aos casos de dispensa coletiva o art. 13º da referida convenção, que dispõe sobre o direito à informação dos trabalhadores sobre os motivos da dispensa, assim como a necessidade de realização de consultas às organizações representativas dos trabalhadores sobre as medidas a serem adotadas para evitar ou minimizar os efeitos da dispensa coletiva. Dessa forma, afigurar-se-ia necessária a negociação coletiva, o que corrobora o entendimento já adotado pelo TST no caso Embraer.

Importante mencionar que a 2ª Jornada de Direito Material e Processual do Trabalho realizada pela Associação Nacional dos Magistrados da Justiça do Trabalho (Anamatra) trouxe o seguinte enunciado, ressaltando a inconstitucionalidade e a inconveniência do art. 477-A da CLT, trazido pela reforma trabalhista:

Enunciado n. 57. DISPENSA COLETIVA: INCONSTITUCIONALIDADE. O ART. 477-A DA CLT PADECE DE INCONSTITUCIONALIDADE, ALÉM DE INCONVENIÊNCIA, POIS VIOLA OS ARTIGOS 1º, III, IV, 6º, 7º, I, XXVI, 8º, III, VI, 170, CAPUT, III E VIII, 193, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL, COMO TAMBÉM O ARTIGO 4º DA CONVENÇÃO N. 98, O ARTIGO 5º

14 LEITE, Carlos Henrique Bezerra; MOREIRA, Nelson Camatta. A eficácia da Convenção 158 da Organização Internacional do Trabalho no ordenamento jurídico brasileiro. In: ROCHA, Cláudio Jannotti da *et al.* (org.). *Os instrumentos normativos: tratados e convenções internacionais*. São Paulo: Tirant lo Blanch, 2020. *E-book*. v. 3. (Coleção Direito Internacional do Trabalho). p. 335.

DA CONVENÇÃO N. 154 E O ART. 13 DA CONVENÇÃO N. 158, TODAS DA OIT. VIOLA, AINDA, A VEDAÇÃO DE PROTEÇÃO INSUFICIENTE E DE RETROCESSO SOCIAL. AS QUESTÕES RELATIVAS À DISPENSA COLETIVA DEVERÃO OBSERVAR: A) O DIREITO DE INFORMAÇÃO, TRANSPARÊNCIA E PARTICIPAÇÃO DA ENTIDADE SINDICAL; B) O DEVER GERAL DE BOA-FÉ OBJETIVA; E C) O DEVER DE BUSCA DE MEIOS ALTERNATIVOS ÀS DEMISSÕES EM MASSA.¹⁵

E, mesmo após a inserção do art. 477-A da CLT, o TST continua a entender pela necessidade de negociação coletiva:

RECURSO DE REVISTA. ACÓRDÃO REGIONAL PUBLICADO NA VIGÊNCIA DA LEI N. 13.015/2014. 1. DANO MORAL COLETIVO. DEMISSÃO EM MASSA. AUSÊNCIA DE PRÉVIA NEGOCIAÇÃO COLETIVA. CONHECIMENTO E PROVIMENTO. I. Trata-se de ação civil pública em que se pleiteia o reconhecimento de dano moral coletivo, e respectiva indenização, em razão da ausência de negociação coletiva que anteceda a decisão de dispensa coletiva de trabalhadores. II. No caso, é incontroversa a dispensa em massa, sem prévia negociação coletiva, em decorrência da rescisão do contrato de prestação de serviços mantido entre a empresa Reclamada e a CELPA. III. *A jurisprudência da Seção de Dissídios Coletivos desta Corte firmou entendimento no sentido de que a prévia negociação coletiva é imprescindível para a legalidade da dispensa em massa de trabalhadores. Ausente tal procedimento, é devida a indenização compensatória, pelo caráter coletivo da lesão.* IV. Recurso de revista de que se conhece e a que se dá provimento.¹⁶ (Grifo nosso).

[...] A ordem constitucional e infraconstitucional democrática brasileira, desde a Constituição de 1988 e diplomas internacionais ratificados (Convenções OIT n. 11, 87, 98, 135, 141 e 151, ilustrativamente), não permite o manejo meramente unilateral e potestativista das dispensas trabalhistas coletivas, por

15 ASSOCIAÇÃO NACIONAL DOS MAGISTRADOS DA JUSTIÇA DO TRABALHO. Enunciado 57. In: JORNADA DE DIREITO MATERIAL E PROCESSUAL DO TRABALHO, 2., 2017, Brasília. *Enunciados aprovados* [...]. Brasília: Anamatra, 2017. Disponível em: https://www.anamatra.org.br/attachments/article/27175/livreto_RT_Jornada_19_Conamat_site.pdf. Acesso em: 11 jan. 2021.

16 BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. RR-10351-92.2013.5.08.0013, 4ª Turma. Relator: Min. Alexandre Luiz Ramos, *DEJT* 27 set. 2019.

se tratar de ato/fato coletivo, inerente ao Direito Coletivo do Trabalho, e não Direito Individual, exigindo, por consequência, a participação do(s) respectivo(s) sindicato(s) profissional(is) obreiro(s). Regras e princípios constitucionais que determinam o respeito à dignidade da pessoa humana (art. 1º, III, CF), a valorização do trabalho e especialmente do emprego (arts. 1º, IV, 6º e 170, VIII, CF), a subordinação da propriedade à sua função socioambiental (arts. 5º, XXIII e 170, III, CF) e a intervenção sindical nas questões coletivas trabalhistas (art. 8º, III e VI, CF), *tudo impõe que se reconheça distinção normativa entre as dispensas meramente tópicas e individuais e as dispensas massivas, coletivas, as quais são social, econômica, familiar e comunitariamente impactantes.* Assim, consoante exposto pelo acórdão regional, instituindo os Sujeitos Coletivos, representantes das categorias profissional e econômica, mediante convenção coletiva de trabalho, critérios para seleção de dispensas, se houver necessidade de redução da força de trabalho, obriga-se a empregadora a cumprir tais procedimentos e critérios estabelecidos, sob pena de violação ao disposto no art. 7º, XXVI, da CF. Comprovada a não observância desse regramento para a dispensa do Reclamante, torna-se inválida a ruptura contratual efetivada, sendo, portanto, devida a sua reintegração. Agravo de instrumento desprovido.¹⁷ (Grifo nosso).

[...] 4.2. A jurisprudência da Seção de Dissídios Coletivos desta Corte firmou entendimento de que a negociação coletiva é imprescindível à dispensa em massa, pois tal cenário exige a estipulação de normas e condições para a proteção dos trabalhadores contra o desemprego, além da redução dos impactos sociais e econômicos causados. Ausente tal procedimento, é devida a indenização compensatória, pelo caráter coletivo da lesão. Precedentes. 4.3. As empresas que se lançam no mercado, assumindo o ônus financeiro de cumprir a legislação trabalhista, perdem competitividade em relação àquelas que reduzem seus custos de produção à custa dos direitos mínimos assegurados aos empregados. 4.4. Tratando-se de lesão que viola bens jurídicos indiscutivelmente caros a toda a sociedade, surge o dever de indenizar, sendo cabível a reparação por dano moral coletivo (arts. 186 e 927 do CC e 3º e 13 da LACP) [...].¹⁸

17 BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. AIRR-10617-71.2013.5.01.0014, 3ª Turma. Relator: Min. Mauricio Godinho Delgado, *DEJT* 11 maio 2018.

18 BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. AIRR-940-70.2015.5.23.0002, 3ª Turma. Relator: Min. Alberto Luiz Bresciani de Fontan Pereira, *DEJT* 12 abr. 2019.

Assim sendo, deve-se adotar a interpretação de que o art. 477-A da CLT deve ser visualizado à luz da Constituição Federal e dos tratados internacionais firmados, de modo a não afastar a necessidade de negociação coletiva – o que não se confunde com autorização prévia –, para que haja o devido diálogo e a busca por alternativas à dispensa coletiva.

4 Do abuso de direito e da dispensa coletiva em momentos de crise

No ano de 2020, diante da grave crise econômica mundial provocada pela pandemia de Covid-19, muitos empregos se viram ameaçados pela dispensa em massa. Por isso, foi expedida a Medida Provisória (MPV) n. 927, de 2020 (a qual já perdeu sua vigência), que no art. 1º afirma se tratar de MPV que “dispõe sobre as medidas trabalhistas que poderão ser adotadas pelos empregadores para preservação do emprego e da renda e para enfrentamento do estado de calamidade pública”. Dessa forma, com vistas a esse objetivo, foram propostas medidas, dentre elas a concessão de férias coletivas, a antecipação de feriados e o banco de horas.

Posteriormente convertida na Lei n. 14.020/2020, a MPV n. 936, de 2020, também previu outras medidas como redução proporcional de jornada de trabalho e de salários, bem como suspensão temporária do contrato de trabalho.

Ainda que as referidas MPVs tenham dispositivos de constitucionalidade questionável, que, inclusive, chegaram a ser objeto de ADIs, essas trouxeram alternativas para a não ocorrência de demissões em massa, buscando preservar o emprego e a renda dos trabalhadores.

Sem falar em outros mecanismos previstos no nosso ordenamento jurídico antes dessa crise internacional, tais como suspensão dos contratos de trabalho para qualificação do empregado (art. 476-A da CLT c/c art. 2º-A da Lei n. 7.998/1990); admissão dos planos de dispensa incentivada mediante negociação coletiva (RE n. 590.415 e art. 477-B da CLT); programas de proteção ao emprego (Lei n. 13.189/2015); redução de salário com redução proporcional de jornada (Lei n. 4.923/1965), dentre outras.

Vale mencionar que normativos internacionais também tratam de medidas de proteção contra o desemprego. A título de exemplo, o art. 10, 2, *b*, da Convenção 168 da OIT, traz a hipótese de suspensão ou redução de rendimentos como consequência de uma suspensão temporária do trabalho. A Diretiva 98/59/CE, de 20 de julho de 1998, do Conselho da União Europeia (aplicável a título de direito comparado) informa a possibilidade de a negociação coletiva direcionar-se ao pagamento de indenização além das previstas em lei (item 3, VI).

E, especificamente sobre a pandemia de Covid-19, a Comissão Interamericana de Direitos Humanos (CIDH) emitiu a Resolução n. 01/2020, na qual consta o dever de o Estado:

5. Proteger os direitos humanos, particularmente os DESCAs, dos trabalhadores em situação de maior risco pela pandemia e suas consequências. É importante tomar medidas que *assegurem a renda econômica e os meios de subsistência de todos os trabalhadores*, de maneira que tenham igualdade de condições para cumprir as medidas de contenção e proteção durante a pandemia, bem como condições de acesso à alimentação e outros direitos essenciais. As pessoas que tenham que seguir realizando suas atividades profissionais devem ser protegidas dos riscos de contágio do vírus e, em geral, deve-se dar adequada proteção ao trabalho, salários, liberdade sindical e negociação coletiva, pensões e demais direitos sociais inter-relacionados com o âmbito trabalhista e sindical.¹⁹ (Grifo nosso).

Como já afirmado alhures, não se pode considerar que as consequências da dispensa individual e da dispensa coletiva sejam semelhantes, especialmente diante de momentos de crise, sob pena de ir contra todo o arcabouço principiológico erigido na Constituição Federal de 1988. E, com vistas à manutenção dos meios de subsistência dos trabalhadores, mesmo em situações como a vivenciada pela pandemia de Covid-19, não pode o Estado, muito menos os

19 COMISSÃO INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. *Resolução n. 1/2020 – Pandemia e direitos humanos nas Américas*. Washington, D.C.: CIDH, 2020. Disponível em: <https://www.oas.org/pt/cidh/decisiones/pdf/Resolucao-1-20-pt.pdf>. Acesso em: 11 jan. 2021.

particulares, menosprezar os direitos sociais constitucional e internacionalmente conquistados.

Como afirmam Lorena Vasconcelos Porto e Augusto Grieco Sant’Anna Meirinho,

a perda de emprego, fonte de subsistência do trabalhador e de sua família, se já é demasiadamente grave e prejudicial em qualquer circunstância, torna-se ainda mais nociva no período da pandemia do COVID-19 pela extrema dificuldade em se obter um novo posto de trabalho em razão da suspensão ou redução das atividades econômicas e do isolamento social. [...]

Cumprir notar que diversos países, tais como a Argentina (Decreto de Emergência Pública n. 329/2020), a Espanha (Real Decreto-ley n. 9/2020) e a Itália (Decreto-lei n. 18, de 17 de março de 2020, denominado Decreto Cura Italia, o qual foi convertido, com modificações, na Lei n. 27, de 24 de abril de 2020), de maneira explícita e direta proibiram a dispensa de trabalhadores durante a pandemia.²⁰

Por isso, não se pode permitir que o empregador realize dispensas coletivas sem a devida negociação coletiva, sob pena de colocar o princípio da livre iniciativa acima do princípio do valor social do trabalho e desprestigiar a negociação coletiva como instrumento de pacificação social.

A negociação coletiva, assim, especialmente diante do atual cenário econômico, é medida necessária para a minimização dos efeitos deletérios à sociedade de uma dispensa em massa. Isso porque, de um momento para o outro, um grupo de trabalhadores estará sem trabalho, sem os benefícios antes recebidos pela empresa e sem condições de prover o seu sustento e de sua família, o que pode, por exemplo, gerar impacto econômico em todo um município quando a maioria dos trabalhadores labora na única indústria da cidade.

Com a negociação coletiva, pode-se, por exemplo, reverter parte das demissões, conceder benefícios aos trabalhadores demitidos, aproveitar trabalhadores em outras unidades ou mesmo adotar

²⁰ PORTO; MEIRINHO, 2020, p. 501/503.

critérios de preferência social, como no exemplo dado pelo ministro Godinho no caso Embraer, “tais como a despedida dos mais jovens em benefício dos mais velhos, dos que não tenham encargos familiares em benefício dos que tenham, e assim sucessivamente”.

A respeito da referida situação, Lorena Vasconcelos Porto e Augusto Grieco Sant’Anna Meirinho:

Em razão ou a pretexto da pandemia do COVID-19, várias empresas vêm procedendo à dispensa em massa de seus empregados. Primeiramente, como acima exposto, *a dispensa coletiva é inválida se não for precedida de negociação coletiva com o sindicato profissional*. Ademais, as MPs n. 927/2020 e n. 936/2020 previram mecanismos, tais como a antecipação de férias individuais, a concessão de férias coletivas, o aproveitamento e a antecipação de feriados, o banco de horas, a redução da jornada e do salário e a suspensão do contrato de trabalho, os quais, pelo fato de manterem em vigor o contrato de trabalho, são menos prejudiciais aos obreiros do que a dispensa. Desse modo, *deve a empresa comprovar também a impossibilidade de adoção desses mecanismos, sob pena da invalidade da dispensa em massa praticada, em razão do abuso do direito, o qual torna o ato ilícito* (art. 187 do Código Civil c/c § 1º do art. 8º da CLT). *A dispensa de trabalhadores deve ser, portanto, a última alternativa a ser adotada pela empresa, por configurar a consequência mais gravosa entre as opções previstas nas medidas provisórias acima referidas*. Ademais, cabe atenção especial à exposição de motivos das MPs n. 927 e n. 936, já que indicam as linhas diretivas de justificação da produção normativa no contexto da crise sanitária decorrente da pandemia da COVID-19.²¹ (Grifo nosso).

Contudo, antes mesmo de adotar medidas alternativas menos prejudiciais aos trabalhadores, ou mesmo da realização de negociação coletiva, muitas empresas os dispensaram de forma coletiva. Essas dispensas representam violação aos princípios da transparência, da informação, da boa-fé contratual e da função social do contrato, e, por consequência, configuram abuso de direito, na forma do Código Civil:

21 PORTO; MEIRINHO, 2020, p. 496-497.

Art. 113. Os negócios jurídicos devem ser interpretados conforme a boa-fé e os usos do lugar de sua celebração.

[...]

Art. 187. Também comete ato ilícito o titular de um direito que, ao exercê-lo, excede manifestamente os limites impostos pelo seu fim econômico ou social, pela boa-fé ou pelos bons costumes.

[...]

Art. 421. A liberdade contratual será exercida nos limites da função social do contrato.

[...]

Art. 422. Os contratantes são obrigados a guardar, assim na conclusão do contrato, como em sua execução, os princípios de probidade e boa-fé.

Assim, entre as partes devem ser prezadas a boa-fé objetiva e a função social do contrato, cabendo à empresa buscar com os sindicatos profissionais medidas alternativas menos prejudiciais que a dispensa coletiva.

Em alguns casos, por não haver a realização prévia de negociação coletiva, foi determinada a reintegração dos trabalhadores, como o da Churrascaria Fogo de Chão, em decisão proferida na ACPCiv 0100413-12.2020.5.01.0052 pela juíza Ana Larissa Lopes Caraciki em 16 de junho de 2020, e no MS 0000441-79.2020.5.10.0000, em decisão proferida pelo desembargador Grijalbo Fernandes Coutinho em 24 de junho de 2020.

Destaquem-se algumas ementas de julgados proferidos no período que ressaltaram a necessidade de prévia negociação coletiva e de medidas alternativas à dispensa:

MANDADO DE SEGURANÇA. DISPENSA EM MASSA DURANTE A PANDEMIA DE COVID-19. NÃO ADOÇÃO DE MEDIDAS ALTERNATIVAS PREVISTAS NA LEGISLAÇÃO PARA PROTEÇÃO DOS EMPREGOS. REINTEGRAÇÃO DE TRABALHADORES DETERMINADA EM AÇÃO CIVIL PÚBLICA.

DECISÃO FUNDADA EM RAZOÁVEL INTERPRETAÇÃO DA LEI QUE NÃO VIOLA DIREITO LÍQUIDO E CERTO DA IMPETRANTE. Em razão dos reflexos negativos da pandemia de Covid-19 na economia do país, a legislação passou a disponibilizar aos empregadores mecanismos excepcionais para a preservação de empregos. A Impetrante, porém, desconsiderou as alternativas que estavam à sua disposição e resolveu promover uma dispensa em massa com pagamento parcial das verbas rescisórias em razão de alegado “fato do príncipe”, desprezando as consequências financeiras e psicológicas para mais de 100 empregados das unidades do Rio de Janeiro e suas respectivas famílias. O exercício do poder de dispensa pelo empregador deve respeitar os limites impostos pelo fim social da empresa. A Impetrante, no entanto, agiu de forma temerária em plena pandemia. Assim, a reintegração dos trabalhadores é decisão que faz razoável interpretação da lei, não violando direito líquido e certo da Impetrante.²²

AÇÃO CIVIL COLETIVA. DEMISSÃO PLÚRIMA. PANDEMIA. COVID-19. NECESSIDADE DE PRÉVIA NEGOCIAÇÃO COLETIVA. DESNECESSIDADE DE AUTORIZAÇÃO DO ENTE SINDICAL. A desnecessidade de autorização do ente de representação da categoria profissional, na forma do art. 477-A da CLT, não dispensa, para tornarem válidas as demissões plúrimas, prévia negociação coletiva, que é fomentada pela Constituição e Convenções de n. 54, 98 e 154 da OIT, das quais o Brasil é signatário [...].²³

Em assim sendo, entende-se que somente por meio da negociação coletiva, a fim de evitar a dispensa em massa da população trabalhadora, especialmente diante da pandemia de Covid-19, tem-se o equilíbrio entre o capital e trabalho. E, somente desse modo, garantidos os deveres contratuais de transparência, informação, e boa-fé objetiva, estará a empresa cumprindo a função

22 BRASIL. Justiça do Trabalho. Tribunal Regional do Trabalho da 1ª Região. *MS 0101827-07.2020.5.01.0000*. Rel. Giseller Bondim Lopes Ribeiro. Julgado em 8.10.2020.

23 BRASIL. Justiça do Trabalho. Tribunal Regional do Trabalho da 12ª Região. *ROT 0000272-24.2020.5.12.0037*. Rel. Helio Bastida Lopes. 1ª Câmara. Julgado em 1º.12.2020.

social da propriedade e respeitando valores constitucionais como dignidade da pessoa humana e valor social do trabalho.

5 Considerações finais

A dispensa coletiva, diferentemente da dispensa individual, gera efeitos que transcendem os interesses das partes, atingindo também a sociedade a partir de reflexos sociais, econômicos e tributários.

A Constituição Federal assegura o direito à relação de emprego protegida, cuja regulamentação deve se dar por lei complementar. Diante da ausência de regulamentação quanto às dispensas coletivas, utilizando-se dos princípios constitucionais e do direito comparado, assim como considerando que a matéria é de cunho eminentemente coletivo, entende-se como requisito necessário a realização prévia de negociação coletiva. Tal entendimento foi assentado no caso *Embraer* e, mesmo após a incorporação do art. 477-A da CLT, não houve alteração desse entendimento.

Considerando que a justificativa oficial da proposta legislativa da reforma trabalhista é o fortalecimento da negociação coletiva, não é possível entender que o art. 477-A da CLT dispense a necessidade de prévia negociação coletiva. Interpretar nesse sentido significaria macular o referido artigo de inconstitucionalidade, pois violaria o art. 7º, I, que determina a regulação por lei complementar; viola princípios constitucionais do trabalho, em especial o da dignidade da pessoa humana; com a equiparação, desrespeita o princípio da proporcionalidade; e ignora que a matéria é de cunho coletivo e, portanto, de participação obrigatória dos sindicatos. Por fim, contraria as Convenções 94 e 158 da OIT, que tratam do fortalecimento da negociação coletiva, assim como a Convenção 158 da OIT, que, apesar de denunciada, teve tal ato contestado em ADI, ainda não julgada pelo STF. Por conseguinte, não há outra conclusão a adotar senão a da necessidade de prévia negociação coletiva.

E, especialmente em momentos de crise, como a crise econômica e sanitária causada pela pandemia de Covid-19, diante dos

princípios da boa-fé objetiva e da função social do contrato, deve-se buscar minimizar os efeitos deletérios de uma dispensa coletiva, sob pena de incorrerem as empresas em abuso de direito.

Referências

ASSOCIAÇÃO NACIONAL DOS MAGISTRADOS DA JUSTIÇA DO TRABALHO. Enunciado 57. In: Jornada de Direito Material e Processual do Trabalho, 2., 2017, Brasília. *Enunciados aprovados* [...]. Brasília: Anamatra, 2017. Disponível em: https://www.anamatra.org.br/attachments/article/27175/livreto_RT_Jornada_19_Conamat_site.pdf. Acesso em: 11 jan. 2021.

BRASIL. Câmara dos Deputados. *Substitutivo 1 do Projeto de Lei n. 6.787/2016*. Apresentado em 12.4.2017. Disponível em: https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?cod_teor=1544961&filename=SBT+1+PL678716+%3D%3E+PL+6787/2016. Acesso em: 11 jan. 2021.

BRASIL. Justiça do Trabalho. Tribunal Regional do Trabalho da 1ª Região. *MS 0101827-07.2020.5.01.0000*. Rel. Giseller Bondim Lopes Ribeiro. Julgado em 8.10.2020.

BRASIL. Justiça do Trabalho. Tribunal Regional do Trabalho da 3ª Região. 1ª SDI. *Proc. 0011778-65.2017.5.03.0000 (MS)*. Rel. Des. José Eduardo Resende Chaves Jr., j. 26.4.2018.

BRASIL. Justiça do Trabalho. Tribunal Regional do Trabalho da 12ª Região. *ROT 0000272-24.2020.5.12.0037*. Rel. Helio Bastida Lopes. 1ª Câmara. Julgado em 1º.12.2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *RE 999435*. Relator: Min. Marco Aurélio. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudenciaRepercussao/verAndamentoProcesso.asp?incidente=5059065&numeroProcesso=999435&classeProcesso=RE&numeroTema=638>. Acesso em: 15 jan. 2021.

BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. AIRR-10617-71.2013.5.01.0014, 3ª Turma. Relator: Min. Mauricio Godinho Delgado, *DEJT* 11 maio 2018.

BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. AIRR-940-70.2015.5.23.0002, 3ª Turma. Relator: Min. Alberto Luiz Bresciani de Fontan Pereira, *DEJT* 12 abr. 2019.

BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. *ED-RODC - 30900-12.2009.5.15.0000*. Relator: Min. Mauricio Godinho Delgado, Seção Especializada em Dissídios Coletivos, Data de Julgamento: 10.8.2009. Data de Publicação: 4.9.2009.

BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. RR-10351-92.2013.5.08.0013, 4ª Turma. Relator: Min. Alexandre Luiz Ramos, *DEJT* 27 set. 2019.

COMISSÃO INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. *Resolução n. 1/2020* – Pandemia e direitos humanos nas Américas. Washington, D.C.: CIDH, 2020. Disponível em: <https://www.oas.org/pt/cidh/decisiones/pdf/Resolucao-1-20-pt.pdf>. Acesso em: 11 jan. 2021.

CONSELHO EUROPEU. *Diretiva n. 98/59/CE, 20 de julho de 1998*. Disponível em: <https://op.europa.eu/pt/publication-detail/-/publication/4536855b-5b01-4f1a-a4b0-f83f971714c8>. Acesso em: 9 jan. 2021.

CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. *Caso Lagos del Campo vs. Peru*. 2017. Disponível em: https://www.corteidh.or.cr/corteidh/docs/casos/articulos/seriec_340_esp.pdf. Acesso em: 11 jan. 2021.

DELGADO, Mauricio Godinho. *Curso de direito do trabalho*: obra revista e atualizada conforme a lei da reforma trabalhista e inovações normativas e jurisprudenciais posteriores. 18. ed. São Paulo: LTr, 2019.

DELGADO, Mauricio Godinho; DELGADO, Gabriela Neves. *A reforma trabalhista no Brasil*: com os comentários à Lei n. 13.467/2017. São Paulo: LTr, 2017.

LEITÃO, André Studart; SILVA, Ticianne Pereira da. Uma análise da dispensa coletiva pós-reforma trabalhista à luz da teoria do utilitarismo. *Revista da Escola Nacional da Inspeção do Trabalho*, Brasília, ano 3, p. 37-57, 2019. Disponível em: <https://enit.trabalho.gov.br/revista/index.php?journal=RevistaEnit&page=article&op=view&path%5B%5D=68&path%5B%5D=36>. Acesso em: 11 jan. 2021.

LEITE, Carlos Henrique Bezerra; MOREIRA, Nelson Camatta. A eficácia da Convenção 158 da Organização Internacional do Trabalho no ordenamento jurídico brasileiro. In: ROCHA, Cláudio Jannotti da *et al.* (org.). *Os instrumentos normativos: tratados e convenções internacionais*. São Paulo: Tirant lo Blanch, 2020. *E-book*. p. 307-337. v. 3. (Coleção Direito Internacional do Trabalho).

PORTO, Lorena Vasconcelos; MEIRINHO, Augusto Grieco Sant'Anna. A dispensa em massa e a pandemia do COVID19. *Rev. Trib. Reg. Trab.* 3^a Reg., Belo Horizonte, edição especial, t. II, p. 477-507, jul. 2020.

SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 28. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2007.

O princípio da soberania dos vereditos do Tribunal do Júri e a execução imediata da pena

Amanda Karol Mendes Coelho

Assessora jurídica no Ministério Público Federal, lotada na Procuradoria da República de Santa Catarina. Graduada em Direito pela Universidade Federal de Santa Catarina.

Resumo: O Tribunal do Júri, instituto presente no ordenamento jurídico desde o Brasil Império, apresenta nuances e problematizações intrínsecas à sua origem, sobretudo por envolver delitos que visam proteger um dos bens jurídicos mais sensíveis ao ser humano: a vida. Nesse sentido, a aplicação do princípio da soberania dos vereditos vem-se destacando como argumento central para a execução imediata da pena imposta pelo Júri, entendimento ratificado pelas alterações apresentadas pela Lei n. 13.964/2019, conhecida como “pacote anticrime”. Considerando esse cenário, busca-se analisar o atual contexto do instituto do Tribunal do Júri, destacando o princípio da soberania dos vereditos e indicando posicionamentos favoráveis e contrários à execução imediata da pena imposta pelo Júri, concluindo-se com a atualização do julgamento do Recurso Extraordinário 1.235.340/SC. A metodologia da investigação consiste em pesquisa bibliográfica e análise da legislação nacional e jurisprudência do Supremo Tribunal Federal.

Palavras-chave: Tribunal do Júri. Lei “Anticrime”. Direito Penal. Direito Processual Penal.

Abstract: The Jury Court, an institute that has existed in the legal system since Brasil Império, presents nuances and problematics intrinsic to its origin, mainly because it involves crimes that seek to protect one of the most sensitive legal assets to human beings: life. In this sense, the application of the principle of the sovereignty of the verdicts has been standing out as a central argument for the immediate execution of the penalty imposed by the Jury, a context confirmed by the amendments to Law 13.964/2019, known as

the “anti-crime package”. Considering this scenario, the article aims to analyze the current context of the Jury Court institute, highlighting the principle of the sovereignty of the verdicts and indicating positions favorable and contrary to the immediate execution of the penalty imposed by the Jury, concluding with the update of the judgment of the Extraordinary Appeal 1.235.340/SC. The research methodology consists of bibliographic research and analysis of national legislation and current jurisprudence from the Federal Supreme Court.

Keywords: Jury Court. Anticrime Law. Criminal Law. Criminal Procedure Law.

Sumário: 1 Introdução. 2 Tribunal do Júri no ordenamento jurídico brasileiro. 2.1 O Tribunal do Júri nas Constituições Federais. 2.2 Princípio da soberania dos vereditos. 3 Lei *anticrime* e a execução imediata da pena imposta pelo júri. 3.1 O andamento do Recurso Extraordinário 1.235.340/SC e a possível pacificação da controvérsia pelo Supremo Tribunal Federal. 4 Considerações finais.

1 Introdução

A comoção social ínsita às decisões proferidas pelo Tribunal do Júri gera reflexões dissonantes na população que as acompanha e, do mesmo modo, faz com que ávidas discussões doutrinárias no âmbito jurídico se prolonguem no tempo. A possibilidade de sete indivíduos aleatórios se apresentarem como julgadores diante de um delito caracterizado como crime doloso contra a vida, um dos mais gravosos do sistema penal, contrasta posições de prestígio e descontentamento. Reflexões sobre a ausência de suposto conhecimento jurídico se contrapõem com a finalidade democrática e participativa proposta pelo Tribunal do Júri. Dentro dessas possíveis análises críticas ao instituto, a aplicação do princípio da soberania dos vereditos do Tribunal do Júri gera um debate atual: a constitucionalidade da execução imediata da pena imposta pelo júri. A inovação apresentada pela Lei n. 13.964/2019, conhecida popularmente por “pacote anticrime”, reacendeu esse debate ao alterar dispositivos do Código de Processo Penal e indicar expressamente a possibilidade de execução imediata da pena após a decisão con-

denatória do Conselho de Sentença, no caso de penas superiores a quinze anos de reclusão (art. 492 do Código de Processo Penal).

Em julgamento com Repercussão Geral no Supremo Tribunal Federal,¹ no qual o relator Luís Roberto Barroso já apresentou seu posicionamento, o debate acerca da constitucionalidade dessa hipótese vai além da alteração apresentada pelo pacote anticrime, indicando a necessidade de execução imediata da pena independentemente de seu montante, visto que tal possibilidade decorre da aplicação do princípio da soberania dos vereditos.

Diante de posicionamentos dissonantes na doutrina e na jurisprudência pátria, o presente artigo tem como finalidade apresentar um panorama atual do instituto do Tribunal do Júri, destacando o princípio da soberania dos vereditos e indicando os entendimentos favoráveis e contrários à execução imediata da pena imposta pelo Júri, concluindo com a atualização do julgamento do Recurso Extraordinário 1.235.340/SC. A metodologia da investigação consiste em pesquisa bibliográfica e análise da legislação e jurisprudência do Supremo Tribunal Federal.

2 Tribunal do Júri no ordenamento jurídico brasileiro

O Júri é uma justiça diferente da justiça togada, ele julga de consciência, não está adscrito a tarifas legais, a certos formalismos, não tem compromissos doutrinários.

O Júri julga de acordo com aquilo que considera justo, dentro de princípios de uma justiça imanente, dentro daquilo que na sua alma e consciência representa uma solução de verdade e de bom senso.²

O Tribunal do Júri, instituto presente no ordenamento jurídico brasileiro desde o Império, apresenta nuances e problematiza-

1 Recurso Extraordinário 1.235.340/SC. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5776893>. Acesso em: 16 mar. 2021.

2 O trecho citado faz parte da sustentação oral realizada por Evandro Lins e Silva no júri conhecido como “Caso Doca Street” e descrito na obra: PAULO FILHO, Pedro. *Grandes advogados, grandes julgamentos*. São Paulo: OAB/SP, 1989.

ções intrínsecas à sua origem, sobretudo por, atualmente, envolver delitos que visam proteger um dos bens jurídicos mais sensíveis ao ser humano: a vida.

O modelo atual da instituição surgiu na Magna Carta da Inglaterra de 1215, com base em um procedimento antigamente usado na Normandia (parte da França). A partir da proibição do julgamento das ordálias pelo Papa Inocêncio III, em 1215, no 4º Concílio de Latrão, a Inglaterra elegeu o Tribunal do Júri como nova forma de Justiça³ e foi desenvolvido com tal vigor que se irradiou pela Europa e pela América.⁴ Assim, a Cláusula 39 da Magna Carta determinava que era “direito do homem livre ser julgado por seus pares”.

À época, os indivíduos eram escolhidos entre os vizinhos do acusado e os moradores do lugar em que fora cometido o delito. Para tanto, o conjunto de pessoas testemunhavam em nome da comunidade, levando em consideração que o veredito estaria pautado num suposto conhecimento do fato e da análise da personalidade do acusado, havendo um “júri de acusação e um júri de julgamento”.⁵

Antes de se difundir pela Europa, o júri inglês se consolidou na América do Norte, consagrado na Carta Régia outorgada ao primeiro grupo de imigrantes incumbido de “civilizar” a colônia, o qual se tornou padrão, englobando o “Julgamento geral de todas as causas”.⁶ Em verdade, a Constituição norte-americana, e, do mesmo modo, as dos Estados federados, apresentam a instituição do júri como o mecanismo de liberdade.⁷

Embora se atribua ao direito anglo-saxão a origem do modelo atual, muito antes da instituição do júri da era moderna, antigas organizações

3 BONFIM, Edilson Mougenot. *Júri: do inquérito ao plenário*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

4 TUCCI, Rogério Lauria. *Tribunal do júri: estudo sobre a mais democrática instituição jurídica brasileira*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999. p. 27.

5 TUCCI, 1999, p. 28.

6 TUCCI, 1999, p. 29.

7 TUCCI, 1999, p. 29-30.

da sociedade, em diferentes épocas e lugares, estruturaram-se na forma de tribunais populares a fim de julgar seus concidadãos. Nesse sentido, pondera Carlos Maximiliano⁸ ao afirmar que as origens do Tribunal do Júri são indefinidas e vagas, que “perdem-se na noite dos tempos”.

Com maior precisão, é possível relatar a criação do júri no Brasil. Consoante análise de Lenio Streck,⁹ sua instituição aconteceu no ano de 1822 e a aplicação se restringia aos crimes de opinião ou de imprensa, formado por um conselho de sentença com vinte e quatro jurados.

O contexto de origem se deu diante da censura, em 15 de janeiro de 1822, de um dos periódicos de maior circulação no Rio de Janeiro, o jornal *Heroicidade Brasileira*, que teve suas publicações suspensas e decretado o recolhimento de todos os seus exemplares em circulação. Diante da repercussão negativa do seu gesto, o governo baixou uma portaria esclarecendo que a medida não era um comportamento generalizado, tampouco um atentado à liberdade de imprensa.¹⁰

Essa portaria regulamentou de maneira breve a atividade da imprensa e descreveu como garantia expressa a liberdade de publicações e que os impressos autônomos não poderiam sofrer nenhum tipo de censura. Antevendo supostos abusos dessa ampla liberdade, o Senado da Câmara do Rio de Janeiro dirigiu-se ao príncipe regente D. Pedro, ainda em 1822, e solicitou a criação do “Juízo dos Jurados”, para execução da Lei de Liberdade da Imprensa naquele Estado. O príncipe assim justificou a criação: “ligar a bondade, a justiça e a salvação pública, sem ofender a liberdade bem entendida da imprensa”.¹¹

8 MAXIMILIANO, Carlos. *Comentários à Constituição brasileira*. 5. ed. Rio de Janeiro/São Paulo: Freitas Bastos, 1954. p. 156.

9 STRECK, Lenio Luiz. *Tribunal do júri: símbolos & rituais*. 3. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1998. p. 73.

10 MARQUES, José Frederico. *A instituição do júri*. São Paulo: Saraiva, 1963.

11 PEREIRA, Pedro Rodrigues. *Júri: quesitos*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1991. p. 19.

Sendo assim, o júri foi criado no Brasil antes mesmo da independência e anteriormente à implementação em Portugal.¹² Cabe mencionar que o primeiro julgamento realizado pelo tribunal popular brasileiro teve como decisão a absolvição de João Soares Lisboa, redator do jornal *Correio do Rio de Janeiro*.

A primeira disposição do júri no Brasil contava com um corpo de vinte e quatro juízes de fato, selecionados dentre os “homens bons, honrados, inteligentes e patriotas” e suas decisões eram passíveis de revisão apenas pelo príncipe regente.¹³

O Brasil, ainda colônia de Portugal, já apresentava sinais da busca pela independência, no entanto sofria com a aviltante resistência colocada pelos ingleses.¹⁴ Nesse sentido, o ideal apresentado por Santi Romano¹⁵ elucida o fenômeno de transmigração do direito, o qual se transmite do país de origem para outros, sobretudo diante do fator colonização, relação que acaba por impor ao colonizado leis e ideologias. No entanto, como citado anteriormente, o Brasil se encontrava às vésperas da independência e a instituição do júri pode ser considerada como um dos exemplos de leis contrárias aos interesses da Coroa ou, ao menos, desarmônicas em relação ao ordenamento jurídico de Portugal.¹⁶

2.1 O Tribunal do Júri nas Constituições Federais

O Tribunal do Júri no Brasil alcançou posição constitucional já na primeira Constituição brasileira, de 25 de março de 1824,

12 MARQUES, *op. cit.*, p. 15.

13 NUCCI, Guilherme de Souza. *Tribunal do júri*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008. p. 43.

14 RANGEL, Paulo. *Tribunal do júri: visão linguística, histórica, social e dogmática*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

15 ROMANO, Santi. *Princípios de direito constitucional geral*. Trad. Maria Helena Diniz. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1977.

16 NUCCI, 2008, p. 42-43.

inserindo-o no capítulo pertinente ao Poder Judiciário, tendo os jurados a competência para o julgamento dos fatos.¹⁷ Nesse sentido, restava ao juiz togado a decisão sobre as questões jurídicas, aplicando o direito ao caso concreto, como ocorre atualmente.

À época, os jurados poderiam decidir sobre causas cíveis e criminais, conforme determinassem as leis, que, aliás, incluíram e excluíram diferentes espécies de delitos e causas do júri por diversas vezes.¹⁸

Ainda na vigência da Constituição de 1824, a fim de delimitar a aplicação do instituto, a Lei de 20 de setembro de 1830 instituiu o “Júri de Acusação e o Júri de Julgação”. No mesmo sentido das ordenações jurídicas inglesas, francesas e norte-americanas, o Código de Processo Criminal do Império, de 29 de novembro de 1832, outorgou-lhe atribuições mais amplas.¹⁹ Conforme as disposições legais da época, o “Júri de Acusação” era composto por vinte e três membros, e o “Júri de Sentença”, por doze cidadãos, todos escolhidos entre eleitores de “reconhecido bom senso e probidade”.²⁰

Em sequência, a Lei 261, de 3 de dezembro de 1841, introduziu modificações acentuadas na organização judiciária, bem como no procedimento do Tribunal do Júri, em que extinguiu o “Júri de Acusação”, atribuindo às autoridades policiais e juízes municipais a formação da culpa e da sentença de pronúncia.²¹

Findo o Império em 1889, a primeira Carta Magna da República adotou igual procedimento e ratificou sua existência no art. 72, § 31, *verbis*: “é mantida a instituição do júri”. No entanto,

17 CALVO FILHO, Romualdo Sanches; SAWAYA, Paulo F. Soubiê. *Tribunal do júri: da teoria à prática*. São Paulo: Suprema Cultura, 2002. p. 20.

18 NUCCI, 2008, p. 43.

19 TUCCI, 1999, p. 31.

20 TUCCI, 1999, p. 31.

21 TUCCI, 1999, p. 31

elevou a instituição a nível da garantia individual.²² Ademais, criou-se, ainda, o júri federal por meio do Decreto n. 848, de 1890.²³

No Rio Grande do Sul, o presidente do Estado, Júlio Prates de Castilhos, por meio da Lei n. 10, de 16 de dezembro de 1895, decretou e promulgou a Organização Judiciária do Estado, a qual previu em seus arts. 53 a 67 a organização do “Tribunal do Jury”.²⁴ Assim, havia em cada município um conselho de quinze jurados, sendo sorteados cinco para comporem o referido “Tribunal do Jury”.

A Constituição Federal de 1934, no capítulo referente ao Poder Judiciário, voltou a dispor sobre o júri, o qual, logo após, foi totalmente retirado da Constituição do Estado Novo, em 1937. Diante disso, iniciaram-se debates acerca da manutenção ou não do Tribunal Popular no Brasil, até que o Decreto-Lei n. 167, de 1938, ratificou a existência do júri, embora sem soberania.²⁵

Apenas com a Constituição de 1946, o Tribunal do Júri foi plenamente reinserido no sistema jurídico, recolocado no âmbito dos direitos e garantias individuais.²⁶ Cabe mencionar que o texto constitucional permitiu que o júri conhecesse e julgasse crimes diversos, visto que a redação estabelecia a competência obrigatória nos crimes dolosos contra a vida, sem restrição nos demais delitos. Assim, o Tribunal Popular também julgou crimes praticados contra a economia popular, nos termos da Lei n. 1.521, de 1951.²⁷

Tal disposição foi mantida durante o período de golpe militar pela Constituição de 1967 e pela Emenda de 1969, no entanto, a última redação mencionou apenas que é “mantida a instituição

22 TUBENCHLAK, James. *Tribunal do júri: contradições e soluções*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 1997.

23 NUCCI, 2008, p. 44.

24 PEREIRA, 1991, p. 19.

25 NUCCI, 2008, p. 43.

26 STRECK, 1998, p. 74.

27 CALVO FILHO; SAWAYA, 2002, p. 21.

do júri, que terá competência no julgamento dos crimes dolosos contra a vida”,²⁸ sem menção à soberania do júri, reabrindo discussões sobre sua aplicação e relevância.²⁹

Em 1988, a partir do retorno da democracia no cenário brasileiro, o Tribunal do Júri manteve sua feição constitucional delimitada como uma garantia do indivíduo na atual Constituição brasileira, trazendo de volta os princípios dispostos na Constituição de 1946: soberania dos veredictos, sigilo das votações e plenitude de defesa. A competência tornou-se mínima, restringindo-se aos crimes dolosos contra a vida. Em torno dessa suposta “garantia” individual insurgem algumas análises críticas ao júri, a serem vistas em tópico específico.

Em síntese, o Tribunal do Júri esteve presente em todas as constituições brasileiras, exceto na Constituição de 1937. Além disso, o instituto nem sempre esteve disposto no capítulo reservado aos direitos e garantias fundamentais, figurando no rol dos órgãos do Poder Judiciário, conforme as Constituições de 1824 e 1934.

Atualmente, o instituto mantém sua feição constitucional e é apresentado como uma garantia do indivíduo no art. 5º, XXXVIII, da Carta Magna de 1988.

2.1.1 A Constituição de 1988 e suas disposições sobre o Tribunal do Júri

O Tribunal do Júri logrou reconhecimento na legislação brasileira antes mesmo da instalação dos cursos jurídicos, ocorrida em 1827, no Brasil Império. Sendo assim, destaca-se como uma das instituições mais tradicionais presentes no ordenamento jurídico brasileiro.³⁰ Como visto anteriormente, ao longo da sua abordagem

28 NUCCI, 2008, p. 43.

29 STRECK, 1998, p. 74.

30 CALVO FILHO; SAWAYA, 2002, p. 21.

constitucional, o júri figurou entre os órgãos que compõem o Poder Judiciário e entre os direitos e garantias fundamentais do cidadão.³¹

Conforme a Constituição Federal de 1988, a inclusão do Tribunal do Júri foi feita no extenso rol de direitos e garantias individuais, especificamente no art. 5º, XXXVIII, o qual reconhece a instituição do júri, com a organização que lhe der a lei, assegurados a plenitude de defesa, o sigilo das votações, a soberania dos veredictos e a competência para o julgamento dos crimes dolosos contra a vida.³²

Diante disso, a instituição não integra expressamente, no texto constitucional, os órgãos que compõem o Poder Judiciário e, assim, deve ser enquadrada como órgão de primeiro grau da jurisdição penal ordinária ou comum, de âmbito Estadual ou Federal.³³ Apesar de ostentar o nome “Tribunal” do Júri, sendo também às vezes chamado pelos doutrinadores de Tribunal Popular e Tribunal do Povo ou ainda Tribunal Leigo, trata-se de um órgão de primeiro grau da jurisdição penal comum ou ordinária que integra o poder judiciário dos Estados.³⁴

Em relação ao seu *status* constitucional, o júri figura como um direito de todo cidadão, seja brasileiro ou estrangeiro, de ser julgado, no caso da suposta prática de um crime doloso contra a vida, apenas pelo Juiz competente, isto é, Juiz natural Tribunal do Júri. Essa determinação se relaciona diretamente com o inciso LIII, art. 5º, da Constituição Federal, o qual determina que “ninguém será processado nem sentenciado senão pela autoridade competente”. Sendo assim, se um indivíduo realiza uma conduta típica de crime doloso contra a vida, possui o direito de ser levado a julgamento pelos membros de sua comunidade, os quais integrarão o Conselho de Sentença.³⁵

31 CALVO FILHO; SAWAYA, 2002, p. 22.

32 CALVO FILHO; SAWAYA, 2002, p. 27.

33 CALVO FILHO; SAWAYA, 2002, p. 22.

34 CALVO FILHO; SAWAYA, 2002, p. 22.

35 CALVO FILHO; SAWAYA, 2002, p. 28.

Nesse sentido, o comando constitucional é rígido e inafastável, posto como cláusula pétrea em face do art. 60, § 4º, IV, da Constituição, que veda propostas de emendas tendentes a abolir direitos e garantias fundamentais. Assim, o júri é estabelecido como uma garantia constitucional, na medida em que o julgamento se dará por cidadãos inseridos no mesmo âmbito social a que também pertence o suposto violador da lei penal.³⁶

Logo, o júri acaba por inserir o cidadão no contexto herético do Poder Judiciário, conferindo a um indivíduo a condição temporária de magistrado. O jurado vota pela condenação ou absolvição do acusado, e, por consequência, gera-se sentimento de responsabilidade, provocando um possível civismo, consciência relevante às nações democráticas.³⁷

De igual modo, acrescenta James Tubenchlak,³⁸ alinhar o júri às garantias individuais não é mera questão semântica, pois a democracia participativa implica, entre outras noções importantes, a atuação popular diretamente relacionada aos três poderes, consubstanciando-se em um direito, assim, garantido na Constituição pátria.

Sendo assim, o júri é, ao mesmo tempo, um dever e uma garantia fundamental. O dever está na obrigatoriedade dos indivíduos que completem a descrição legal para participar ativamente na administração da justiça na única hipótese possível prevista, isto é, compondo o conselho de sentença.³⁹ É também uma garantia, visto que o imputado pela prática de um crime contra a vida, doloso, tentado ou consumado, será julgado pelos seus próprios pares, organizados na forma de um tribunal popular, composto por juízes leigos, sob a presidência de um juiz togado.⁴⁰

36 CALVO FILHO; SAWAYA, 2002, p. 28.

37 NUCCI, 2008, p. 41.

38 TUBENCHLAK, 1997, p. 9.

39 FREITAS, Paulo Cesar de. *Pós-modernidade penal: a influência da mídia e da opinião pública nas decisões do tribunal do júri*. 2016. 290 f. Dissertação (Mestrado) – Curso de Direito, Universidade Federal de Uberlândia, Uberlândia, 2016. p. 153.

40 FREITAS, 2016, p. 153.

Quanto aos princípios expressamente adotados pelo constituinte referentes ao Tribunal do Júri, enumerados no art. 5º, XXXVIII, faz-se necessária menção diante da relevância jurídica – destacando, em relação à temática, o princípio da soberania dos veredictos.

2.2 Princípio da soberania dos veredictos

Além dos princípios da plenitude de defesa e sigilo das votações, a Constituição de 1988 também trata de ratificar a instituição do Tribunal do Júri perante o ordenamento jurídico, determinando expressamente a soberania de seus veredictos. Em síntese, a decisão do júri deve ser entendida como a última palavra, não havendo possibilidade de ser contestada quanto ao mérito por juízes togados ou pelo tribunal que venha a apreciar um recurso.⁴¹ Em hipótese de julgamento manifestamente contrário à prova dos autos, a apelação provida terá o condão de cassar o julgamento e resultar na instauração de um novo júri. O tribunal não modifica a decisão a fim de condenar ou absolver o acusado, ou mesmo para alterar qualificadoras.⁴²

Em razão de a existência do crime e de suas circunstâncias constituírem matéria fática, sobre elas recai o princípio da soberania dos veredictos, não podendo seu escopo ser alterado, senão por novo julgamento do Tribunal do Júri.⁴³ Entretanto, o referido princípio não é absoluto; a fim de beneficiar o acusado, admite-se que o Tribunal de Justiça absolva o réu condenado injustamente pelo júri em sentença transitada em julgado, a partir da ação de revisão criminal.⁴⁴

Além disso, quanto a esse princípio, surgem necessárias ponderações diante da aplicação da *ne reformatio in pejus*. No processo penal, é permitida a reforma da decisão para melhorar a situação jurídica

41 NUCCI, 2008, p. 31.

42 TÁVORA, Nestor; ALENCAR, Rosmar Rodrigues. *Curso de direito processual penal*. 11. ed. Bahia: JusPodivm, 2016. p. 1689.

43 TÁVORA; ALENCAR, 2016, p. 1689.

44 TÁVORA; ALENCAR, 2016, p. 1689.

do réu, inclusive com o reconhecimento, de ofício e a qualquer momento, de nulidades processuais que o beneficiem. No entanto, está vedada a reforma para pior, isto é, diante de um recurso da defesa, não pode o tribunal piorar a situação jurídica do acusado.⁴⁵

Nesse sentido, um dos debates doutrinários relevantes trata de um possível embate entre o princípio da *ne reformatio in pejus* e o princípio da soberania dos vereditos. De modo tradicional, entende-se que, caso houvesse a cassação de determinada decisão do júri, a pena subsequente não poderia ultrapassar o patamar decidido anteriormente.⁴⁶ Contudo, no mesmo caso, se fosse alterada a disposição do crime, aceitando como hipótese uma qualificadora não admitida anteriormente, poderia haver uma pena superior? A resposta tradicional é positiva, pois não haveria *reformatio in pejus* indireta, na medida em que os novos jurados são soberanos para decidir, e como a qualificadora foi reconhecida na pronúncia, seria novamente quesitada e os jurados poderiam reconhecê-la. Assim, não haveria *reformatio in pejus*, em razão de o julgamento ser inteiramente repetido e os jurados soberanos na sua decisão.⁴⁷

A partir desse panorama, relevante o embate doutrinário e jurisprudencial sobre a prevalência ou não da interpretação clássica sobre o princípio constitucional da soberania dos vereditos. Para tanto, afirma Aury Lopes Jr. que o entendimento supracitado merece ser revisado e cita decisão do Supremo Tribunal Federal que enfrentou a temática. Consoante descrição do ministro Cezar Peluso no corpo do voto,

[...] a proibição de reforma para pior, inspirada no art. 617 do Código de Processo Penal, não comporta exceção alguma que a convalide ou legitime, ainda quando indireta, tal como se caracterizou no caso. Se, de um lado, a Constituição da República, no art. 5º, inc. XXXVIII, letra “c”, proclama a instituição do júri e a soberania de seus veredic-

45 LOPES JUNIOR, Aury. *Direito processual penal*. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 791.

46 LOPES JUNIOR, 2015, p. 791.

47 LOPES JUNIOR, 2015, p. 791.

tos, de outro assegura aos acusados em geral o contraditório e a ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes (inc. LV do art. 5º).⁴⁸

Com o mesmo objetivo, mas partindo de fundamentação diversa, segue Galvão Rabelo.⁴⁹ Para o autor, a resolução da questão deve ser apresentada no âmbito da ponderação de princípios, devendo-se entender o princípio da soberania dos veredictos como garantia constitucional do acusado, e não dos jurados. Assim, quando o legislador constituinte situa o instituto do Tribunal do Júri na dimensão de direito fundamental individual, não se deve olvidar desse círculo hermenêutico, de modo que todos os princípios e regras do tribunal do júri devem ser trabalhados no contexto de proteção dos direitos do acusado, inclusive a soberania dos julgamentos e a garantia da *ne reformatio in pejus*.⁵⁰

Além dessa controversa, um debate recente vem sendo travado nos tribunais superiores. A Lei n. 13.964/2019, conhecida como *pacote/Lei Anticrime*, alterou o Código de Processo Penal – art. 492 –, indicando a possibilidade de execução provisória das penas no caso de condenação a pena igual ou superior a quinze anos de reclusão, revivendo um embate doutrinário e jurisprudencial a respeito da execução imediata da pena imposta pelo Tribunal do Júri. O dispositivo alterou o procedimento específico do Júri e trouxe mais força ao princípio da soberania dos veredictos.

3 Lei anticrime e a execução imediata da pena imposta pelo júri

Com o advento da Lei n. 13.964/2019, o art. 492 do Código de Processo Penal, que inicia a “Seção XIV – da sentença”, foi modificado nos seguintes termos:

48 SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Habeas Corpus 89544/RN. Relator: min. Cezar Peluso. Brasília, 2009. *Diário Oficial de Justiça Eletrônico*, Brasília, 14 abr. 2009.

49 RABELO, Galvão. O princípio da *ne reformatio in pejus* indireta nas decisões do tribunal do júri. *Boletim do IBCCrim*, v. 17, n. 203, p. 16-18, out. 2009.

50 LOPES JUNIOR, 2015.

Art. 492. Em seguida, o presidente proferirá sentença que:

I – no caso de condenação: [...]

e) mandará o acusado recolher-se ou recomendá-lo-á à prisão em que se encontra, se presentes os requisitos da prisão preventiva, *ou, no caso de condenação a uma pena igual ou superior a 15 (quinze) anos de reclusão, determinará a execução provisória das penas, com expedição do mandado de prisão, se for o caso, sem prejuízo do conhecimento de recursos que vierem a ser interpostos;* (Redação dada pela Lei nº 13.964, de 2019) (Grifo acrescido).

[...]

§ 3º O presidente poderá, excepcionalmente, deixar de autorizar a execução provisória das penas de que trata a alínea *e* do inciso I do *caput* deste artigo, se houver questão substancial cuja resolução pelo tribunal ao qual competir o julgamento possa plausivelmente levar à revisão da condenação.

§ 4º A apelação interposta contra decisão condenatória do Tribunal do Júri a uma pena igual ou superior a 15 (quinze) anos de reclusão não terá efeito suspensivo.

§ 5º Excepcionalmente, poderá o tribunal atribuir efeito suspensivo à apelação de que trata o § 4º deste artigo, quando verificado cumulativamente que o recurso:

I – não tem propósito meramente protelatório; e

II – levanta questão substancial e que pode resultar em absolvição, anulação da sentença, novo julgamento ou redução da pena para patamar inferior a 15 (quinze) anos de reclusão.

§ 6º O pedido de concessão de efeito suspensivo poderá ser feito incidentalmente na apelação ou por meio de petição em separado dirigida diretamente ao relator, instruída com cópias da sentença condenatória, das razões da apelação e de prova da tempestividade, das contrarrazões e das demais peças necessárias à compreensão da controvérsia.

Conforme descrito acima, atualmente há previsão para que o juiz presidente do Tribunal do Júri, ao proferir decisão condenatória, decrete a execução provisória da pena, caso esta seja superior a quinze anos de reclusão. A lei também previu, no § 3º do art. 492, que o juiz presidente poderá deixar de executar imediatamente a

pena superior a 15 anos, caso haja “questão substancial cuja resolução pelo tribunal ao qual competir o julgamento possa plausivelmente levar à revisão da condenação”. Por outro lado, o § 4º do mesmo dispositivo legal reforça o entendimento de execução imediata da pena, ao extinguir o efeito suspensivo de apelações interpostas contra decisões condenatórias do júri cujas penas sejam superiores a quinze anos, porém com as exceções descritas nos parágrafos subsequentes.

A inovação legislativa reacendeu um debate que envolve a contraposição entre o princípio da soberania dos vereditos e possíveis garantias individuais do acusado submetido ao Tribunal do Júri. A divisão doutrinária que se resume em dois posicionamentos antagônicos deverá ser pacificada pelo Supremo Tribunal Federal em breve.

Antes de adentrar nos fundamentos do recurso extraordinário em andamento, cabe destacar os principais argumentos contrapostos acerca da temática.

Inicialmente, o posicionamento contrário à execução imediata da pena pelo Júri apresenta nuances constitucionais. Ao considerar o Tribunal do Júri como um direito individual do acusado, entende-se que a soberania de veredito deve ser compreendida como a impossibilidade de se invadir a competência legal dada aos jurados para determinar a verdade quanto ao substrato factual, porém não pode significar a inviabilidade de o Judiciário indicar a (in)correta aplicação da lei ao caso e determinar a imediata execução da pena.⁵¹

Nesse sentido, além da interpretação do princípio da soberania dos veredictos como garantia constitucional do réu, compreende-se que o referido dispositivo estaria em confronto com outros princípios constitucionais, como o princípio da presunção da inocência, do devido processo legal e da plenitude de defesa.⁵²

51 PITOMBO, Antonio Sérgio Altieri de Moraes. Da inconstitucional execução antecipada da prisão no júri. *Consultor Jurídico*, São Paulo, 1º maio 2020. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2020-mai-01/inconstitucional-execucao-antecipada-prisao-juri>. Acesso em: 15 jan. 2021.

52 SILVA, Rodrigo Faucez Pereira. A execução provisória em condenações no tribunal do júri. *Migalhas*, São Paulo, 23 jan. 2020. Disponível em: <https://migalhas.uol>.

Ademais, também há entendimento de que o dispositivo cria uma nova modalidade de prisão sem o trânsito em julgado definitivo, indo de encontro ao posicionamento consolidado atualmente pelo Supremo Tribunal Federal quanto à prisão em segunda instância.

Por outro lado, cabe destacar também os fundamentos indicados a favor da execução imediata da pena imposta pelo Júri, inclusive em contraposição ao montante de pena definido pela referida inovação legislativa. Encampano esse posicionamento, o Ministério Público Federal indica que tal compreensão está em consonância com a lógica do precedente firmado em regime de Repercussão Geral no ARE 964.246-RG, o qual definiu que, “nos casos de decisão do Júri, o Tribunal não poderá reapreciar os fatos e provas, na medida em que a responsabilidade penal do réu já foi assentada soberanamente pelo Júri”. Dessa forma, não seria aplicado às condenações proferidas pelo Tribunal do Júri o entendimento firmado nas ADCs 43, 44 e 54, relativo à necessidade de se aguardar o trânsito em julgado da sentença condenatória para que se determine a execução das penas.⁵³

O procurador-geral da República também defendeu o cumprimento imediato da pena, indicando que a medida é constitucional, ratifica o combate à sensação de impunidade e, ainda, amplia a eficiência da persecução penal.⁵⁴

No memorial encaminhado ao Supremo Tribunal Federal, destacou-se que a Constituição Federal, em seu art. 5º, prevê expressamente a competência do Tribunal do Júri para o julgamento de crimes dolosos contra a vida e assegura a soberania dos seus veredictos. Apresentou-se o número expressivo de crimes

com.br/depeso/318617/a-execucao-provisoria-em-condenacoes-no-tribunal-do-juri. Acesso em: 14 jan. 2021.

53 Disponível em: <http://www.mpf.mp.br/pgr/noticias-pgr/mpf-defende-no-stj-execucao-imediata-da-pena-de-condenados-pelo-tribunal-do-juri-a-mais-de-15-anos-de-prisao>. Acesso em: 14 jan. 2021.

54 Disponível em: <http://www.mpf.mp.br/pgr/noticias-pgr/pgr-defende-cumprimento-imediato-da-pena-aplicada-por-tribunal-do-juri>. Acesso em: 14 jan. 2021.

contra a vida registrados anualmente no país – em 2017, foram 65.602 registros – e, em contraposição, o alto índice de impunidade. Indicou-se ainda que, nos processos instaurados, os sucessivos recursos atrasam as eventuais punições. Apenas no Superior Tribunal de Justiça (STJ), 3.502 processos relativos a crimes contra a vida estão pendentes de julgamento.

Aras também afirmou não ser cabível a aplicação, para os Tribunais do Júri, do recente entendimento fixado pela Corte nas Ações Declaratórias de Constitucionalidade (ADCs) 43, 44 e 54 – decisão que indicou que o início do cumprimento da pena deve ocorrer somente após o trânsito em julgado da sentença condenatória. Para o procurador-geral da República, a constitucionalidade assegurada pela soberania dos veredictos confere às decisões do Júri um caráter especial e ao Tribunal do Júri, a condição de instância exauriente na apreciação dos fatos e das provas.

3.1 O andamento do Recurso Extraordinário 1.235.340/SC e a possível pacificação da controvérsia pelo Supremo Tribunal Federal

No Supremo Tribunal Federal, segue em julgamento o Recurso Extraordinário 1.235.340/SC, que debate a constitucionalidade da execução imediata da pena aplicada pelo Tribunal do Júri, hipótese que vai além da alteração apresentada pelo pacote anticrime.

O processo foi incluído na pauta da Corte em 2020 e ainda não foi concluído. O recurso extraordinário foi proposto pelo Ministério Público do Estado de Santa Catarina (MP/SC) contra decisão da Sexta Turma do Superior Tribunal de Justiça (STJ) que, ao analisar condenação de um réu, negou o cumprimento imediato da pena sob a alegação de que “a negativa do direito de recorrer em liberdade somente fundada na premissa de que a decisão condenatória proferida pelo Tribunal do Júri deve ser executada prontamente [...] torna a prisão ilegal”.

No caso concreto, o réu matou a companheira dentro da própria casa, com quatro facadas, inconformado com o término do

relacionamento. O crime teria ocorrido em frente à filha do casal. Após a consumação do homicídio, o réu fugiu e na sua residência foram encontradas uma arma e munições. O homem foi condenado a 26 anos de prisão por homicídio qualificado pelo feminicídio e motivo torpe.

Ao abrir o julgamento, o relator ministro Luís Roberto Barroso autorizou o cumprimento imediato da pena, fixando a seguinte tese: “A soberania dos veredictos do Tribunal do Júri autoriza a imediata execução de condenação imposta pelo corpo de jurados, independentemente do total da pena aplicada”.

A decisão do relator elucida que, diferentemente dos demais crimes, as decisões dos delitos de competência do Tribunal do Júri não podem ser substituídas por nenhum outro tribunal e que, por isso, a execução imediata da condenação pelo Tribunal do Júri não viola o princípio da presunção de inocência, independentemente do julgamento da apelação ou de qualquer outro recurso. O relator argumenta também que viola “sentimentos mínimos de justiça, bem como a própria credibilidade do Poder Judiciário, que o homicida condenado saia livre após o julgamento, lado a lado com a família da vítima”, situação agravada pelos recursos sucessivos.

Há também ponderações quanto à determinação da execução imediata da pena. O relator indica que, em situações excepcionais, caso haja indícios de nulidade ou de condenação manifestamente contrária à prova dos autos, o tribunal, valendo-se do poder geral de cautela, pode suspender a execução até o julgamento do recurso.

A respeito da inovação legal apresentada pela Lei Anticrime, o relator se demonstra contrário à delimitação do montante da pena aplicada e afirma que a “exequibilidade das decisões tomadas pelo corpo de jurados não se fundamenta no montante da pena aplicada, mas na soberania dos seus veredictos”, determinando ser, em verdade, incompatível com a Constituição Federal a delimitação do patamar mínimo de quinze anos de reclusão apresentada pela referida lei.

O relator foi acompanhado pelo ministro Dias Toffoli, porém contraposto pelo ministro Gilmar Mendes, e o julgamento foi interrompido por pedido de vista formulado pelo ministro Lewandowski.

4 Considerações finais

O presente artigo visou debater questões atuais acerca da constitucionalidade da execução imediata da pena imposta pelo Tribunal do Júri. Como se verificou, a temática ainda segue pendente de decisão em regime de Repercussão Geral no Supremo Tribunal Federal, no entanto os debates doutrinários seguem para além do julgamento.

É certo que os argumentos apresentados pelo relator do Recurso Extraordinário 1.235.340/SC são robustos e merecem atenção, sobretudo diante da conformidade com aqueles apresentados em memoriais pelo procurador-geral da República.

Ao final, cabe ratificar que, ao dispor sobre o Tribunal do Júri, não se está tratando de quaisquer crimes, mas daqueles que envolvem um dos bens jurídicos mais importantes do ordenamento jurídico: a vida. Esse contexto deve ser levado em consideração para gerar conclusões específicas e sensíveis a esses casos de violência extremada.

Referências

BONFIM, Edilson Mougenot. *Júri: do inquérito ao plenário*. 4 ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

CALVO FILHO, Romualdo Sanches; SAWAYA, Paulo F. Soubihe. *Tribunal do júri: da teoria à prática*. São Paulo: Suprema Cultura, 2002.

FREITAS, Paulo Cesar de. *Pós-modernidade penal: a influência da mídia e da opinião Pública nas decisões do tribunal do júri*. 2016. 290 f. Dissertação (Mestrado) – Curso de Direito, Universidade Federal de Uberlândia, Uberlândia, 2016.

LOPES JUNIOR, Aury. *Direito processual penal*. São Paulo: Saraiva, 2015.

MARQUES, José Frederico. *A instituição do júri*. São Paulo: Saraiva, 1963.

MAXIMILIANO, Carlos. *Comentários à Constituição brasileira*. 5. ed. Rio de Janeiro/São Paulo: Freitas Bastos, 1954.

NUCCI, Guilherme de Souza. *Tribunal do júri*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

PEREIRA, Pedro Rodrigues. *Júri: quesitos*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1991.

PITOMBO, Antonio Sérgio Altieri de Moraes. Da inconstitucional execução antecipada da prisão no júri. *Consultor Jurídico*, São Paulo, 1º maio 2020. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2020-mai-01/inconstitucional-execucao-antecipada-prisao-juri>. Acesso em: 15 jan. 2021.

RABELO, Galvão. O princípio da *ne reformatio in pejus* indireta nas decisões do tribunal do júri. *Boletim do IBCCrim*, v. 17, n. 203, p. 16-18, out. 2009.

RANGEL, Paulo. *Tribunal do júri: visão linguística, histórica, social e dogmática*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

ROMANO, Santi. *Princípios de direito constitucional geral*. Trad. Maria Helena Diniz. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1977.

SILVA, Rodrigo Fauz Pereira. A execução provisória em condenações no tribunal do júri. *Migalhas*, São Paulo, 23 jan. 2020. Disponível em: <https://migalhas.uol.com.br/depeso/318617/a-execucao-provisoria-em-condenacoes-no-tribunal-do-juri>. Acesso em: 14 jan. 2021.

STRECK, Lenio Luiz. *Tribunal do júri: símbolos & rituais*. 3. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1998.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Habeas Corpus 89544/RN. Relator: Cezar Peluso. Brasília, 2009. *Diário Oficial de Justiça Eletrônico*, Brasília, 14 abr. 2009.

TÁVORA, Nestor; ALENCAR, Rosmar Rodrigues. *Curso de direito processual penal*. 11. ed. Bahia: JusPodivm, 2016.

TUBENCHLAK, James. *Tribunal do júri: contradições e soluções*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 1997.

TUCCI, Rogério Lauria. *Tribunal do júri: estudo sobre a mais democrática instituição jurídica brasileira*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

Reflexos do teletrabalho extraordinário no âmbito do Ministério Público do Trabalho durante a pandemia da Covid-19

Brenno Augusto Freire de Menezes

Analista Processual do Ministério Público do Trabalho. Especialista em Direito e Processo do Trabalho pela Faculdade Católica de Rondônia (FCR). Graduado em Direito pelo Centro Universitário Estácio de Sergipe (FaSe).

Diego Serejo Ribeiro

Analista Processual do Ministério Público do Trabalho. Especialista em Direito Processual Civil pelo Damásio Educacional. Graduado em Direito pelo Instituto Luterano de Ensino Superior (ULBRA) do Estado de Rondônia.

Resumo: O presente artigo pretende analisar os principais reflexos da implantação do teletrabalho extraordinário no âmbito do Ministério Público do Trabalho desde o início da pandemia da Covid-19 no Brasil. Visando garantir a continuidade da prestação dos serviços públicos e, também, proporcionar aos seus membros, servidores e demais colaboradores toda a segurança a fim de se evitar a contaminação pelo vírus causador da Covid, o Órgão Ministerial, desde março de 2020, vem adaptando a forma de servir ao público com excelentes resultados em favor da sociedade. Nesse contexto, a referida pesquisa abordará a alteração que fora realizada nos atos normativos que tratavam do teletrabalho do Ministério Público da União e seus ramos e tangenciará com relação ao interesse público da Administração Pública acerca da implantação do teletrabalho. Por derradeiro, abordará os resultados estatisticamente aferidos, tanto em relação à produtividade dos órgãos de execução quanto aos reflexos econômicos-orçamentários originários do *home office* compulsório no âmbito do Órgão Ministerial durante os meses de março a outubro de 2020.

Palavras-chave: Ministério Público do Trabalho. Teletrabalho extraordinário. Pandemia.

Abstract: This article intends to analyze the main reflexes of the implementation of extraordinary teleworking for members and civil servants within the scope of the Public Ministry of Labor since the beginning of the Covid-19 pandemic in Brazil. To guarantee the continuity of the provision of public services and to provide its members, servers, and other collaborators with all security to avoid contamination by the virus, the Ministerial Body has been adapting the way of serving since March 2020 to the public with excellent results in favor of society. In this context, this research will address the change that had been made in the normative acts that dealt with teleworking from the Federal Prosecutor's Office and its branches, and tangent about the public interest of the Public Administration in relation to the implementation of teleworking. Finally, it will address the statistically measured results, both in relation to the productivity of the executive bodies, as well as the economic-budgetary reflexes originating from the compulsory *home office* within the scope of the Ministerial Body during the months of March to October 2020.

Keywords: Public Labor Ministry. Extraordinary teleworking. Pandemic.

Sumário: 1 Introdução. 2 Regulamentação do teletrabalho no âmbito do Ministério Público da União e do Ministério Público do Trabalho. 3 Impactos econômicos do teletrabalho no âmbito do Ministério Público do Trabalho. 3.1 O interesse público por trás do teletrabalho. 3.2 Resultados do teletrabalho extraordinário no âmbito do Ministério Público do Trabalho. 4 Considerações finais.

1 Introdução

Não restam dúvidas de que o ano de 2020 marcará a história mundial, em razão da crise sanitária causada pela pandemia de Covid-19, que em poucos meses tomou grandes proporções, adoecendo várias pessoas no planeta e tirando a vida de muitas.

Em razão das proporções da doença, fez-se necessário um isolamento social mundial, para diminuir os efeitos danosos da doença,

e no Brasil não aconteceu diferente. Durante a pandemia, a forma de prestação de serviços públicos pelos órgãos da administração pública brasileira necessitou ser adaptada, de modo a ser compatibilizada com os métodos paliativos eleitos pela Organização Mundial da Saúde para o combate à proliferação do vírus.

No âmbito do Ministério Público da União e os seus ramos, seguiu-se no mesmo sentido, uma vez que, após a edição da Portaria PGR/MPU n. 76, de 19 de março de 2020,¹ todas as atividades incompatíveis com o teletrabalho ficaram suspensas, dispensando-se o comparecimento presencial nas unidades do Ministério Público da União a partir daquela data.

Todavia, diferente de grande parte das atividades desenvolvidas, seja no setor público, seja no setor privado, que puderam continuar a ser executadas de maneira remota, nem todos os setores do mercado de trabalho puderam continuar remotamente, a coletividade trabalhista continuou a carecer do Ministério Público do Trabalho para a proteção dos seus direitos e interesses.

Esse órgão ministerial, conforme leciona Elisson Miessa,² atua com foco na tutela de direitos coletivos, percorrendo as seguintes metas institucionais: combate às fraudes nas relações trabalhistas, preservação do meio ambiente de trabalho, erradicação do trabalho escravo e do trabalho infantil, combate às práticas discriminatórias, eliminação das irregularidades trabalhistas e garantia à liberdade sindical.

Para a efetivação dessas metas institucionais, o Ministério Público Trabalhista atua de forma judicial como parte ou fiscal da ordem jurídica, *custos iuris*, e de forma extrajudicial por meio de investigações realizadas nos inquéritos civis e dos acordos realizados administrativamente através dos Termos de Ajustamento de Conduta.³

1 Disponível em: <http://www.mpf.mp.br/pgr/documentos/PortariaPGRMPU762020.pdf.pdf>. Acesso em: 16 dez. 2020.

2 MIESSA, Élisson. *Processo do trabalho*. 7. ed. Salvador: Juspodivm, 2019. p. 153 e 154.

3 LEITE, Carlos Henrique Bezerra. *Curso de direito processual do trabalho*. 17. ed. São Paulo: Saraiva, 2019. p. 222 a 230.

Durante o período de calamidade pública nacional, o qual já se prorrogou até o dia 31 de junho de 2021,⁴ o *Parquet* Laboral não parou de buscar a efetividade das suas metas institucionais e, por meio do trabalho remoto extraordinário vigente desde março de 2020, o órgão ministerial vem trabalhando incansavelmente, o que vem apresentando consideráveis reflexos, tanto para a sociedade quanto para a administração pública.

Diante do exposto, o presente artigo buscará realizar uma análise detalhada acerca dos impactos econômicos do teletrabalho no âmbito do Ministério Público do Trabalho, apresentando inicialmente a regulamentação do trabalho remoto no órgão ministerial antes e depois da declaração de estado de calamidade pública em nosso país, em seguida será apresentada uma importante reflexão do interesse público da administração pública por trás do teletrabalho e por derradeiro uma análise circunstanciada dos resultados do *home office* compulsório no âmbito do Ministério Público Laboral.

Por fim, salienta-se que, para o desenvolvimento do presente estudo, foram levantadas informações de diversas fontes, não só da legislação vigente como também de grandes obras doutrinárias, que tratam a respeito da temática, e de dados existentes em conceituados sítios eletrônicos.

2 Regulamentação do teletrabalho no âmbito do Ministério Público da União e do Ministério Público do Trabalho

O pontapé inicial do teletrabalho, no âmbito do Ministério Público, se deu quando o Conselho Nacional do Ministério Público expediu a Resolução n. 157, de 31 de janeiro de 2017,⁵ que regulamentou o trabalho remoto no âmbito dos Ministérios

4 Disponível em: <https://www.agenciabrasilia.df.gov.br/2020/12/15/estado-de-calamidade-publica-prorrogado-ate-junho/>. Acesso em: 6 jan. 2021.

5 Disponível em: https://www.cnmp.mp.br/portal/images/Normas/Resolucoes/RES_157_2017.pdf. Acesso em: 16 dez. 2020.

Públicos Estaduais, do Ministério Público da União e do próprio Conselho Nacional.

A Resolução apresenta disposições que serviram como base para a criação das portarias que instituíram o teletrabalho no âmbito do Ministério Público da União e todos os seus ramos.

Conforme dispõe a Portaria PGR/MPU n. 44, de 21 de fevereiro de 2020,⁶ as atividades dos servidores do Ministério Público da União poderiam ser executadas excepcionalmente fora de suas dependências, de forma remota com a utilização de recursos tecnológicos, sob a denominação de teletrabalho.

Segundo a portaria, a realização do *home office* se dá de maneira facultativa e a critério dos ramos do Ministério Público da União. Regulamenta ainda a portaria que compete à chefia imediata indicar, entre os servidores interessados, os que atuarão em regime de teletrabalho, devendo observar as vedações, prioridades, quantitativo máximo de 20% da unidade, mantendo a capacidade plena de funcionamento dos setores em que há atendimento ao público.

A portaria é clara ao estabelecer uma produtividade de desempenho do servidor, majorada em 20%, que deverá ser cumprida dentro do horário de expediente regular da unidade macro de lotação do servidor.

Cabe ao chefe imediato, em conjunto com os gestores, acompanhar o desempenho dos servidores em regime de *home office*, devendo encaminhar relatório trimestral ao gestor da unidade macro, apontando os resultados alcançados e as dificuldades enfrentadas.

A regulamentação apresenta ainda inúmeros deveres do servidor nesse regime de trabalho, obrigando a que este compareça ao menos 4 vezes por mês à unidade exercício, sendo responsável também por manter às suas expensas as estruturas físicas e tecnológicas necessárias e adequadas à realização do trabalho em sua residência.

⁶ Disponível em: http://bibliotecadigital.mpf.mp.br/bdmpf/bitstream/handle/11549/199129/PT_PGR_MPU_2020_44.pdf?sequence=4&isAllowed=y. Acesso em: 16 dez. 2020.

Por derradeiro, determina a portaria que os ramos do Ministério Público da União deverão disponibilizar em seu sítio eletrônico, por meio do Portal da Transparência, o nome dos servidores que atuam nesse regime de trabalho, com atualizações semestrais, e que, mediante aviso prévio de 15 dias, poderá a chefia mediante justificativa cancelar o regime de teletrabalho de um ou mais servidores.

O Ministério Público Laboral, seguindo as diretrizes da Resolução do Conselho Nacional do Ministério Público e da Portaria do Ministério Público da União, regulamentou portaria que trata do regime de teletrabalho aos servidores, apresentando as mesmas diretrizes, produtividade, vedações, prioridades e deixando claro o caráter de faculdade desse regime de trabalho.

Todavia, o ano de 2020, marcante na história mundial, obrigou a mudanças de comportamento globais, em razão da declaração de pandemia pela Organização Mundial da Saúde, causada pela disseminação do novo coronavírus em todo o mundo.

E no Brasil não foi diferente. A partir de 26 de fevereiro do presente ano, data em que se confirmou o primeiro caso da doença no país, toda a nação precisou rever o seu comportamento, e a necessidade de um isolamento social se instaurou; entretanto, o serviço público no Brasil não podia parar, e novas e urgentes adaptações tiveram que ser realizadas e uma delas foi a imposição do regime de teletrabalho aos servidores públicos, para que a prestação do serviço público à sociedade não fosse interrompida.

A Procuradoria-Geral da República, através da Portaria PGR/MPU n. 60, de 12 de março de 2020,⁷ estabeleceu medidas temporárias de prevenção ao contágio pela Covid-19, levando em consideração a classificação de pandemia pela Organização Mundial da Saúde.

Em um primeiro momento, a portaria estabeleceu que, de maneira excepcional, não seria exigido dos servidores diagnosticados como caso suspeito ou confirmado de Covid-19 que comparecessem

7 Disponível em: http://www.mpf.mp.br/pgr/documentos/PortariaPGRMPU60_COVID19.pdf. Acesso em: 16 dez. 2020.

para apresentar atestado médico, bastando apenas que entrassem em contato com o setor de Recursos Humanos da respectiva unidade para comunicação com posterior remessa do atestado por *e-mail*.

Determinou-se que as chefias instituíssem o regime de trabalho extraordinário aos servidores e estagiários, resguardando apenas o mínimo de servidores para garantir a manutenção do atendimento presencial em sistema de rodízio. Suspenderam-se ainda as disposições do art. 3º e do § 1º do art. 4º da Portaria PGR/MPU n. 44, de 21 de fevereiro de 2020,⁸ os quais apresentavam as situações de vedações, prioridades e quantitativo máximo de pessoas no regime de trabalho e a exigência de aumento de produtividade.

A regulamentação estabeleceu ainda que, enquanto esta vigerasse, os membros, servidores e estagiários que possuíssem doenças respiratórias, as gestantes (com filhos menores de 1 ano), os que coabitassem com idosos (que possuíssem mais de 60 anos) e os que tivessem viajado ou coabitassem com pessoas que tivessem estado no exterior permaneceriam em regime de *home office*.

8 Art. 3º: “Compete à chefia imediata indicar, entre os servidores interessados, aqueles que atuarão em regime de teletrabalho, observadas as seguintes diretrizes: I – é vedada a realização do teletrabalho ao servidor que: a) apresente contraindicações por motivo de saúde, constatadas em perícia médica; b) tenha sofrido penalidade disciplinar nos dois anos anteriores à indicação; c) tenha subordinados, salvo autorização expressa da chefia imediatamente superior; d) pela natureza do cargo e respectivas atribuições não justifiquem o seu desempenho remotamente; e e) esteja fora do país, salvo na hipótese de servidor que tenha direito à licença para acompanhar cônjuge. II – verificada a adequação de perfil, terão prioridade servidores: a) com deficiência; b) que tenham filhos, cônjuge ou dependentes com deficiência; c) lactantes, gestantes e servidores com filhos até 24 meses; d) com jornada reduzida por motivo de saúde; e) idosos; e f) que possuam os requisitos para obter a licença para acompanhamento de cônjuge, ou que já estejam no gozo da referida licença. III – a quantidade de servidores em teletrabalho, por dia, não poderá ser superior a 20% (vinte por cento) de sua unidade, salvo casos excepcionais justificadamente autorizados pela chefia imediata, desde que assegurado o pleno funcionamento da unidade; IV – será mantida a capacidade plena de funcionamento dos setores em que haja atendimento ao público externo e interno”.

Art. 4º, § 1º: “A produtividade de desempenho do servidor em regime de teletrabalho será majorada em 20% (vinte por cento), com relação à estipulada para os servidores que executarem as mesmas atividades na respectiva unidade”.

Suspendeu-se também a realização de eventos nas dependências do MPU, assim como a entrada de público externo nas bibliotecas, memoriais, auditórios e quaisquer outros lugares de uso coletivo nos compartimentos de todos os ramos do Ministério Público da União.

Após a informação da primeira morte em razão da infecção pelo novo coronavírus⁹ e do aumento de número de casos da doença no Brasil, a Procuradoria-Geral da República publicou, no dia 19 de março de 2020,¹⁰ nova portaria, que estabeleceu que as atividades incompatíveis com o teletrabalho estavam suspensas, dispensando-se o comparecimento presencial nas unidades do MPU, a partir daquela data, ou seja, foi afastado o regime de rodízio de servidores para o atendimento ao público externo, que passou a ser realizado por telefone ou pela internet, e foi formada uma nova escala, dessa vez de sobreaviso para os fins da manutenção integral do funcionamento do órgão público.

Em seguida, a Procuradoria-Geral do Trabalho resolveu, por meio da Portaria n. 448 de 2020,¹¹ determinar que o funcionamento de todas as unidades do Ministério Público do Trabalho seria realizado sem solução de continuidade, devendo ser garantido o atendimento às demandas sociais apresentadas à instituição, escalonando semanalmente, para a preservação do atendimento presencial nas Procuradorias Regionais do Trabalho, em regime de prontidão, cinco servidores, sendo obrigatoriamente um deles técnico de segurança institucional, e nas Procuradorias do Trabalho Municipais ao menos um servidor, devendo ser disponibilizado telefone e *e-mail* para convocação em caso de necessidade.

9 Cf. RIBEIRO, Bruno; CAMBRICOLI, Fabiana. Brasil registra primeira morte pelo coronavírus em SP; país tem 290 casos confirmados. *O Estado de São Paulo*, São Paulo, 17 mar. 2020. Disponível em: <https://saude.estadao.com.br/noticias/geral,brasil-registra-primeira-morte-pelo-novo-coronavirus-em-sao-paulo,70003236434>. Acesso em: 17 dez. 2020.

10 *Vide* nota de rodapé n. 1.

11 Disponível em: https://www.sindmpu.org.br/images/ATONORMATIVOPORTARIA_488-2020_Gerado-em-18-03-2020-22h09min04s.pdf.pdf. Acesso em: 18 dez. 2020.

Além do regime de prontidão, estabeleceu-se também que o procurador-geral e os procuradores-chefes poderiam determinar o comparecimento dos servidores para atendimento de necessidades institucionais inadiáveis. Estabeleceu-se ainda regime de rodízio para a prestação de serviços terceirizados de limpeza e conservação e serviços de vigilância de forma integral.

O gabinete do procurador-geral do Trabalho permaneceu em ininterrupta atividade, garantindo o atendimento às demandas sociais decorrentes da pandemia, prestando auxílio às Procuradorias Regionais do Trabalho, apoiando constantemente o Gabinete Integrado de Acompanhamento à Epidemia do Coronavírus (GIAC-COVID), no âmbito da Procuradoria-Geral da República, assim como ao Grupo de Trabalho (GT Covid-19) criado no âmbito da Procuradoria-Geral do Trabalho com o objetivo de promover e proteger a saúde do trabalhador, bem como reduzir os impactos negativos trabalhistas decorrentes das infecções pelo vírus.

Sete meses após a declaração de ocorrência do estado de calamidade pública e com a estabilidade no número de casos e mortes por infecção pela Covid-19, a Procuradoria-Geral do Trabalho publicou a Portaria n. 1.166, de 2020,¹² que estabelece, no âmbito do Ministério Público Laboral, medidas para retomada gradual das atividades presenciais, observadas as ações necessárias para prevenção de contágio pelo novo coronavírus.

Definiu-se a possibilidade de retorno progressivo das atividades presenciais de forma gradual e sistematizada, devendo ser observadas as realidades epidemiológicas de cada estado, implantando-se obrigatoriamente as medidas sanitárias e de distanciamento necessárias. Dispôs a portaria também que deverá ser mantida a autorização para o trabalho de forma exclusiva na modalidade remota aos integrantes do grupo de risco.

Toda essa mudança na regulamentação do trabalho remoto, de forma repentina, no âmbito do Ministério Público do Trabalho,

¹² Disponível em: <https://mpt.mp.br/pgt/noticias/portaria-pgt-retomada-dos-trabalhos.pdf>. Acesso em: 17 dez. 2020.

sem dúvida nenhuma gerou grandes impactos e importantes reflexos, que serão debatidos no tópico a seguir exposto.

3 Impactos econômicos do teletrabalho no âmbito do Ministério Público do Trabalho

3.1 O interesse público por trás do teletrabalho

É cediço que, nos termos do *caput* do art. 37 da Constituição da República Federativa do Brasil,¹³ o funcionamento de toda a Administração Pública brasileira, direta e indireta, deve atuar sob a perspectiva do princípio da eficiência, entre outros. E isso não só em razão da introdução do referido princípio de forma expressa no texto constitucional por força da Emenda Constitucional n. 19/1998, mas, sobretudo, em razão de todo o regime jurídico administrativo-constitucional que dá alicerce à busca pelo interesse público por parte do Estado.

Na linha do escólio clássico de Celso Antônio Bandeira de Mello,¹⁴ o regime jurídico da Administração Pública pátria é composto por diversos princípios e regras. No entanto, entende o eminente jurista que existem dois postulados fundantes do regime jurídico administrativo, pois neles é que se embasam os demais: trata-se do que ele denominava de pedras de toque do regime jurídico administrativo, consistente no princípio da supremacia do interesse público sobre o interesse privado e no princípio da indisponibilidade do interesse público.

No que tange à supremacia do interesse público, muito se discutiu na doutrina o que seria o interesse público perante o qual deveria o particular se curvar.

13 Art. 37, *caput*, da CF/88: “A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte [...]”.

14 MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de direito administrativo*. 34. ed. São Paulo: Malheiros, 2019. p. 181.

Nessa linha, com a constitucionalização do direito administrativo, surgiu certa divergência, em razão das críticas, quanto ao princípio da supremacia do interesse público, que também teria conteúdo autoritário, pois muitas vezes a supremacia serviria como um princípio puramente argumentativo voltado a blindar os abusos nas decisões políticas do Estado. Nessa linha de pensamento, inserem-se, entre outros, Gustavo Binenbojm, Humberto Ávila e Daniel Sarmiento, todos com textos publicados em obra organizada pelo último, sob o título *Interesses públicos versus interesses privados: desconstruindo o princípio da supremacia do interesse público*,¹⁵ exatamente em razão de se atribuir supremacia a um interesse de titularidade indefinida.

Em que pese o aprofundamento da referida discussão não ser o objetivo deste trabalho, ela se mostra importante em uma perspectiva dogmática, como válvula de escape para se tentar compreender, no atual momento de crise sanitária vivenciado pela pandemia da Covid-19, e consideradas suas repercussões, o que se amoldaria adequadamente como interesse público estatal supremo em relação à continuidade com eficiência da prestação dos serviços públicos pelo Ministério Público do Trabalho.

Não se pode olvidar que, em nome do primado de um interesse público supremo, inúmeras transformações ocorreram no funcionamento da coisa pública como um todo, devendo-se considerar o fato de que o interesse do público é efêmero, pois é moldado de acordo com as necessidades de seu tempo. Nesse sentido, veja-se a doutrina de José dos Santos Carvalho Filho:¹⁶

A despeito de não ser um conceito exato, aspecto que leva a doutrina em geral a configurá-lo como conceito jurídico indeterminado, a verdade é que, dentro da análise específica das situações administrativas, é possível ao intérprete, à luz de todos os elementos

15 SARMIENTO, Daniel (org.). *Interesses públicos versus interesses privados: desconstruindo o princípio da supremacia do interesse público*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

16 FILHO, José dos Santos Carvalho. *Manual de direito administrativo*. 34. ed. São Paulo: Atlas, 2020. p. 84.

do fato, identificar o que é e o que não é interesse público. Ou seja: é possível encontrar as balizas do que seja interesse público dentro de suas zonas de certeza negativa e de certeza positiva. Portanto, cuida-se de conceito determinável.

Nesse diapasão, como fruto dessas transformações, destaca-se a ampliação das atividades assumidas pelo Estado para atender às necessidades coletivas, com a conseqüente ampliação do próprio conceito de serviço público. Da mesma forma ocorreu o inverso, pois é inegável que algumas atividades também foram transferidas pelo Estado para a iniciativa privada, sob o mesmo fundamento: reconstrução em prol do interesse público, desburocratizando o Estado em nome da eficiência administrativa.

Em uma perspectiva social, sabe-se que todas as transformações de uma sociedade possuem na ação social e no fator tempo o seu fundamento, pois as civilizações se adaptam aos costumes de sua época.

Por sua vez, sob uma perspectiva jus-filosófica, tem-se que a Constituição brasileira é programática e dirigente, influenciada pelo neopositivismo, sendo o progresso, inclusive, um dos lemas da República Federativa do Brasil que está estampado em sua bandeira, de modo que o progresso ordenado do povo brasileiro é o interesse público estatal.

Com efeito, partindo-se de das premissas acima de que o conceito de interesse público é efêmero e indeterminado e se dá de acordo com o tempo, toda a manifestação de vontade do Estado deve ser formalmente externada e fundada no alcance de um interesse público. Nesse sentido, pede-se *vênia* para colacionar as lições de Maria Sylvia Zanella di Pietro:¹⁷

[...] Finalidade é o resultado que a Administração quer alcançar com a prática do ato. [...] Tanto motivo como finalidade contribuem para a formação da vontade da Administração: diante de certa situação de fato ou de direito (motivo), a autoridade pratica certo ato

17 DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito administrativo*. 33. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2020. p. 486 e 487.

(objeto) para alcançar determinado resultado (finalidade). Pode-se falar em fim ou finalidade em dois sentidos diferentes: 1. em sentido amplo, a finalidade corresponde à consecução de um resultado de interesse público; nesse sentido, se diz que o ato administrativo tem que ter finalidade pública e; 2. em sentido restrito, finalidade é o resultado específico que cada ato deve produzir, conforme definido na lei; nesse sentido, se diz que a finalidade do ato administrativo é sempre a que decorre explícita ou implicitamente da lei.

Depreende-se do entendimento doutrinário colacionado acima que o interesse público é o que a administração deve buscar com a prática de seus atos. Nesse sentido, é pertinente indagar: o trabalho dos servidores da administração pública, mais precisamente dos servidores públicos do Ministério Público do Trabalho, atende ao primado interesse público Estatal sob a perspectiva do princípio constitucional da eficiência?

Como já dito, o interesse do público é efêmero, modificando-se em conformidade com os anseios da coletividade de cada tempo. Nesse período de pandemia, muitas discussões surgiram acerca do papel do Estado no trato da crise sanitária e, entre elas, destaca-se a polarização, em muito, diga-se, incentivada pela linha política seguida pelo presidente da República, entre a economia nacional e as regras sanitárias rígidas de contenção do vírus (economia *versus* vida), fundadas no princípio do isolamento social em massa.

Considerando que neste artigo se abordará a referida discussão sob uma perspectiva microeconômica, os impactos da pandemia ligam-se às repercussões econômicas sentidas pelo Ministério Público do Trabalho como órgão público autônomo sob a perspectiva administrativa, financeira e orçamentária. Conforme as estatísticas levantadas pela instituição, tem-se que a implantação do *home office* no âmbito do Ministério Público Laboral encontra-se atendendo a contento ao primado do interesse público.

Não se pode olvidar que, para além do clássico conceito de interesse público como interesse predominante do povo, o Estado busca atender, também, considerando-se sobretudo as contribuições do direito administrativo italiano com Renato Alessi, a um

interesse público secundário. Sobre o tema, pede-se *vênia* para transcrever os ensinamentos de José dos Santos Carvalho Filho:¹⁸

A grande diversidade dos interesses coletivos exige sua caracterização em primários ou essenciais, de um lado, e secundários ou não essenciais, de outro. Quando o serviço é essencial, deve o Estado prestá-lo na maior dimensão possível, porque estará atendendo diretamente às demandas principais da coletividade. Inobstante, ainda que seja secundário, a prestação terá resultado de avaliação feita pelo próprio Estado, que, por algum motivo especial, terá interesse em fazê-lo. (Grifo nosso).

Partindo dessa ideia de que o interesse público pode ser primário ou secundário a depender da essencialidade dos serviços públicos a serem prestados pelo Estado é que, em um primeiro momento, restou implementado o teletrabalho no âmbito do Ministério Público. Por outro lado, a pandemia é um fato extraordinariamente grave e permitiu as necessárias adaptações das normativas que regulamentavam a medida. Dessa forma, dentro da autonomia institucional do órgão ministerial, os interesses públicos secundários da instituição como pessoa jurídica foram o de buscar, de forma enérgica e em um juízo de ponderação, soluções que harmonizassem tanto os deveres dos servidores públicos como órgãos administrativos (*vide* art. 116 da Lei n. 8.112/1990)¹⁹ quanto o dever

18 FILHO, 2020, p. 405.

19 Art. 116, Lei 8.112/1990: “São deveres do servidor:

I - exercer com zelo e dedicação as atribuições do cargo;

II - ser leal às instituições a que servir;

III - observar as normas legais e regulamentares;

IV - cumprir as ordens superiores, exceto quando manifestamente ilegais;

V - atender com presteza:

a) ao público em geral, prestando as informações requeridas, ressalvadas as protegidas por sigilo;

b) à expedição de certidões requeridas para defesa de direito ou esclarecimento de situações de interesse pessoal;

c) às requisições para a defesa da Fazenda Pública.

do Ministério Público Trabalhista, como instituição autônoma de Estado, de se fazer presente na sociedade com a prestação ininterrupta e eficiente de serviços.

Sob uma perspectiva histórica, tem-se que a instalação física do Estado na comunidade, por intermédio de suas repartições públicas, transmite ao administrado maior segurança de que, naquela localidade, o Estado se faz presente por seus órgãos. Por outro lado, veja-se que o interesse público primário do Estado é a prestação eficiente dos serviços públicos, de modo que o grande desafio da implementação compulsória e integral do teletrabalho é, exatamente, manter a qualidade e eficiente continuidade da missão constitucional ministerial.

Nesse sentido, a ideia de que o Estado busca alcançar não só interesses públicos primários mas também interesses públicos secundários se mostra importante para contextualizar a ideia de que as suas repartições nada mais são do que bens públicos integrantes de seu patrimônio como pessoas jurídicas de direito público e, conforme o art. 99 do Código Civil brasileiro,²⁰ são bens públicos de uso especial.

VI - levar as irregularidades de que tiver ciência em razão do cargo ao conhecimento da autoridade superior ou, quando houver suspeita de envolvimento desta, ao conhecimento de outra autoridade competente para apuração; (Redação dada pela Lei nº 12.527, de 2011)

VII - zelar pela economia do material e a conservação do patrimônio público;

VIII - guardar sigilo sobre assunto da repartição;

IX - manter conduta compatível com a moralidade administrativa;

X - ser assíduo e pontual ao serviço;

XI - tratar com urbanidade as pessoas;

XII - representar contra ilegalidade, omissão ou abuso de poder.

Parágrafo único. A representação de que trata o inciso XII será encaminhada pela via hierárquica e apreciada pela autoridade superior àquela contra a qual é formulada, assegurando-se ao representando ampla defesa”.

20 Art. 99: “São bens públicos:

I - os de uso comum do povo, tais como rios, mares, estradas, ruas e praças;

Com efeito, é importante ressaltar a premissa de que, no direito brasileiro, todo bem, ainda que exclusivamente extrapatrimonial, pode possuir repercussões econômicas. E nessa linha, considerando esse viés econômico no contexto atual de pandemia, o teletrabalho no âmbito do poder pública trouxe, no mínimo, ainda que em razão dos efeitos deletérios da pandemia, uma reflexão quanto a um necessário juízo de proporcionalidade no que tange aos custos de se manter uma sede física de um órgão público.

Em uma visão perfunctória e sem ainda basear-se em dados estatísticos, sob a perspectiva da economicidade, o teletrabalho inegavelmente atende ao interesse público. Veja-se que o custo individual do Estado em relação a um servidor público não se esgota meramente sob a perspectiva da contraprestação remuneratória mas também dos custos dispendidos pelo Estado para a manutenção de um meio ambiente laboral adequado a fim que ele possa exercer suas funções.

Assim, com a implantação compulsória do teletrabalho, o custo individual do Estado com seu servidor inegavelmente diminuiu, pois, como se verá no tópico seguinte, a desnecessidade da presença física do servidor repercutiu diretamente em gastos fixos, como por exemplo nos custos com internet, manutenção da rede intranet, energia elétrica e fornecimento de água, contratos administrativos de contratação de serviços terceirizados, deslocamentos dos servidores até a repartição, entre outros.

Por outro lado, além do alcance do interesse público sob a perspectiva da economicidade pública, constatou-se que a produtividade, forma objetiva de se aferir se os serviços públicos permanecem contínuos e eficientes, também apresentou quadro positivo, inclusive se comparada com números obtidos em um período pré-pandemia, pois houve significativo aumento, ou ao menos a manutenção, do

II - os de uso especial, tais como edifícios ou terrenos destinados a serviço ou estabelecimento da administração federal, estadual, territorial ou municipal, inclusive os de suas autarquias;

III - os dominicais, que constituem o patrimônio das pessoas jurídicas de direito público, como objeto de direito pessoal, ou real, de cada uma dessas entidades. [...]”.

número de atos ordinatórios pelos servidores e de atos exclusivos pelos membros nesse período de teletrabalho em plena pandemia.

Desta forma, considerando que tanto o interesse público primário, pois os serviços públicos continuaram a serem prestados com a mesma continuidade e eficiência para a coletividade, quanto o interesse público secundário do Estado como pessoa jurídica, sob a perspectiva da economicidade e da produtividade, não foram prejudicados pela implantação do teletrabalho durante a pandemia, tem-se que, em uma visão microeconômica, o Ministério Público do Trabalho vem alcançando a contento a sua missão essencial de resguardar os interesses da coletividade, conforme poderá se observar no tópico a seguir.

3.2 Resultados do teletrabalho extraordinário no âmbito do Ministério Público do Trabalho

De início, é importante consignar que a pandemia causada pela proliferação da Covid-19 é um fato social que gerou repercussão em diversos ramos do saber, entre eles a economia e o direito.

Ademais, na perspectiva da economicidade e da continuidade efetiva na prestação, os serviços públicos prestados pelo Ministério Público do Trabalho, sob os efeitos da pandemia, conforme os dados publicados no portal da transparência, mostraram-se satisfatórios.

Na perspectiva da economicidade, conforme dados publicados no portal da transparência da Procuradora-Geral do Trabalho,²¹ no mês de março, mês de assinatura do decreto de calamidade pública nacional, o *Parquet* Laboral registrou como total de despesas assumidas o montante de R\$ 133.771.817,14, incluindo despesas de investimentos e correntes. Por sua vez, no mês subsequente, após a implantação do teletrabalho integral para os servidores, o gasto total foi de R\$ 130.788.086,42, ou seja, quase 3 milhões de reais a menos devido à redução de gastos.

21 Disponível em: <https://mpt.mp.br/MPTransparencia/pages/portal/consulta.xhtml>. Acesso em: 22 dez. 2020.

E tal redução de despesas se deu, entre outros fatores, pela redução circunstancial do montante normalmente pago a título de auxílio transporte. No mês de março, a Procuradoria-Geral do Trabalho dispendeu o montante de R\$ 90.818,56 a título de auxílio transporte; por sua vez, no mês de abril, já durante o teletrabalho integralmente implantado, dispendeu a quantia de R\$ 59.817,63, ou seja, uma economia de R\$ 31.000,93 apenas em relação a esta rubrica, e de um mês para o outro. Para se compreender a dimensão da economia no que tange a esta rubrica, comparando-se os referidos R\$ 90.818,56, dispendidos pela PGT com o transporte dos servidores no mês de março, como o gasto referente ao mês de outubro, que foi de apenas R\$ 633,58 (conforme último levantamento publicado), houve uma economia de R\$ 90.184,98 só em relação ao auxílio-transporte. Com isso, é possível se afirmar que o Órgão Ministerial Trabalhista teve considerável redução de gastos com seu pessoal.

Ademais, o que também chama atenção dessa análise da pandemia sob o aspecto da economicidade é que as despesas públicas derivadas de obrigações tributárias sofreram relevante redução. Para se ter ideia da economia advinda aos cofres do Ministério Público do Trabalho, se no mês de março foram gastos R\$ 81.174,98 com pagamentos de tributos, no mês de abril foram gastos praticamente 70% a menos: R\$ 24.642,57. E tal economia com pagamentos de tributos se repetiu nos meses seguintes de 2020 (dados até outubro) – maio: R\$ 23.762,81; junho: R\$ 21.225,50; julho: R\$ 38.185,01; agosto: R\$ 23.206,13; setembro: R\$ 23.151,88; e, por fim, outubro: R\$ 29.164,25.

Portanto, de uma forma geral, é notável a economia advinda da Procuradoria-Geral do Trabalho para os cofres públicos, em razão dos impactos multifocais da pandemia, sobretudo em relação às despesas correntes. Nesse sentido ressalva-se que, conforme se depreende dos dados colhidos no portal da transparência da PGT, a título de gasto com pessoal e encargos sociais, era previsto na Lei Orçamentária Anual o total de R\$ 1.555.236.312,00, tendo-se gasto, até o mês de outubro de 2020, o montante total de R\$ 1.222.570.108,24, ao passo que no ano de 2019, no mesmo período e em plena normalidade, tinham sido gastos R\$ 1.171.745.105,01, percebendo-se que os gastos com pessoal e encar-

gos sociais tiveram um pequeno aumento de valor. Entretanto, como cediço, os custos públicos com pagamento de pessoal são despesa corrente, não fixa, já que progressões, nomeações e outras variáveis interferem nas leis orçamentárias dos exercícios seguintes.

Por outro lado, a título de outras despesas correntes – e aí se incluem despesas tributárias, contratação de terceirizados e pagamento de rubricas a título de passagens e demais despesas com locomoção e transportes e locação de mão-de-obra, gastos estes diretamente impactados pela implantação compulsória do teletrabalho –, previu-se na Lei Orçamentária Anual um gasto de R\$ 236.605.593,00 para 2020, tendo-se verificado até o mês de outubro o montante total de gastos de R\$ 163.948.954,88, ao passo que no ano de 2019, no mesmo período e em plena normalidade, já tinha sido gasto o montante de R\$ 173.001.529,09, ou seja, pouparam-se R\$ 9.052.574,21, economia esta que poderia ser, possivelmente, ampliada caso houvesse uma dedicação e estudo específico para aplicação futura de uma forma telepresencial de prestação de serviços públicos pelo MPT.

Nessa perspectiva, mostra-se inequívoca a economia na execução orçamentária do Ministério Público do Trabalho se comparados os meses pré-pandemia com os da pandemia, não só sob a perspectiva de pessoal mas também com investimentos e inversões financeiras.

Para se ter uma ideia, do total previsto em 2020 de R\$ 41.691.444,00 para despesa com investimentos, só foram gastos R\$ 40.310.878,18, uma economia de R\$ 1.380.565,82, enquanto que em 2019 previram-se R\$ 9.080.000,00 para a mesma despesa, sendo gastos R\$ 8.517.928,98, uma economia de R\$ 562.071,02. Observa-se assim uma economia de quase R\$ 1.000.000,00 a mais com investimentos em 2020 em relação a 2019.

Veja-se que o fato de se gastar menos do que o orçamento previsto pode assumir repercussões financeiras diversas no que tange ao orçamento ministerial para o exercício seguinte, da mesma forma que a previsão orçamentária para este ano teve como base a execução orçamentária do ano de 2019.

Por outro lado, é certo que a adequação da Administração ao princípio da eficiência não se esgota apenas em uma análise sob a perspectiva da economicidade dos meios empregados para o alcance do interesse público. Nesse sentido, veja-se o escólio de Rafael Rezende:²²

É oportuno ressaltar que a própria ideia de eficiência não se confunde com a de economicidade, posto que *a eficiência não pode ser analisada, exclusivamente, sob o prisma econômico, pois a Administração tem o dever de considerar outros aspectos igualmente fundamentais: qualidade do serviço ou do bem, durabilidade, confiabilidade, universalização do serviço para o maior número possível de pessoas etc.* (Grifo nosso).

Nesse sentido, demonstrada a economicidade do teletrabalho na gestão orçamentária pelo Ministério Público do Trabalho durante o período da pandemia, tem-se que, sob a perspectiva da continuidade eficiente do serviço público do Órgão Ministerial Trabalhista, esta não restou prejudicada pela implantação compulsória do teletrabalho, ao contrário: vislumbrou-se um aumento significativo da demanda do órgão, sobretudo em razão dos impactos da pandemia nas relações de trabalho.

Consoante dados oficiais,²³ o *Parquet* Laboral recebeu, desde o início da pandemia até o dia 19 de outubro de 2020, um total de 32.665 denúncias e instaurou mais de 8 mil inquéritos civis para apurar violações trabalhistas ligadas ao contexto da Covid-19. Veja-se se que, desde a deflagração da atuação do órgão de execução do Ministério Público do Trabalho por intermédio de uma Notícia de Fato, diversos atos ordinatórios, diligências *in loco* e despachos são praticados, o que implica um aumento significativo de demandas e responsabilidades a serem observadas por membros e servidores.

Insta ressaltar que, no âmbito do Ministério Público do Trabalho, como dito no tópico anterior, a implantação do teletra-

22 OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. *Licitações e contratos administrativos: teoria e prática*. 9. ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2020. p. 321.

23 Disponível em: <https://mpt.mp.br/pgt/noticias/mpt-pb-registra-1-127-denuncias-e-3-895-notificacoes-relacionadas-a-covid-19>. Acesso em: 21 dez. 2020.

balho se deu de forma compulsória e integral, apenas ressalvando serviços essenciais para a manutenção predial, em que se manteve o trabalho presencial com carga horária reduzida e em dias alternados.

Não se pode olvidar, por oportuno, que o Ministério Público Laboral é o ramo do Ministério Público da União que tem como missão a defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis no âmbito das relações de trabalho. Assim, por ser o trabalho digno fundamental para a defesa da dignidade humana e da cidadania, e sendo inegável que a pandemia repercutiu de forma nefasta nas relações de trabalho, surgiu intenso interesse público em uma atuação enérgica contra os abusos nas relações de trabalho que restaram fragilizadas pelos reflexos econômicos da pandemia, sobretudo, na manutenção de empregos.

Com efeito, constatou-se também, desde o início da pandemia, que suas consequências nas relações de trabalho ensejaram uma atuação peculiar dos procuradores do Trabalho e servidores, dado o ineditismo desse fato e a gestão dos riscos empresariais diante de seus efeitos, exigindo-se uma atuação muito mais resolutiva que conflituosa. Assim, tem-se que, de março até o mês de outubro, emitiram-se, em todo o País, mais de 12,7 mil recomendações, 125 mil despachos e mais de 167 mil notificações, ofícios e requisições, números que revelam uma atuação institucional enérgica durante a crise sanitária. Isso sem contar as judicializações que se fizeram necessárias e que estão em fase de elaboração de petição inicial.

Ainda, é cediço que o Ministério Público Laboral, como expressão do regime democrático, funcionando como agente de transformação social, realiza a destinação de diversos recursos obtidos em razão do sucesso derivado da atuação de seus membros em ações judiciais ou procedimentos administrativos.

Nessa linha, conforme dados publicados no dia 2 de dezembro de 2020,²⁴ até aquela data o *Parquet* Laboral havia destinado

24 Disponível em: <https://mpt.mp.br/pgt/noticias/mpt-destina-r-321-8-milhoes-para-o-combate-a-covid-19>. Acesso em: 18 dez. 2020.

o montante de R\$ 321,8 milhões de reais para ações voltadas ao enfrentamento da Covid-19, tais como a aquisição de equipamentos de proteção individual para profissionais, compra de respiradores e ventiladores pulmonares e compra de kits de testagem para se obter um diagnóstico inicial quanto à contração do vírus, conforme se depreende da tabela publicada no *site* do Ministério Público do Trabalho.²⁵

Ainda em relação aos custos, é importante consignar, de qualquer forma, o fato de que a economia se deu em razão não só do remanejamento do servidor para exercer suas funções em seus respectivos domicílios mas também por conta da desnecessidade de se arcar com certas despesas que possuem a razão de ser na necessidade de manter uma estrutura física de trabalho da administração pública, ou melhor, na desoneração episódica na manutenção de bens de uso especial pertencentes ao Ministério Público Laboral. E, além de toda essa eficiência nos custos dos serviços ministeriais, nota-se que houve a manutenção e, senão, um progresso do quadro da produtividade de membros e servidores se comparada com uma atuação em tempos normais.

Por fim, cumpre ressaltar que, como dito acima, atividades essenciais que exigem a presença física de membros e servidores foram mantidas dentro do possível, observados os cuidados higiênicos básicos estipulados pelas autoridades sanitárias para evitar o contágio da Covid-19, compatibilizando-se, assim, de forma harmônica, os deveres funcionais dos servidores e membros, responsabilidade social diante da pandemia e continuidade na prestação eficiente de serviços públicos.

4 Considerações finais

O presente artigo buscou analisar os principais reflexos do trabalho remoto extraordinário no âmbito do Ministério Público do

²⁵ Disponível em: <https://mpt.mp.br/pgt/noticias/20-11-30-10h38-valores-e-analitico.pdf>. Acesso em: 18 dez. 2020.

Trabalho desde o início da crise sanitária instaurada no Brasil em razão da pandemia do coronavírus.

Em busca da garantia plena da prestação dos serviços públicos à sociedade e ao mesmo tempo objetivando também a preservação da saúde dos membros, servidores e demais colaboradores, o Ministério Público do Trabalho não parou um só segundo de implementar esforços e adaptar a maneira de servir ao público, alcançando excelentes resultados em prol da sociedade.

Foi possível observar as alterações realizadas nos atos normativos que tratavam do teletrabalho no âmbito do Conselho Nacional do Ministério Público, do Ministério Público da União, e do Ministério Público do Trabalho.

Tangenciou-se ainda com relação ao interesse público da Administração Pública em relação à implantação do teletrabalho e, por derradeiro, abordaram-se de forma detalhada os reflexos econômicos alcançados pelo Ministério Público do Trabalho, desde o início da pandemia. Estima-se que, durante os meses de março e outubro de 2020, o Órgão Ministerial Trabalhista tenha economizado milhões de reais.

Pontuou-se também que, durante o período supramencionado, o *Parquet* Laboral recebeu mais de 32 mil denúncias, instaurou mais de 8 mil inquéritos civis, expediu mais de 12 mil recomendações, exarou mais de 125 mil despachos e 167 notificações e, o principal, até dezembro de 2020, superou a marca de R\$ 320 milhões de reais destinados para ações em prol do enfrentamento à Covid-19.

Conclui-se, dessa maneira, que referida pesquisa abordou, buscando elucidar, os principais reflexos do teletrabalho compulsório no âmbito do Órgão Ministerial Trabalhista, durante os meses de março e outubro de 2020, demonstrando que, em nenhum momento, deixou-se de prestar os devidos serviços à sociedade, além de ter havido uma grande economia financeira, desejável, durante o período pandêmico.

Referências

BOTELHO, Flávio. Estado de calamidade pública prorrogado até junho. *Agência Brasília*, Brasília, 15 dez. 2020. Disponível em: <https://www.agenciabrasilia.df.gov.br/2020/12/15/estado-de-calamidade-publica-prorrogado-ate-junho/>. Acesso em: 6 jan. 2021.

BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil*. Brasília: Centro Gráfico, 1988.

BRASIL. *Lei n. 8.112, de 11 de dezembro de 1990*. Dispõe sobre o regime jurídico dos servidores públicos civis da União, das autarquias e das fundações públicas federais. Brasília, 1990.

BRASIL. Lei n. 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. *Diário Oficial da União*, Brasília-DF, 2002.

BRASIL. Ministério Público do Trabalho. *MPT destina R\$ 321,8 milhões para o combate à Covid-19*. Disponível em: <https://mpt.mp.br/pgt/noticias/mpt-destina-r-321-8-milhoes-para-o-combate-a-Covid-19>. Acesso em: 18 dez. 2020.

BRASIL. Ministério Público do Trabalho. *MPT-PB registra 1.127 denúncias e 3.895 notificações relacionadas à Covid-19*. Disponível em: <https://mpt.mp.br/pgt/noticias/mpt-pb-registra-1-127-denuncias-e-3-895-notificacoes-relacionadas-a-Covid-19>. Acesso em: 21 dez. 2020.

BRASIL. Ministério Público do Trabalho. *Portal da Transparência*. Disponível em: <https://mpt.mp.br/MPTransparencia/pages/portal/consulta.xhtml>. Acesso em: 22 dez. 2020.

BRASIL. Ministério Público do Trabalho. *Relação analítica das destinações*. Disponível em: <https://mpt.mp.br/pgt/noticias/20-11-30-10h38-valores-e-analitico.pdf>. Acesso em: 18 dez. 2020.

BRASIL. *Portaria PGR/MPU n. 44, de 21 de fevereiro de 2020*. Regulamenta o teletrabalho no âmbito do Ministério Público da União. Brasília-DF, 2020. Disponível em: http://bibliotecadigital.mpf.mp.br/bdmpf/bitstream/handle/11549/199129/PT_PGR_MPU_2020_44.pdf?sequence=4&isAllowed=y. Acesso em: 16 dez. 2020.

BRASIL. *Portaria PGR/MPU n. 60, de 12 de março de 2020*. Estabelece medidas temporárias de prevenção ao contágio pelo Novo Coronavírus (Covid-19), considerando a classificação de pandemia pela Organização Mundial de Saúde (OMS). Brasília-DF, 2020. Disponível em: <http://www.mpf.mp.br/pgf/documentos/PortariaPGRMPU60COVID19.pdf>. Acesso em: 16 dez. 2020.

BRASIL. *Portaria PGR/MPU n. 76, de 19 de março de 2020*. Dispensa o comparecimento presencial nas unidades do Ministério Público da União a partir do dia 19 de março de 2020. Brasília-DF, 2020. Disponível em: <http://www.mpf.mp.br/pgf/documentos/PortariaPGRMPU762020.pdf.pdf>. Acesso em: 16 dez. 2020.

BRASIL. *Portaria PGT n. 488, de 2020*. Determina que o funcionamento de todas as unidades do Ministério Público do Trabalho será realizado sem solução de continuidade. Brasília-DF, 2020. Disponível em: https://www.sindmpu.org.br/images/ATONORMATIVOPORTARIA_488-2020_Gerado-em-18-03-2020-22h09min04s.pdf.pdf. Acesso em: 18 dez. 2020.

BRASIL. *Portaria PGT n. 1.166, de 2020*. Estabelece, no âmbito do Ministério Público do Trabalho, medidas para retomada gradual das atividades presenciais, observadas as ações necessárias para prevenção de contágio pelo novo Coronavírus (Covid-19), e dá outras providências. Brasília-DF, 2020. Disponível em: <https://mpt.mp.br/pgt/noticias/portaria-pgt-retomada-dos-trabalhos.pdf>. Acesso em: 17 dez. 2020.

BRASIL. *Resolução CNMP n. 157, de 31 de janeiro de 2017*. Regulamenta o teletrabalho no âmbito do Ministério Público e do Conselho Nacional do Ministério Público e dá outras providências. Brasília-DF, 2020. Disponível em: https://www.cnmp.mp.br/portal/images/Normas/Resolucoes/RES_157_2017.pdf. Acesso em: 16 dez. 2020.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito administrativo*. 33. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2020.

FILHO, José dos Santos Carvalho. *Manual de direito administrativo*. 34. ed. São Paulo: Atlas, 2020.

LEITE, Carlos Henrique Bezerra. *Curso de direito processual do trabalho*. 17. ed. São Paulo: Saraiva, 2019.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de direito administrativo*. 34. ed. São Paulo: Malheiros, 2019.

MIESSA, Élisson. *Processo do trabalho*. 7. ed. Salvador: Juspodivm, 2019.

OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. *Licitações e contratos administrativos: teoria e prática*. 9. ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2020.

RIBEIRO, Bruno; CAMBRICOLI, Fabiana. Brasil registra primeira morte pelo coronavírus em SP; país tem 290 casos confirmados. *O Estado de São Paulo*, São Paulo, 17 mar. 2020. Disponível em: <https://saude.estadao.com.br/noticias/geral,brasil-registra-primeira-morte-pelo-novo-coronavirus-em-sao-paulo,70003236434>. Acesso em: 17 dez. 2020.

SARMENTO, Daniel. *Interesses públicos versus interesses privados: desconstruindo o princípio da supremacia do interesse público*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

Novas diretrizes médicas e terapêuticas para questões de gênero e o Princípio do Melhor Interesse da Criança e do Adolescente

Cassius Assunção Martins

Graduando em Psicologia pelo Centro Universitário do Norte (UniNorte) e em Administração da Escola Superior de Ciências Sociais pela Universidade do Estado do Amazonas (UEA).

Eugenia Rodrigues

Graduada em Direito e Comunicação Social, na habilitação Jornalismo, pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro (UERJ).

“A proteção, com prioridade absoluta, não é mais obrigação exclusiva da família e do Estado: é um dever social.”

(TÂNIA DA SILVA PEREIRA)¹

Resumo: Em 2013, o Conselho Federal de Medicina publicou o Parecer n. 8/2013, autorizando intervenções hormonais em menores de 18 anos com diagnóstico do até então denominado “transtorno de identidade de gênero”. Essas diretrizes foram ampliadas pela Resolução n. 2.265/2019, do mesmo órgão, que autorizou cirurgias irreversíveis a partir dos 18 anos de idade e não mais 21. Em 2018, consoante, o Conselho Federal de Psicologia emitiu a Resolução n. 1/2018, na qual exige, sob pena de punição disciplinar, que os profissionais validem identidades trans e travestis, independentemente de suas idades. Este artigo visa a despertar uma reflexão sobre o impacto da abordagem de “afirmação de gênero”

1 PEREIRA, Tânia da Silva. O princípio do “melhor interesse da criança”: da teoria à prática. *Revista Brasileira de Direito de Família*, n. 6, 2000.

no geral e dessas normas, em particular, nos direitos já conquistados das crianças e adolescentes.

Palavras-chave: Crianças. Adolescentes. Disforia de gênero. Direito. Psicologia. Saúde.

Abstract: In 2013, the Federal Council of Medicine published Opinion 8/2013, authorizing hormonal interventions in children under 18 diagnosed with until then called “gender identity disorder”. These guidelines were expanded by Resolution 2.265/2019, of the same one, which authorized irreversible surgeries from the age of 18 and no longer 21. In 2018, in a consonant manner, the Federal Council of Psychology issued Resolution 1/2018, in which it requires, under penalty of disciplinary punishment, that professionals validate trans and transvestite identities, regardless of their ages. This article aims to awaken a reflection on the impact of the Gender Affirmation approach in general and of these norms, in particular, on the rights already achieved by children and adolescents.

Keywords: Children. Teens. Gender dysphoria. Right. Psychology. Health.

Sumário: 1 Introdução. 2 Breve histórico dos diagnósticos e tratamentos baseados em gênero. 3 Uma reflexão inicial sobre as Resoluções n. 1/2018 do CFP e n. 2.265/2019 do CFM e a problemática da “afirmação de gênero”. 4 O modelo “afirmativo de gênero” atende ao Princípio do Melhor Interesse da Criança e do Adolescente? 5 Considerações finais.

1 Introdução

“Who knows best?” é o nome de um documentário canadense da BBC sobre crianças e jovens que expressam confusão ou sofrimento acerca de seus corpos.² A obra foi considerada polêmica por entrevistar tanto os profissionais favoráveis ao novo modelo *gender-affirming* (“afirmativo de gênero”, como mudança de nome social, uso de hormônios e cirurgias) quanto aqueles com olhar de desconfiança, como o veterano psicólogo norte-americano Kenneth Zucker. Neste artigo, não se

2 Disponível em: <https://www.bbc.co.uk/programmes/n3csk76j>.

busca responder a esta pergunta, mas sim *fazê-la* publicamente: qual o caminho que melhor atenderia aos interesses dessa população?

O Brasil integra formalmente o grupo de países que autorizam a abordagem *gender-affirming* desde 2013, quando o Conselho Federal de Medicina (CFM) opinou favoravelmente às modificações corporais em menores de 18 anos, no bojo do Parecer n. 8/2013 e da Resolução n. 2.265/2019, na qual o órgão reafirmou esse modelo de tratamento e sugeriu a redução da idade mínima para as cirurgias irreversíveis de 21 para 18 anos. Essa abordagem foi reafirmada pelo Conselho Federal de Psicologia (CFP) na Resolução n. 1/2018, prevendo punições para profissionais que não legitimarem identidades trans e travestis no âmbito profissional, independentemente da idade. O presente questionamento foi feito em todos os países que, assim como Estados Unidos, Canadá e Argentina, aprovaram intervenções físicas para essa faixa etária; acreditamos que essa mudança de paradigma contou com uma adesão precipitada, ainda que baseada nas melhores intenções. Duas das poucas iniciativas concretas contra a redução da idade mínima autorizada pelo CFM são o PDL n. 19/2020, da deputada federal Chris Tonietto, e um procedimento instaurado pelo Ministério Público Federal.³ Assim, nas palavras de Dornelles:⁴

Existe um direito fundamental à proteção integral da criança e do adolescente, devendo ser considerada sua condição peculiar de pessoa em desenvolvimento, conforme previsão expressa da Constituição Federal. A discussão da transição social e corporal dos jovens não pode ser omitida, especialmente por meio de perseguições ou acusações genéricas de transfobia. É um tema polêmico, controverso e extremamente sensível, que necessita ser discutido

3 MPF QUESTIONA CFM sobre terapias hormonais de mudança de sexo a partir dos 16 anos. *Gazeta do Povo*, Goiás, 22 de janeiro de 2020. Vida e Cidadania. Disponível em: <https://www.gazetadopovo.com.br/vida-e-cidadania/mpf-questiona-cfm-mudanca-sexo-terapias-hormonais-16-anos>. Acesso em: 19 out. 2020.

4 DORNELLES, Tatiana Almeida de Andrade. A “disforia de gênero” infantojuvenil e o direito fundamental da proteção integral da criança e do adolescente: um debate necessário. In: BRANCO *et al.* (org.). *Direitos fundamentais em processo: estudos em comemoração aos 20 anos da Escola Superior do Ministério Público da União*. Brasília: ESMPU, 2020. p. 747.

com franqueza, liberdade e responsabilidade para com os melhores interesses da criança e do adolescente.

Este artigo visa a fomentar a reflexão: as novas diretrizes, a longo prazo, atendem ou contrariam o princípio do maior interesse das crianças e adolescentes, assegurado na legislação brasileira constitucional e infraconstitucional?

2 Breve histórico dos diagnósticos e tratamentos baseados em gênero

Diagnósticos de “inversão sexual” e “transexualismo” começaram a ser aplicados a partir do momento em que determinadas descobertas e serviços médicos foram disponibilizados pela medicina na metade do século XIX. Esse diagnóstico era atribuído a pessoas com comportamentos tidos como indesejados, como condutas fora dos estereótipos de “gênero” (associados culturalmente ao sexo oposto) e (ou) homossexualidade⁵ (o que faz refletir sobre os famosos conceitos foucaultianos de corpos dóceis e biopolítica). Sexólogos como Magnus Hirschfeld e Harry Benjamin construíram a figura do “transexual” no início do século XX e, nos anos 1950/1960, o psicólogo John Money sugeriria o uso dos termos “gênero” e “identidade de gênero”, que justificaram intervenções cirúrgicas em bebês intersexuais e em adultos com o diagnóstico de “transexualismo”;⁶ posteriormente, utilizar-se-iam nomenclaturas como “transtorno de identidade de gênero”, “disforia de gênero” e, mais recentemente, “incongruência de gênero”. Em 1968, foi lançado o DSM-II (Manual de Diagnóstico e Estatística de Transtornos Mentais, segunda edição), o qual ainda conside-

5 Diagnosticar comportamentos que não oferecem risco ao paciente e a outrem é um dos sintomas da medicalização, fenômeno pelo qual, de acordo com Ivan Ilitch, a área de atuação da medicina se alarga ao ponto de constituir uma forma de violência sobre o indivíduo (ILITCH, 1975). O processo não é realizado unicamente por médicos, mas também por psicólogos e outros profissionais, instituições e indivíduos.

6 LÖWY, Ilana. Intersexo e transexualidades: As tecnologias da medicina e a separação do sexo biológico do sexo social. Tradução de Maria Helena Silva Soares. *Em Construção: arquivos de epistemologia histórica e estudos de ciência*, n. 5, p. 130-142, 2019.

rava a homossexualidade como um transtorno mental; porém, em 1973,⁷ o manual sofreu uma revisão em que a homossexualidade foi retirada da categoria patológica e, posteriormente, os outros DSMs passaram a não categorizá-la como uma doença. Sete anos depois, o mesmo manual reconheceria o chamado “transtorno de identidade de gênero” na infância. Fortaleceu-se a ideia de que todos os seres humanos teriam uma “identidade de gênero” e que ela poderia ou não estar “alinhada ao sexo biológico”, ainda que não existisse comprovação científica disso.

Esses diagnósticos tinham baixa incidência na população geral e ainda mais nessa faixa etária, na qual os sintomas costumam desaparecer após a puberdade e (ou) a adolescência. Porém, no ano de 2006, o laboratório Ferring Pharmaceuticals, fabricante de hormônios bloqueadores de puberdade, financiou uma experiência na qual médicos holandeses utilizaram uma substância, a triptorrelina, para impedir a puberdade de pacientes fisicamente saudáveis que receberam diagnósticos de disforia.⁸ Esse tratamento ficou conhecido como “protocolo holandês” e seria exportado para diversos países, inclusive o Brasil. Além da triptorrelina, os endocrinologistas começaram a utilizar outras substâncias para a mesma finalidade, como a histrelina, a leuprorrelina e a goserelina. Assim, em diversos países, foram introduzidas normas que reduziam a idade mínima (em geral 18 anos) para ministrar hormônios, tanto os bloqueadores de puberdade quando aqueles que já eram aplicados em adultos para suprimir suas características sexuais secundárias e induzir algumas características físicas do outro sexo, os chamados *cross-sex hormones* (hormônios cruzados) ou hormônios do sexo oposto.

O Brasil cedeu às movimentações locais para a adoção de diretrizes internacionais. Num primeiro momento, autorizando e

7 DRESCHER, Jack. Out of DSM: Depathologizing homosexuality. *Behavioral sciences*, v. 5, n. 4, p. 565-575, 2015.

8 DELEMARRE-VAN DE WAAL, Henriëtte A.; COHEN-KETTENIS, Peggy T. Clinical management of gender identity disorder in adolescents: a protocol on psychological and paediatric endocrinology aspects. *European Journal of Endocrinology*, v. 155, n. 1, p. 131-137, 2006.

garantindo o financiamento público para modificações corporais em maiores de 18 anos, nos termos das Portarias n. 1.707/2008 e 2.803/2013, ambas do Ministério da Saúde. Mas, num segundo momento iniciado no mesmo ano da segunda Portaria (2013), o Conselho Federal de Medicina aderiu ao protocolo holandês ao emitir o Parecer n. 8/2013, sugerindo o bloqueio puberal aos primeiros sinais de amadurecimento físico da criança e o uso de hormônios cruzados a partir dos 16 anos. No ano de 2017, os critérios internacionais para o diagnóstico de “disforia de gênero” na infância e adolescência (DSM-V), que incluem a simples preferência por brinquedos, foram legitimados pelo “Manual para Disforia de Gênero da Sociedade Brasileira de Pediatria”.⁹ Em 2018, o Conselho Federal de Psicologia publicou a Resolução n. 1/2018, que penaliza profissionais que questionem identidades de gênero e, finalmente, em janeiro de 2020, foi publicada a Resolução n. 2.265/2019 do CFM, reiterando intervenções hormonais em crianças e adolescentes e reduzindo a idade para cirurgias de 21 para 18 anos.

Os países nos quais as novas diretrizes médicas para menores de idade foram implementadas vivem um súbito aumento no número de diagnósticos. No Reino Unido, por exemplo, Paul W. Hruz *et al.*¹⁰ divulgam que a Gender Identity Development Service (GIDS) teve um aumento de encaminhamentos de 2000% entre 2009 e 2017, e, entre os menores de seis anos, o aumento foi de 430%. O quadro a seguir dá uma dimensão mais global:

9 “Em meninos (gênero designado), uma forte preferência por *crossdressing* (travestismo) ou simulação de trajes femininos; em meninas (gênero designado), uma forte preferência por vestir somente roupas masculinas típicas e uma forte resistência a vestir roupas femininas típicas [...] Em meninos (gênero designado), forte rejeição de brinquedos, jogos ou atividades tipicamente masculinas e forte evitação de brincadeiras agressivas e competitivas; em meninas (gênero designado), forte rejeição de brinquedos, jogos e atividades tipicamente femininas. Forte desgosto com a própria anatomia sexual” (SBP, 2017, p. 5).

10 HRUZ, Paul W.; MAYER, Lawrence S.; MCHUGH, Paul R. Growing pains: problems with puberty suppression in treating gender dysphoria. *The New Atlantis*, n. 52, p. 3-36, 2017.

Tabela 1 • Taxa de Aumento (TAU) no número de diagnósticos de incongruência de gênero na Infância

LOCAL	PERÍODO	TAU	PESQUISA
EUA	2017 - 2018	300%	MEERWIJK; SEVELIUS; ¹¹ RIDER <i>et al.</i> ¹²
Canadá	1980 - 2008	400%	WOOD <i>et al.</i> ¹³
	1998 - 2011	500%	KHATCHADOURIAN ¹⁴
Inglaterra	2009 - 2016	1000%	DE GRAAF <i>et al.</i> ¹⁵
	2013 - 2018	400%	TURNER ¹⁶
Austrália	2014 - 2019	400%	KENNY ¹⁷
Suécia	2011 - 2016	900%	FRISÉN; SÖDER; RYDELIUS ¹⁸

11 MEERWIJK, E. L.; SEVELIUS, J. M. Transgender population size in the United States: a meta-regression of population-based probability samples. *Am J Public Health*, v. 107, n. 2, p. 1-8, 2017.

12 RIDER, G. Nicole *et al.* Health and care utilization of transgender and gender nonconforming youth: a population-based study. *Pediatrics*, v. 141, n. 3, p. 1-8, 2018.

13 WOOD, H. *et al.* Patterns of referral to a gender identity service for children and adolescents (1976-2011): age, sex ratio, and sexual orientation. *Journal of Sex and Marital Therapy*, v. 39, n. 1, p. 1-6, 2013.

14 KHATCHADOURIAN, K.; AMED, S.; METZGER, D. L. Clinical management of youth with gender dysphoria in Vancouver. *J Pediatr*, v. 164, n. 4, p. 906-911, 2014.

15 DE GRAAF, N. *et al.* Sex Ratio in Children and Adolescents Referred to the Gender Identity Development Service in the UK (2009-2016). *Archives of Sexual Behavior*, v. 47, n. 5, p. 1301-1304, 2018.

16 TURNER, C. Number of children being referred to gender identity clinics has quadrupled in five years. *The Telegraph*, Londres, 8 jul. 2017. Disponível em: <https://www.telegraph.co.uk/news/2017/07/08/number-children-referred-gender-identity-clinics-has-quadrupled>. Acesso em: 28 nov. 2020.

17 KENNY, D. Children and young people seeking and obtaining treatment for gender dysphoria in Australia: trends by state over time (2014-2019): update. *Danny Kenny*, 15 jul. 2020. Disponível em: <https://bit.ly/3naA5UI>. Acesso em: 20 nov. 2020.

18 FRISÉN, Louise; SÖDER, Olle; RYDELIUS, Per-Anders. Kraftig ökning av könsdysfori bland barn och unga: Tidigt insatt behandling ger betydligt bättre prognos. *Översikt*, v. 114, p. 1-6, 2017.

No Brasil, em 2017, o Ambulatório de Identidade de Gênero da USP (AMTIGOS) informa um aumento de 60% na procura e que “a busca é maior por parte de famílias de crianças entre 5 e 12 anos”.¹⁹ Desde a criação do ambulatório, em 2010, até o ano de 2017, o AMTIGOS atendeu cerca de 400 pacientes; ainda em 2017, trabalhava com 295 pacientes, sendo 55% do sexo masculino e 45% do sexo feminino; dos quais 76 eram crianças – 24% meninas e 76% meninos – e mais 150 adolescentes, 62% meninas e 38% meninos. Entre as crianças, a maioria na faixa etária dos 6 aos 12 anos; entre os adolescentes, 17 e 18 anos.²⁰ Em 2019, no mesmo estado em que se localiza o AMTIGOS, o número de pedidos para inclusão do nome social disparou quando regras que facilitavam a mudança de nome foram implementadas.²¹

3 Uma reflexão inicial sobre as Resoluções n. 1/2018 do CFP e n. 2.265/2019 do CFM e a problemática da “afirmação de gênero”

Inicialmente, registra-se a inconsistência dos critérios de diagnóstico do DSM-5, adotados no Brasil inclusive pela Sociedade Brasileira de Pediatria.²² Dos oito comportamentos que revelariam sinais de disforia de gênero na infância, nada menos que cinco são meras atitudes fora do padrão de gênero vigente e que não oferecem risco nem ao indivíduo e nem à sociedade, como a preferência por

19 FARIAS, A. Procura por ambulatório que atende crianças e adolescentes transexuais cresce 60%. *Revista Veja*, São Paulo, 18 jan. 2016. Disponível em: <https://vejasp.abril.com.br/cidades/atendimento-hospital-criancas-adolescentes-transexuais-cresce>. Acesso em: 15 out. 2020.

20 SAADEH, Alexandre *et al.* Amtigos – Ambulatório Transdisciplinar de Identidade de Gênero e Orientação Sexual, do IPq-HCFM/USPI: proposta de trabalho com crianças, adolescentes e adultos. *Boletim do Instituto de Saúde*, v. 19, n. 2, p. 86-97, 2018.

21 LEITE, D. Garoto trans de oito anos comemora novo RG com nome social: queria ser Dudu. *Universa*, 9 nov. 2019. Disponível em: <https://www.uol.com.br/universa/noticias/redacao/2019/09/05/garoto-trans-de-8-anos-comemora-novo-rg-com-nome-social-queria-ser-dudu.htm>. Acesso em: 13 nov. 2020.

22 SOCIEDADE BRASILEIRA DE PEDIATRIA (SBP). Departamento Científico de Adolescência. *Guia prático de atualização: disforia de gênero*. Brasília, n. 4, jun. 2017. Disponível em: goo.gl/dfMHEz. Acesso em: 23 dez. 2020.

determinadas roupas, brinquedos, brincadeiras e amigos do sexo oposto. Ainda que os outros três itens digam respeito ao desejo de ser do sexo oposto e à insatisfação com o próprio corpo, fato é que essa insatisfação é esperável diante da reprovação social que tais comportamentos recebem. Também há de se ter em mente que o desgosto com a própria anatomia pode estar relacionado a questões que, nessa idade, nem sempre há discernimento para se compreender, como abusos físicos e transtornos alimentares. Um diagnóstico médico em menores de 18 anos pode, assim, medicalizar indivíduos que seriam mais bem auxiliados com a psicoterapia.²³

Tanto a Resolução n. 1/2018 do Conselho Federal de Psicologia quanto a de n. 2.265/2019 do Conselho Federal de Medicina sugerem como tratamento padrão para casos de incongruência de gênero o modelo *gender-affirming* (“afirmação de gênero”), sem mencionar outras abordagens possíveis.

Art. 7º - As psicólogas e os psicólogos, no exercício profissional, não exercerão qualquer ação que favoreça a patologização das pessoas transexuais e travestis.

Parágrafo único: As psicólogas e os psicólogos, na sua prática profissional, *reconhecerão e legitimarão a autodeterminação das pessoas transexuais e travestis em relação às suas identidades de gênero*. (CFP, Resolução n. 1/2018, grifo nosso).

Art. 1º [...]

§ 5º Considera-se *afirmação de gênero* o procedimento terapêutico multidisciplinar para a pessoa que necessita adequar seu corpo à sua identidade de gênero por meio de *hormonioterapia e/ou cirurgias*.²⁴ (Grifo nosso).

A “afirmação de gênero” acontece quando “o terapeuta aceita, em vez de desafiar, a autocompreensão do paciente como sendo do sexo oposto. Modelos de tratamento de afirmação de gênero às

23 HILL, Darryl B. *et al.* Gender identity disorders in childhood and adolescence: A critical inquiry. *International Journal of Sexual Health*, v. 19, n. 1, p. 57-75, 2007.

24 CFM, Resolução n. 2.265/2019.

vezes são aplicados mesmo a crianças muito pequenas”.²⁵ A depender do país e da idade, pode ou não incluir atendimento psicológico e psiquiátrico prévio a mudanças corporais; estas compreendem uso de hormônios sintéticos e cirurgias. Esses especialistas orientam a iniciar pela chamada “transição social”: a prática de “afirmar” o paciente como alguém do sexo oposto, trocar seu nome e autorizar a adesão a estereótipos socialmente atribuídos ao sexo oposto. Embora não tenhamos encontrado previsão expressa nessas resoluções sobre “transição social”, matérias jornalísticas com crianças e adolescentes brasileiros atendidos no AMTIGOS sugerem que eles são submetidos à prática.²⁶ Segundo Zucker,²⁷ após estudar os pacientes tratados com e sem a abordagem *gender-affirming*, ele concluiu que os do primeiro grupo tinham mais chances de continuarem disfóricos:

A transição social de gênero de crianças pré-púberes aumentará dramaticamente a taxa de persistência da disforia de gênero quando comparada aos estudos de acompanhamento de crianças com disforia de gênero que não receberam esse tipo de intervenção psicossocial e, curiosamente, pode ser caracterizada como iatrogênica.²⁸

O segundo passo do “modelo afirmativo” são as intervenções físicas hormonais e cirúrgicas: hormônios bloqueadores de puberdade, hormônios cruzados, mastectomias, vaginoplastias etc. O art. 9º, § 2º, da Resolução n. 2.265 do CFM afirma: “Em crianças ou adolescentes transgêneros, o bloqueio hormonal só poderá ser iniciado a partir do estágio puberal Tanner II (puberdade) [...]”. Porém, mesmo para fins de pesquisa científica, de acordo com

25 HRUZ *et al.*, 2017, p. 4.

26 THERRIE, Bárbara. “Não queria filho veado”: conheça a trajetória de um pai e a filha trans de 6 anos. *Uol*, 15 de dezembro de 2017. Entretenimento. Disponível em: <https://www.bol.uol.com.br/entretenimento/2017/12/15/nao-queria-filho-veado-conheca-a-trajetoria-de-um-pai-e-a-filha-trans-de-6-anos.htm>. Acesso em: 21 out. 2020.

27 ZUCKER, Kenneth J. Debate: Different strokes for different folks. *Child and Adolescent Mental Health*, v. 25, n. 1, p. 36-37, 2020.

28 ZUCKER, 2020, p. 36.

Cohen-Kettenis *et al.*,²⁹ nos Estágios I, II e III de Tanner a identidade de gênero da criança/adolescente ainda está imatura e fluutuante. Justamente por estarem em uma fase de amadurecimento, não é possível fazer um diagnóstico preciso. Não há como saber se a situação persistirá ou não e isso eleva o risco de diagnósticos errôneos.³⁰ Hruz,³¹ em sua pesquisa, notou grandes deficiências no manejo desses pacientes; segundo ele, a afirmação de gênero possui “baixa qualidade de evidências científicas”. Para ele, estamos transferindo uma responsabilidade adulta a esses menores. Os principais expoentes que defendem a supressão hormonal alegam uma “reversibilidade”, como Hembree; este afirma que o bloqueio puberal “não causa mudanças danosas ou irreversíveis no desenvolvimento físico”.³² No entanto, pesquisas posteriores mostraram que isto é um equívoco: Vlot *et al.*³³ concluíram que houve uma queda no crescimento ósseo dos adolescentes e Klink *et al.*³⁴ descobriram uma diminuição significativa de massa óssea quando os adolescentes chegaram à fase adulta. De acordo com Sierra,³⁵ o

29 COHEN-KETTENIS, Peggy T.; STEENSMA, Thomas D.; DE VRIES, Annelou LC. Treatment of adolescents with gender dysphoria in the Netherlands. *Child and Adolescent Psychiatric Clinics*, v. 20, n. 4, p. 689-700, 2011.

30 KORTE, Alexander *et al.* Gender identity disorders in childhood and adolescence: currently debated concepts and treatment strategies. *Deutsches Ärzteblatt International*, v. 105, n. 48, p. 834-841, 2008.

31 HRUZ, Paul W. Deficiencies in scientific evidence for medical management of gender dysphoria. *The Linacre Quarterly*, v. 87, n. 1, p. 34-42, 2020.

32 HEMBREE, Wylie C. Guidelines for pubertal suspension and gender reassignment for transgender adolescents. *Child and Adolescent Psychiatric Clinics*, v. 20, n. 4, 2011. p. 725.

33 VLOT, Mariska C. *et al.* Effect of pubertal suppression and cross-sex hormone therapy on bone turnover markers and bone mineral apparent density (BMAD) in transgender adolescents. *Bone*, v. 95, p. 11-19, 2017.

34 KLINK, Daniel *et al.* Bone mass in young adulthood following gonadotropin-releasing hormone analog treatment and cross-sex hormone treatment in adolescents with gender dysphoria. *The Journal of Clinical Endocrinology & Metabolism*, v. 100, n. 2, p. 270-275, 2015.

35 SIERRA, Mónica de Celis. Menores transgénero en el Reino Unido: Polémica por la investigación sobre bloqueadores puberales. *Revista Clínica Contemporánea*, Madrid, v. 10, n. 3, p. 1-7, 2019.

bloqueio hormonal é “o primeiro passo para a transição médica, consolidando o desconforto com o próprio corpo ao privar o menor de experiências corporais [...] que lhe permitiriam explorar o gênero e a sexualidade”³⁶ e encontrar outra solução que não fosse médico-cirúrgica.

De acordo com Hruz,

[...] as evidências para a segurança e a eficácia da supressão da puberdade [bloqueio hormonal] são pequenas, baseadas mais em julgamentos subjetivos de clínicos do que em evidências empíricas rigorosas. É, nesse sentido, ainda experimental – e, ainda, assim, é um experimento sendo conduzido de uma maneira descontrolada e assistemática.³⁷

A abordagem de “afirmação de gênero” não leva em conta mais de cinquenta anos de pesquisas em disforia de gênero em crianças e adolescentes que revelaram que a maioria esmagadora desses indivíduos supera a disforia durante ou após a puberdade, desenvolvendo uma orientação sexual homossexual ou bissexual em mais de 80% dos casos.³⁸ Para Korte *et al.*,³⁹ se a maioria desses indivíduos supera a disforia, a “afirmação de gênero” pode estar interferindo “no desenvolvimento do paciente como homossexual”. O que corrobora a sua afirmação é que aqueles tratados com “afirmação de gênero” tiveram persistência em 100% dos casos.⁴⁰ Os dados de superação da disforia quando não há *gender-*

36 SIERRA, 2019, p. 3.

37 HRUZ *et al.*, 2017, p. 6

38 GREEN; MONEY, 1961; BAKWIN, 1968; GREEN, 1987; MONEY; RUSSO, 1979; SINGH, 2012; STEENSMAN *et al.*, 2013; WALLIEN; COHEN-KETTENIS, 2008; ZUGER, 1978; ZUGER, 1984.

39 KORTE, Alexander *et al.* Gender identity disorders in childhood and adolescence: currently debated concepts and treatment strategies. *Deutsches Ärzteblatt International*, v. 105, n. 48, 2008. p. 839.

40 DE VRIES, Annelou L.C. *et al.* Puberty suppression in adolescents with gender identity disorder: A prospective follow-up study. *The Journal of Sexual Medicine*, v. 8, n. 8, p. 2276–2283, 2011.

-*affirming* são altos porque “as crianças não são totalmente capazes de entender o que significa ser homem ou mulher”.⁴¹

Sobre consentimento, segundo o parágrafo único do art. 6º da Resolução n. 2.265/2019 do CFM, “[é] obrigatório obter o consentimento livre e esclarecido, informando ao transgênero sobre a possibilidade de esterilidade advinda dos procedimentos hormonais e cirúrgicos para a afirmação de gênero”. Há de se rejeitar que compreensão e consentimento para intervenções dessa magnitude possam ser dados por menores de idade. PAUS⁴² descobriu que o cérebro do adolescente está em processo de maturação: num estudo com mil participantes entre 12 e 48, os adolescentes pontuaram bem abaixo dos adultos nos índices de responsabilidade, perspectiva e temperança.⁴³ Para Korte *et al.*, “a maioria dos adolescentes [...] ainda está em processo de estabelecer sua identidade sexual, e a abordagem diagnóstica e terapêutica deve acompanhar este processo, em vez de superá-lo”.⁴⁴ Fried e Reppucci, numa pesquisa com jovens detentos entre 13 e 18 anos, constataram que estes tinham “capacidades de tomada de decisão menos desenvolvidas”,⁴⁵ o que desafiava o sistema penal americano. Maggs *et al.*,⁴⁶ numa pesquisa com garotos e garotas com uma média de 11.6 anos, descobriram que os adolescentes são mais propícios a terem comportamentos e atividades de risco sem medir suas consequências. Ou seja, menores de idade

41 HRUZ *et al.*, 2017, p. 4.

42 PAUS, Tomáš. Mapping brain maturation and cognitive development during adolescence. *Trends in Cognitive Sciences*, v. 9, n. 2, p. 60-68, 2005.

43 CAUFFMAN, Elizabeth; STEINBERG, Laurence. (Im) maturity of judgment in adolescence: why adolescents may be less culpable than adults. *Behavioral Sciences & the Law*, v. 18, n. 6, p. 741-760, 2000.

44 KORTE *et al.*, 2008, p. 838.

45 FRIED, Carrie S.; REPPUCCI, N. Dickon. Criminal decision making: the development of adolescent judgment, criminal responsibility, and culpability. *Law and Human Behavior*, v. 25, n. 1, p. 45-61, 2001. p. 58.

46 MAGGS, Jennifer L.; ALMEIDA, David M.; GALAMBOS, Nancy L. Risky business: The paradoxical meaning of problem behavior for young adolescents. *The Journal of Early Adolescence*, v. 15, n. 3, p. 344-362, 1995.

ainda estão em uma fase de “impulsividade cognitiva, labilidade emocional e busca pelo perigo”.⁴⁷ Para Steinberg,⁴⁸ há consenso científico de que tanto o adolescente quando a criança ainda não estão/são maduros o bastante para entender seus sentimentos, decisões e julgamentos, impossibilitando seu consentimento pleno. Isso é reconhecido pelas leis brasileiras, que admitem que menores de quatorze anos não são capazes de consentir sexo, que menores de dezesseis não podem votar e que menores de dezoito não poderiam dirigir. Se o Direito brasileiro reconhece que o menor de idade ainda é incapaz sobre seus julgamentos e decisões, tanto em relação a si quanto para com os outros, o que levaria a crer de que eles são capazes de compreender e consentir um tratamento esterilizante que terá reverberações pelo resto de suas vidas?

O parágrafo único do art. 7º da Resolução do CFP n. 1/2018, que estabelece que os psicólogos “reconhecerão e legitimarão a autodeterminação das pessoas transexuais e travestis em relação às suas identidades”, é questionável sobretudo quando aplicado à psicoterapia infantil e de adolescentes, pois vai contra seus processos de maturação. Pode-se entender, também, que ele fere o Código de Ética Profissional do Psicólogo, que, no art. 2º, alínea *b*, explicita que é vedado ao Psicólogo “[i]nduzir a convicções políticas, filosóficas, morais, ideológicas, religiosas, de orientação sexual ou a qualquer tipo de preconceito, quando do exercício de suas funções profissionais”.⁴⁹ Portanto, não é papel do psicólogo legitimar ninguém; quem faz esse papel é o próprio cliente sobre si mesmo, o próprio cliente que tem o poder de se autorreconhecer e legitimar-se, e está aí o papel do psicólogo nesta busca. O psicólogo não pode ser coagido a concordar com o que o cliente diz; isto não significa que não devemos acreditar no que ele traz

47 ANDRADE, André Luiz Monezi *et al.* Desenvolvimento cerebral na adolescência: aspectos gerais e atualização. *Adolescência e Saúde*, v. 15, n. 1, p. 62-67, 2018. p. 65.

48 STEINBERG, Laurence. Cognitive and affective development in adolescence. *Trends in Cognitive Sciences*, v. 9, n. 2, p. 69-74, 2005.

49 CONSELHO FEDERAL DE PSICOLOGIA. *Código de Ética Profissional do Psicólogo*. Brasília: CFP, 2005. p. 9.

ao consultório. Na orientação psicanalítica, organizar a demanda do sujeito faz parte do processo terapêutico. Pode-se afirmar que o sujeito em questão, numa análise, começa sua queixa porque se sente lesado por alguém. A partir disso, ele compreende o motivo de sua queixa quando visualiza o que pede ao outro para que assim, ao final, possa se responsabilizar por seus próprios desejos. Ao término de uma análise, a pessoa compreende que os outros não são responsáveis por suas demandas. Todavia, para que isso aconteça, é preciso que o indivíduo analisado abandone as correntes que o mantêm preso aos outros que passaram por sua vida. Lacan trabalha a ideia de fantasma a partir da peça de Shakespeare, Hamlet, e o que seriam os fantasmas senão o peso que o sujeito carrega em suas costas por carregar as frustrações, sonhos e angústias dos seus primeiros cuidadores? Esses fantasmas aparecem no *setting* terapêutico de forma sutil, mas constante. Entre atos falhos, sonhos e associações livres, o sujeito busca decifrar o que ele pretende com o que nos diz, como Édipo teve que decifrar a esfinge. Por isso, Freud se apropria da peça *Édipo Rei*, de Sófocles. O encontro entre Édipo e a esfinge representa o encontro da analisanda com o seu sintoma, que precisa ser decifrado para que se saiba quem ela é.⁵⁰

A abordagem que manteve números de superação e permanência da disforia de gênero em crianças e adolescentes concordantes em mais de 50 anos de pesquisa é a “espera vigilante” (“*watchful waiting*”), como nomeia K. Zucker. A “espera vigilante” lida com os riscos sociais com o objetivo de permitir o progresso/desenvolvimento da criança com disforia de maneira natural e saudável, além de incluir o núcleo família-criança. Segundo Ristori e Steensma, a Espera Vigilante consiste em “um equilíbrio entre uma atitude de aceitação e apoio [...], enquanto protege a criança contra quaisquer reações negativas e permanecem realistas sobre a probabilidade dos sentimentos de DG desistirem no futuro”.⁵¹ A psicoterapia é impor-

50 LACAN, Jacques. *O Seminário. Livro 7: a ética da psicanálise*. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1988.

51 RISTORI, Jiska; STEENSMA, Thomas D. Gender dysphoria in childhood. *International Review of Psychiatry*, v. 28, n. 1, 2016. p. 17.

tante porque foi descoberto que aqueles diagnosticados com “incongruência de gênero” geralmente sofrem de outras psicopatologias não ligadas necessariamente com questões de gênero, como depressão, ansiedade, transtorno alimentar, insatisfação corporal e até autismo.⁵² De acordo com Robert D’Angelo *et al.*,⁵³ a psicoterapia exploratória é o tratamento que deve estar na linha de frente para auxiliar todos os menores de idade. É através dela que se reduz a necessidade de abordagens invasivas e irreversíveis da medicina que reputam o modelo “afirmativo” como seguro para menores de idade. De Vries⁵⁴ compartilha desse mesmo pensamento após concluir, depois de anos de pesquisas com modelo afirmativo nessa faixa etária, que devemos separar quem se beneficiará da abordagem *gender-affirming* daqueles que um “suporte (adicional) de saúde mental pode ser o mais apropriado”.⁵⁵ Littman⁵⁶ aponta para a possibilidade de contágio social, sobretudo entre meninas, fortemente influenciadas pelas redes sociais e grupos de amigas, chegando a cunhar um novo nome para esse diagnóstico: *rapid-onset gender dysphoria* (ROGD), que pode ser traduzido como “Disforia de Gênero de Surgimento Repentino”.

Hruz *et al.* ainda alertam que:

Se o uso crescente de cuidados de afirmação de gênero faz com que as crianças persistam em sua identificação como o sexo oposto, então muitas crianças que de outra forma não precisariam de tratamento médico contínuo seriam expostas a intervenções hormonais e cirúrgicas.⁵⁷

52 GIOVANARDI, Guido. Buying time or arresting development? The dilemma of administering hormone blockers in trans children and adolescents. *Porto Biomedical Journal*, v. 2, n. 5, p. 153-156, 2017.

53 D’ANGELO, Roberto *et al.* One size does not fit all: in support of psychotherapy for gender dysphoria. *Archives of Sexual Behavior*, p. 1-10, 2020.

54 DE VRIES, Annelou L. C. Challenges in timing puberty suppression for gender-nonconforming adolescents. *Pediatrics*, v. 146, n. 4, p. 1-2, 2020.

55 DE VRIES, 2020, p. 2.

56 LITTMAN, Lisa. Parent reports of adolescents and young adults perceived to show signs of a rapid onset of gender dysphoria. *PloS one*, v. 13, n. 8, p. 1-44, 2018.

57 HRUZ *et al.*, 2017, p. 6.

Não mencionar outras abordagens, como fez o CFM, ou demonizá-las, como fez o CFP, coloca essa faixa etária em risco. Mesmo a Associação Profissional Mundial para Saúde Transgênero – WPATH,⁵⁸ organização internacional que exige a adoção da “afirmação de gênero”, admitiu, três anos atrás, que esta não é um padrão de cuidado: “As diretrizes não podem garantir nenhum resultado específico, nem estabelecem um padrão de atendimento”.⁵⁹ Mas qual seria a distinção entre “diretrizes” e “padrões de atendimento”?

Ristori e Steensma⁶⁰ mostraram que, para 85,2% dos indivíduos acompanhados, os sentimentos disfóricos desaparecem por volta ou após essa fase. A exceção é justamente as crianças e adolescentes que receberam bloqueadores de puberdade, como mostra um recente estudo de 2020, em que 43 das 44 crianças tratadas com bloqueadores hormonais persistiram na disforia de gênero.⁶¹

Vale lembrar que os resultados a longo prazo das intervenções físicas, mesmo em adultos (que, a princípio, teriam maior maturidade para compreender suas consequências), são desanimadores. Um estudo sueco, com uma amostra de 324 pacientes atendidos entre 1973 a 2003, revelou que, após redesignação sexual, eles ainda mantêm riscos consideravelmente maiores de mortalidade, comportamento suicida e morbidade psiquiátrica que a população em geral.⁶² Outro estudo, este holandês, que investigou especifi-

58 EUROPEAN PROFESSIONAL ASSOCIATION FOR TRANSGENDER HEALTH (EPATH). *Statement regarding medical affirming treatment including puberty blockers for transgender adolescents*. Dez. 2020. Disponível em: http://epath.eu/wp-content/uploads/2020/12/FINAL-Statement-Regarding-Informed-Consent-Court-Case_Dec-16-2020.docx.pdf. Acesso em: 23 dez. 2020.

59 HEMBREE, Wylie C. *et al.* Endocrine treatment of gender-dysphoric/gender-incongruent persons: an endocrine society clinical practice guideline. *The Journal of Clinical Endocrinology & Metabolism*, v. 102, n. 11, 2017. p. 3895.

60 RISTORI; STEENSMA, 2016.

61 CARMICHAEL, Polly *et al.* Short-term outcomes of pubertal suppression in a selected cohort of 12 to 15 year old young people with persistent gender dysphoria in the UK. *MedRxiv*, 2020.

62 DHEJNE, Cecilia *et al.* Long-term follow-up of transsexual persons undergoing sex reassignment surgery: cohort study in Sweden. *PloS one*, v. 6, n. 2, p. 1-8, 2011.

camente os casos de suicídios consumados, concluiu que “o risco de suicídio em pessoas transgênero é mais alto que o da população em geral e parece acontecer em todos os estágios da transição”.⁶³ Finalmente, há de se lembrar do Princípio da Beneficência, sugerido no inciso II do Código de Ética Médica: do ponto de vista do paciente médio, em qualquer área da saúde, são preferíveis tratamentos não invasivos.

4 O modelo “afirmativo de gênero” atende ao Princípio do Melhor Interesse da Criança e do Adolescente?

No que tange às intervenções físicas em menores de 18 anos, o Parecer n. 8/2013 do CFM, ao autorizar que médicos prescrevam e utilizem hormônios sintéticos em menores de 18 anos com diagnóstico de “transtorno de identidade de gênero” (autorização essa que foi mantida pela Resolução n. 2.265/2019 do órgão), contrariou a Portaria n. 2.803/2013 do Ministério da Saúde, que exige a idade mínima de 18 anos para tal. Possivelmente, o que fez com que essa contradição não fosse percebida é o fato de, comumente, defensores do “modelo afirmativo” se referirem aos hormônios bloqueadores de puberdade apenas como “bloqueadores de puberdade” e ao seu uso como “bloqueio puberal”, reservando a palavra “hormonioterapia” para os hormônios cruzados (aqueles que conferem características do sexo oposto); isso induz as pessoas a acreditarem que bloqueadores não seriam hormônios, quando na verdade são. Da mesma forma, ao autorizar que médicos realizem cirurgias irreversíveis já a partir dos 18 anos, a Resolução n. 2.265 contrariou a mesma portaria do Ministério da Saúde, pois esta estabelece para essas modificações a idade mínima de 21 anos. Note-se que própria portaria do Ministério, ao autorizar cirurgias irreversíveis a partir dos 21 anos, já nasceu em contrariedade com a Lei n. 9.263/1996, que, entre os requisitos para a esterilização voluntária,

⁶³ WIEPJES, Chantal M. *et al.* Trends in suicide death risk in transgender people: results from the Amsterdam Cohort of Gender Dysphoria study (1972–2017). *Acta Psychiatrica Scandinavica*, v. 141, n. 6, p. 486–491, 2020.

elencar a capacidade civil plena e a idade mínima de 25 anos ou, no mínimo, dois filhos vivos.

Normas que desrespeitem as idades mínimas contrariam os avanços do Direito brasileiro e mundial no reconhecimento da situação de vulnerabilidade física, emocional e psíquica em razão da idade, da qual resulta a nossa incapacidade, absoluta ou relativa, para compreender determinadas situações e tomar decisões. Exemplificando: a lei penal, ao tipificar o crime de estupro de vulnerável, afirma a incapacidade absoluta de menores de 14 anos para consentir com a conjunção carnal e outros atos libidinosos; a legislação eleitoral exige o mínimo de 16 anos para o direito ao voto; a de trânsito requer plena imputabilidade penal, a qual, de acordo com o já citado Código Penal Brasileiro, é de 18 anos; são os 18 anos o marco para a responsabilidade civil plena; e os já citados 25 anos (ou dois filhos vivos) são requisito para a esterilização voluntária, um ato irreversível que exige uma maturidade completa. O Direito brasileiro prevê idades mínimas ainda mais altas para outros atos da vida civil, como, por exemplo, concorrer a determinados cargos políticos; o mínimo de 35 anos é condição de elegibilidade para presidentes da República, por exemplo. Assim, dentro de uma visão sistemática, conclui-se que, para o legislador brasileiro, os menores de quatorze anos, a princípio, não possuem maturidade suficiente para compreender e consentir para os atos da vida civil (como o são a adesão aos “tratamentos hormonais” aqui citados), que menores entre quatorze e dezoito anos têm maturidade limitada para tal e que os abaixo de 25 não têm maturidade para compreender e avaliar se desejam ou não se submeter a mudanças corporais irreversíveis e esterilizantes como a tomada de hormônios do sexo oposto e a redesignação sexual.

No que tange às restrições estabelecidas pelo CFP, entende-se que obrigar psicoterapeutas a “legitimar e reconhecer” o discurso de determinados pacientes (e não simplesmente a respeitá-lo) contraria o direito constitucional à liberdade de expressão, de consciência e ao livre exercício de profissão. Mais grave ainda, contraria o próprio direito à saúde dos pacientes garantido pelo texto constitucional e almejado pelo próprio Conselho, uma vez que é

direito do paciente um processo terapêutico no qual seu discurso seja, em algum nível, questionado. Essa garantia é ainda mais relevante quando o profissional está diante de uma criança ou adolescente que está construindo sua identidade. A tendência é que o profissional, diante dessa proibição, não faça perguntas que possam culminar em uma denúncia por parte do paciente ao CFP, da qual poderia resultar a perda de sua licença clínica. Considerando que a resolução também proíbe manifestações públicas dos profissionais nesse sentido, ela, na prática, obriga o profissional a escolher entre adotar o modelo “afirmativo” ou permanecer em silêncio sobre o tema. O Conselho Federal de Medicina, ao menos, não proibiu profissionais de seguirem outras abordagens; sua resolução é autorizativa e não obrigatória. Portanto, numa análise perfunctória, e convidando a comunidade jurídica para dar continuidade à discussão, parece que estas duas resoluções não foram recepcionadas pela legislação brasileira.

Passa-se agora a refletir sob um outro prisma: se a aplicação desse modelo de tratamento e dessas novas normas atenderia ao Princípio do Melhor Interesse da Criança e do Adolescente, previsto expressamente ou implicitamente em diversos diplomas legais vigentes no Brasil e no mundo. Esse princípio exsurge da Constituição Federal, que, em seu art. 227, conferiu à criança e ao adolescente absoluta prioridade e foi corroborado por outras normativas, como o ECA (arts. 3º, 4º e 5º, novamente com absoluta prioridade) e também por diplomas internacionais como a Declaração dos Direitos da Criança, a Declaração de Genebra, a Declaração Universal dos Direitos Humanos das Nações Unidas e a Convenção Americana sobre os Direitos Humanos. Poder-se-ia alargá-lo para incluir, com base no Estatuto da Juventude (Lei n. 12.825/2013), pessoas com idade entre os quinze e os vinte e nove anos. Nas palavras de Eduardo de Oliveira Leite, seus critérios são a

[...] melhoria de suas condições de vida em relação à sua situação anterior, à sua segurança, à sua proteção, aos seus cuidados, educação, afeição, integração em uma família com a qual a criança adotada desenvolva laços afetivos, o respeito à sua origem étnica, religiosa, cultural, enfim, todas as condições de desenvolvimento

de sua personalidade, as vantagens de ordem moral sendo unanimemente privilegiadas em relação às vantagens de ordem econômica.⁶⁴

Os estudos mencionados referendam a necessidade de respeitarmos as idades mínimas fixadas em lei. Compreende-se, portanto, que a prática da “transição social” em menores de idade (nelas incluídas as mudanças de nome) e as intervenções físicas em seus corpos (ainda que precedidas de “termos de consentimento” assinados por eles e/ou por seus responsáveis) não estão atendendo ao seu melhor interesse e não podem ser consideradas fruto de um consentimento informado. De acordo com a ciência atual, o cérebro só finaliza sua formação entre os vinte e os vinte e cinco anos; assim, ainda que consideremos as idades fixadas pelo Ministério da Saúde para hormônios (dezoito anos) e cirurgias (21 anos), estas já estariam sendo realizadas em seres humanos cujo processo cognitivo não foi terminado – sobretudo se considerarmos que, no Direito brasileiro, vigora o já citado Estatuto da Juventude (Lei n. 12.825/2013), que reconhece direitos às pessoas com idade entre quinze e 29 anos. Os estudos também indicam que a “afirmação de gênero” tende a direcionar a criança ou o jovem para intervenções físicas desnecessárias e (ou) permanecer nelas; isso tem efeitos colaterais tanto conhecidos quanto desconhecidos e consequências irreversíveis a longo prazo, entre elas a esterilidade. Compreende-se que, ao serem vistos e (ou) tratados como alguém do sexo oposto, os pacientes experimentem satisfação a curto prazo, talvez por isso diminuir o *bullying* pelas suas preferências de brinquedo, vestuário etc.; porém, com base em evidências, o bem-estar pode ser alcançado através de medidas não medicalizantes, como a terapia e um maior acolhimento por parte da família e escola dos meninos e meninas “fora da caixa”. Este modelo não tem consenso científico, carece de evidências e sua utilização como um padrão de atendimento é um risco para crianças e adolescentes.⁶⁵

64 LEITE *apud* COLUCCI, Camila Fernanda Pinsinato. *Princípio do melhor interesse da criança: construção teórica e aplicação prática no direito brasileiro*. 2014. 261 p. Dissertação (Mestrado em Direito Civil) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2014.

65 PAYNE, Daniel. Casualties of a social, psychological, and medical fad: the dangers of transgender ideology in medicine. *Public Discourse*, 31 jan. 2018. Disponível em: <https://www.thepublicdiscourse.com/2018/01/20810/>. Acesso em: 31 dez. 2020.

5 Considerações finais

Reafirmando que este artigo visa a fomentar a discussão e pode e deve ser complementado ou questionado sob bases racionais e científicas, acreditamos que, diante de todo o exposto, o modelo “afirmativo de gênero” não parece atender ao melhor interesse de crianças e adolescentes que questionam seu sexo biológico. Ao contrário da narrativa *mainstream*, o que os estudos mostram é que o processo terapêutico tradicional tem ótimos e até superiores resultados em auxiliar esses pacientes e que essas novas diretrizes funcionam na prática como uma forma de *fidelização* dos pacientes aos serviços médicos oferecidos nessa área. Há necessidade, no mínimo, de uma revisão dessas diretrizes e da sua adoção por ambulatórios de identidade de gênero, clínicas privadas e demais instituições, organizações e profissionais.

Verificamos que mesmo experientes e bem-intencionados profissionais da medicina e da psicologia, bem como operadores do Direito, tiveram acesso apenas aos materiais produzidos pelos partidários do modelo “afirmativo”. É importante lançar um olhar mais cuidadoso diante de questões de sexo-gênero, um assunto extremamente delicado. A busca por uma aparência do sexo oposto passa por decisões que não podem ser dimensionadas antes da vida adulta. Adultos têm, ao menos em tese, a oportunidade de buscar variadas fontes de informação sobre o assunto, para além das divulgadas em mídias sociais, e de sopesar os custos (inclusive financeiros) de consultas, hormônios e cirurgias para avaliar como o processo transexualizador afetará sua vida afetiva e sexual. Tudo leva a crer que crianças e adolescentes, ao terem sua autodeclaração-desejo afirmado nessa faixa etária sem nenhum tipo de questionamento, como o recente caso judicial ganho por Keira Bell,⁶⁶ irão superdimensionar mudanças de nome e de aparência.

⁶⁶ TOBIN, Sam *et al.* Cambridge woman who took puberty blockers wins High Court ruling. *CambridgeshireLive*, Cambridgeshire, 1º dez. 2020. Disponível em: <https://www.cambridge-news.co.uk/news/local-news/keira-bell-court-puberty-cambridge-19380062>. Acesso em: 24 dez. 2020.

Acolher seres humanos, compreendê-los e respeitar sua dignidade não significa abrir mão do olhar crítico e nem desprezar outras abordagens, perspectivas e também colisões de direitos. Esses tratamentos ocupam um lugar *sui generis* na medicina: ao longo das décadas, intervenções físicas para questões de saúde mental foram progressivamente sendo descartadas, como as histerectomias em pacientes declaradas “histéricas” e as lobotomias para um sem número de situações que iam da esquizofrenia até a homossexualidade. A quem interessa a medicalização e a patologização de menores de idade que apresentam um comportamento “incongruente” com o que os estereótipos de gênero impõem? Considerando que os critérios de diagnóstico incluem comportamentos fora do padrão e que as notícias sobre o tema, invariavelmente, mencionam estereótipos, há que se refletir, inclusive, se não estaríamos diante de um resquício da medicina eugenista, destinado a eliminar de nossas vistas os meninos e meninas “fora da caixa”. Numa era em que a busca pela saúde mental vem crescendo, o modelo biomédico patologizante e medicalizante não parece ser uma melhor saída, ainda mais para crianças e adolescentes.

Referências

AMERICAN PSYCHIATRIC ASSOCIATION. *Diagnostic and Statistical Manual of Mental Disorders*. 2nd ed. American Psychiatric Press; Washington, DC, USA: 1968.

AMERICAN PSYCHIATRIC ASSOCIATION *et al.* *DSM-5: Manual diagnóstico e estatístico de transtornos mentais*. Porto Alegre: Artmed, 2014.

ANDRADE, André Luiz Monezi *et al.* Desenvolvimento cerebral na adolescência: aspectos gerais e atualização. *Adolescência e Saúde*, v. 15, n. 1, p. 62-67, 2018.

BAKWIN, Harry. Deviant gender-role behavior in children: relation to homosexuality. *Pediatrics*, v. 41, n. 3, p. 620-629, 1968.

BRASIL. Ministério da Saúde. Gabinete do Ministro. *Portaria n. 2.803, de 19 de novembro de 2013*. Brasília, 2013.

CÂMARA DOS DEPUTADOS. Gabinete da deputada Chris Tonietto. *Projeto de Decreto Legislativo n. 19/2020*. Susta os efeitos da Resolução n. 2.265, de 20 de setembro de 2019, do Conselho Federal de Medicina, a qual dispõe sobre “o cuidado específico à pessoa com incongruência de gênero ou transgênero e revoga a Resolução CFM nº 1.955/2010”. Brasília, 2020. Disponível em: <https://www.camara.leg.br/propostas-legislativas/2236483>. Acesso em: 17 dez. 2020.

CARMICHAEL, Polly *et al.* Short-term outcomes of pubertal suppression in a selected cohort of 12 to 15 year old young people with persistent gender dysphoria in the UK. *MedRxiv*, 2020.

CAUFFMAN, Elizabeth; STEINBERG, Laurence. (Im) maturity of judgment in adolescence: why adolescents may be less culpable than adults. *Behavioral Sciences & the Law*, v. 18, n. 6, p. 741-760, 2000.

COHEN-KETTENIS, Peggy T.; STEENSMA, Thomas D.; DE VRIES, Annelou LC. Treatment of adolescents with gender dysphoria in the Netherlands. *Child and Adolescent Psychiatric Clinics*, v. 20, n. 4, p. 689-700, 2011.

COLUCCI, Camila Fernanda Pinsinato. *Princípio do melhor interesse da criança: construção teórica e aplicação prática no direito brasileiro*. 2014. 261 p. Dissertação (Mestrado em Direito Civil) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2014.

CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA. *Código de Ética Médica: Resolução CFM n. 2.217, de 27 de setembro de 2018, modificada pelas Resoluções CFM n. 2.222/2018 e 2.226/2019*. Brasília: CFM, 2019.

CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA. *Resolução n. 2.265/2018, de 20 de setembro de 2019*. Dispõe sobre o cuidado específico à pessoa com incongruência de gênero ou transgênero e revoga a Resolução CFM n. 1.955/2010. Diário Oficial da União: seção 1, Brasília, DF, edição 6, p. 96, 9 jan. 2020. Disponível em: <https://www.in.gov.br/en/web/dou/-/resolucao-n-2.265-de-20-de-setembro-de-2019-237203294>. Acesso em: 19 out. 2020.

CONSELHO FEDERAL DE PSICOLOGIA. *Código de Ética Profissional do Psicólogo*. Brasília: CFP, 2005.

CONSELHO FEDERAL DE PSICOLOGIA. *Resolução n. 1/2018, de 29 de janeiro de 2018*. Estabelece normas de atuação para as psicólogas e os psicólogos

em relação às pessoas transexuais e travestis. Diário Oficial da União: seção 1, Brasília, DF, edição 21, p. 136, 30 jan. 2018. Disponível em: https://www.in.gov.br/materia/-/asset_publisher/Kujrw0TZC2Mb/content/id/2236057/do1-2018-01-30-resolucao-n-1-de-29-de-janeiro-de-2018-2236053. Acesso em: 17 out. 2020.

D'ANGELO, Roberto *et al.* One size does not fit all: in support of psychotherapy for gender dysphoria. *Archives of Sexual Behavior*, p. 1-10, 2020.

DE GRAAF, N. *et al.* Sex Ratio in Children and Adolescents Referred to the Gender Identity Development Service in the UK (2009–2016). *Archives of Sexual Behavior*, v. 47, n. 5, p. 1301-1304, 2018.

DE VRIES, Annelou L.C. *et al.* Puberty suppression in adolescents with gender identity disorder: A prospective follow-up study. *The Journal of Sexual Medicine*, v. 8, n. 8, p. 2276-2283, 2011.

DE VRIES, Annelou L. C. Challenges in timing puberty suppression for gender-nonconforming adolescents. *Pediatrics*, v. 146, n. 4, p. 1-2, 2020.

DELEMARRE-VAN DE WAAL, Henriëtte A.; COHEN-KETTENIS, Peggy T. Clinical management of gender identity disorder in adolescents: a protocol on psychological and paediatric endocrinology aspects. *European Journal of Endocrinology*, v. 155, n. 1, p. 131-137, 2006.

DHEJNE, Cecilia *et al.* Long-term follow-up of transsexual persons undergoing sex reassignment surgery: cohort study in Sweden. *PLoS one*, v. 6, n. 2, p. 1-8, 2011.

DORNELLES, Tatiana Almeida de Andrade. A “disforia de gênero” infanto-juvenil e o direito fundamental da proteção integral da criança e do adolescente: um debate necessário. In: BRANCO *et al.* (org.). *Direitos fundamentais em processo: estudos em comemoração aos 20 anos da Escola Superior do Ministério Público da União*. Brasília: ESMPU, 2020. p. 733-749.

DRESCHER, Jack. Out of DSM: Depathologizing homosexuality. *Behavioral sciences*, v. 5, n. 4, p. 565-575, 2015.

EUROPEAN PROFESSIONAL ASSOCIATION FOR TRANSGENDER HEALTH (EPATH). *Statement regarding medical affirming treatment including puberty*

blockers for transgender adolescents. Dez. 2020. Disponível em: http://epath.eu/wp-content/uploads/2020/12/FINAL-Statement-Regarding-Informed-Consent-Court-Case_Dec-16-2020.docx.pdf. Acesso em: 23 dez. 2020.

FARIAS, A. Procura por ambulatório que atende crianças e adolescentes transexuais cresce 60%. *Revista Veja*, São Paulo, 18 jan. 2016. Disponível em: <https://vejasp.abril.com.br/cidades/atendimento-hospital-criancas-adolescentes-transexuais-cresce>. Acesso em: 15 out. 2020.

FRIED, Carrie S.; REPPUCCI, N. Dickon. Criminal decision making: the development of adolescent judgment, criminal responsibility, and culpability. *Law and Human Behavior*, v. 25, n. 1, p. 45-61, 2001.

FRISÉN, Louise; SÖDER, Olle; RYDELIUS, Per-Anders. Kraftig ökning av könsdysfori bland barn och unga: tidigt insatt behandling ger betydligt bättre prognos. *Översikt*, v. 114, p. 1-6, 2017.

GIOVANARDI, Guido. Buying time or arresting development? The dilemma of administering hormone blockers in trans children and adolescents. *Porto Biomedical Journal*, v. 2, n. 5, p. 153-156, 2017.

GREEN, Richard. *The “sissy boy syndrome” and the development of homosexuality*. Yale University Press, 1987.

GREEN, Richard; MONEY, John. Effeminacy in prepubertal boys: summary of eleven cases and recommendations for case management. *Pediatrics*, v. 27, n. 2, p. 286-291, 1961.

HEMBREE, Wylie C. *et al.* Endocrine treatment of gender-dysphoric/gender-incongruent persons: an endocrine society clinical practice guideline. *The Journal of Clinical Endocrinology & Metabolism*, v. 102, n. 11, p. 3869-3903, 2017.

HEMBREE, Wylie C. Guidelines for pubertal suspension and gender reassignment for transgender adolescents. *Child and Adolescent Psychiatric Clinics*, v. 20, n. 4, p. 725-732, 2011.

HILL, Darryl B. *et al.* Gender identity disorders in childhood and adolescence: A critical inquiry. *International Journal of Sexual Health*, v. 19, n. 1, p. 57-75, 2007.

HRUZ, Paul W. Deficiencies in scientific evidence for medical management of gender dysphoria. *The Linacre Quarterly*, v. 87, n. 1, p. 34-42, 2020.

HRUZ, Paul W.; MAYER, Lawrence S.; MCHUGH, Paul R. Growing pains: problems with puberty suppression in treating gender dysphoria. *The New Atlantis*, n. 52, p. 3-36, 2017.

ILICH, I. *A expropriação da saúde: Nêmesis da medicina*. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1975.

KENNY, D. Children and young people seeking and obtaining treatment for gender dysphoria in Australia: trends by state over time (2014-2019): update. *Danny Kenny*, 15 jul. 2020. Disponível em: <https://bit.ly/3naA5UI>. Acesso em: 20 nov. 2020.

KHATCHADOURIAN, K.; AMED, S.; METZGER, D. L. Clinical management of youth with gender dysphoria in Vancouver. *J Pediatr.*, v. 164, n. 4, p. 906-911, 2014.

KLINK, Daniel *et al.* Bone mass in young adulthood following gonadotropin-releasing hormone analog treatment and cross-sex hormone treatment in adolescents with gender dysphoria. *The Journal of Clinical Endocrinology & Metabolism*, v. 100, n. 2, p. 270-275, 2015.

KORTE, Alexander *et al.* Gender identity disorders in childhood and adolescence: currently debated concepts and treatment strategies. *Deutsches Ärzteblatt International*, v. 105, n. 48, p. 834-841, 2008.

LACAN, Jacques. *O Seminário*. Livro 7: a ética da psicanálise. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1988.

LEITE, D. Garoto trans de oito anos comemora novo RG com nome social: Queria ser Dudu. *Universa*, 9 nov. 2019. Disponível em: <https://www.uol.com.br/universa/noticias/redacao/2019/09/05/garoto-trans-de-8-anos-comemora-novo-rg-com-nome-social-queria-ser-dudu.htm>. Acesso em: 13 nov. 2020.

LITTMAN, Lisa. Parent reports of adolescents and young adults perceived to show signs of a rapid onset of gender dysphoria. *PloS One*, v. 13, n. 8, p. 1-44, 2018.

LÖWY, Ilana. Intersexo e transexualidades: As tecnologias da medicina e a separação do sexo biológico do sexo social. Tradução de Maria Helena Silva Soares. *Em Construção*: arquivos de epistemologia histórica e estudos de ciência, n. 5, p. 130-142, 2019.

MAGGS, Jennifer L.; ALMEIDA, David M.; GALAMBOS, Nancy L. Risky business: The paradoxical meaning of problem behavior for young adolescents. *The Journal of Early Adolescence*, v. 15, n. 3, p. 344-362, 1995.

MEERWIJK, E. L.; SEVELIUS, J. M. Transgender population size in the United States: a meta-regression of population-based probability samples. *Am J Public Health*, v. 107, n. 2, p. 1-8, 2017.

MONEY, John; RUSSO, Anthony J. Homosexual outcome of discordant gender identity/role in childhood: longitudinal follow-up. *Journal of Pediatric Psychology*, v. 4, n. 1, p. 29-41, 1979.

MPF QUESTIONA CFM sobre terapias hormonais de mudança de sexo a partir dos 16 anos. *Gazeta do Povo*, Goiás, 22 de janeiro de 2020. Vida e Cidadania. Disponível em: <https://www.gazetadopovo.com.br/vida-e-cidadania/mpf-questiona-cfm-mudanca-sexo-terapias-hormonais-16-anos>. Acesso em: 19 out. 2020.

PAUS, Tomáš. Mapping brain maturation and cognitive development during adolescence. *Trends in Cognitive Sciences*, v. 9, n. 2, p. 60-68, 2005.

PAYNE, Daniel. Casualties of a social, psychological, and medical fad: the dangers of transgender ideology in medicine. *Public Discourse*, 31 jan. 2018. Healthcare, Science, Sexuality. Disponível em: <https://www.thepublicdiscourse.com/2018/01/20810/>. Acesso em: 31 dez. 2020.

PEREIRA, Tânia da Silva. O princípio do “melhor interesse da criança”: da teoria à prática. *Revista Brasileira de Direito de Família*, n. 6, 2000.

RIDER, G. Nicole *et al.* Health and care utilization of transgender and gender nonconforming youth: A population-based study. *Pediatrics*, v. 141, n. 3, p. 1-8, 2018.

RISTORI, Jiska; STEENSMAN, Thomas D. Gender dysphoria in childhood. *International Review of Psychiatry*, v. 28, n. 1, p. 13-20, 2016.

SAADEH, Alexandre *et al.* AMTIGOS – Ambulatório Transdisciplinar de Identidade de Gênero e Orientação Sexual, do IPq-HCFM/USPI: proposta de trabalho com crianças, adolescentes e adultos. *Boletim do Instituto de Saúde*, v. 19, n. 2, p. 86-97, 2018.

SECRETARIA NACIONAL DA JUVENTUDE, UNFPA. *Estatuto da juventude*. Brasília: SNJ/UNFPA, 2014. Disponível em: <http://www.unfpa.org.br/Arquivos/estatutodajuventude.pdf>. Acesso em: 1º dez. 2020.

SIERRA, Mónica de Celis. Menores transgénero en el Reino Unido: Polémica por la investigación sobre bloqueadores puberales. *Revista Clínica Contemporánea*, Madrid, v. 10, n. 3, p. 1-7, 2019.

SILVA, Lucio Flavio Gonzaga. *Processo-Consulta CFM n. 32/12 – Parecer CFM n. 8/13*. Brasília, 22 de fevereiro de 2013.

SINGH, Devita. *A follow-up study of boys with gender identity disorder*. 2012. Tese de Doutorado. Toronto: University of Toronto.

SOCIEDADE BRASILEIRA DE PEDIATRIA (SBP). Departamento Científico de Adolescência. *Guia prático de atualização: disforia de gênero*. Brasília, n. 4, jun. 2017. Disponível em: goo.gl/dfMHEz. Acesso em: 23 dez. 2020.

STEENSMA, Thomas D. *et al.* Desisting and persisting gender dysphoria after childhood: a qualitative follow-up study. *Clinical Child Psychology and Psychiatry*, v. 16, n. 4, p. 499-516, 2011.

STEENSMA, Thomas D. *et al.* Factors associated with desistence and persistence of childhood gender dysphoria: a quantitative follow-up study. *Journal of the American Academy of Child & Adolescent Psychiatry*, v. 52, n. 6, p. 582-590, 2013.

STEENSMA, Thomas D.; COHEN-KETTENIS, Peggy T. More than two developmental pathways in children with gender dysphoria? *Journal of the American Academy of Child & Adolescent Psychiatry*, v. 54, n. 2, p. 147-148, 2015.

STEINBERG, Laurence. Cognitive and affective development in adolescence. *Trends in Cognitive Sciences*, v. 9, n. 2, p. 69-74, 2005.

THERRIE, Bárbara. “Não queria filho veado”: conheça a trajetória de um pai e a filha trans de 6 anos. *Uol*, 15 dez. 2017. Entretenimento. Disponível em: <https://www.bol.uol.com.br/entretenimento/2017/12/15/nao-queria-filho-veado-conheca-a-trajetoria-de-um-pai-e-a-filha-trans-de-6-anos.htm>. Acesso em: 21 out. 2020.

TOBIN, Sam *et al.* Cambridge woman who took puberty blockers wins High Court ruling. *CambridgeshireLive*, Cambridgeshire, 1º dez. 2020. Disponível em: <https://www.cambridge-news.co.uk/news/local-news/keira-bell-court-puberty-cambridge-19380062>. Acesso em: 24 dez. 2020.

TRANSGENDER kids: who knows best? *BBC World News*, 2017. This World. Disponível em: <https://www.bbc.co.uk/programmes/n3csk76j>. Acesso em: 15 set. 2020.

TURNER, C. Number of children being referred to gender identity clinics has quadrupled in five years. *The Telegraph*, Londres, 8 jul. 2017. Disponível em: <https://www.telegraph.co.uk/news/2017/07/08/number-children-referred-gender-identity-clinics-has-quadrupled>. Acesso em: 28 nov. 2020.

VLOT, Mariska C. *et al.* Effect of pubertal suppression and cross-sex hormone therapy on bone turnover markers and bone mineral apparent density (BMAD) in transgender adolescents. *Bone*, v. 95, p. 11-19, 2017.

WALLIEN, Madeleine SC; COHEN-KETTENIS, Peggy T. Psychosexual outcome of gender-dysphoric children. *Journal of the American Academy of Child & Adolescent Psychiatry*, v. 47, n. 12, p. 1413-1423, 2008.

WIEPJES, Chantal M. *et al.* Trends in suicide death risk in transgender people: results from the Amsterdam Cohort of Gender Dysphoria study (1972–2017). *Acta Psychiatrica Scandinavica*, v. 141, n. 6, p. 486-491, 2020.

WOOD, H. *et al.* Patterns of referral to a gender identity service for children and adolescents (1976–2011): age, sex ratio, and sexual orientation. *Journal of Sex and Marital Therapy*, v. 39, n. 1, p. 1-6, 2013.

ZUCKER, Kenneth J. Debate: Different strokes for different folks. *Child and Adolescent Mental Health*, v. 25, n. 1, p. 36-37, 2020.

ZUGER, Bernard. Early effeminate behavior in boys: outcome and significance for homosexuality. *Journal of Nervous and Mental Disease*, v. 172, n. 2, p. 90-97, 1984.

ZUGER, Bernard. Effeminate behavior present in boys from childhood: ten additional years of follow-up. *Comprehensive Psychiatry*, v. 19, n. 4, p. 363-369, 1978.

O *bitcoin* na ótica criminal e seus desdobramentos para a atuação do Ministério Público Federal

Diego Lima Azevedo

Assessor jurídico do Ministério Público Federal. Especialista em Direito Penal e Processual Penal pela Universidade Anhanguera (Uniderp). Bacharel em Direito pela Universidade Federal do Oeste do Pará (UFOPA).

Resumo: O presente artigo busca expor os novos desafios enfrentados na atuação do Ministério Público em virtude da criação das criptomoedas e sua difusão como meio digital de pagamento e (ou) reserva financeira. Para tanto, a partir de análise de metodologia qualitativa, mediante pesquisa bibliográfica e documental, analisa a temática sob a ótica da atuação ministerial e da inexistência de regramento legal no Brasil sobre a matéria. Objetiva apresentar, a partir de casos em concreto nos quais se analisou a mercancia de criptomoedas, especificamente o *bitcoin*, a possível tipicidade da conduta, discutindo-se a natureza jurídica da criptomoeda, os desdobramentos jurídicos da relação de compra e venda delas, a (im)possibilidade de se compreender essa transação como crime contra o sistema financeiro, bem como a atribuição – ou carência – do Ministério Público Federal (MPF) para promover as medidas cabíveis. Ademais, além dos entendimentos esposados por procuradores da República nos casos que servirão de objeto de análise deste trabalho, também será comentado o atual posicionamento da 2ª Câmara de Coordenação e Revisão do Ministério Público Federal sobre a temática, bem como o posicionamento do Superior Tribunal de Justiça já fixado em alguns precedentes. Conclui pela necessidade de regulamentação da matéria no Brasil – não só no contexto jurídico mas também pela Agência Reguladora e órgãos de combate à corrupção e ao crime organizado –, bem como pela importância da atuação do Ministério Público nesses casos.

Palavras-chave: Criptomoeda. *Bitcoin*. Crime contra sistema financeiro. Crime com criptomoeda. Estelionato digital.

Abstract: This article seeks to expose the new challenges faced in the work of the Prosecutor's office due to the creation of

cryptocurrencies and their dissemination as a digital payment form and/or financial reserve. Therefore, from qualitative methodology analysis, through bibliographic and documentary research, it analyzes the theme from the perspective of the Brazilian Federal Prosecutor's Office performance and the lack of legal regulation in Brazil on the matter. It aims to present from specific cases in which cryptocurrency merchant, specifically *bitcoin*, was analyzed and possible typicality of the conduct, discussing whether the legal nature of the cryptocurrency, the legal consequences of their purchase and sale relationship, to (im)possibility of understanding itself as a crime against the financial system, as well as the attribution – or lack – of the Federal Prosecutor's Office (MPF) to promote the appropriate measures. Furthermore, in addition to the understandings exposed by Federal Prosecutors in the cases that will serve as the object of analysis of this work, the current position of the 2nd Coordination and Review Chamber of MPF on the subject will also be commented, as well as the position of the Superior Court of Justice (STJ) already set in some precedents. He concludes that there is a need to regulate the matter in Brazil, not only in the legal context, but also with the Regulatory Agency and the bodies that fight corruption and organized crime, as well as the importance of the Public Prosecution in these cases.

Keywords: Cryptocurrency. *Bitcoin*. Crime against financial system. Crypto crime. Digital embezzlement.

Sumário: 1 Introdução. 2 Criptomoeda é considerada juridicamente como moeda no Brasil? 3 Os casos em concreto e a atuação do Ministério Público Federal. 4 A questão da competência e os posicionamentos da 2ª Câmara de Coordenação e Revisão do MPF e do Superior Tribunal de Justiça. 5 Conclusão.

1 Introdução

Inicialmente, necessário se faz explicar o que é uma criptomoeda e o que é o *bitcoin*.

Segundo Júlio Cesar Stella,¹ a moeda digital é um bem móvel emitido e transacionado sem a interferência de terceiro, independentemente de registro ou validação externa para dar higidez à transação financeira.

1 STELLA, Julio Cesar. Moedas virtuais no Brasil: como enquadrar as criptomoedas. *Revista da Procuradoria-Geral do Banco Central*. Banco Central do Brasil. Procuradoria-Geral. Brasília, v. 11, n. 2, dez. 2017. p. 152.

Criptomoeda, ou moeda criptografada, é um ativo digital denominado na própria unidade de conta que é emitido e *transacionado de modo descentralizado, independente de registro ou validação por parte de intermediários centrais*, com validade e integridade de dados assegurada por tecnologia criptográfica e de consenso em rede. (Grifo nosso).

Neste sentido, o *bitcoin* é uma criptomoeda criada em meados de 2008 por programador(es) anônimo(s) sob o pseudônimo de Satoshi Nakamoto,² cuja ideia central é a inexistência de terceiro para validar a transação, sendo exclusivamente *peer-to-peer*.³

Da leitura do artigo que pode ser encontrado no sítio eletrônico do *bitcoin*, tem-se que o cerne por trás da criação desta nova modalidade de transação financeira é justamente retirar as instituições financeiras do fluxograma da transação, desafiando a própria configuração com que o mercado é composto atualmente, um modo de romper a centralização financeira da figura estatal de forma ideológica.

Assim, de maneira sintética, o *bitcoin* é um ativo digital, também definido como cadeia de assinaturas, que utiliza do sistema par-a-par para retirar uma entidade certificadora da transação financeira, mantendo apenas as duas partes interessadas, devidamente protegidas por criptografia, sem necessidade de qualquer lastro ou intervenção externa para propor medidas regulatórias ou elaborar políticas financeiras.

Com a retirada das instituições financeiras do modelo de transação, o custo para o envio/recebimento é basicamente zero, uma vez que hoje um dos principais gastos dos que transacionam é justamente o pagamento de custas e emolumentos às instituições bancárias.

Além disso, o fato de o sistema *peer-to-peer* retirar do fluxograma de processos da transação do ativo a figura do Estado passou a ser

2 Nome do suposto autor do artigo “Bitcoin: A Peer-to-Peer Electronic Cash System”, que explica o funcionamento detalhado desta moeda digital. Disponível em: <https://bitcoin.org/bitcoin.pdf>. Acesso em: jan. 2021.

3 *Peer-to-peer* é uma arquitetura de rede de computadores na qual cada um dos pontos funciona tanto como servidor quanto como cliente.

utilizado na atuação criminosa como forma de dificultar investigações criminais bem como proteger o real proprietário do montante, já que é deveras improvável – quiçá impossível – identificar o detentor dos ativos, o proprietário da chamada chave privada (número aleatório de setenta e oito dígitos ou sequência alfanumérica de cinquenta e um caracteres), que basicamente é a assinatura eletrônica.

Registra-se que a característica par-a-par faz com que o desenho organizacional das transações utilize cada ponto de interligação de forma dúplice, tanto na função cliente quanto na função de servidor; ou seja, inexistente a figura de autoridade central à qual se possa solicitar tais informações.

Assim, a transação da criptomoeda é feita por sistema de *blockchain* ou “protocolo da confiança”, cuja definição é “a combinação de diversas tecnologias de criptografia e sincronização de bases de dados já estabelecidas com o objetivo de verificar e adicionar registros de transações em um bloco”.⁴

Essa arquitetura digital na utilização para a prática de crimes impõe às autoridades policiais e ao Ministério Público um grande desafio para desvendar entre os códigos por quem os valores estão sendo movimentados, o que, de certo, trará novas estratégias de investigação na era digital.

Neste contexto, a criptomoeda passou a ser cada vez mais conhecida, tendo sua difusão no Brasil aumentado de forma exponencial pelo cenário econômico nacional – marcado por taxa de juros jamais antes vistas na moeda Real e que fez com que as pessoas possuíssem maior apetite ao risco, optando por outras formas de manter suas reservas financeiras e alocar seu capital – e pelo surgimento de diversas empresas que oferecem altos rendimentos em curto período de tempo com a promessa de investir o valor ali alocado em criptomoedas.

4 BRASIL. Câmara Legislativa. Estratégia Nacional de Combate à Corrupção e Lavagem de Dinheiro – ENCLA. *Glossário com termos relacionados a Moedas Virtuais*. Ação n. 8. 2017. Disponível em: <http://enccla.camara.leg.br/acoes/arquivos/resultados-enccla-2017/moedas-virtuais-glossario>. Acesso em: 12 jan. 2021.

Não demorou muito para que muitos dos cidadãos que investiram dinheiro nas promessas de ganho fácil de capital e lucros extraordinários passassem a buscar o Ministério Público e o Judiciário brasileiro na tentativa de buscar que os agentes fossem responsabilizados em vista da impossibilidade de reaver os valores empreendidos e dos danos que lhes foram causados.

No presente trabalho, utilizar-se-á como base para a discussão casos paradigmáticos enfrentados pela Procuradoria da República no Município de Santarém que envolveram as então chamadas “pirâmides financeiras de *bitcoin*”.

2 Cripto moeda é considerada juridicamente como moeda no Brasil?

O Brasil, atualmente, ainda não dispõe de qualquer regulamentação acerca das criptomonedas, apesar de o assunto não ser desconhecido das autoridades e já ter sido citado por documentos oficiais do Banco Central (BC), havendo inclusive uma área do sítio eletrônico⁵ do BC apenas para esclarecer o que são as criptomonedas.

Aqui, importa lembrar que, embora a Lei 12.865/2013 cite “moeda eletrônica” em seu art. 6º, III, VI, como “recursos armazenados em dispositivo ou sistema eletrônico que permitem ao usuário final efetuar transação de pagamento”, *não se pode confundir-las com as criptomonedas*. Isto porque, conforme expõe o Banco Central do Brasil, as moedas eletrônicas se caracterizam como recursos em reais mantidos em meio eletrônico que permitem ao usuário realizar pagamentos.

Assim, para se entender como moeda eletrônica, há necessidade de haver recursos em reais como lastro para assegurar a transação, com a imprescindibilidade da atuação de um terceiro envolvido para certificar e garantir. Por tal motivo, o *bitcoin* não pode ser considerado moeda eletrônica, de acordo com a legislação brasileira.

5 Disponível em: https://www.bcb.gov.br/acessoinformacao/perguntasfrequenterespostas/faq_moedavirtuais. Acesso em: jan. 2021.

Outrossim, importa salientar que o Supremo Tribunal Federal (STF), no Recurso Extraordinário n. 478410, quando da análise da (im)possibilidade de o Instituto Nacional do Seguro Social (INSS) cobrar contribuição previdenciária incidente sobre o vale-transporte pago em dinheiro aos funcionários do Unibanco, fez análise detida sobre o que é a moeda e o que pode ser considerado como tal.

Conforme leitura do voto do ministro relator, Eros Grau, a significação jurídica dada ao vocábulo moeda é aquela que a lei ou dispositivo normativo dá a ela. Isto porque, segundo o ministro, a palavra moeda “efetivamente não tem referência semântica”.⁶

Por isso, os vocábulos “lira”, “dólar”, “marco”, “real” só ganham significado quando referidos a normas integradas em determinado ordenamento jurídico, que os contemple como indicativos da unidade monetária juridicamente válida no espaço por ele abrangido.⁷

A partir desta linha de raciocínio, patente é que o *bitcoin*, por simples ausência de definição legal que o constitua como moeda no âmbito brasileiro, *não pode ser considerado como moeda*.

Registra-se, ademais, que é possível que discussões legislferantes sobre o tema sejam difíceis, dado o amplo interesse econômico envolvido e a dificuldade de se regularem transações que não foram criadas para serem controladas por Estado e nem validadas por instituições financeiras.

Salienta-se que, apesar de, recentemente, o Banco Central ter divulgado a criação de um grupo de estudo para discutir impactos de uma eventual emissão de moeda digital no Brasil, tem-se que o objeto

6 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Recurso Extraordinário n. 478410*. Voto do ministro relator Eros Grau. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/RE478410.pdf>. Acesso em: 10 jan. 2021.

7 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Recurso Extraordinário n. 478410*. Voto do ministro relator Eros Grau. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/RE478410.pdf>. Acesso em: 10 jan. 2021.

de análise não serão as criptomoedas e sim “a emissão de moeda digital por bancos centrais (*central bank digital currency – CBDC*)”.⁸

Neste sentido, observa-se uma tendência mundial dos Bancos Centrais de iniciarem debates acerca da possibilidade de emissão de moeda no formato eletrônico, o que, conforme já explicado alhures, não seria uma criptomoeda por definição, uma vez que, quando emitida pelo órgão responsável, teria de haver lastro real, sendo apenas mais uma forma de representação da moeda já existente.

Portanto, apesar de ser crescente o número de transações em criptomoedas, tendo o *bitcoin*, em fevereiro de 2020, ultrapassado o valor de três bilhões de dólares em transações diárias,⁹ ainda é uma incógnita como tal mercancia será tratada pela legislação nacional.

De certo, o que se sabe é que o mundo evolui e novas formas de prática de ilícito surgem com essas transformações socioeconômicas e culturais, cabendo ao Direito, principalmente à seara penal, buscar acompanhar tais mudanças, sob pena de não conseguir exercer o *ius puniendi*, pois investigações que não conseguem compreender o *modus operandi* pouca, ou nenhuma, chance têm de ser bem-sucedidas.

Neste contexto, o relatório produzido por *Chainalysis*, intitulado *The 2020 state of crypto crime*,¹⁰ informa que em 2019 mais de cento e noventa e quatro milhões em *bitcoin* de origem ilícita foram recebidas por setenta OTCs (*Over The Counter*), espécie de corretora de valores existente no Brasil que facilita as transações

8 BRASIL. Banco Central do Brasil. *BC cria grupo de estudos sobre emissão de moeda digital*. 20 ago. 2020. Disponível em: <https://www.bcb.gov.br/detalhenoticia/17166/nota>. Acesso em: 27 ago. 2020.

9 BARBOSA, Soraia. *Volume de transações do Bitcoin atinge valor mais alto desde 2017*. 4 fev. 2020. Disponível em: <https://guiadobitcoin.com.br/noticias/volume-transacoes-bitcoin-valor-mais-alto/>. Acesso em: 27 ago. 2020.

10 CHAINALYSIS. *The 2020 state of crypto crime: Everything you need to know about darknet markets, exchange hacks, money laundering and more*. January, 2020. Disponível em: <https://go.chainalysis.com/rs/503-FAP-074/images/2020-Crypto-Crime-Report.pdf>. Acesso em: 27 ago. 2020.

entre indivíduos compradores e vendedores que não podem ou não querem transacionar no mercado aberto.

Segundo o referido relatório, existem grandes fluxos de criptomoeda sendo utilizados em lavagem de dinheiro e outros crimes, como o financiamento ao terrorismo.

É cediço que um sistema de transações *peer-to-peer* pode ser utilizado para esconder financiamento de práticas ilícitas, uma vez que, como não há obrigatoriamente um ente governamental no âmbito da transação, e pelo próprio *design* idealizado para o *bitcoin*, torna-se tarefa árdua a identificação dos indivíduos envolvidos na transação.

Recentemente, a Receita Federal, atenta à nova forma de movimentação de valores, publicou a Instrução Normativa n. 1.888/2019, passando a exigir a “prestação de informações relativas às operações realizadas com criptoativos”, mesmo que a transação tenha sido isenta –valores abaixo de R\$ 35.000,00 a título de ganho de capital. Explicou que

muito embora não sejam consideradas como moeda nos termos do marco regulatório atual, devem ser declaradas na Ficha Bens e Direitos como ‘outros bens’, uma vez que podem ser equiparadas a um ativo financeiro.¹¹

Decerto, a necessidade de declaração dessas posições em criptomoedas e de recolhimento do imposto de renda, quando cabível, bem como a aproximação do órgão fazendário das *exchanges* ou corretoras de criptoativos sediadas no Brasil, demonstra um grande avanço no combate à criminalidade.

Ao que tudo indica, a modernidade está sendo utilizada pelos criminosos como uma forma sofisticada de *modus operandi*, mudando antigas práticas já bem conhecidas pelas autoridades policiais e pelo Ministério Público para novas “modalidades” de praticar fato penalmente relevante.

11 BRASIL. Receita Federal. *Imposto sobre a renda: pessoa física perguntas e respostas: exercício de 2017. Ano-calendário de 2016*. Disponível em: <http://receita.economia.gov.br/interface/cidadao/irpf/2017/perguntao/pir-pf-2017-perguntas-e-respostas-versao-1-1-03032017.pdf>. Acesso em: 3 jan. 2021.

3 Os casos em concreto e a atuação do Ministério Público Federal

Como objeto de análise tem-se a Notícia de Fato (NF) n. 1.15.000.001370/2018-13 e o Inquérito Policial n. 00133/2018-DPF/SNM/PA.¹² Ambos tinham como escopo principal analisar inúmeras *notitia criminis* apresentadas ao Ministério Público Federal (MPF) por todo o País sobre suposta fraude consistente em venda de criptomoedas.

Narram as denúncias que uma empresa oferecia ganhos exponenciais de mais de mil por cento de rentabilidade em investimentos em criptomoeda, especificamente em *bitcoin*. Segundo os noticiantes, era necessário depositar em conta indicada pela empresa montante não inferior a R\$ 5.000,00, com a promessa de que, em um curto espaço de tempo, o valor seria multiplicado e os ganhos seriam depositados em conta corrente do investidor.

Nos autos dos procedimentos constavam comprovantes de transações bancárias para a empresa “InvestCoins”, cujas contas correntes destinatárias são vinculadas às agências localizadas no Município de Santarém-PA, onde o(s) titular(es) possivelmente era(m) domiciliado(s).

Tal fato fez com que a Procuradoria da República em Santarém se tornasse órgão com atribuição natural para o desenvolver das investigações, uma vez que é pacificado na jurisprudência nacional que o crime de estelionato tem como local de consumação delitiva o lugar onde há a obtenção da vantagem ilícita.

Necessário constar que, no bojo do procedimento extrajudicial, o procurador da República do Ceará (estado de instauração inicial do procedimento, com posterior envio à PRM de Santarém-PA) expediu ofício ao Banco Central para que informasse se havia algum registro do investigado nos bancos de dados daquela autarquia, bem como pediu esclarecimentos sobre a situação das vendas de criptomoedas no Brasil.

¹² Para utilização dos dados aqui analisados para confecção do presente artigo acadêmico, houve autorização expressa da procuradora da República oficiante no caso, conforme despacho de autorização de etiqueta PRM-STM-PA-00015057/2018.

Em resposta, o Banco Central do Brasil explicou que as empresas que “negociam ou guardam as chamadas moedas virtuais em nome dos usuários, pessoas naturais ou jurídicas, não são reguladas, autorizadas ou supervisionadas pelo Banco Central”.

Isto porque, segundo aquela autarquia federal, não há nenhuma disposição regulatória no âmbito nacional relacionando tais moedas com o sistema financeiro nacional.

Nesta senda, a procuradora da República oficiante em Santarém, em suas razões para promoção de declínio de atribuições, explicou que o *bitcoin* (criptomoeda em análise no caso em concreto) não pode ser considerado uma moeda, uma vez que o Supremo Tribunal Federal, por ocasião do RE n. 478410, esclareceu que só se pode considerar como moeda aquilo que a lei define como tal.

Assim, dado a total falta de disposição legal ou infralegal a regular as criptomoedas no Brasil, criminalizar a prática de mercancia das moedas digitais seria violar o princípio da legalidade estrita (*nullum crimen nulla poena sine lege*), já que, segundo a membro do *Parquet*, seria criar tipo penal novo sem haver previsão legal – posicionamento tecnicamente correto.

Importante lembrar que a linha investigativa do caso em análise era a conduta do(s) representante(s) da pessoa jurídica, que se fundava em obter vantagem ilícita mediante forma fraudulenta, consistente em esquema de captação de pecúnia com promessas irreais de rentabilidade, sem que a rentabilidade ou mesmo o valor “investido” retornasse ao investidor ludibriado.

Aqui interessa comentar que a ocorrência de esquemas nos quais pessoas são atraídas por promessas de alta rentabilidade em investimento no mercado de criptomoedas ficou conhecida como “pirâmide financeira”, também conhecida como *ponzi scheme* ou esquema ponzi, tendo sido criado um projeto de lei (PL n. 4.233/2019) destinado à tipificação da prática como crime.

Apenas com fito de ampliar o debate, imagine-se que o objeto do procedimento fosse a possível ocultação de bens ou dissimula-

ção, prevista no art. 1º da Lei n. 9.613/1998. Nesta situação hipotética, a competência para julgar o feito seria da Justiça Federal?

Entende-se que *não*.

Isto porque o crime antecedente não é de competência da Justiça Federal. No caso em testilha, tem-se que o crime antecedente seria o de estelionato, sem um interesse da União envolvido, uma vez que as vítimas foram pessoas individualizáveis e não se percebe a União ou alguma de suas autarquias no rol dos prejudicados diretamente com a prática delitiva.

Neste sentido, o art. 2º, III, *b*, da Lei n. 9.613/1998 ressalta que os crimes descritos naquela lei serão de competência da Justiça Federal quando o crime antecedente também o for.

Assim, por lógica simples, tem-se que, quando o crime antecedente não for de competência federal, o crime principal também não será.

4 A questão da competência e os posicionamentos da 2ª Câmara de Coordenação e Revisão do MPF e do Superior Tribunal de Justiça

Conforme sustentou a Procuradora da República que promoveu o declínio de atribuições do procedimento administrativo criminal ao Ministério Público do Estado do Pará, ante a impossibilidade de se conceber a criptomoeda como moeda para fins legais, o crime seria o de estelionato, cuja competência é da Justiça Estadual, uma vez que não há elemento atrativo de interesse direto da União no feito.

O entendimento é tecnicamente acurado, tendo sido confirmado pela 2ª Câmara de Coordenação e Revisão do Ministério Público Federal quando do envio da promoção de declínio ao crivo revisor.

Entretantes, urge salientar que, recentemente, o Superior Tribunal de Justiça (STJ) fixou competência federal para julgar a oferta pública de contrato coletivo de investimento em caso cuja prática denunciada fora a de captação de dinheiro para especulação com *bitcoins*, mediante

a oferta pública de contrato coletivo de investimento sem prévio registro de emissão na Comissão de Valores Mobiliários (CVM).

De saída, importa esclarecer o caso em concreto, aplicando-se a técnica da distinção.

Tratou-se de decisão proferida pelo STJ por ocasião do julgamento de *Habeas Corpus* (HC) impetrado contra o Tribunal Regional da 4ª Região cujo fundamento aduzido é o de incompetência da Justiça Federal para julgamento da denúncia ofertada pelo *Parquet* federal relativa à operação *Egypto*.

Tal operação realizada pela Polícia Federal investigava instituição financeira que operava sem autorização da CVM e que firmava contratos de investimento para aplicação em criptomoedas, oferecendo altos rendimentos em curto período.

Após a devida instrução investigativa, o Ministério Público ofereceu exordial acusatória contra os investigados narrando como conduta criminosa, entre outras, a efetiva oferta de contrato coletivo de investimento atrelado à especulação no mercado de criptomoeda.

Nas razões do HC, o impetrante aduzia a aplicação dos entendimentos aqui já citados do STJ de que seria de competência da Justiça Estadual, já que sua negociação (das criptomoedas) por si só não configuravam “os crimes tipificados nos arts. 7º, II, e 11, ambos da Lei n. 7.492/1986, nem mesmo o delito previsto no art. 27-E da Lei n. 6.385/1976 (CC n. 161.123/SP, *DJe* 5/12/2018)”.¹³

Ocorre que os casos analisados são distintos. O elemento de diferenciação (técnica de *distinguish*) entre os casos é que, em que pese a criptomoeda não ser moeda, o caso em apreço tinha um contrato coletivo de investimento, e este é considerado legalmente como valor mobiliário, nos termos do art. 2º, IX, da Lei n. 6.385/1976. *In verbis*,

¹³ HC n. 530.563/RS, Rel. Ministro Sebastião Reis Júnior, Sexta Turma, julgado em 05/03/2020, *DJe* 12 mar. 2020. Disponível em: <https://www.buscadordizerodireito.com.br/jurisprudencia/detalhes/d0f3cac4d12fa2668b1ffb4e3254253?categoria=1&subcategoria=113&assunto=410>. Acesso em: mar. 2021.

Art. 2º São valores mobiliários sujeitos ao regime desta Lei:

[...] IX - quando ofertados publicamente, quaisquer outros títulos ou *contratos de investimento coletivo*, que gerem direito de participação, de parceria ou de remuneração, inclusive resultante de prestação de serviços, cujos rendimentos advêm do esforço do empreendedor ou de terceiros. (Grifo nosso).

Assim, considerando que o objeto é um valor mobiliário, há aplicação da Lei n. 7.492/1986, que define os crimes contra o sistema financeiro nacional, fazendo que se aplique o art. 26 daquele códex, cujo teor fixa a atribuição do Ministério Público Federal perante a Justiça Federal para ajuizar as ações referentes aos crimes ali tipificados, nos termos da Súmula n. 122 do STJ.

Em caso ainda mais recente, instaurado em 2020, a Câmara Criminal não homologou promoção de declínio de Notícia de Fato instaurada a partir de representação com narrativa de que determinada intermediadora de investimentos em criptomoedas teria deixado de repassar os rendimentos prometidos, justificando a decisão pela necessidade de aprofundamento das investigações pelo fato de a multiplicidade de representações indicar possível *atuação irregular de empresa como instituição financeira*.

Portanto, elementos frágeis que indiquem a ocorrência de ilícito envolvendo criptoativos não podem ser declinados, sem que antes, no âmbito de uma atuação diligente e célere, seja apurada a (in)existência de elementos atrativos da competência da Justiça Federal, principalmente pelo fato de a CVM ter constatado grande número de empresas atuando na intermediação de criptomoedas como verdadeiras instituições financeiras sem a devida autorização do órgão regulador.

Ademais, o acordão lembra que a temática é objeto da Ação 8 da Estratégia Nacional de Combate à Corrupção e Lavagem de Dinheiro (ENCCLA), da qual a 2ª Câmara participou, e o MPF figura como um dos colaboradores, demonstrando a relevância do tema para a evolução do combate a tais crimes.

Outrossim, salientou-se ainda que a falta de regulamentação “quanto às transações envolvendo criptomoedas *não descaracteriza* a

atividade de gestão e intermediação de recursos financeiros praticadas por empresas”.¹⁴

Dessarte, verifica-se um aprimoramento do posicionamento da Câmara Revisora criminal no que tange à forma de atuação a ser adotada nos casos que envolvam “investimentos” em *bitcoin* e demais criptoativos após a decisão paradigmática da Corte Cidadã citada alhures.

Registra-se que os primeiros casos aqui citados, datados de 2018, possuíram lastro instrutório no âmbito do MPF para que, somente após as informações coletadas, houvesse a promoção de declínio, tendo atendido o posicionamento da época da Câmara.

Outrossim, a mercancia do *bitcoin* – quando praticada de forma criminosa, geralmente no formato de *ponzi scheme* – já se tornou tema enfrentado nos tribunais brasileiros não só na vertente criminal. Recentemente, chegou ao STJ demanda de corretora de criptomoedas – também chamada de *exchange* – contra instituição bancária financeira, na qual se alegava violação de legislação consumerista por parte do banco.

O caso¹⁵ veiculado no Informativo n. 635 daquela corte tratava de ação de obrigação de fazer ajuizada pela *exchange* contra banco brasileiro para que a conta corrente que ali mantinha não fosse encerrada, alegando que o fato de o banco não querer ter como cliente uma corretora de *bitcoin* seria prática comercial abusiva.

A tese aduzida não prosperou junto ao STJ, tendo reafirmado seus precedentes que aplicaram a resolução do Banco Central do Brasil, valorizando a autonomia privada e afastando, no caso em concreto, a incidência do Código de Defesa do Consumidor, uma vez que

A empresa corretora de *Bitcoin* que celebra contrato de conta corrente com o banco para o exercício de suas atividades não pode ser

14 BRASIL. Ministério Público Federal. 2ª Câmara de Coordenação e Revisão. *Voto n. 4096/2020*. Relator Paulo de Souza Queiroz – Procurador Regional da República, Suplente na 2ª CCR. Julgado na 779ª Sessão Ordinária em 8 set. 2020.

15 BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *REsp n. 1.696.214-SP*. Rel. Min. Marco Aurélio Bellizze. 3. Turma. Julgado em: 9 out. 2018 (Info 636).

considerada consumidora. [...] o serviço bancário de conta corrente é utilizado *como implemento de sua atividade empresarial*, não se destinando, pois, ao seu consumo final.¹⁶ (Grifo nosso).

Nesta senda, vê-se que o posicionamento atual do STJ possui alinhamento com o adotado pela 2ª Câmara do MPF, já que ambos valorizam a identificação da atuação da mercancia como atividade empresarial na modalidade instituição financeira, ainda que o “investimento” não seja considerado como moeda.

5 Conclusão

Ao passo que a sociedade desenvolve novas formas de se relacionar e viver entre si, o Direito deve buscar adequar-se, sob pena de se ter uma lei não mais adequada socialmente para reger determinada situação.

Tal adequação, quando se fala no âmbito penal, especialmente no que tange à investigação criminal, tem sido exigida de forma cada vez mais célere, pois com a era digital as possibilidades de prática de condutas ilícitas crescem de forma exponencial; ainda mais em crimes de colarinho azul, cujo poder econômico do autor favorece o acesso rápido às novas tecnologias, permitindo, como exemplo, um simples *click* para que uma transação destinada ao branqueamento de ativos seja realizada.

Este novo contexto trouxe inúmeras indagações ao operador do direito, especialmente aos membros do Ministério Público e do Poder Judiciário, tendo sido demandados a se manifestar sobre múltiplas e repetitivas notícias de vítimas de pirâmides financeiras cuja “tese” de investimento consiste na aplicação em criptoativos, notadamente em *bitcoin*.

Assim, tem-se de uma análise temporal que, em regra, tratando-se apenas de possível crime de estelionato, não há compe-

¹⁶ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *REsp n. 1.696.214-SP*. Rel. Min. Marco Aurélio Bellizze. 3. Turma. Julgado em: 9 out. 2018 (Info 636).

tência da Justiça Federal. No entanto, conforme destacado pela 2ª Câmara de Coordenação e Revisão do Ministério Público Federal, o próprio órgão regulador (CVM) já aponta a existência de inúmeras pessoas jurídicas atuando como instituição financeira ao firmar contratos de investimento sem autorização legal.

Desta forma, conclui-se que, atualmente, há uma tendência de o posicionamento institucional do MPF ser de se buscar efetivar investigações mais robustas nestes casos, uma vez que há alta probabilidade de que a representação, que, inicialmente, parece versar sobre estelionato, possa apontar a atuação ilegal e irregular de pessoas jurídicas como instituições financeiras, movimentando vultosos valores sem a devida regulação e em detrimento das disposições legais.

Ademais, o início de regulamentação interna – ainda que de forma tímida – consubstanciada na exigência de informar à Receita Federal transações em criptomoedas e na aproximação do órgão fazendário para com as *exchanges* nacionais, entendidas como as que possuem sede no Brasil, demonstra a relevância da temática, algo que só tende a crescer.

Portanto, o cenário econômico atual do Brasil – marcado por taxas de juros baixas e o conseqüente aumento de procura por outras formas de alocação de capital para maiores rentabilidades –, ao qual se soma a própria ganância por ganhos expressivos e em curto prazo de tempo, faz com que haja segurança em afirmar que a atuação do Ministério Público na temática está apenas iniciando.

Referências

BARBOSA, Soraia. *Volume de transações do Bitcoin atinge valor mais alto desde 2017*. 4 fev. 2020. Disponível em: <https://guiadobitcoin.com.br/noticias/volume-transacoes-bitcoin-valor-mais-alto/>. Acesso em: 27 ago. 2020.

BRASIL. Banco Central do Brasil. *BC cria grupo de estudos sobre emissão de moeda digital*. 20 ago. 2020. Disponível em: <https://www.bcb.gov.br/detalhenoticia/17166/nota>. Acesso em: 27 ago. 2020.

BRASIL. Câmara Legislativa. Estratégia Nacional de Combate à Corrupção e Lavagem de Dinheiro – ENCLA. *Glossário com termos relacionados a Moedas Virtuais*. Ação n. 8. 2017. Disponível em: <http://enccla.camara.leg.br/acoes/arquivos/resultados-enccla-2017/moedas-virtuais-glossario>. Acesso em: 12 jan. 2021.

BRASIL. Ministério da Economia. Secretaria Especial da Receita Federal do Brasil. *Instrução Normativa n. 1.888, de 3 de maio de 2019*. Disponível em: <https://www.in.gov.br/en/web/dou/-/instru%C3%87%C3%83o-normativa-n%C2%BA-1.888-de-3-de-maio-de-2019-87070039>. Acesso em: 11 jan. 2021.

BRASIL. Ministério Público Federal. 2ª Câmara de Coordenação e Revisão. *Voto n. 4096/2020*. Relator Paulo de Souza Queiroz – Procurador Regional da República, Suplente na 2ª CCR. Julgado na 779ª Sessão Ordinária em 8 set. 2020.

BRASIL. Receita Federal. *Imposto sobre a renda: pessoa física perguntas e respostas: exercício de 2017*. Ano-calendário de 2016. Disponível em: <http://receita.economia.gov.br/interface/cidadao/irpf/2017/perguntao/pir-pf-2017-perguntas-e-respostas-versao-1-1-03032017.pdf>. Acesso em: 3 jan. 2021.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *REsp n. 1.696.214-SP*. Rel. Min. Marco Aurélio Bellizze. 3. Turma. Julgado em: 9 out. 2018 (Info 636).

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Recurso Extraordinário n. 478410*. Voto do ministro relator Eros Grau. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/RE478410.pdf>. Acesso em: 10 jan. 2021.

CHAINALYSIS. *The 2020 state of crypto crime*: Everything you need to know about darknet markets, exchange hacks, money laundering and more. January, 2020. Disponível em: <https://go.chainalysis.com/rs/503-FAP-074/images/2020-Crypto-Crime-Report.pdf>. Acesso em: 27 ago. 2020.

STELLA, Julio Cesar. Moedas virtuais no Brasil: como enquadrar as criptomoedas. *Revista da Procuradoria-Geral do Banco Central*. Banco Central do Brasil. Procuradoria-Geral. Brasília, v. 11, n. 2, dez. 2017.

Jurisprudência, integridade e coerência: a necessária aplicação de uma teoria do precedente no Brasil e a garantia de segurança jurídica

Eduardo Henrique Kroth

Assessor na Procuradoria da República – Município de São Miguel do Oeste/SC. Pós-graduando em Direito Constitucional pela Academia Brasileira de Direito Constitucional (ABDConst). Graduado em Direito pela Universidade do Oeste de Santa Catarina (UNOESC).

Nélio Dariva Pires de Lima

Docente na Universidade do Oeste de Santa Catarina (UNOESC). Mestre em Direito pela Universidade Federal de Santa Catarina (UFSC).

Resumo: O artigo expõe, exploratória e explicativamente, que as diferenças entre o *common law* e o *civil law* originam-se da cisão na filosofia moderna entre os métodos empirista e racionalista. Demonstra que o primeiro possui como fundamento as decisões das Cortes, e o segundo a atividade legislativa. Diferencia jurisprudência – conjunto de decisões – de precedente – decisão paradigma. Afirma que a fundamentação é maculada pela utilização de “precedentes” de forma errônea no Brasil, citando como exemplo as súmulas vinculantes e suas falhas. Expõe que as disposições do Código de Processo Civil devem ser complementadas por uma teoria dos precedentes, que pressupõe a coerência e a força das razões das decisões. Sustenta o *distinguishing* como mecanismo de integridade e coerência e conclui apontando a necessidade do respeito às decisões das Cortes e a responsabilidade destas perante o Direito, destacando que a aplicação de uma teoria dos precedentes é essencial ao Estado de Direito constitucional.

Palavras-chave: Precedente. Jurisprudência. *Distinguishing*. Integridade. Coerência.

Abstract: The paper exposes, exploratory and explicatively, that the differences between the common law and the civil law come from the schism in the modern philosophy between the empiricist and rationalist methods. Demonstrates that the first has the Courts decisions as fundament, and the latter the legislative activity. Differentiates jurisprudence – a series of decisions – from precedent – a paradigm decision. Affirms that the reasoning is maculated by the erroneous use of the “precedents” in Brazil, naming as an example the binding pronouncements and its failures. Exposes that the provisions of the Brazilian Civil Procedure Code must be complemented by a theory of precedents, that presupposes the coherence and the strength of the reasons of the decisions. Defends the distinguishing as a mechanism of integrity and coherence and concludes pointing out the necessary respect of the Courts decisions and their responsibility in the face of the Law, highlighting that the application of a precedent’s theory is essential to the constitutional Rule of Law.

Keywords: Precedent. Jurisprudence. Distinguishing. Integrity. Coherence.

Sumário: 1 Introdução. 2 A cisão entre o *common law* e o *civil law*. 2.1 O conceito de precedente e de jurisprudência. 3 A necessária fundamentação das decisões e a situação atual da jurisprudência brasileira. 3.1 A jurisprudência brasileira e suas deficiências. 3.1.1 As súmulas vinculantes. 4 As novas disposições do Código de Processo Civil. 5 A força dos precedentes. 5.1 O *distinguishing*. 6 Considerações finais.

1 Introdução

O presente estudo pretende trazer uma discussão acerca da necessidade da adoção de uma teoria do precedente no ordenamento brasileiro, como forma de garantir a integridade do sistema e a segurança jurídica, já que os órgãos judicantes no nosso País se utilizam cada vez mais da jurisprudência. Ocorre que, pela ausência de uma teoria sólida que delimite a aplicação dos precedentes, o Direito brasileiro acaba por transformá-los em enunciados performativos, aplicados sem a devida fundamentação e justificação de aplicação ao caso.

O Código de Processo Civil trouxe como uma de suas inovações o disposto nos arts. 926 a 928, ao instituir uma incipiente teoria do precedente no sistema processual brasileiro. Tal inovação é um reflexo das mudanças e evoluções jurisdicionais do nosso ordena-

mento, especialmente em relação à crescente adoção de métodos do sistema do *common law* para se concretizar a prestação jurisdicional.

Merece destaque também que, com a Emenda Constitucional n. 45/2004, instituidora da súmula vinculante no País, a utilização de precedentes e da jurisprudência ganhou importância e legitimação, também como reflexo das mudanças na atuação da justiça. Porém, as súmulas vinculantes possuem diferenças fundamentais em relação aos precedentes do *common law*. Apesar de legalmente tipificadas, não possuem, ainda, uma teoria fundamental aplicada no Brasil, pelo que os intérpretes se utilizam dos precedentes de forma rasa, até rudimentar, sem que seja feita a devida análise do caso paradigma e do caso sob julgamento.

Este estudo iniciará com uma breve introdução filosófica e sistemática das tradições jurídicas supracitadas, expondo diferenças conceituais entre jurisprudência e precedentes. Concentrar-se-á, então, na necessidade de fundamentação das decisões judiciais e nas deficiências da jurisdição brasileira, destacando as súmulas vinculantes como uma das tentativas de dotar o sistema de maior integridade. Em sua parte final, expõe a origem da força dos precedentes, argumentando acerca do *distinguishing* como mecanismo de evolução da jurisdição e de busca pela segurança jurídica.

2 A cisão entre o *common law* e o *civil law*

De início, essencial fundamentar o que se constitui o *common law*, tradição jurídica da qual foram importados alguns conceitos utilizados hoje na tradição brasileira, apesar de lastreada no *civil law*. Tradição jurídica deve aqui ser entendida como o conjunto de práticas histórico e culturalmente condicionadas acerca da operação e organização do sistema legal de uma sociedade.¹

Na base filosófica, a cisão entre as tradições se dá, especialmente, na quadra da transição entre a filosofia do direito medieval

1 ABBoud, Georges; STRECK, Lenio Luiz. *O que é isto – o precedente judicial e as súmulas vinculantes?* 2. ed. rev. atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2014. p. 20.

e a moderna, na qual se dividiu a forma de apreensão de conhecimento (gnosologia) entre as teorias empirista e racionalista. Enquanto a primeira postulava que a verdade se apresenta através da percepção e da experiência, a segunda tratou de definir que é dentro do ser humano onde residem as matrizes do conhecimento que permitem a apreensão dos fenômenos externos e experiências.²

O empirismo, sendo um movimento tradicional dos países de cultura anglo-saxônica, vai ao encontro do sistema de precedência judicial, visto que baseia a justiça nas prévias construções práticas dos tribunais, e não em bases teóricas prévias e abstratas. Em oposto, o racionalismo, adotado pela Europa continental e exportado para os países por ela colonizados, fez com que se abraçasse a instrumentalização de preceitos legais prévios, concebidos através de métodos racionalistas, classificados como ideais na busca pela verdade através da via intelectual, daí seu afastamento dos costumes e sua construção essencialmente codificada.³⁻⁴

A forma de utilização do direito romano enquanto fonte dentro de cada ordenamento, sem ignorar a divisão acima exposta, constitui também fato relevante. Nos países adotantes do direito escrito (*civil law*), o direito romano deveria ser sempre aplicado de forma prioritária, “estruturando e sistematizando a aplicação do direito, enquanto no direito consuetudinário, sua aplicação deveria ser meramente subsidiária”.⁵

2 MASCARO, Alysson Leandro. *Filosofia do direito*. 6. ed. rev. e atual. São Paulo: Atlas, 2018. p. 142.

3 MASCARO, 2018, p. 147.

4 “Na filosofia do direito, os liames entre empirismo e *common law*, de um lado, e entre idealismo e *civil law*, de outro, são historicamente muito nítidos, e, pode-se mesmo dizer, praticamente geográficos. No entanto, acima dessas próprias diferenças, há uma identidade fundamental entre ambos os métodos, que reside no fato de que, seja pela experiência ou por ideias, as duas famílias de filosofias do conhecimento modernas concluem do mesmo modo: sempre pela justiça universal e inflexível do interesse burguês.” (MASCARO, Alysson Leandro. *Filosofia do direito*. 6. ed. rev. e atual. São Paulo: Atlas, 2018. p. 148).

5 ABBOUD; STRECK, 2014, p. 20.

Pereira⁶ cita que a predileção do *Corpus Juris Civilis*⁷ pela ciência jurídica da Idade Moderna tem fundamental importância para se entender o movimento que levou à cisão entre o *common* e o *civil law*. Nessa época, a adoção do pensamento sistemático kantiano atraiu a codificação como instrumento de uniformização e de superação das dificuldades inerentes ao direito esparsos daqueles tempos.⁸ A época da Ilustração, portanto, sufragava o império da razão, em detrimento do desenvolvimento jurídico da época, baseado nas soluções de casos concretos, já que “as exigências da nova visão de mundo [...] eram incompatíveis com o ‘mundo da casuística e do permanente conflito das autoridades’”.⁹

Outro fator importante para se estabelecer o paradigma fundador do *civil law* destacou-se na Revolução Francesa: a desconfiança em relação aos juízes. Os magistrados eram vistos então como agentes do Antigo Regime, e o direito francês pós-revolucionário cuidou de limitar o seu poder – fazendo surgir a figura do juiz-boca-da-lei,

6 PEREIRA, Mateus Costa. *A teoria geral do processo e seu tripé fundamental: racionalismo, pensamento sistemático e conceitualismo*. Florianópolis/SC: Tirant Lo Blanch, 2018. p. 109-110.

7 Compilação organizada pelo imperador romano do Oriente Justiniano, ainda no século VI, que designava o direito romano geral, diferenciando-o do Direito Canônico, atrelado aos interesses da Igreja. A época do estudo do *Corpus Juris Civilis* pelos glosadores e pelos comentadores prepara o advento do direito moderno (CORRÊA, Alexandre Augusto de Castro. História do direito nacional desde a antiguidade até o Código Civil de 1916. In: BITTAR, Eduardo C. B. (org.). *História do direito brasileiro: leitura da ordem jurídica nacional*. 4. ed. rev. modif. e ampl. São Paulo: Atlas, 2017. *E-book*. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788597013597/cfi/6/2!/4/2@0:0>. Acesso em: 21 ago. 2019).

8 “A título de ilustração, na França anterior à Revolução de 1789, tamanha era a fragmentação existente que era possível constatar um direito próprio ao clero, outro para a nobreza, um terceiro destinado ao povo e, em simultâneo, cada região era dotada de um sistema particular de regras, usos e costumes, alterando-se a lei de regência de determinadas relações entre o direito canônico e o direito estatal.” (SALDANHA, 1980, p. 98 *apud* PEREIRA, 2018, p. 110).

9 PEREIRA, 2018, p. 111.

cerne do positivismo exegético – no que foi acompanhado pela doutrina da época, segundo a qual o juiz somente “aplicaria o código”.¹⁰

Modernamente, as tradições possuem diferenças fundamentais nos seus procedimentos, destacando-se no *common law* a figura do Poder Judiciário como defensor e portador da tradição jurídica, a forte oralidade de seus processos, a presença predominante dos juízes e justiças de paz leigos, a aplicação restritiva e literal do direito codificado e a casuística dos tribunais como base para suas decisões, frutos de longa tradição histórica e da dogmática jurídica.¹¹ Ademais, impõe-se o reconhecimento de dois elementos na estrutura do costume: o substancial (uso reiterado no tempo) e o relacional (processo de institucionalização e formação da vinculação dos costumes).¹²

O *civil law*, por sua vez, possui na figura do Poder Legislativo seu principal emanador da conformação do poder estatal, confere ao Judiciário a interpretação da lei, baseia-se em códigos – daí a característica denominada *code law* (oposta ao *case law*) –, destacando-se, também, a sistematização escrita de seus processos e a profissionalização dos juízes.¹³ Nesse sentido é que se observa o direito codificado como matriz fundamental do *civil law*, movimento pelo qual se buscou reunir, inicialmente, diversas normas em um mesmo texto, “ou seja, buscava-se, por meio da codificação, tornar o direito mais conhecido da população e, desse modo, garantir a segurança jurídica de modo mais abrangente.”¹⁴

10 FERRAZ JUNIOR, Tércio Sampaio. *Introdução ao estudo do direito: técnica, decisão, dominação*. 9. ed. São Paulo: Atlas, 2016. p. 201.

11 ABBOUD; STRECK, 2014, p. 30-31.

12 FERRAZ JUNIOR, 2016, p. 199.

13 ABBOUD; STRECK, 2014, p. 30-31.

14 BARBOZA, Estefânia Maria de Queiroz; MELLO, Luciana Ferreira. Paralelo entre os precedentes dos Estados Unidos – análise da decisão *Roe versus Wade*, e o instituto da eficácia transcendente dos motivos determinantes no Brasil – análise da decisão proferida pelo STF na ADPF n. 54. *Espaço Jurídico Journal of Law [EJL]*, v. 16, n. 1, p. 221-238, 17 nov. 2014. Disponível em: <https://portalperiodicos.unoesc.edu.br/espacojuridico/article/view/3739>. Acesso em: 21 ago. 2019. p. 3.

Em análise detida, é essencial a conceituação de “teoria do *stare decisis*”¹⁵ e dos elementos que compõem uma decisão judicial no *common law*, sem perder de vista que

o *stare decisis* é mais do que a aplicação da regra de solução análoga para casos iguais, pois essa seria uma visão muito simplificada de um procedimento altamente complexo que por séculos se estruturou naquelas comunidades.¹⁶

Destaca-se para tal a sistematização das decisões judiciais, dividindo-as em (I) *holding*, ou *ratio decidendi*, que consiste na elaboração ou construção do caso que seria um precedente vinculante para casos futuros, e (II) *obiter dictum*, como mera argumentação, sem efeito vinculante. Tal divisão é de suma importância, por basear o futuro surgimento da teoria do precedente, que dotou de aspectos técnicos a diferenciação entre estes dois elementos e possibilitou o surgimento dos mecanismos de superação dos precedentes, dos quais mostra-se com proeminência o *distinguishing*.¹⁷

2.1 O conceito de precedente e de jurisprudência

Indispensável se mostra definir, em termos mais precisos, o que se entende por precedente e jurisprudência.

Nesse sentido, leciona Taruffo¹⁸ que, dentro dos sistemas que compõem o *civil law*, as decisões de casos sucessivos acabam se uni-

15 “A doutrina que estuda o uso dos precedentes se chama *stare decisis*, que é o nome abreviado da doutrina de respeito aos precedentes que se encontra na base dos sistemas jurídicos de *common law* que imperam nos países anglo-saxões, como Inglaterra, Estados Unidos, Canadá, Nova Zelândia e outros. O nome completo da doutrina do *stare decisis* é *stare decisis et quæta non movere*. [...] Que significa, em tradução livre, ‘aderir aos precedentes e não perturbar as coisas já estabelecidas.’” (BARBOZA, Estefânia Maria de Queiroz. *Stare decisis, integridade e segurança jurídica: reflexões críticas a partir da aproximação dos sistemas de common law e civil law*. 2011. 264 p. Tese (Doutorado em Direito) – Pontifícia Universidade Católica do Paraná, Curitiba, 2011. Disponível em: http://www.biblioteca.pucpr.br/tede/tde_busca/arquivo.php?codArquivo=1784. Acesso em: 24 jul. 2019. p. 168).

16 ABBOUD; STRECK, 2014, p. 40.

17 ABBOUD; STRECK, 2014, p. 40-41.

18 TARUFFO, Michele. Precedentes judiciais e incidente de resolução de demandas repetitivas. In: LEITE, George Salomão; STRECK, Lenio Luiz; NERY JUNIOR, Nelson. *Crise dos Poderes da República: Judiciário, Legislativo e Executivo*. São Paulo: Revista

formizando com decisões prévias, mormente quando emanadas pelas instâncias superiores, fazendo com que a invocação do precedente se torne comum nas várias esferas de intérpretes do direito. Nesse sentido, a necessidade da uniformidade na aplicação e interpretação do direito constitui a principal causa desse fenômeno, pois esta “[há] algum tempo constitui um valor considerado fundamental, uma espécie de objeto do desejo de todos aqueles que se ocupam da administração da justiça”.¹⁹ Porém, o “‘verdadeiro’ precedente, de fato, é constituído, ou pode ser constituído, por uma decisão que sucessivamente é considerada como uma regra que se aplica também aos casos sucessivos”, enquanto que “a jurisprudência é constituída por um conjunto de decisões, que pode mesmo ser numeroso e pode incluir centenas ou milhares de sentenças sobre as mesmas questões de direito”.²⁰

O precedente oriundo do *common law* (“precedente genuíno”) não possui uma estrutura textual definida, em oposto às decisões paradigmas e às súmulas, já que o precedente só se torna tal posteriormente, visto que sua aplicação sucessiva, além da aptidão a ser reproduzida por outros tribunais, é que lhe confere o *status* de precedente.²¹ Conclui-se que há um caráter dúplice do instituto, porquanto “nem toda decisão de Tribunal Superior se torna precedente”,²² o que indica que, apesar de a jurisprudência de determinada corte ser formada por suas prévias decisões, nem todas elas serão precedentes, os quais poderão surgir pela análise da jurisprudência e uso reiterado das decisões nela contidas. É necessário dizer que “é o segundo juiz que – por assim dizer – cria o precedente, adotando a mesma *ratio*

dos Tribunais, 2017. *E-book*. Disponível em: <https://proview.thomsonreuters.com/launchapp/title/rt/monografias/126248445/v1/document/128695879/anchor/a-128695879>. Acesso em: 5 nov. 2018.

19 TARUFFO, 2017.

20 TARUFFO, 2017.

21 ABBOUD, Georges; STRECK, Lenio Luiz. Art. 927. In: CUNHA, Leonardo; NUNES, Dierle; STRECK, Lenio Luiz (org.). *Comentários ao Código de Processo Civil*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2017. p. 1232.

22 ABBOUD; STRECK, 2017, p. 1229.

decidendi [holding] do caso anterior”,²³ conferindo à decisão prévia força decisiva e vinculando os casos posteriores.

Logo, diferenciam-se os precedentes da jurisprudência com efeitos vinculantes, na medida em que os primeiros são, de início, controvertidos, sendo delimitados pela sua aplicação reiterada; ou seja, o tribunal que o emana não o faz enquanto “precedente”, já que não pode impor sua futura aplicação;²⁴ quanto à jurisprudência vinculante, por sua vez, seu âmbito de vinculação é fixado pelo próprio tribunal no julgamento do caso paradigma, operando-se o efeito cascata para solucionar os casos até então sobrestados.²⁵

3 A necessária fundamentação das decisões e a situação atual da jurisprudência brasileira

Segundo Barboza, a “adoção do sistema de precedentes tem íntima ligação com o alcance da igualdade de tratamento entre os jurisdicionados, da segurança jurídica e da força normativa da Constituição”,²⁶ isto porque é inescapável o recurso ao sistema de justiça para que se efetivem direitos, por vezes fundamentais, visto que a segurança jurídica “realiza-se menos na estática textualidade do direito positivo que na dinâmica do precedente judicial”.²⁷

23 TARUFFO, 2017.

24 “Quando *Justice Marshall* decidiu *Marbury vs. Madison*, ele não podia prever que aquele caso se tornaria efetivamente o caso modelo para realização do controle difuso de constitucionalidade [...]” (ABBOUD; STRECK, 2017). Para uma explicação detalhada sobre o caso *Marbury v. Madison*, vide Souto (SOUTO, João Carlos. *Suprema Corte dos Estados Unidos: principais decisões*. 3. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Atlas, 2019. E-book. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788597021196/cfi/6/2!/4/2@0:0>. Acesso em: 26 ago. 2019).

25 ABBOUD; STRECK, 2017.

26 BARBOZA; MELLO, 2014, p. 4.

27 CORTIANO JÚNIOR, Eroulth; RAMOS, André Luiz Arnt. Segurança jurídica, precedente judicial e o direito civil brasileiro: prospecções à luz da Teoria do Direito. *Civilística.com*. Rio de Janeiro, ano 4, n. 2, 2015. Disponível em: <http://civilistica.com/seguranca-juridica-precedente-judicial-e-o-direito-civil-brasileiro/>. Acesso em: 21 ago. 2019. p. 8.

Barboza²⁸ afirma ainda que do Estado Democrático de Direito constituem pilares (I) a certeza jurídica, (II) a estabilidade da jurisdição e (III) a previsibilidade das provisões jurisdicionais para os cidadãos. Tais pilares justificam a necessidade do respeito aos precedentes, pois as decisões judiciais são, sem qualquer dúvida, fonte para os intérpretes do direito e para os jurisdicionados.

A Constituição Federal, no inciso IX do art. 93, traz importante previsão acerca das decisões judiciais ao estabelecer que “todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos, e fundamentadas todas as decisões, sob pena de nulidade [...]”.²⁹ A importância de tal disposição é inegável, já que a fundamentação das decisões, inclusa nela a motivação, é um direito fundamental do cidadão, além de uma exigência do Estado Democrático de Direito no sentido de fornecer racionalização jurídica e transparência às decisões de um poder estatal.³⁰

Ao constituir-se em direito fundamental dos jurisdicionados, a correta fundamentação das decisões deve garantir certos direitos às partes, conforme jurisprudência do *Bundesverfassungsgericht* invocada pelo Supremo Tribunal Federal no julgamento do Mandado de Segurança n. 24.268-04/MG: (I) o direito de informação; (II) o direito de manifestação; e (III) o direito de ver seus argumentos considerados.

Logo, a fundamentação constitui um sistema de garantias que visam assegurar a proteção jurisdicional correta e eficaz, estando inti-

28 BARBOZA, Estefânia Maria de Queiroz. *Precedentes judiciais e segurança jurídica: fundamentos e possibilidades para a jurisdição constitucional brasileira*. São Paulo: Saraiva, 2014. *E-book*. Disponível em: <https://app.saraivadigital.com.br/leitor/ebook:581085>. Acesso em: 21 ago. 2019.

29 Sobre este ponto, Streck dispõe que, por uma exegese radical do dispositivo da Constituição Federal mencionado, uma decisão judicial mal fundamentada não seria sanável nem por embargos, mas deveria ser nula, pois dotada de uma inconstitucionalidade desde o seu nascimento (STRECK, Lenio Luiz. *Verdade e consenso*. 6. ed. rev. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2017a. p. 687).

30 MENDES, Gilmar; STRECK, Lenio Luiz. Comentários ao artigo 93, item 2.7. Da necessidade de fundamentação das decisões judiciais e administrativas. In: CANOTILHO, José Joaquim *et al.* (coord.). *Comentários à Constituição do Brasil*. 2. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018. p. 1423.

mamente relacionada ao desenvolvimento do Estado moderno, aos seus sistemas judiciários, às relações entre indivíduos e autoridades, ao modo de desenvolvimento do processo e às garantias nele envolvidas e, inclusive, à responsabilidade do juiz perante a sociedade.³¹

A necessidade de fundamentação constitui ainda garantia da própria existência do sistema jurídico, já que garante à decisão sua inserção no conjunto do sistema enquanto dotada de legitimidade.³²

No mesmo sentido, a utilização de precedentes impõe uma *unidade*, já que a decisão anterior de um tribunal vincula uma decisão posterior deste ou de outro tribunal, mormente em suas razões de decidir (*ratio decidendi*), impondo a análise do caso *sub judice* e do paradigma para que, finalmente, decida-se pela aplicação do precedente ou sua não utilização através dos mecanismos de superação destes, sem que se ignore a *história* das decisões de que se compõe a institucionalidade judiciária.³³

É dizer que a prolação de uma decisão judicial transpassa a mera aplicação do direito, perfazendo um alicerce do Estado de direito democrático e constituindo importante garantia, devendo ser alicerçada nos corretos fundamentos jurídicos.

Por constituir a fundamentação das decisões judiciais um dos nortes do devido processo legal e da garantia da jurisdição, são essenciais para garantir a segurança jurídica a proteção da confiança no ordenamento jurídico e a legalidade das decisões, elementos constitutivos do Estado de direito.³⁴

31 GOMES FILHO, 2001, p. 51 *apud* DANTAS, Ivo. *Constituição & processo*. 2. ed. Curitiba: Juruá, 2011. p. 382-383.

32 BOBBIO, Norberto. *Teoria do ordenamento jurídico*. Tradução de: Ari Marcelo Solon. 2. ed. São Paulo: EDIPRO, 2014. p. 78-80.

33 ENGISCH, Karl. *Introdução ao pensamento jurídico*. Tradução de: J. Batista Figueiredo. 8. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2001. p. 364-365.

34 CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição*. 7. ed. Coimbra: Edições Almedina, 2003. p. 257.

3.1 A jurisprudência brasileira e suas deficiências

No Brasil, a crescente utilização dos precedentes como forma de fundamentação de decisões acaba por violar e suprimir a necessidade da fundamentação, substituindo a argumentação jurídica – que significa, em suma, “dar as razões pelas quais determinada decisão há de ser adotada, expor as suas justificações e fatos jurídicos determinantes” –³⁵ por enunciados pré-prontos e aplicados de forma mecânica.

No ordenamento brasileiro ainda se valoriza uma ideia antiquada do que seria um precedente,³⁶ “sem qualquer preocupação quanto à compreensão de como as decisões foram efetivamente construídas, isto é, de como o juiz efetuou a passagem do ‘texto normativo’ para a ‘norma jurídica’”.³⁷ Nesse sentido, o primeiro dos erros da jurisdição brasileira é o julgamento por ementas, aliado ao fato de que se invoca de maneira desmedida a ponderação alexyana e a solução por meio da subsunção, esquecendo-se qualquer compromisso com a coerência e integridade do sistema.³⁸

Os precedentes utilizados no Brasil são uma imitação superficial do precedente genuíno – servindo como preconcepções, “con-

35 BRANCO, Paulo Gustavo Gonet; MENDES, Gilmar. *Curso de direito constitucional*. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2016. p. 423.

36 Taruffo ainda explicita que, nos sistemas do *common law*, a decisão que se assume como precedente é uma só, e “faz precedente”, sendo desnecessária a complementação deste precedente por outras decisões. Em um sistema como o nosso, todavia, o que fundamenta a decisão é a jurisprudência, a unidade de decisões de um tribunal. Nas palavras do autor, “isto implica várias consequências, entre elas a dificuldade – frequentemente de árdua superação – de se estabelecer qual decisão é verdadeiramente relevante (se é que existe uma) ou de decidir quantas decisões são necessárias para que se possa dizer que existe uma jurisprudência relativa a uma determinada interpretação de uma norma” (TARUFFO, 2014, p. 3).

37 NETO, Bianor Arruda Bezerra. Mas, afinal, qual é o conceito de precedente no Brasil? *Revista Conjur*, São Paulo, jul. 2018. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2018-jul-27/bianor-arruda-afinal-qual-conceito-precedente-brasil>. Acesso em: 11 nov. 2018.

38 ROSSI, Júlio César. *Precedente à brasileira: a jurisprudência vinculante no CPC e no novo CPC*. São Paulo: Atlas, 2015. p. 240.

ceitos-sem-coisa”, com a função insólita de facilitar a fundamentação jurídica, gerando uma simplificação nociva para a ciência,³⁹ que passa a ter bases vetustas amplas e gerais, que fogem sobremaneira da real função e da real cultura dos precedentes.

Da forma como utiliza-se o “precedente” no Brasil – tanto o termo em si quanto o sistema destes –, desvaloriza-se o diferencial que a doutrina moderna expõe acerca da efetividade da jurisdição: a fundamentação na atividade judicial. O magistrado passa a ser não mais boca-da-lei (conceito completamente errôneo, destaca-se, mas externo ao propósito do presente trabalho) e passa a ser “boca-da-súmula”, “boca-da-repercussão-geral”, “boca-do-recurso-repetitivo”, deixando de lado qualquer real interpretação, fundamentação e possibilidade de controle da decisão, bastando que seja, nas palavras de Eros Grau,⁴⁰ apenas alfabetizado.

Há escassez técnico-teórica quando do manuseio dos precedentes, deixando-se de lado as técnicas de aplicação e superação destes, classificando-se como assustador e lamentável que, ainda hoje, julgadores (e demais intérpretes) desconheçam conceitos como *ratio decidendi* e *distinguishing*,⁴¹ primordiais quando se fala na utilização do direito jurisdicional, que nos dias atuais ganha suma importância pois se deposita no Poder Judiciário a “correção do direito”. A situação da jurisprudência brasileira é sintomática, pois o Poder Judiciário “age ‘como se’ não tivesse o papel de garantidor dos direitos de liberdade, sociais-coletivos e difusos. Produz uma cultura estandardizada”, a-histórica, atemporal, de valorações arbitrárias e desconstitucionalizadas.⁴²

39 ROSSI, 2015, p. 240.

40 GRAU, Eros Roberto. *Por que tenho medo dos juízes: a interpretação/aplicação do direito e os princípios*. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 2013. p. 55.

41 NUNES, Dierle; VIANA, Antônio Aurélio de Souza. *Precedentes: a mutação no ônus argumentativo*. Rio de Janeiro: Forense, 2018. *E-book*. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788530978112/cfi/6/2/1/4/2@0:0>. Acesso em: 11 jun. 2019.

42 MACHADO, Felipe Daniel Amorim; NETO, Alfredo Copetti. *A hermenêutica jurídica em defesa da civilização: uma contraposição à barbárie teológica dos tribunais*. In: MACHADO, Felipe Daniel Amorim; OLIVEIRA, Marcelo Andrade Cattoni de

O retrato atual da jurisdição nacional é extremamente problemático, especialmente quando se perquire acerca da aplicação de precedentes, pois esta carece sobremaneira de fundamentos teóricos e técnicos que a sustentem, ocasionando uma fragilidade patente na atuação jurisdicional e na prestação de justiça.

3.1.1 *As súmulas vinculantes*

As súmulas vinculantes (criadas pela Emenda Constitucional n. 45/2004 e regulamentadas pela Lei n. 11.471/2006) surgiram como um mecanismo para uniformização da jurisprudência e vinculação de decisões com base em entendimentos reiterados do Supremo Tribunal Federal em matéria constitucional (art. 103-A, *caput*, CF/88). O caráter uniformizador das súmulas vinculantes (art. 103-A, § 1º, CF/88) prescreve como objetivo destas a validade, interpretação e eficácia de normas determinadas, sobre as quais haja controvérsia atual e que possa acarretar grave insegurança jurídica e relevante multiplicação de processos sobre questão semelhante.

É dizer que a edição de súmulas vinculantes objetiva transpor para casos concretos uma interpretação de caráter geral e abstrato. Isto porque, apesar de tais súmulas originarem-se de reiteradas decisões do Supremo Tribunal Federal, as particularidades dos casos que fundamentaram a edição da súmula não são para ela transportadas, gerando um enunciado aberto e abstrato o suficiente para ter efeitos *erga omnes*.⁴³

Todavia, nota-se que, apesar dos requisitos elencados na Constituição Federal acerca do objetivo das súmulas vinculantes, muitas delas não os cumprem, pois exigem-se somente os votos favoráveis de dois terços dos ministros do Supremo Tribunal Federal como requisito objetivo para edição de uma súmula vincu-

(coord.). *Constituição e processo: a contribuição do processo ao constitucionalismo democrático brasileiro*. Belo Horizonte: Del Rey, 2009. p. 187.

43 TAVARES, André Ramos. *Nova lei da súmula vinculante: estudos e comentários à Lei 11.417, de 19.12.2006*. 2. ed. São Paulo: Método, 2007. p. 15.

lante, o que ocasiona a confirmação e a edição de súmulas de forma discricionária, além da possibilidade de confirmação de súmula já existente, dotando-a de caráter vinculatório.⁴⁴

As súmulas vinculantes vieram como uma forma de aproximação do modelo brasileiro ao modelo judicialista, buscando a formação de espécies de precedentes vinculatórios.⁴⁵ Ocorre que, como já exposto, o precedente genuíno não é dotado de precedência por ato normativo, mas sim pela cultura que o *precede*, a qual dita que o princípio jurídico que serviu de fundo à decisão deve ser seguido em decisões posteriores. As súmulas vinculantes não podem ser caracterizadas como precedentes genuínos, pois nestes “a norma e o princípio jurídico são induzidos a partir da decisão judicial, porque esta não se ocupa senão da solução do caso concreto apresentado”,⁴⁶ enquanto que as súmulas vinculantes, ao serem editadas ou confirmadas, perdem todo o substrato fático que as embasaram, gerando um enunciado despido de qualquer fundamentação e dotado de caráter geral e abstrato, resgatando a já ultrapassada jurisprudência dos conceitos, caracterizando-se uma espécie de “pandecta” – conceitos que pretendem abarcar todas as hipóteses de aplicação.⁴⁷

4 As novas disposições do Código de Processo Civil

O Código de Processo Civil de 2015 trouxe, nos arts. 926 a 928, determinações de que os tribunais devem uniformizar sua jurisprudência e mantê-la estável, íntegra e coerente (*caput* do art. 926), e que os juízes e os tribunais observarão as decisões do Supremo

44 STRECK, Lenio Luiz. *Jurisdição constitucional*. 5. ed. rev. atual. e reform. Rio de Janeiro: Forense, 2018. p. 293.

45 TAVARES, 2007, p. 22.

46 TAVARES, 2007, p. 23.

47 STRECK, Lenio Luiz. *Dicionário de hermenêutica: quarenta temas fundamentais da teoria do direito à luz da crítica hermenêutica do direito*. Belo Horizonte (MG): Letramento, 2017b. p. 107.

Tribunal Federal em controle concentrado de constitucionalidade, os enunciados de súmula vinculante, os acórdãos em incidentes de assunção de competência ou de resolução de demandas repetitivas e em julgamentos de recursos extraordinários e especiais repetitivos, os enunciados das súmulas do Supremo Tribunal Federal em matéria constitucional e do Superior Tribunal de Justiça em matéria infraconstitucional e a orientação do plenário ou do órgão especial aos quais estiverem vinculados (art. 927 e seus incisos).

Dessas disposições extrai-se a necessidade da adoção de mecanismos e técnicas de uniformização das decisões, para que se evitem casuísmos e arbitrariedades, além de decisões de baixo caráter qualitativo, já que não se tem um precedente genuíno quando o juiz não raciocina sobre os fatos do seu caso, pior ainda quando não o fez o juiz do caso “precedente”, limitando-se a enunciar uma regra desconexa de quaisquer dos fatos.⁴⁸

Ante a adoção, como perspectiva, do precedente do *common law*, é necessária a sua correta utilização, devendo ser especialmente observada a cisão entre *holding* (ou *ratio decidendi*)⁴⁹ e *obiter dictum*, já que a doutrina dos precedentes baseia-se na identificação e articulação dos elementos compreendidos nos precedentes para que se identifique qual regra jurídica contida nos casos anteriores pode ser usada na solução do caso presente, bem como as particularidades que acarretariam a utilização da técnica do *distinguishing* a fim de

48 TARUFFO, 2017.

49 Há diferenciação entre os conceitos, porém, a distinção é de ampla discussão até dentro dos sistemas da *common law*. Assim, brevemente explica Schauer (SCHAUER, Frederick. *Thinking like a lawyer: a new introduction to legal reasoning*. Cambridge: Harvard University Press, 2009. p. 180) que os conceitos são similares, mas não idênticos, sendo o *holding* o mais utilizado na prática nos Estados Unidos, enquanto a *ratio decidendi* é mais utilizada na Grã-Bretanha. O primeiro definir-se-ia como aquilo que é necessário para basear o resultado em um caso, enquanto o segundo passa por um conceito mais complexo, possuindo várias correntes, que se interconectam na medida em que definem a *ratio decidendi* como o ato de ligar os fatos à lei ou à norma, diferenciando-se na medida que adicionam, por exemplo, a necessidade de se analisar os argumentos utilizados pelo julgador para realizar essa subsunção.

que o juiz possa se afastar do precedente posto,⁵⁰ evitando “o uso diletante de enunciados descontextualizados retirados de decisões de casos passados sobre cujas particularidades nada se sabe”.⁵¹

Na sua concepção de direito como integridade, Dworkin⁵² expõe que as manifestações do direito não devem ser relegadas ao convencionalismo momentâneo ou voltadas ao passado, tampouco ser instrumentos voltados ao futuro, rejeitando a concepção dicotômica de que os juízes ou descobrem ou inventam o direito, “pois só entendemos o raciocínio jurídico tendo em vista que os juízes fazem as duas coisas e nenhuma delas”.

Para que as decisões judiciais possam ser consideradas válidas e, em um caráter mínimo, corretas, avalia-se se estas “constam, ou se derivam, dos princípios de justiça, equidade e devido processo legal que oferecem a melhor interpretação construtiva da prática jurídica da comunidade”.⁵³ É dizer que as decisões judiciais, para que “façam precedente” e cumpram a função da segurança jurídica, devem ser coerentes entre si e com o restante do ordenamento (garantindo a unidade deste) e, para tal, a fundamentação nos seus diversos estágios – análise dos casos, identificação da *ratio decidendi*, aplicação ou não ao caso paradigma – é essencial.

5 A força dos precedentes

Ainda na lição de Dworkin, tomando como fundamento a essencialidade da integridade e coerência da jurisprudência, o autor concebe a prática jurisdicional como a escrita de um “romance em cadeia”, no qual cada romancista (intérprete) da cadeia interpreta

50 ABBOUD; STRECK, 2017, p. 1235.

51 RAMIRES, Maurício. *Crítica à aplicação de precedentes do direito brasileiro*. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2010. p. 149.

52 DWORKIN, Ronald. *O império do direito*. Tradução de: Jeferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 1999. p. 271.

53 DWORKIN, 1999, p. 272.

os capítulos já existentes (precedentes) para escrever um novo capítulo (nova decisão), que será recebido pelo romancista seguinte, buscando a construir o romance da melhor maneira.⁵⁴

Logo, o *common law* preocupa-se com a integridade do sistema através da racionalidade aplicada aos precedentes, garantindo a coerência do ordenamento.⁵⁵ Nesta tradição, a limitação imposta pela doutrina do *stare decisis* impõe o respeito aos precedentes, englobando os atos de segui-los, distingui-los ou revogá-los. O que não se admite é a possibilidade de ignorar as decisões anteriores, que retratam a prática constitucional e a moralidade política da comunidade.⁵⁶

Ainda, com a penetração da linguagem na filosofia e a consequente revolução hermenêutica no mundo jurídico ocasionada pelo giro linguístico do início do século XX, termina-se com a ideia de juiz exegeta-boca-da-lei e passa-se à noção de que o juiz, ao aplicar a lei, “estará aplicando não o texto-em-si, mas o sentido que esse texto adquiriu na tradição, exurgindo sua interpretação a partir da necessária fusão de horizontes”.⁵⁷

Aliado a isso, o surgimento do constitucionalismo (contemporâneo), apesar das tendências de se negar o novo papel que essa concepção da jurisdição impôs ao juiz, obriga a que este não mais sirva como declarante da vontade da lei, mas sim da conformidade da lei em face da Constituição (perpassando, portanto, por um processo interpretativo complexo), em busca da legalidade substancial.⁵⁸⁻⁵⁹

54 DWORIN, 1999, p. 276.

55 BARBOZA, 2014.

56 BARBOZA, 2014.

57 STRECK, 2018, p. 385-386.

58 MARINONI, Luiz Guilherme. Aproximação crítica entre as jurisdições de *civil law* e de *common law* e a necessidade de respeito aos precedentes no Brasil. *Revista da Faculdade de Direito UFPR*, Curitiba, PR, Brasil, v. 49, dez. 2009. ISSN 2236-7284. Disponível em: <https://revistas.ufpr.br/direito/article/view/17031>. Acesso em: 23 jul. 2019. p. 38-41.

59 Leciona ainda Marinoni (2009, p. 12) que “a concepção dogmática de que o direito se restringe ao produto do Legislativo, ancorada na ideologia da Revolução Francesa

Tais elementos embasam tanto as novas disposições do Código de Processo Civil quanto as previsões da Constituição de 1988 acerca da fundamentação das decisões. A resistência da jurisdição em evoluir ante as novas necessidades da ciência do direito (e as concepções falhas citadas ao longo deste trabalho), entretanto, “não permite enxergar a relevância de um sistema de precedentes no *civil law*”.⁶⁰

5.1 O *distinguishing*

Os precedentes constituem uma acumulação de conhecimento do passado. Entretanto, não é exigível, em todas as situações, que os casos paradigma e paragonado tenham perfeita equivalência entre si. É mais coerente que, “para cada caso novo, um conjunto de decisões prévias garanta alguns modelos similares que possam ser adotados ou adaptados para solucionar o problema que se enfrenta”.⁶¹

Não pode haver um engessamento da jurisdição, ao vinculá-la a casos análogos anteriores, o que ocasionaria desigualdade substantiva entre os jurisdicionados. Para que se efetive a força da constituição, cabe à jurisdição constitucional ter a sensibilidade para perceber as mudanças necessárias e promovê-las nos precedentes, com essencial observância à maior correção das decisões⁶² – daí a necessidade da utilização do *distinguishing*, para que um juiz “ao vislumbrar que um precedente [...] não está adequado ao caso que enfrenta, afaste-o”.⁶³

Assim, para que se possa garantir a coerência e a justeza do ordenamento, especialmente no que tange à justiça substancial, os precedentes podem ser superados ou afastados do caso a ser julgado,

e no dogma da estrita separação dos poderes, não sobreviveu aos fatos históricos, à conformação diversificada dos sistemas jurídicos dos vários países do *civil law* e, sobretudo, ao advento do constitucionalismo”.

60 MARINONI, 2009, p. 41.

61 BARBOZA, 2011, p. 167.

62 BARBOZA, 2011, p. 192.

63 BARBOZA; MELLO, 2014, p. 6.

permitindo aos juizes que distingam (*distinguish*) ou superem (*overrule*) o precedente com base em razões idôneas.⁶⁴

Nesse sentido, “se o precedente pode ser revogado, é evidente que o respeito aos precedentes depende da força das suas razões”.⁶⁵ Igual previsão se aplica aos casos de distinção ou superação dos precedentes e, para que se avalie a força das razões da decisão, necessário remeter-se às partes que as compõem: *ratio decidendi* e *obiter dictum*. Nesse sentido, constituem elementos fundamentais do *common law* (I) a obrigatoriedade de os tribunais inferiores respeitarem as decisões dos tribunais superiores, os quais também se obrigam por suas próprias decisões; (II) o fato de as decisões anteriores dos tribunais consistirem em argumentos fortes o suficiente para serem levados em consideração quando aventados em um caso; (III) as razões como elemento vinculante nos precedentes, *i.e.*, o princípio geral de direito que funda a decisão; e (IV) o fato de o precedente – sua *ratio decidendi* – nunca perder sua vigência,⁶⁶ podendo ser sempre invocado caso se demonstre sua utilidade e afastado somente se observadas a sua superação ou distinção, por exemplo.⁶⁷

A distinção opera-se quando se verificam diferenças relevantes entre dois casos (paradigma e paragonado) ao ponto de o precedente invocado pelas partes ou pelo magistrado ter sua aplicação afastada, conforme exposto, inclusive, nos incisos V e VI do § 1º do art. 489 do Código de Processo Civil. A fim de que se possa efetuar a devida distinção é fundamental a identificação das razões de decidir do precedente, e para tanto é necessário que este seja uma decisão fundamentada. Assim, ao se utilizar do *distinguishing*, estará o magistrado, ao invés de adotar a *ratio decidendi* de um caso prévio, criando novas razões de decidir, que poderão possuir cará-

64 BARBOZA, 2011, p. 170.

65 MARINONI, 2009, p. 6.

66 “Um costume, por exemplo, não se promulga: ele cria-se, forma-se, impõe-se sem que nesse processo possamos localizar um ato sancionador.” (FERRAZ JUNIOR, 2016, p. 197).

67 FERRAZ JUNIOR, 2016, p. 200.

ter ampliativo ou restritivo em relação ao precedente primeiramente invocado, na medida em que dependam de menos ou mais fatos relevantes para serem aplicadas.⁶⁸

A distinção é essencial para o desenvolvimento dos precedentes, pois é responsável pela paulatina delimitação das *ratione decidendi*, ao ampliar ou restringir a aplicação da norma, introduzindo novos elementos argumentativos ao precedente. Por conta dessa delimitação – ou *definição* –, a segurança jurídica é maximizada, pois passa-se a respeitar definitivamente os precedentes e suas razões fundamentais, ao mesmo tempo em que se mantém a primazia da justiça substancial.⁶⁹

Quando do surgimento de um novo caso, diverso daquele que originou o precedente aventado, exige-se do juiz a solução de pontos anteriormente não levantados, abrindo-se oportunidade para o desenvolvimento horizontal do direito, dando-lhe novos contornos, capazes de entender, através de um perfil mais amplo, a complexidade da sociabilidade e de estabelecer o precedente como fator de racionalidade do direito.⁷⁰

O precedente, como dito, não é sinal de engessamento do direito, mas de estabilidade, já que uma corte tem o dever de revogar o precedente que foi superado diante da evolução da socie-

68 PEIXOTO, Ravi. *Superação do precedente e segurança jurídica*. Salvador: JusPodivm, 2015. p. 215.

69 “Se não existem diferentes situações fáticas e mesmo assim é realizada a ‘distinção’, tem-se uma espécie de superação implícita, muitas vezes realizada por um magistrado incompetente para tanto. Se a situação é semelhante, ela está sob o âmbito de incidência do precedente e, mesmo que a eficácia seja meramente persuasiva, permanece o dever de diálogo, denegado quando se adota uma distinção inadequada.” (PEIXOTO, 2015, p. 217).

70 MARINONI, Luiz Guilherme. *A ética dos precedentes*. 2. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016. *E-book*. Disponível em: <https://portal.mpf.mp.br/rtproview/title.html?redirect=true&titleKey=rt%2Fmonografias%2F99876588%2Fv2.4&titleStage=F&titleAcct=ia744d779000001593d53a067c09b01c5#sl=e&eid=004e33ea8460c297e92a2a0c3ef6d055&eat=a-112253653&pg=1&psl=&nvgS=false>. Acesso em: 31 ago. 2019.

dade ou de uma nova concepção geral do direito⁷¹ e a obrigação de afastá-lo quando não se constituir na decisão correta para o caso. Em suma, “os juízes distinguem um caso não porque é inerente ao seu papel de *law-making*, mas porque entendem que a adoção do precedente não é o resultado mais correto ao caso atual, que possui fatos materiais⁷² distintos dos da decisão precedente”,⁷³ buscando-se a integridade e a coerência, excluindo-se qualquer ideia de imutabilidade absoluta da jurisdição.

A superação ou distinção de um precedente constituem, assim, formas de garantir a coerência da história contada pelo *romance em cadeia*, respeitando, além da integridade e da coerência da jurisprudência, o direito fundamental à fundamentação das decisões e à segurança jurídica.

6 Considerações finais

Apesar da cada vez maior adoção dos precedentes como fundamentos de decisões, o que se observa no Brasil são várias deficiências, a começar pela aplicação falha dos meros conceitos de precedente e jurisprudência, ocasionando problemas na correta prestação jurisdicional, especialmente no que tange à fundamenta-

71 MARINONI, 2016.

72 A autora adota aqui a teoria de Arthur L. Goodhart para a descoberta da *ratio decidendi*. Para ele, a descoberta das razões de decidir se dá desvendando os fatos relevantes (*material facts*) adotados pelo juiz e sua decisão baseada neles, chegando-se assim ao princípio da decisão. A partir disso, inferem-se os fatos não relevantes (*immaterial facts*), uma vez que para se estabelecer o correto princípio de um caso são importantes tanto os fatos excluídos quanto os adotados para a decisão (BARBOZA, 2011, p. 189). Para outra teoria nesse sentido, a obra de Peixoto (2015, p. 173) explana o teste de Eugene Wambaugh, consistente em buscar determinada regra geral do precedente e substituí-la por uma proposição contrária. Caso a conclusão da decisão seja modificada por essa proposição contrária, esta será *ratio decidendi*. Ambas as teorias sofrem críticas, mas, para o propósito deste trabalho, que adota, em linhas gerais, a teoria de Goodhart, despidendo explicitá-las, bastando a consulta às duas obras acima mencionadas.

73 BARBOZA, 2011, p. 195.

ção das decisões. Isto se dá pela ausência de uma teoria do precedente que fundamente a utilização deste no ordenamento, pelo que é primordial a adoção de um fundamento desse norte no Brasil, especialmente para que se garanta a fundamentação e consequente vinculatividade das decisões.

As soluções trazidas pelo ordenamento brasileiro positivo, especialmente as súmulas vinculantes, não cumprem quaisquer das funções da teoria do precedente, pois engessam a jurisdição e a tornam autofágica, consistindo, quando muito, em uma vulgata da teoria do *stare decisis*.

A adoção de uma teoria do precedente pressupõe o correto entendimento das partes que o constituem: sua *ratio decidendi* (ou *holding*) e seu *obiter dictum*. Para a identificação do que constitui as razões de decidir de um precedente, é necessário que se busquem na decisão os fatos, a fundamentação e a conclusão do magistrado, com o fim de identificar aquilo que é recorrente nos casos análogos e que possa servir como norma no caso em apreço. Isto porque os métodos clássicos para identificação da *ratio decidendi* são falhos, pois (I) ignoram a possibilidade de mais de uma razão de decidir (Wambaugh) e (II) possibilitam o surgimento de *rationes decidendi* muito amplas e não jurídicas ou metajurídicas (Goodhart).

A vinculatividade de decisões judiciais é essencial à segurança jurídica, com o seu fim precípua de garantir a previsibilidade jurisdicional e a unidade sistêmica inerentes ao ordenamento. Como garantia de justiça substancial e de uniformidade jurisprudencial, entretanto, o *distinguishing* (distinção) é ferramenta essencial e pressupõe a identificação correta das razões de decidir, pois, para a distinção (ou superação) de um precedente, é igualmente necessário o combate aos seus argumentos (*obiter dicta*), uma vez que é a partir do combate aos fundamentos da decisão que se afasta a aplicação da norma – a *ratio decidendi* –, que não pode estar desvinculada dos fatos que geraram o julgamento, sob pena de criarem-se conceitos-sem-coisa, desvinculados das circunstâncias fático-jurídicas que lhes deram origem – entretanto, é exatamente o que fazem as súmulas, vinculantes ou não, as ementas e os enunciados (e seus semelhantes).

Nesse sentido, as disposições do Código de Processo Civil devem ser complementadas por uma teoria que as lastreiem e deem forma, garantindo igualmente o dever constitucional de fundamentação das decisões, a integridade e a coerência que compõem e garantem o ordenamento e o Estado de direito constitucional.

Referências

ABBOUD, Georges; STRECK, Lenio Luiz. *O que é isto – o precedente judicial e as súmulas vinculantes?* 2. ed. rev. atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2014. 130 p.

ABBOUD, Georges; STRECK, Lenio Luiz. Art. 927. In: CUNHA, Leonardo; NUNES, Dierle; STRECK, Lenio Luiz (org.). *Comentários ao Código de Processo Civil*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2017. p. 1220-1247.

BARBOZA, Estefânia Maria de Queiroz. *Precedentes judiciais e segurança jurídica: fundamentos e possibilidades para a jurisdição constitucional brasileira*. São Paulo: Saraiva, 2014. *E-book*. Disponível em: <https://app.saraivadigital.com.br/leitor/ebook:581085>. Acesso em: 21 ago. 2019.

BARBOZA, Estefânia Maria de Queiroz. *Stare decisis, integridade e segurança jurídica: reflexões críticas a partir da aproximação dos sistemas de common law e civil law*. 2011. 264 p. Tese (Doutorado em Direito) – Pontifícia Universidade Católica do Paraná, Curitiba, 2011. Disponível em: http://www.biblioteca.pucpr.br/tede/tde_busca/arquivo.php?codArquivo=1784. Acesso em: 24 jul. 2019.

BARBOZA, Estefânia Maria de Queiroz; MELLO, Luciana Ferreira. Paralelo entre os precedentes dos Estados Unidos – análise da decisão *Roe versus Wade*, e o instituto da eficácia transcendente dos motivos determinantes no Brasil – análise da decisão proferida pelo STF na ADPF n. 54. *Espaço Jurídico Journal of Law [EJLL]*, v. 16, n. 1, p. 221-238, 17 nov. 2014. Disponível em: <https://portalperiodicos.unoesc.edu.br/espacojuridico/article/view/3739>. Acesso em: 21 ago. 2019.

BOBBIO, Norberto. *Teoria do ordenamento jurídico*. Tradução de: Ari Marcelo Solon. 2. ed. São Paulo: EDIPRO, 2014. 174 p.

BRANCO, Paulo Gustavo Gonet; MENDES, Gilmar. *Curso de direito constitucional*. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2016. 1504 p.

BRASIL. *Constituição*. República Federativa do Brasil de 1988. Brasília, DF: Senado Federal, 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm. Acesso em: 4 jun. 2019.

BRASIL. *Lei n. 11.417, de 19 de dezembro de 2006*. Regulamenta o art. 103-A da Constituição Federal e altera a Lei n. 9.784, de 29 de janeiro de 1999, disciplinando a edição, a revisão e o cancelamento de enunciado de súmula vinculante pelo Supremo Tribunal Federal, e dá outras providências. Brasília, DF: Presidência da República. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2004-2006/2006/Lei/L11417.htm. Acesso em: 23 jul. 2019.

BRASIL. *Lei n. 13.105, de 16 de março de 2015. Código de Processo Civil*. Brasília, DF: Presidência da República. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13105.htm. Acesso em: 4 jun. 2019.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional e teoria da Constituição*. 7. ed. Coimbra: Edições Almedina, 2003. 1522 p.

CORRÊA, Alexandre Augusto de Castro. História do direito nacional desde a antiguidade até o Código Civil de 1916. In: BITTAR, Eduardo C. B. (org.). *História do direito brasileiro: leitura da ordem jurídica nacional*. 4. ed. rev. modif. e ampl. São Paulo: Atlas, 2017. *E-book*. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788597013597/cfi/6/2!/4/2@0:0>. Acesso em: 21 ago. 2019.

CORTIANO JÚNIOR, Eroulths; RAMOS, André Luiz Arnt. Segurança jurídica, precedente judicial e o direito civil brasileiro: prospecções à luz da Teoria do Direito. *Civilistica.com*. Rio de Janeiro, ano 4, n. 2, 2015. Disponível em: <http://civilistica.com/seguranca-juridica-precedente-judicial-e-o-direito-civil-brasileiro/>. Acesso em: 21 ago. 2019.

DANTAS, Ivo. *Constituição & processo*. 2. ed. Curitiba: Juruá, 2011. 832 p.

DWORKIN, Ronald. *O império do direito*. Tradução de: Jeferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 1999. 513 p.

ENGISCH, Karl. *Introdução ao pensamento jurídico*. Tradução de: J. Batista Figueiredo. 8. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2001. 393 p.

FERRAZ JUNIOR, Tércio Sampaio. *Introdução ao estudo do direito: técnica, decisão, dominação*. 9. ed. São Paulo: Atlas, 2016. 334 p.

GRAU, Eros Roberto. *Por que tenho medo dos juízes: a interpretação/aplicação do direito e os princípios*. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 2013. 176 p.

MACHADO, Felipe Daniel Amorim; NETO, Alfredo Copetti. A hermenêutica jurídica em defesa da civilização: uma contraposição à barbárie teológica dos tribunais. In: MACHADO, Felipe Daniel Amorim; OLIVEIRA, Marcelo Andrade Cattoni de (coord.). *Constituição e processo: a contribuição do processo ao constitucionalismo democrático brasileiro*. Belo Horizonte: Del Rey, 2009. 396 p.

MARINONI, Luiz Guilherme. Aproximação crítica entre as jurisdições de *civil law* e de *common law* e a necessidade de respeito aos precedentes no Brasil. *Revista da Faculdade de Direito UFPR*, Curitiba, PR, Brasil, v. 49, dez. 2009. ISSN 2236-7284. Disponível em: <https://revistas.ufpr.br/direito/article/view/17031>. Acesso em: 23 jul. 2019.

MARINONI, Luiz Guilherme. *A ética dos precedentes*. 2. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016. *E-book*. Disponível em: <https://portal.mpf.mp.br/rtproview/title.html?redirect=true&titleKey=rt%2Fmonografias%2F99876588%2Fv2.4&titleStage=F&titleAcct=ia744d779000001593d53a067c09b01c5#sl=e&eid=004e33ea8460c29-7e92a2a0c3ef6d055&eat=a-112253653&pg=1&pSl=&nvgS=false>. Acesso em: 31 ago. 2019.

MASCARO, Alysso Leandro. *Filosofia do direito*. 6. ed. rev. e atual. São Paulo: Atlas, 2018. 626 p.

MENDES, Gilmar; STRECK, Lenio Luiz. Comentários ao artigo 93, item 2.7. Da necessidade de fundamentação das decisões judiciais e administrativas. In: CANOTILHO, José Joaquim *et al.* (coord.). *Comentários à Constituição do Brasil*. 2. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018. 2504 p.

NETO, Bianor Arruda Bezerra. Mas, afinal, qual é o conceito de precedente no Brasil? *Revista Conjur*, São Paulo, jul. 2018. Disponível

em: <https://www.conjur.com.br/2018-jul-27/bianor-arruda-afinal-qual-conceito-precedente-brasil>. Acesso em: 11 nov. 2018.

NUNES, Dierle; VIANA, Antônio Aurélio de Souza. *Precedentes: a mutação no ônus argumentativo*. Rio de Janeiro: Forense, 2018. *E-book*. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788530978112/cfi/6/2!/4/2@0:0>. Acesso em: 11 jun. 2019.

PEIXOTO, Ravi. *Superação do precedente e segurança jurídica*. Salvador: JusPodivm, 2015. 418 p.

PEREIRA, Mateus Costa. *A teoria geral do processo e seu tripé fundamental: racionalismo, pensamento sistemático e conceitualismo*. Florianópolis/SC: Tirant Lo Blanch, 2018. 310 p.

RAMIRES, Maurício. *Crítica à aplicação de precedentes do direito brasileiro*. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2010. 166 p.

ROSSI, Júlio César. *Precedente à brasileira: a jurisprudência vinculante no CPC e no novo CPC*. São Paulo: Atlas, 2015. 407 p.

SCHAUER, Frederick. *Thinking like a lawyer: a new introduction to legal reasoning*. Cambridge: Harvard University Press, 2009. 256 p.

SOUTO, João Carlos. *Suprema Corte dos Estados Unidos: principais decisões*. 3. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Atlas, 2019. *E-book*. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788597021196/cfi/6/2!/4/2@0:0>. Acesso em: 26 ago. 2019.

STRECK, Lenio Luiz. *Verdade e consenso*. 6. ed. rev. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2017a. 712 p.

STRECK, Lenio Luiz. *Dicionário de hermenêutica: quarenta temas fundamentais da teoria do direito à luz da crítica hermenêutica do direito*. Belo Horizonte (MG): Letramento, 2017b. 316 p.

STRECK, Lenio Luiz. *Jurisdição constitucional*. 5. ed. rev. atual. e reform. Rio de Janeiro: Forense, 2018. 568 p.

TARUFFO, Michele. Precedente e jurisprudência. Tradução: Chiara de Teffé. *Civilistica.com*. Rio de Janeiro, ano 3, n. 2, jul./dez. 2014. Disponível em: <http://civilistica.com/precedente-e-jurisprudencia/>. Acesso em: 5 jun. 2019.

TARUFFO, Michele. Precedentes judiciais e incidente de resolução de demandas repetitivas. In: LEITE, George Salomão; STRECK, Lenio Luiz; NERY JUNIOR, Nelson. *Crise dos Poderes da República: Judiciário, Legislativo e Executivo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017. *E-book*. Disponível em: <https://proview.thomsonreuters.com/launchapp/title/rt/monografias/126248445/v1/document/128695879/anchor/a-128695879>. Acesso em: 5 nov. 2018.

TAVARES, André Ramos. *Nova lei da súmula vinculante: estudos e comentários à Lei 11.417, de 19.12.2006*. 2. ed. São Paulo: Método, 2007. 155 p.

Acesso à justiça: aspectos históricos, Projeto Florença e Constituição Federal de 1988

Fabio Fagner Pereira Ramos

Servidor Público, lotado na Procuradoria Regional do Trabalho da 14ª Região. Graduado em Direito pela Fundação Universidade Federal de Rondônia (Unir). Pós-Graduado em Direito Penal e Direito Processual Penal pela Universidade Anhanguera (Uniderp).

Resumo: O presente artigo é um estudo teórico sobre o tema “acesso à justiça”, com informações sobre os primeiros registros históricos do acesso até os dias atuais. Tem como intuito analisar o conceito temático, enfatizando os levantamentos obtidos no aclamado Projeto Florença, bem como tecer comparações entre os resultados alcançados e o desenvolvimento do termo no Brasil. A análise se deu por meio da discussão do aporte teórico e do objetivo deste texto. Conclui-se que a discussão no Brasil só ganhou destaque a partir dos anos 1980, mas apenas com a atual Constituição Federal o tema foi elevado ao *status* de direito fundamental. Além disso, é notável o esforço empreendido pelo Brasil no desenvolvimento de institutos, leis e órgãos aptos a promoverem o acesso, mas ainda insuficiente para romper com um sistema jurídico excludente, fruto de um longo histórico de diferenças sociais.

Palavras-chave: Acesso à justiça. Projeto Florença. Constituição Federal de 1988.

Abstract: This article is a theoretical study on the theme “access to justice”, with information on the first historical records of access to the present day. It aims to analyze the thematic concept, emphasizing the surveys obtained in the acclaimed Florence Project, as well as making comparisons between the results achieved and the development of the term in Brazil. The analysis took place through the discussion of the theoretical contribution and the objective of this text. It is concluded that the discussion in Brazil only gained

prominence from the 1980s, but only with the current Federal Constitution the issue was raised to the status of fundamental right. In addition, the effort made by Brazil to develop institutes, laws and bodies capable of promoting access is notable, but still insufficient to break with an exclusive legal system, the result of a long history of social differences.

Keywords: Access to justice. Florence Project. Federal Constitution of 1988.

Sumário: 1 Introdução. 2 Conceito de acesso à justiça, Projeto Florença e Constituição Federal de 1988. 3 Acesso à justiça na história do Brasil: algumas reflexões. 4 Considerações finais.

1 Introdução

Saber o que é o “acesso à justiça” pode parecer uma provocação desnecessária, entretanto, essa reflexão é essencial para compreender que o termo possui um alcance mais amplo, além da mera oportunidade de apresentar uma demanda ao Poder Judiciário.

Conforme Araújo, “[...] o acesso à justiça é um anseio que acompanha a sociedade desde seus primórdios, mas que é difícil de se evidenciar na prática”.¹ Historicamente, não há uma data exata de quando se começou a discutir sobre acesso à justiça. Porém, Carneiro denota que Atenas teria sido “[...] o berço da assistência judiciária aos pobres. Anualmente, eram nomeados 10 advogados para prestar assistência jurídica àquelas pessoas consideradas à época como carentes”.²

Podemos encontrar, a partir daí, relatos de iniciativas e institutos que apontavam para a promoção do acesso à justiça, com destaques para o Império Romano, a Europa medieval, os Estados Unidos da América no início do século XX e o Brasil, que, nos

1 ARAÚJO, José Henrique Mouta. *Acesso à justiça e efetividade do processo: a ação monitoria é um meio de superação dos obstáculos?* Curitiba: Juruá, 2011.

2 CARNEIRO, Paulo Cezar Pinheiro. *Acesso à justiça: juizados especiais cíveis e ação civil pública – uma nova sistematização da teoria geral do processo*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2003.

dias atuais, experimenta como nunca a discussão dessa matéria. Assim, segundo Araújo: “A questão inerente ao acesso à justiça é uma das mais modernas e discutidas no direito atual [...]”.³

O presente artigo tem como objetivo refletir sobre o conceito de acesso à justiça, destacando o mundialmente conhecido Projeto Florença – encabeçado por Mauro Cappelletti e Bryant Garth, nas décadas de 1960 e 1970 –, e está organizado em três partes. Na primeira parte, será abordado o conceito de acesso à justiça, apresentando os principais apontamentos do Projeto Florença, fazendo as devidas comparações com as instituições brasileiras e descrevendo algumas mudanças trazidas pela Constituição Federal de 1988, como a elevação do direito de acesso à justiça ao patamar de princípio e direito fundamental, a obrigação de se aplicar a conciliação em todos os processos que discutam direitos transigíveis, bem como a criação dos juizados especiais.

Na segunda parte, abordaremos brevemente o acesso à justiça na história do Brasil, destacando algumas poucas e isoladas manifestações dos Poderes Judiciário e Legislativo com o intuito de facilitar o acesso à justiça, a exemplo das cortes simplificadas do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul e da Lei dos Juizados de Pequenas Causas. Por fim, apresentaremos as considerações finais possíveis neste momento.

2 Conceito de acesso à justiça, Projeto Florença e Constituição Federal de 1988

Quando se busca a interpretação literal do termo *acesso à justiça*, o que se obtém é um significado limitado, que somente aponta para a fase inicial em que o indivíduo ingressa com uma ação perante o Poder Judiciário para que este resolva um problema.

Uma explicação meramente literal desconsidera a construção histórica, sociológica e doutrinária que conferiu ao termo uma

3 ARAÚJO, 2011, p. 15.

significação crescente, ramificada em pelo menos duas vertentes amplamente estudadas e aplicadas ao redor do mundo, com nomes expoentes encabeçando cada uma delas, conferindo importância e rigor científico ao estudo do acesso à justiça.

Cabe destacar que, muito embora haja relatos de que em épocas remotas Aristóteles tenha levantado a questão, bem como o Império Romano tenha criado institutos relacionados com o acesso à justiça, o termo em si apenas se tornou mundialmente notório nas décadas de 1960 e 1970, por meio do Projeto Florença.

O Projeto Florença foi de um estudo encabeçado por Mauro Cappelletti e Bryan Garth, com a participação de vários países e profissionais diversos, como sociólogos, antropólogos, psicólogos, administradores, bem como aplicadores do Direito. Nessa pesquisa mundial sobre acesso à justiça, foram identificados alguns dos principais problemas enfrentados, suas causas, e apresentadas algumas possíveis soluções.

Cappelletti e Garth expressam que o Projeto Florença foi elaborado num contexto de insatisfação mundial com o serviço prestado pelo Poder Judiciário, causado pelos mesmos fatores: “[...] alto custo processual, demora na resposta jurisdicional, distanciamento da realidade social e complexidade dos atos judiciais, dentre outros”.⁴

Lamentavelmente, o Brasil não participou dessa pesquisa. Muito embora ela tenha se dado em países desenvolvidos do ocidente, alguns países da América do Sul também participaram, como Chile e Equador, enviando dados que contribuíram para dar maior amplitude e cientificidade ao trabalho.

De acordo com Bruno, não se sabe os reais motivos que levaram o Brasil a não participar do Projeto Florença, mas suspeita-se que “[n]ão havia tanta preocupação com os novos direitos, nem tampouco com meios alternativos para resolução de conflitos

4 Cappelletti; Garth, 1988 *apud* Bruno, Susana. *Conciliação: prática interdisciplinar e ferramentas para a satisfação do Jurisdicionado*. Belo Horizonte: Fórum, 2012.

[...]”.⁵ Isso talvez pela influência dos países socialistas e comunistas durante a Guerra Fria, que tinham mais preocupações com a organização coletiva do que com interesses individuais, ou também por conta do modelo de governo liberal adotado pelo Brasil, desde o Império, que deixou severas cicatrizes até a promulgação da Constituição Federal de 1988.

Os resultados da pesquisa Projeto Florença foram publicados em tomos nos anos 1978 e 1979. Entretanto, um resumo dela, chamado Relatório Geral, foi traduzido para vários idiomas, dando divulgação aos estudos, fazendo com que o termo ganhasse relevância acadêmica e importância como linha de estudo no campo do Direito.

No Brasil, com certo atraso, o Relatório Geral somente foi publicado em 1988, sob o nome de “Acesso à Justiça”. Assim, muito embora o restante do mundo já nutrisse no pós-Segunda Guerra Mundial densas discussões sobre o acesso, o Brasil, como um abortivo, só começou a despertar para a relevância do tema a partir da Constituição Federal de 1988.

Na introdução do Relatório Geral, Cappelletti e Garth aduzem:

A expressão “acesso à Justiça” [...] serve para determinar duas finalidades básicas do sistema jurídico [...]. Primeiro, o sistema deve ser igualmente acessível a todos; segundo, ele deve produzir resultados que sejam individual e socialmente justos.⁶

Assim, fica compreensível que há pelo menos dois enfoques distintos do acesso à justiça: o primeiro aproxima-se do significado literal da palavra, pois se refere aos meios disponibilizados pelo Estado para que qualquer pessoa possa apresentar suas demandas ao Poder Judiciário; o segundo se preocupa com a qualidade dos julgamentos e com a capacidade do Estado para efetivar suas decisões e convencer as partes a cumprirem os dispositivos cogentes.

5 BRUNO, 2012, p. 34.

6 CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. *Acesso à justiça*. Tradução de Ellen Gracie Northfleet. Porto Velho: Fabris, 1988. p. 8.

Apesar de o Projeto Florença ter dado ênfase apenas à primeira vertente, a provocação foi válida, pois nos dias atuais – após consideráveis avanços em criar mecanismos jurídicos capazes de proporcionar condições para qualquer pessoa ingressar com uma ação judicial, como centros de conciliação e mediação, juizados especiais e assistência jurídica integral e gratuita para as populações mais pobres –, o principal desafio está focado em promover e implementar a segunda vertente, buscando instrumentos processuais por meio da Psicologia, da Sociologia, da Administração, entre outras ciências que possam efetivar decisões justas, não apenas de uma perspectiva positivista, mas também moral e ética, consoante os valores sociais.

Assim, analisaremos referências em autores que, na sua maioria, destacam a segunda vertente do acesso, sem, no entanto, negar a importância da primeira. Veja-se, pois, a afirmação de Ubaldo:

Conceitos de acesso à Justiça há muitos e variados. Existe, contudo, um consenso nos dias de hoje, ou pelo menos uma ideia visivelmente majoritária, de que o acesso à Justiça é um direito fundamental e vai muito além da singela facilidade de ajuizar demandas e, deste modo, provocar o Estado a solucionar conflitos através de sua máquina judiciária.⁷

Fontainha expõe que “[...] acesso à justiça envolve um conceito muito mais amplo que admissão em juízo ou que acesso ao judiciário”.⁸ Esse direito implica acessar a justiça, tida não apenas como um Poder estatal, mas como um princípio. Isso vai ao encontro do pensamento de Liebman, para quem o processo tem por escopo dar razão a quem a tem.⁹ Nesse sentido, conferir à justiça

7 UBALDO, Antonio Augusto Baggio e. O novo CPC e seus impactos nos recursos dos juizados especiais cíveis. In: LINHARES, Erik (org.). *Juizados especiais cíveis e o novo CPC*. Curitiba: Juruá, 2015. p. 189.

8 FONTAINHA, Fernando de Castro. *Acesso à justiça: da contribuição de Mauro Cappelletti à realidade brasileira*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009. p. 34.

9 LIEBMAN *apud* SIMÕES, Janete Vargas. Poderes do juiz nos juizados especiais e no novo CPC. In: LINHARES, Erik (org.). *Juizados especiais cíveis e o novo CPC*. Curitiba: Juruá, 2015.

uma roupagem principiológica significa promover aquilo que é o correto, dar a alguém aquilo que lhe é devido, não apenas sob uma perspectiva legal, mas também moral e ética.

Ao tratar do assunto, Bruno postula que o simples fato de ingressar com uma ação judicial não caracteriza acesso à justiça, podendo esse acesso ser considerado como “[...] um direito-meio, pois é através dele que se almeja a concretização do direito perseguido pelo jurisdicionado”.¹⁰

Na opinião de Fernandes,

[...] o termo “acesso à justiça” deve ser encarado com a máxima amplitude que couber, isto é, não se restringindo à observância de normas jurídicas que regulam a atuação individual e social, mas também com a atuação legislativa em favor da ordem jurídica justa.¹¹

Araújo, acompanhando a corrente conceitual mais ampla, anuncia que “[...] acesso à Justiça [...] não se trata apenas de dar oportunidade para que um indivíduo lamente sua pretensão em juízo, mas sim, viabilizar um acesso à ordem jurídica justa, real e efetiva”.¹² Mais à frente, ratifica essa mesma posição dizendo que:

O acesso à justiça não é feito apenas em sendo dada oportunidade para que um litigante possa adentrar e lamentar seu direito ao Poder Judiciário, mas sim, atribuindo meios para que essa pessoa possa ter um provimento jurisdicional que restaure o seu direito lesado ou simplesmente declare se possui ou não esse pretensão direito.¹³

Santos admite que a concepção de acesso à justiça

[...] compreende também, o direito ao acesso à ordem jurídica justa, que é o da observância do devido processo legal, da participação dialética das partes na formação do convencimento do juiz, da tem-

¹⁰ BRUNO, 2012, p. 50.

¹¹ FERNANDES, 2008, p. 89 *apud* BRUNO, 2012, p. 30.

¹² ARAÚJO, 2011, p. 15.

¹³ ARAÚJO, 2011, p. 34.

pesteiva e adequada análise pelo juiz natural, da construção de técnicas processuais adequadas à tutela dos direitos materiais.¹⁴

Dessa forma, o acesso envolve participação efetiva do jurisdicionado no processo, ao contrário do modelo tradicional em que as partes aguardam “passivamente” por uma decisão do juiz, que além de administrar o andamento do processo, ainda decide e executa.

Ubaldo reconhece que “[...] o acesso à justiça não se confunde com o mero acesso ao Judiciário”.¹⁵ Assim, acesso à justiça vai muito além da mera petição, mas também fica muito aquém, porque envolve a fase pré-processual. Abrange o acesso à informação, à igualdade de condições para demandar, a uma boa assessoria jurídica, à possibilidade de escolha da melhor forma e oportunidade de se pleitear caso decida demandar.

Sem esses direitos assegurados, nem se pode começar a falar em acesso através de uma petição. A seguir, ainda é necessário assegurar todas as condições para que a pessoa possa se expressar, acusar, defender, opor, apresentar propostas, recusá-las, recorrer, apresentar provas e, após a justa decisão da Justiça, ainda precisa ter seu direito garantido imediatamente, para poder gozá-lo e usufruí-lo em toda a sua inteireza.

Esse é o entendimento de Carneiro quando reitera que:

Não basta para garantir o princípio da acessibilidade que o interessado possa ter a possibilidade de estar em juízo, diretamente ou através de terceiro, para pleitear um direito. É preciso, sempre que necessário, assegurar o acesso também para tornar real esse mesmo direito.¹⁶

Ainda mais abrangente, Fontainha menciona que o “[...] acesso à justiça tem a função dual de ao mesmo tempo ser uma garantia

¹⁴ SANTOS, Lilian Maciel. A execução no novo CPC e seus reflexos nos juizados especiais. In: LINHARES, Erik (org.). *Juizados especiais cíveis e o novo CPC*. Curitiba: Juruá, 2015. p. 213.

¹⁵ UBALDO, 2015, p. 190.

¹⁶ CARNEIRO, 2003, p. 221.

fundamental inerente à cidadania e também velar pela realização de todas as demais garantias individuais e sociais”.¹⁷

Apontar esse acesso como um direito fundamental parece ser uma opinião também compartilhada por Cappelletti e Garth, ao alegarem que “O acesso à justiça pode [...] ser encarado como o requisito fundamental – o mais básico dos direitos humanos – de um sistema jurídico moderno e igualitário que pretenda garantir, e não apenas proclamar os direitos a todos”.¹⁸

Na mesma linha, Ramos comenta que acesso à justiça seria “[...] não só a possibilidade de acesso aos tribunais, mas, acesso a uma ordem jurídica justa”,¹⁹ pois, conforme ensina Araújo,²⁰ o valor maior do Direito é a justiça.

O próprio Conselho Nacional de Justiça (CNJ), por meio da Resolução n. 125, de 2010, demonstra compartilhar dessa mesma ideia:

Considerando que o direito de acesso à Justiça, previsto no art. 5º, XXXV, da Constituição Federal além da vertente formal perante os órgãos judiciários, implica acesso à ordem jurídica justa e a soluções efetivas; [...].²¹

Importante esse posicionamento institucional do CNJ, na medida em que confere relevância principiológica ao termo justiça. Pertinente e necessária tal colocação, principalmente nos dias atuais em que membros do Poder Judiciário, do Ministério Público, advogados, defensores públicos, bem como aplicadores do Direito em geral parecem esquecer ou desconhecer que o próprio termo justiça é, em si, um princípio.

17 FONTAINHA, 2009, p. 34.

18 CAPPELLETTI; GARTH, 1988, p. 12.

19 RAMOS, 1999, p. 50 *apud* GOMES, Márcia Regina Brand. *Princípio de justiça, cidadania e defensoria pública: reflexões à luz da doutrina e do Estado*. 2006. Dissertação (Mestrado em Ciência Jurídica) – Universidade do Vale do Itajaí, Itajaí, SC, 2006. p. 8.

20 ARAÚJO, 2011.

21 CNJ, 2010.

Araújo explica que “[o] princípio fundamental do Estado Democrático é a justiça. Esta só pode ser alcançada como consequência dos seus corolários: igualdade, liberdade, segurança e bem comum”.²²

Isso significa que, entre todos os princípios almejados pelo Poder Judiciário, a justiça pode ser vista como o princípio-mor, porque todos os demais – legalidade, razoabilidade, boa-fé, tempestividade etc. – existem unicamente como meios para se atingir decisões justas. Ou seja, todos os demais princípios jurídicos apontam para a justiça das decisões.

Entretanto, Bruno assevera que em diversos atos “[...] judiciais praticados verifica-se extremo esmero em se observar o fiel cumprimento da legalidade, ainda que com tal atitude venha a se desprezar os ideais de Justiça”.²³

Ao se observar essa tendência de decisões injustas tomadas pelo Judiciário, fundamentadas em outros princípios como a legalidade, conclui-se que ou não há intenção institucional de se alcançar a justiça, ou falta coragem para destacá-la como fundamento único de certas decisões que só conseguiriam ser justas caso violassem outros princípios em favor do resultado puramente justo.

Essa falta de coragem, em conformidade com Dettoni (informação verbal),²⁴ pode ser explicada pela grande robustez do princípio da justiça em relação aos demais princípios. Isso provoca certo receio nos aplicadores do Direito, já que, ao contrário de outros princípios que podem ser ponderados ou confrontados pelos opostos – a exemplo do princípio do direito à informação, cuja aplicação pode ser mitigada, a depender do caso concreto, pelo princípio do direito à privacidade –, o princípio da justiça não encontra na seara jurídica nenhum outro que possa lhe fazer frente ou mitigá-lo.

22 ARAÚJO, 2011, p. 31.

23 BRUNO, 2012, p. 80.

24 Informação fornecida por Jovanir Lopes Dettoni na Complementação acadêmica – ciclo de estudos – teoria da justiça, evento vinculado ao Programa de Extensão Universitária Direito e Sociedade, promovido pela Fundação Universidade Federal de Rondônia (UNIR), ocorrido entre os meses de abril e junho de 2017.

Nesse sentido, Dinamarco ensina que “[a] expressão decidir com justiça significa a necessidade do juiz *pautar-se pelo critério da justiça [...]*”.²⁵ Em outro momento, Dinamarco aduz que “[a]cesso à justiça equivale à obtenção de resultados justos”.²⁶

Cappelletti e Garth denotam que, “[n]o contexto de nossas cortes e procedimentos formais, a ‘justiça’ tem significado essencialmente a aplicação das regras corretas de direito aos fatos verdadeiros ao caso”.²⁷ Entretanto, essa mentalidade tem mudado, e a preocupação atual é com a “[...] ‘justiça social’, isto é, com a busca de procedimentos que sejam conducentes à proteção dos direitos das pessoas comuns”.²⁸ Na opinião desses autores, o “‘acesso à justiça’ precisa englobar ambas as formas de processo”.²⁹

Nunes, também preocupada com a finalidade de se atingir resultados essencialmente justos, reforça a ideia de que acesso à justiça não mais se resume ao simples ingresso em juízo, “[...] mas sim, na possibilidade de serem fornecidos resultados justos aos conflitos de interesse, autorizando a utilização de meios adequados para sua consecução”.³⁰

Como resultados do Projeto Florença, Cappelletti e Garth destacam algumas soluções práticas para o problema do acesso à justiça, que alcançaram relevância em países do mundo ocidental. As posições tomadas por esses países foram nomeadas de “as três ondas”: 1) assistência judiciária para os pobres; 2) representação judiciária para os interesses difusos; 3) enfoque de acesso à justiça,

25 DINAMARCO, 1987, p. 35 *apud* ARAÚJO, 2011, p. 69. Grifo do autor.

26 DINAMARCO, 2001, p. 19 *apud* ALMEIDA, Sebastião de Arruda. O novo CPC e ônus da prova nos juizados especiais. In: LINHARES, Erik (org.). *Juizados especiais cíveis e o novo CPC*. Curitiba: Juruá, 2015. p. 141.

27 CAPPELLETTI; GARTH, 1988, p. 93.

28 CAPPELLETTI; GARTH, 1988, p. 93.

29 CAPPELLETTI; GARTH, 1988, p. 93.

30 NUNES, Juliana Raquel. *A importância da mediação e da conciliação para o acesso à justiça: uma análise à luz do novo CPC*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017. p. 1.

que “[...] inclui os posicionamentos anteriores e tenta atacar as barreiras ao acesso de modo mais articulado e compreensivo”.³¹

A primeira onda, nomeada de assistência judiciária para os pobres, surgiu como solução para um problema social e histórico, agravado pelas disparidades econômicas, culturais e educacionais que alargam o abismo de diferenças entre as classes sociais.

Reconhecer que essas disparidades influenciam negativamente o acesso à justiça é o primeiro passo para se buscar uma solução. Tanto é assim que Fontainha explica que o acesso à justiça ganha importância “[...] na exata medida que temos a dúplice consciência de que lidamos em verdade com problemas sociais e políticos, e que sua história em muito se confunde e reflete a história da própria luta de classes”.³²

Em suas pesquisas, os professores Cappelletti e Garth ensinam que “[o]s primeiros esforços importantes para incrementar o acesso à justiça nos países ocidentais concentraram-se, muito adequadamente, em proporcionar serviços jurídicos para os pobres”.³³ O marco ocorreu em 1965 nos Estados Unidos, com o *Office of Economic Opportunity* (OEO), e continuou através do mundo no início da década de 1970.

Cappelletti e Garth expressam que o maior avanço em assistência judiciária dos países europeus foi o sistema *judicare*. Trata-se de um sistema que estabelece assistência judiciária “[...] como um direito para todas as pessoas que se enquadrem nos termos da lei. Os advogados particulares, então, são pagos pelo Estado”.³⁴ Para os autores, “[o] *judicare* desfaz a barreira de custo, mas faz pouco para atacar barreiras causadas por outros problemas encontrados pelos pobres”.³⁵

31 CAPPELLETTI; GARTH, 1988, p. 31.

32 FONTAINHA, 2009, p. 1.

33 CAPPELLETTI; GARTH, 1988, p. 31-32.

34 CAPPELLETTI; GARTH, 1988, p. 35. Grifo dos autores.

35 CAPPELLETTI; GARTH, 1988, p. 38.

Sendo tão caro, o processo se mostra como um instrumento de exclusão social, na medida em que não proporciona meios para que as classes mais pobres alcancem resposta estatal para suas demandas. Por isso, Cappelletti e Garth aduzem que o alto custo do processo para as partes é um obstáculo a ser superado.

O custo do processo envolve todas as despesas que, diretamente, as partes precisam dispendir para alcançar uma resposta do Judiciário. Sem dúvida, os honorários advocatícios estão no topo desses gastos. Neste sentido, para Cappelletti e Garth, “[q]ualquer tentativa realística de enfrentar os problemas de acesso deve começar por reconhecer esta situação: os advogados e seus serviços são muito caros”.³⁶

O reflexo maléfico dessa desigualdade social dentro do processo se apresenta mais latente quando pessoas de classes sociais bastante distintas antagonizam a mesma demanda. Naturalmente, pessoas com mais recursos financeiros e educação formal levam certa vantagem no processo. Por isso, o Estado precisa corrigir essa disparidade, promovendo instrumentos que confirmam igualdade material entre as partes. Nesse sentido, Araújo afirma que “[...] os cidadãos merecem tratamento igualitário, para que tenham as mesmas oportunidades dentro de um Estado que tem como foco principal a busca da justiça e do bem comum”.³⁷

Muito embora a assistência judiciária tenha contribuído para melhorar o acesso à justiça, consoante Cappelletti e Garth, para que o sistema seja eficiente é necessário: 1) haver um grande número de advogados; 2) ter grandes dotações orçamentárias para remunerar esses advogados e deixá-los disponíveis àqueles que não podem pagar; 3) resolver a questão do ônus de sucumbência das pequenas causas; e 4) disponibilizar atendimento para reivindicar interesses difusos menos comuns, como os relativos ao meio ambiente e ao consumidor.

Essa reflexão é adequada ao contexto brasileiro quanto à Defensoria Pública. Apesar de prevista na Constituição Federal, no

36 CAPPELLETTI; GARTH, 1988, p. 18.

37 ARAÚJO, 2011, p. 28.

capítulo das funções essenciais à justiça, incumbida da orientação jurídica, de promover os direitos humanos e a defesa em todos os graus, judicial e extrajudicial, dos direitos individuais e coletivos, de forma integral e gratuita, aos necessitados, possui uma estrutura financeiramente dispendiosa, ao ponto de até hoje não conseguir efetivar sua instalação na maioria das localidades brasileiras.

Dessa forma, torna-se comum, principalmente nas audiências criminais, a falta de defensores públicos em número suficiente para atender a todos os necessitados, não sendo raro o magistrado destacar advogados dativos, que são igualmente muito caros, para garantir assessoramento jurídico ao réu.

Cappelletti e Garth expõem que a segunda onda deu enfoque em promover assistência no campo dos direitos difusos. Para isso, foi necessário implementar uma evolução no processo civil tradicional, que atendia somente as ações em que uma parte se contrapunha a outra, mas não atendia aos direitos pertencentes a grupos, a exemplo dos consumidores e dos grupos de defesa do meio ambiente.

O problema básico que os direitos difusos apresentam, para Cappelletti e Garth, “[...] é que, ou ninguém tem direito a corrigir a lesão a um interesse coletivo, ou o prêmio para qualquer indivíduo buscar essa correção é pequeno demais para induzi-lo a tentar uma ação”.³⁸

A mais famosa instituição desenvolvida pela segunda onda foi o Ministério Público, atuando como representante nas causas de interesses difusos. Entretanto, o modelo de ação governamental promovida pelo Ministério Público, atuando como representante nas causas de interesses difusos, possui sérias deficiências, porque: 1) não é capaz de atender às demandas existentes; 2) encontra resistência “[...] se considerarmos que os interesses difusos, frequentemente, devem ser afirmados contra entidades governamentais”;³⁹ e 3) “[a] reivindicação

38 CAPPELLETTI; GARTH, 1988, p. 26.

39 CAPPELLETTI; GARTH, 1988, p. 52.

dos novos direitos muitas vezes exige qualificação técnica em áreas não jurídicas [...]”⁴⁰ que o Ministério Público não dispõe.

Esses autores declaram que as instituições governamentais representantes jurídicas, como o Ministério Público, por exemplo, inclinam-se mais facilmente a atender interesses organizados, pois apresentam resultados mais notórios e atingem um número maior de pessoas. Entretanto, esses interesses organizados costumam ir de encontro aos interesses do ente político ao qual a instituição pertence, o que pode criar uma barreira para atuação dessas instituições representativas. Já os interesses difusos não clássicos, como o do consumidor, o do meio ambiente e o do idoso, costumam não ser organizados em grupos de pressão capazes de influenciar as instituições governamentais. Por isso, encontram maior dificuldade de serem pleiteados em juízo.

Para tentar resolver esse impasse em que uma instituição pública é legitimada para defender juridicamente os interesses difusos e coletivos, não raras vezes contra o próprio ente político que o instituiu e que aprova o seu orçamento, alguns países desenvolveram outras alternativas dentro da “segunda onda”.

A técnica do procurador-geral privado, apontada por Cappelletti e Garth, adotada pelos Estados Unidos, pela Itália e pela Alemanha, por exemplo, permite que algumas ações de interesses públicos ou coletivos sejam propostas por indivíduos privados, por qualquer cidadão. Apesar de não solucionar o problema do acesso à justiça para pleitear essa classe de direitos, é um importante passo para que “[...] ‘demandantes ideológicos’ suplementem a ação do governo [...]”⁴¹

Cappelletti e Garth citam a técnica do advogado particular do interesse público. Por essa técnica, fortemente desenvolvida na França dos anos 1970, “[...] grupos representativos podem demandar direitos coletivos que o Ministério Público não tenha vindicado eficientemente”.⁴²

40 CAPPELLETTI; GARTH, 1988, p. 52.

41 CAPPELLETTI; GARTH, 1988, p. 55-56.

42 CAPPELLETTI; GARTH, 1988, p. 56-58.

Trata-se de grupos de advogados particulares que se reúnem em uma sociedade de advogados, financiada por contribuições filantrópicas, com o objetivo de proporcionar aos interesses difusos as vantagens com que contam os grupos permanentes.

Outra solução encontrada nos Estados Unidos e citada por Cappelletti e Garth é a chamada “assessoria pública”, que se refere à ideia de usar recursos públicos para financiar grupos particulares de advogados, que irão prestar assessoria jurídica a grupos não organizados para que reivindiquem seus direitos.

A “solução pluralística (mista)”, composta pela “[...] combinação de recursos, tais como as ações coletivas, as sociedades de advogados do interesse público, a assessoria pública e o advogado público [...]”,⁴³ é sugerida como forma de promover acesso eficiente à ação de grupos particulares não organizados que vindicam interesses difusos.

A terceira onda de reforma, chamada de “o enfoque do acesso à justiça”, inclui as duas primeiras, mas vai além delas. Não se limita apenas a ofertar advogados e a garantir acesso a grupos de direitos difusos. Ela centra sua atenção no conjunto geral de instituições e mecanismos, pessoas e procedimentos utilizados para processar e mesmo prevenir disputas nas sociedades modernas.

Na interpretação de Bruno,

[...] a terceira onda consiste em buscar o novo enfoque de acesso à justiça. As propostas que permeiam a terceira onda, denominadas ondas renovatórias, buscam alternativas plausíveis e efetivas à opção judicial já existente, objetivando, assim, atingir a satisfação do indivíduo com o acesso à justiça, buscando repelir todos os entraves para a efetivação deste direito. Para tanto, apresenta a sugestão de alteração no procedimento judicial, a mudança na estrutura dos tribunais e a criação de novos, a utilização de pessoas leigas e o incentivo de soluções informais de composição de litígios.⁴⁴

43 CAPPELLETTI; GARTH, 1988, p. 67.

44 BRUNO, 2012, p. 41.

Esse novo enfoque é necessário, porque, na visão de Cappelletti e Garth, “[a] representação judicial – tanto de indivíduos, quanto de interesses difusos – não se mostrou suficiente, por si só, para tornar essas mudanças de regras ‘vantagens tangíveis’ ao nível prático”.⁴⁵

Assim, “[...] embora não possamos negligenciar as virtudes da representação judicial, o movimento de acesso à Justiça exige uma abordagem muito mais compreensiva da reforma”.⁴⁶ Por isso mesmo, a terceira onda

[...] encoraja a exploração de uma ampla variedade de reformas, incluindo alterações nas formas de procedimento, mudanças na estrutura dos tribunais ou a criação de novos tribunais, o uso de pessoas leigas ou para profissionais, tanto como juízes quanto como defensores, modificações no direito substantivo destinadas a evitar litígios ou facilitar sua solução e a utilização de mecanismos privados ou informais de solução de litígios. Esse enfoque, em suma, não receia inovações radicais e compreensivas, que vão muito além da esfera de representação judicial.⁴⁷

Nunes enxerga na terceira onda uma visão mais relacionada à efetiva satisfação do jurisdicionado, pois declara que esse enfoque

[...] pauta-se no desafio da efetiva entrega da prestação jurisdicional, não se limitando, nesse sentido, à mera concessão de uma decisão ou sentença, mas sim, de meios que permitam a real satisfação do jurisdicionado [...].⁴⁸

Nessa fase, ganham destaque institutos pré-processuais de autocomposição, os chamados métodos não adversariais de resolução de conflitos – a exemplo da mediação e da conciliação –, bem como os tribunais de pequenas causas, que não exigem a presença de advogado e possuem procedimentos mais simples e informais.

45 CAPPELLETTI; GARTH, 1988, p. 68-69.

46 CAPPELLETTI; GARTH, 1988, p. 69.

47 CAPPELLETTI; GARTH, 1988, p. 71.

48 NUNES, 2017, p. 31.

Como o Brasil não participou do Projeto Florença, Cappelletti e Garth não tiveram dados para apresentar. No entanto, realizaram uma breve análise da nossa legislação à época e fizeram uma única menção ao Brasil, ao citarem o instituto da Ação Popular (Lei n. 4.717/1965). Relacionaram-na ao contexto da segunda onda, por conferir capacidade a demandantes ideológicos para defender o patrimônio público, a moralidade administrativa e o meio ambiente, assegurando isenção de custas ao demandante de boa-fé.

Em outras obras mais recentes, Cappelletti elogiou a determinação constitucional de criação da Defensoria Pública, mas teceu singela crítica à defasagem da sua implantação em vários estados brasileiros. Louvou institutos constitucionais, como, por exemplo, o mandado de segurança coletivo – que pode ser impetrado por associação constituída –, a ação popular, a ação civil pública, a inclusão do direito à saúde como direito social etc. Elogiou principalmente o Ministério Público, que possui duas características não encontradas em outras partes do mundo: a especialização e a dinamicidade.⁴⁹

Na parte seguinte, será brevemente abordado o acesso à justiça na história do nosso País, destacando algumas poucas e isoladas manifestações dos Poderes Judiciário e Legislativo com o intuito de facilitar o acesso à justiça.

3 Acesso à justiça na história do Brasil: algumas reflexões

O conceito de acesso à justiça como conhecemos hoje praticamente não existiu no Império brasileiro, pois, conforme Carneiro anuncia, “[...] é fruto de um processo histórico e político ainda não consolidado àquela altura da evolução do País”.⁵⁰ Isso por conta de se abraçar um modelo de estado liberal que não se preocupava em garantir os direitos fundamentais mínimos do cidadão. Bezerra

49 FONTAINHA, 2009.

50 CARNEIRO, 2003, p. 36.

reconhece o modelo de estado liberal como causador de profundas desigualdades e exclusões sociais.⁵¹

Cappelletti e Garth admitem que, na filosofia dos estados liberais dos séculos XVIII e XIX,

[...] direito ao acesso à proteção judicial significava essencialmente o direito *formal* do indivíduo agravado de propor ou contestar uma ação. A teoria era a de que, embora o acesso à justiça pudesse ser um “direito natural”, os direitos naturais não necessitavam de uma ação do Estado para sua proteção.⁵²

Bruno reconhece que “[n]os séculos XVIII e XIX o acesso à justiça consistia no direito de propor e contestar ações, sendo considerado um direito natural, que proporcionava uma igualdade formal e não efetiva”.⁵³

Cappelletti e Garth reiteram que, por considerar o acesso à justiça como direito natural, portanto, anterior ao Estado, este mantinha uma atuação negativa na proteção e garantia desse direito, mantendo um sistema *laissez-faire*.

Nesse modelo de governo, uma pequena parcela abastada da população se autoprotege, enquanto a grande maioria pobre fica desamparada, aumentando ainda mais as desigualdades existentes. Todo o ordenamento jurídico passa a ser direcionado para o favorecimento e a manutenção do poder da minoria. Tanto é assim que Fontainha relata que “[...] o direito não é senão a expressão da vontade normativa da classe dominante [...]”.⁵⁴

Fontainha alega que há certa elitização da justiça brasileira, que se mostra um eficiente sistema estatal de exclusão das classes mais pobres e de manutenção do poder da pequena parcela rica da sociedade.⁵⁵

51 BEZERRA *apud* FONTAINHA, 2009.

52 CAPPELLETTI; GARTH, 1988, p. 9. Grifo dos autores.

53 BRUNO, 2012, p. 31.

54 FONTAINHA, 2009, p. 11.

55 FONTAINHA, 2009, p. XXII.

Essa elitização se reflete em várias áreas de Poder Estatal: a educação formal não privilegia a criação de uma sociedade culta e com senso crítico; a legislação é pensada para manutenção do poder da elite e submissão das massas; a prestação jurisdicional é inacessível aos pobres, na medida em que desconhecem seus direitos, desconhecem as obrigações do Estado para com eles, desconhecem os órgãos públicos e consideram o Poder Judiciário algo distante da realidade deles.

No decorrer da história do Brasil pós-descoberta até o governo Vargas, ocorreram algumas poucas e inexpressivas manifestações de promoção do acesso à justiça.

As fortes pressões de movimentos sociais, principalmente dos trabalhadores, forçaram o Estado a tomar uma postura mais ativa e menos liberal. A partir daí, passou-se à edição de várias leis que conferiam maior proteção às classes pobres. Certamente, a área trabalhista foi a de maior expressão nessa fase de grandes mudanças que favoreceram o acesso à justiça, conforme comenta Carneiro:

As reivindicações do movimento marxista, especialmente no campo trabalhista, serviram de marco histórico em muitos países, para discussão do significado de acesso à justiça, enquanto proteção ao trabalhador. Podemos afirmar que *o Direito do Trabalho foi o ponto de partida do verdadeiro acesso à justiça* – o seu significado, no que se refere aos direitos individuais, pela facilidade do acesso, pela prevalência da mediação e da conciliação, pela índole protetiva, em especial no que diz respeito ao ônus da prova, do trabalhador, e mais do que isso, a visão da defesa coletiva da massa trabalhadora.⁵⁶

Com os governos populistas que tentavam agradar o povo, na intenção de conseguir aprovação para se perpetuarem no poder, várias mudanças legislativas foram implantadas no sentido de reduzir as desigualdades sociais, conferindo igualdade material e aumentando as chances de todos poderem acessar a justiça com paridade de armas.

Na fase nacional desenvolvimentista que se iniciou com a Era Vargas, intensificando-se no governo Kubitschek, recebendo a

56 CARNEIRO, 2003, p. 21-22. Grifo nosso.

última lenha na ditadura militar, o Brasil buscava estabelecer um conceito de *welfare state*, o chamado estado de bem-estar social. Representava uma mudança de postura estatal, que abandonava sua tradicional cultura liberal e abraçava outra ativa e comprometida com os interesses sociais.

O ativismo legislativo, buscando igualdade material através da atividade legiferante, a exemplo do Código de Defesa do Consumidor (CDC) e da Consolidação das Leis do Trabalho (CLT), tem-se mostrado como uma importante atitude para garantir paridade de armas entre os litigantes, frente ao enorme desequilíbrio trazido pelo estado mínimo e pela ditadura de mercado.

O Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul foi pioneiro na busca do acesso à justiça por meio “[...] de cortes simplificadas para tratar das chamadas *causas de menor complexidade* (até 40 ORTNs) antes mesmo da lei que instituiu os malfadados Juizados de Pequenas Causas”.⁵⁷ Também se destacou pela iniciativa de criação dos Conselhos de Conciliação e Arbitragem, ainda em 1982.

Na tentativa de desburocratizar as demandas judiciais, foi promulgada a Lei n. 7.244/1984, a chamada Lei dos Juizados de Pequenas Causas. Foi uma boa iniciativa, porque aspirava soluções através da mediação e da arbitragem, como forma de conferir maior celeridade à tramitação dos processos.

No entanto, essa lei nunca foi plenamente aplicada, pois, na visão de Fontainha, havia ainda um regime autoritário de governo, que estava muito mais preocupado com a racionalização dos procedimentos do que com os fins que a lei almejava atingir.⁵⁸

As discussões sobre o acesso já haviam se iniciado no plano nacional. Porém, ainda não havia maturidade institucional sobre o tema. Mesmo com alguma legislação relativamente moderna – a exemplo da CLT e dos Juizados de Pequenas Causas –, de um

57 FONTAINHA, 2009, p. 112. Grifo do autor.

58 FONTAINHA, 2009.

modo geral, parece que o Estado brasileiro ainda considerava que o acesso à justiça se limitava à primeira onda.

Essa assertiva é ratificada por Carneiro, quando relata que:

A noção de acesso à justiça como atividade caritativa, como favor prestado aos mais pobres única e exclusivamente no campo da litigância, do processo, e em especial na área penal, foi a tônica dominante durante grande parte do século atual, que, nos países em desenvolvimento como o Brasil, retrata o ideário do Estado liberal (a igualdade meramente formal), tendo praticamente como ressalva única de monta a criação da justiça do trabalho.⁵⁹

Apesar de terem sido ora frágeis e efêmeras, ora tendenciosas e políticas as medidas legislativas até aqui narradas, e muito embora desprovidas da técnica ou da força necessárias para implementar o princípio do acesso à justiça, tiveram o condão de retirar o País da inércia em relação a essa corrente jurídica e de levá-lo a pensar com mais seriedade nessa responsabilidade estatal.

Uma evolução mais expressiva se deu em 1988, com a promulgação da Constituição Federal (CF). Seu texto consagrou o acesso à justiça como uma preocupação do Estado. Uma nova tônica foi dada ao ordenamento jurídico, que teve de se adequar para garantir a efetividade dos novos direitos criados. A interpretação da legislação preexistente também precisou ser reanalisada.

O art. 5º da CF/1988 traz alguns importantes exemplos dessa evolução:

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

[...]

XXXV - a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito;

⁵⁹ CARNEIRO, 2003, p. 37.

[...]

LXXIV - o Estado prestará assistência jurídica integral e gratuita aos que comprovarem insuficiência de recursos;

[...]

LXXVIII - a todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação. (Incluído pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004).

Bruno explica que, com a Constituição Federal de 1988, “[...] o acesso à justiça ganhou posição de direito fundamental – com *status* de cláusula pétrea –, o que motivou o implemento de uma visão mais instrumental do referido instituto”.⁶⁰

Entretanto, a mesma autora assevera que, no mesmo ato, vários direitos fundamentais foram inseridos no ordenamento jurídico e a população passou a ter conhecimento da violação desses direitos, o que elevou a busca pela sua reparação. Entretanto, houve “[...] tímido aumento de institutos e meios que propiciem o acesso à justiça mais efetivo”.⁶¹

Ocorre, ainda, que pelo seu momento histórico de surgimento, a CF/1988 não se limitou apenas a um enfoque. Por se tratar de uma constituição dogmática, de caráter compromissório, formada por ideologias conciliatórias, representa o pacto entre forças políticas e sociais. Assim, seu texto abrange as três ondas de Cappelletti e Garth, exemplificativamente, através da garantia de assistência jurídica integral e gratuita aos declaradamente pobres (primeira onda), da ação popular (segunda onda) e dos institutos da mediação e da conciliação (terceira onda).

Em conformidade com Fontainha, apenas 30% dos brasileiros podem ou conseguem usufruir dos direitos e garantias fundamen-

⁶⁰ BRUNO, 2012, p. 185.

⁶¹ BRUNO, 2012, p. 110.

tais constitucionais. Os demais 70% formam os chamados “bolsões de miséria”.⁶² Esses fatores comprometem a eficácia de qualquer medida que vise a incentivar políticas de acesso, pois “[...] a desigualdade econômica no Brasil é um dos fatores que podem comprometer o alcance da ordem jurídica justa”.⁶³

Para Fontainha, essas barreiras sociais precisam ser combatidas, porque a efetividade do acesso à justiça depende da igualdade material entre os litigantes. Tanto é assim, que Bezerra, aponta que “[...] o fluxo dos conflitos sociais é determinado pelo maior ou menor acesso do cidadão aos seus direitos fundamentais”.⁶⁴

4 Considerações finais

O termo *acesso à justiça* possui ao menos dois contornos usualmente mais relevantes: propiciar a qualquer pessoa o direito de ingressar com uma ação no Poder Judiciário e produzir decisões justas e efetivas, preocupando-se não apenas com a legalidade, mas também com a equidade, tida como a capacidade de pautar-se pela justiça.

As preocupações históricas iniciais com o tema se deram na primeira vertente, pela criação de meios capazes de garantir ao cidadão pobre e sem instrução formal o direito de provocar a Justiça. Só mais recentemente, em meados do século XX, surgiram as primeiras preocupações em tratar a Justiça como um princípio e, com base nisso, criar alternativas ao tradicional modelo contencioso de heterocomposição, elevando os demandantes do processo a papéis mais relevantes e participantes na solução da lide.

Apesar de não integrar o Projeto Florença, o Brasil, ainda que tardiamente, incluiu ambos os conceitos ao seu ordenamento jurídico, elevando o “acesso” ao *status* de princípio a ser perseguido

62 FONTAINHA, 2009, p. 84.

63 ARAÚJO, 2011, p. 55.

64 BEZERRA, 2008 *apud* FONTAINHA, 2009, p. 30.

pelo Estado, bem como de direito fundamental a ser garantido a qualquer indivíduo.

Na busca por essa observância, o Brasil aderiu à “primeira onda”, implementando uma série de institutos e medidas para solucionar o problema do (in)acesso à justiça. Juizados especiais, Defensoria Pública, isenção de custas judiciais, advogados dativos, Centro Judiciário de Solução de Conflitos e Cidadania e Ministério Público são apenas alguns dos exemplos de atuações do Estado brasileiro, indicando sua preocupação em assegurar o direito fundamental ao acesso.

Isso demonstra que o Brasil, muito embora ainda possua deficiências quanto à oferta de acesso à justiça, já tem delimitado os corretos limites conceituais desse princípio. Se apenas isso não resolve o problema, pode-se dizer que, ao menos no plano teórico, a legislação tem trilhado um caminho satisfatório.

O Brasil também se mostra alinhado com a segunda onda, podendo ser apontadas algumas medidas nesse sentido: a ação popular, a instituição do Ministério Público como representante e parte legítima na defesa dos direitos difusos e coletivos, o Código de Defesa do Consumidor, os Estatutos do Idoso e da Pessoa com Deficiência etc. Desse modo, não apenas os direitos individuais, mas também os difusos passaram a receber tratamento inclusivo no sistema jurídico nacional.

Alinhados também com a terceira onda, institutos que outrora não tinham previsão legal, estando seus conceitos e delimitações à mercê das diversas interpretações de doutrinadores, hoje ganharam proteção jurídica, a exemplo dos métodos autocompositivos e não adversariais de resolução de conflitos, como a mediação e a conciliação.

Nesse sentido, novas alternativas foram adotadas a fim de conferir maior efetividade às decisões, para que se concretizem e confirmem direito a quem o tem. Essa concretização tem-se mostrado mais justa e satisfatória, na medida em que as próprias partes do processo participam ativamente da tomada de decisão, ora negociando, ora cedendo, mas sempre como atores dos seus próprios destinos, deixando ao Estado-Juiz apenas a tarefa de fiscalizar se os

contornos do acordo observaram os requisitos essenciais do negócio jurídico, bem como os princípios gerais do Direito.

Com isso, observa-se que, no atual contexto, o Brasil elevou a justiça como direito fundamental insculpido na CF/1988, a ser buscada de maneira positiva pelo Estado, com o dever de criar meios para sua concretização na realidade de cada indivíduo.

Como princípio-mor do universo jurídico, a justiça deve ser considerada antes, durante e depois do processo, revelando a necessidade de aplicar todos os demais princípios como forma de atingi-la ao final do litígio, a fim de se assegurar que o resultado de qualquer demanda a tenha como baliza norteadora e essência dispositiva da decisão.

Apesar da notória relevância da criação de novas instituições, leis e novos órgãos voltados a proporcionar acesso à justiça em seus dois principais aspectos, o Brasil ainda precisa digladiar com uma histórica desigualdade social, que se torna clara ante uma estrutura jurídica complicada, dissociada da realidade cultural e intelectual da maioria menos abastada que, conseqüentemente, leva reconhecida desvantagem nos processos.

Esse deletério elitismo, amarga herança da extensa tradição liberalista, ainda mantém suas raízes, contrariando os resultados do Projeto Florença, que apontou as diferenças econômico-sociais como uma das principais causas do inaccess.

Por consequência, pode-se dizer que, no Brasil, a *contrario sensu* do que era de se esperar após tantos avanços, a estrutura jurídica se desenvolveu mais que a capacidade da população mais pobre de dela se valer.

Referências

ALMEIDA, Sebastião de Arruda. O novo CPC e ônus da prova nos juizados especiais. In: LINHARES, Erik (org.). *Juizados especiais cíveis e o novo CPC*. Curitiba: Juruá, 2015.

ARAÚJO, José Henrique Mouta. *Acesso à justiça e efetividade do processo: a ação monitória é um meio de superação dos obstáculos?* Curitiba: Juruá, 2011.

BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil*. Brasília: Supremo Tribunal Federal; Secretaria de Documentação, 2018. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/legislacaoConstituicao/anexo/CF.pdf>. Acesso em: 25 fev. 2018.

BRASIL. *Lei n. 7.244, de 7 de novembro de 1984*. Dispõe sobre a criação e o funcionamento do Juizado Especial de Pequenas Causas. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/1980-1988/17244.htm. Acesso em: 25 fev. 2018.

BRUNO, Susana. *Conciliação: prática interdisciplinar e ferramentas para a satisfação do Jurisdicionado*. Belo Horizonte: Fórum, 2012.

CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. *Acesso à justiça*. Tradução de Ellen Gracie Northfleet. Porto Velho: Fabris, 1988.

CARNEIRO, Paulo Cezar Pinheiro. *Acesso à justiça: juizados especiais cíveis e ação civil pública – uma nova sistematização da teoria geral do processo*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2003.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. *Resolução n. 125, de 29 de novembro de 2010*. Dispõe sobre a Política Judiciária Nacional de tratamento adequado dos conflitos de interesses no âmbito do Poder Judiciário e dá outras providências. Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/busca-atos-adm?documento=2579>. Acesso em: 21 nov. 2017.

FONTAINHA, Fernando de Castro. *Acesso à justiça: da contribuição de Mauro Cappelletti à realidade brasileira*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

GOMES, Márcia Regina Brand. *Princípio de justiça, cidadania e defensoria pública: reflexões à luz da doutrina e do Estado*. 2006. Dissertação (Mestrado em Ciência Jurídica) – Universidade do Vale do Itajaí, Itajaí, SC, 2006.

NUNES, Juliana Raquel. *A importância da mediação e da conciliação para o acesso à justiça: uma análise à luz do novo CPC*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017.

SANTOS, Lilian Maciel. A execução no novo CPC e seus reflexos nos juizados especiais. *In: LINHARES, Erik (org.). Juizados especiais cíveis e o novo CPC.* Curitiba: Juruá, 2015.

SIMÕES, Janete Vargas. Poderes do juiz nos juizados especiais e no novo CPC. *In: LINHARES, Erik (org.). Juizados especiais cíveis e o novo CPC.* Curitiba: Juruá, 2015.

UBALDO, Antonio Augusto Baggio e. O novo CPC e seus impactos nos recursos dos juizados especiais cíveis. *In: LINHARES, Erik (org.). Juizados especiais cíveis e o novo CPC.* Curitiba: Juruá, 2015.

Compatibilidade do instituto da suspensão de segurança com o recurso de agravo de instrumento no âmbito dos tribunais

Isabelle de Lamartine Nogueira Passarinho

Analista do MPU – Direito. Assessora-Chefe de Contencioso Externo e Legislação no Ministério Público Federal. Especialista em Direito Público – Direito, Estado e Constituição pela União Educacional do Planalto Central (Uniplac).

Resumo: Este artigo aborda o instituto jurídico da suspensão de segurança, de legitimidade do Ministério Público e das pessoas jurídicas de direito público interno, sobretudo no que diz respeito ao efeito processual por ele produzido com relação à suspensão da eficácia de uma decisão interlocutória e sua compatibilidade com os efeitos advindos de decisão proferida em sede de agravo de instrumento interposto contra a mesma decisão. Nesta hipótese, apresentar-se-ão dois instrumentos jurídicos distintos a fim de se combater a eficácia jurídica de uma mesma decisão judicial, ocasião em que surge o questionamento acerca da compatibilidade da decisão proferida em sede de suspensão de liminar e a produção de seus efeitos no processo com relação a eventual decisão igualmente proferida em sede de agravo de instrumento dirigido contra a mesma decisão interlocutória. Questiona-se, assim, qual decisão deve prevalecer no âmbito processual e os fundamentos legais e jurídicos para tanto.

Palavras-chave: Suspensão de segurança. Processo Civil. Agravo de instrumento. Processo. Compatibilidade.

Abstract: This article deals with the legal institute of Suspension of Security, of legitimacy of the Public Ministry and of legal entities of internal public law, especially with regard to the procedural effect produced by it in relation to the suspension of the effectiveness of an interlocutory decision and its compatibility with the effects arising from a decision handed down in an interlocutory appeal filed in the face of

the same decision. In this hypothesis, two different legal instruments will be presented in order to combat the legal effectiveness of the same judicial decision, when the question arises about the compatibility of the decision issued in the context of the preliminary injunction suspension and the production of its effects in the process regarding the eventual decision also rendered in the interlocutory appeal filed in the face of the same interlocutory decision. It is questioned, therefore, which decision should prevail in the procedural scope and the legal and juridical foundations for that purpose.

Keywords: Safety suspension. Civil procedure. Bill of appeal. Process. Compatibility.

Sumário: 1 Introdução. 2 Considerações acerca do instituto da suspensão de segurança: liminar, sentença ou acórdão. 2.1 Natureza jurídica e cabimento. 2.2 Legitimidade, interesse de agir e competência. 3 Do agravo de instrumento e sua compatibilidade com a suspensão de liminar. 3.1 Da eficácia temporal da decisão proferida em suspensão de liminar. 3.2 Análise de recente caso concreto. 4 Conclusões.

1 Introdução

O presente artigo tem por escopo a abordagem acerca da compatibilidade processual entre o instituto da suspensão de segurança dirigido contra decisão interlocutória no âmbito processual e o agravo de instrumento interposto contra a mesma decisão judicial.

Para tanto, examinar-se-á, detidamente, o instituto da suspensão de segurança, sua natureza jurídica e suas peculiaridades procedimentais, bem como a restrição legal quanto à sua legitimidade, o que confere ao Ministério Público brasileiro e às pessoas jurídicas de direito público a possibilidade de manejá-lo em hipóteses bem específicas relacionadas ao interesse público inerente ao caso concreto.

Em seguida, abordar-se-á o recurso de agravo de instrumento e a solução que o legislador confere no tocante à conformidade processual de ambos os instrumentos dirigidos à suspensão da eficácia de determinada decisão interlocutória que, emanada do Poder Judiciário, potencialmente vulnere o interesse público primário, o qual se busca resguardar.

2 Considerações acerca do instituto da suspensão de segurança: liminar, sentença ou acórdão

2.1 Natureza jurídica e cabimento

A suspensão de execução de liminar, sentença ou acórdão, denominada pela doutrina e pela jurisprudência como *suspensão de Segurança*, constitui instituto jurídico de relevância na atuação finalística do Ministério Público e, bem assim, da Fazenda Pública em Juízo, na medida em que abrange lides nas quais se esteja diante de decisão apta a ocasionar prejuízo a interesses públicos eminentes na ordem jurídico-social.

O instituto encontra previsão legal específica e se revela cabível tão somente nas hipóteses legalmente previstas para tanto.

Tem cabimento, assim, restrito, tratando-se de medida a ser proposta pelo Ministério Público e Fazenda Pública e julgada pelo Presidente do Tribunal ao qual couber o conhecimento e julgamento do respectivo recurso a ser interposto contra a decisão combatida, quando provocado e na hipótese em que se esteja diante de julgado que acarrete grave lesão à ordem, à saúde, à segurança e (ou) à economia pública.

Segundo decisões proferidas pelo Supremo Tribunal Federal (STF), *o pleito de suspensão de liminar é medida de contracautela que visa a assegurar o resultado útil e a eficácia do recurso que vier a ser interposto*. Nesse sentido, colaciona-se ementa de julgado que, embora relativamente antigo, manifesta entendimento persistente no âmbito do Supremo Tribunal Federal:

EMENTA: I – suspensão de segurança: natureza cautelar e pressuposto de viabilidade do recurso cabível contra a decisão concessiva da ordem.

*A suspensão de segurança, concedida liminar ou definitivamente, é contracautela que visa à salvaguarda da eficácia plena do recurso que contra ela se possa manifestar, quando a execução imediata da decisão, posto que provisória, sujeita a riscos graves de lesão a interesses públicos privilegiados – a ordem, a saúde, a segurança e a economia pública: sendo medida cautelar, não há regra nem princípio segundo os quais a suspensão da segurança devesse dispensar o pressuposto do *fumus**

boni juris que, no particular, se substantiva na probabilidade de que mediante o futuro provimento do recurso venha prevalecer a resistência oposta pela entidade estatal à pretensão do impetrante. (STF. Agravo Regimental em suspensão de segurança 846-3/DF, rel. min. Sepúlveda Pertence, DJ de 8 nov. 1996, grifo nosso).

A Lei n. 8.038, de 28 de maio de 1990, que institui normas procedimentais para os processos que tramitam perante o Superior Tribunal de Justiça (STJ) e o Supremo Tribunal Federal (STF) previu, em capítulo destinado à abordagem de “outros procedimentos” a serem manejados em referidos Tribunais Superiores, o seguinte, *in verbis*:

Art. 25 – Salvo quando a causa tiver por fundamento matéria constitucional, compete ao Presidente do Superior Tribunal de Justiça, a requerimento do *Procurador-Geral da República* ou da *pessoa jurídica de direito público interessada*, e para evitar grave lesão à ordem, à saúde, à segurança e à economia pública, suspender, em despacho fundamentado, a execução de liminar ou de decisão concessiva de mandado de segurança, proferida, em única ou última instância, pelos Tribunais Regionais Federais ou pelos Tribunais dos Estados e do Distrito Federal. (Grifo nosso).

Por seu turno, a Lei n. 8.437, de 30 de junho de 1992, que dispõe sobre a concessão de medidas cautelares contra os atos do Poder Público, em seu art. 4º, preconizou o seguinte:

Art. 4º. Compete ao presidente do Tribunal, ao qual couber o conhecimento do respectivo recurso, suspender, em despacho fundamentado, a execução da liminar nas ações movidas contra o Poder Público ou seus agentes, a requerimento do *Ministério Público* ou da *pessoa jurídica de direito público interessada*, em caso de *manifesto interesse público* ou de *flagrante ilegitimidade*, e para evitar grave lesão à ordem, à saúde, à segurança e à economia públicas. (Grifo nosso).

Em 2009, sobreveio a nova Lei do Mandado de Segurança, Lei n. 12.016, de 7 de agosto de 2009, que disciplina o mandado de segurança individual e coletivo. Referida legislação, à semelhança da lei outrora vigente sobre a matéria – Lei n. 4.348, de 26 de junho de 1964 –, igualmente trouxe a previsão do instituto da suspensão segurança, nos seguintes termos:

Art. 15. Quando, a requerimento de pessoa jurídica de direito público interessada ou do Ministério Público e para evitar grave lesão à ordem, à saúde, à segurança e à economia públicas, o presidente do Tribunal ao qual couber o conhecimento do respectivo recurso suspender, em decisão fundamentada, a execução da liminar e da sentença, dessa decisão caberá agravo, sem efeito suspensivo, no prazo de 5 (cinco) dias, que será levado a julgamento na sessão seguinte à sua interposição. (Grifo nosso).

Por sua vez, a Lei de Ação Civil Pública (LACP), Lei n. 7.347, de 24 de julho de 1985, ao tratar da aptidão do juiz para proferir decisão liminar com ou sem justificativa prévia da parte demandada, preconiza também a possibilidade da suspensão da execução do *decisum*, o que se dará mediante requerimento da pessoa jurídica de direito público interessada e nas situações previstas nas demais legislações de regência. Vejamos:

Art. 12. Poderá o juiz conceder mandado liminar, com ou sem justificativa prévia, em decisão sujeita a agravo.

§ 1º A requerimento de pessoa jurídica de direito público interessada, e para evitar grave lesão à ordem, à saúde, à segurança e à economia pública, poderá o Presidente do Tribunal a que competir o conhecimento do respectivo recurso suspender a execução da liminar, em decisão fundamentada, da qual caberá agravo para uma das turmas julgadoras, no prazo de 5 (cinco) dias a partir da publicação do ato. (Grifo nosso).

A par de referidas legislações, também os regimentos internos do STJ e do STF preveem os institutos da suspensão de segurança, de liminar e de sentença, suas específicas hipóteses de cabimento, os legitimados ativos e a autoridade competente para julgá-los. Nesse sentido, vejamos, respectivamente, as disposições regimentais:

CAPÍTULO I

Da suspensão de segurança, de liminar e de Sentença

Art. 271. Poderá o Presidente do Tribunal, a requerimento da pessoa jurídica de direito público interessada ou do Procurador-Geral da República, e para evitar grave lesão à ordem, à saúde, à segurança e à economia públicas, suspender, em despacho fundamentado, a execução de liminar ou de decisão concessiva de mandado de segurança, proferida,

em única ou última instância, pelos Tribunais Regionais Federais ou pelos Tribunais dos Estados e do Distrito Federal. (Regimento Interno do Superior Tribunal de Justiça, grifo nosso).

CAPÍTULO III

Da suspensão de segurança

Art. 297. Pode o Presidente, a requerimento do *Procurador-Geral*, ou da *pessoa jurídica de direito público interessada*, e *para evitar grave lesão à ordem, à saúde, à segurança e à economia pública*, suspender, em despacho fundamentado, a execução de liminar, ou da decisão concessiva de mandado de segurança, proferida em única ou última instância, pelos tribunais locais ou federais. (Regimento Interno do Superior Tribunal Federal, grifo nosso).

Com efeito, pelas disposições legais e normativas, conclui-se ser o instituto em questão um *incidente processual* a ser manejado com vistas à tutela da ordem, da saúde, da segurança e da economia públicas, assegurando-se, no caso concreto, a supremacia e a indisponibilidade do interesse público primário, nas hipóteses em que a decisão contra a qual se age puder provocar lesão de natureza grave ao referido interesse titularizado pela sociedade como um todo.

Não se busca, por meio da suspensão de liminar, sentença ou acórdão, a reforma da decisão vergastada – medida esta que, registre-se, cabe à esfera recursal.

Intenta-se, por outro lado, a suspensão da eficácia da decisão combatida, sob o argumento de que, caso seja executada a decisão, esta poderá ocasionar dano irreparável ao interesse da coletividade, seja na seara da saúde, da segurança, da economia ou da própria ordem pública.

Roga-se, assim, pelo afastamento episódico e temporário dos efeitos da decisão proferida pelo Juízo da causa, como medida de garantia ao interesse público no caso concreto.

E, neste ponto, revela-se eminente a atuação do Ministério Público brasileiro no manejo da suspensão de segurança, na qualidade de legitimado cuja função se qualifica por essencial à função jurisdicional do Estado e ao qual incumbe, precipuamente, a defesa

da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis e, portanto, do interesse público primário.

A corrente doutrinária à qual aqui se filia entende, pois, que o requerimento de suspensão da eficácia da decisão possui natureza jurídica de *incidente processual*,¹ tratando-se, assim, de uma questão jurídica a ser levantada pela parte legitimada no curso de um processo judicial principal. Não se inaugura, com isso, um novo processo ou uma nova relação jurídico-processual, mas se discute a nova *quaestio juris* no curso da demanda outrora já inaugurada.

Segundo essa parcela majoritária da doutrina, o incidente de suspensão de segurança não impugna a decisão judicial visando à sua anulação ou à sua reforma e, nesse sentido, se diferencia, sobremaneira, dos instrumentos e dos sucedâneos recursais.² Não se trata assim, de recurso e, igualmente, de sucedâneo recursal, mas de incidente a ser manejado no bojo de um processo em curso.

Por seu turno, a jurisprudência dos tribunais superiores preconiza que a suspensão de segurança constitui medida de contracautela, de modo que a parte deve demonstrar a configuração do perigo de dano e o *fumus boni iuris* aptos à suspensão da eficácia da decisão combatida. Colaciona-se excerto de julgado do STF que traz o referido entendimento acerca da natureza jurídica do incidente em questão:

AGRAVOS REGIMENTAIS NA SUSPENSÃO DE SEGURANÇA. TRIBUTÁRIO. IMPOSTO SOBRE CIRCULAÇÃO DE MERCADORIAS – ICMS. SERVIÇO DE ENERGIA ELÉTRICA E DE TELECOMUNICAÇÕES. PRINCÍPIO DA SELETIVIDADE. ALÍQUOTAS. EFEITO MULTIPLICADOR. AGRAVOS REGIMENTAIS AOS QUAIS SE NEGA PROVIMENTO. I – *A natureza excepcional da contracautela permite tão somente juízo mínimo de delibação sobre*

1 Nesse sentido, DINAMARCO, Cândido Rangel. *Suspensão do mandado de segurança pelo presidente do Tribunal*. Fundamentos do processo civil moderno. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2000. t. 1. p. 613.

2 DIDIER JR., Fred; CUNHA, Leonardo José Carneiro da. *Curso de direito processual civil*. Volume 3: Meios de impugnação às decisões judiciais e processo nos tribunais. 17. ed. São Paulo: JusPodivm, 2020. p. 495-496.

a matéria de fundo e análise do risco de grave lesão à ordem, à saúde, à segurança e à economia públicas. Controvérsia sobre matéria constitucional evidenciada e risco de lesão à economia pública comprovado. Os atos administrativos gozam de presunção de legitimidade e veracidade, não afastada na hipótese. Efeito multiplicador demonstrado, conforme pontuado no RE 714.139-RG. II – O depósito judicial não transfere a plena titularidade e disponibilidade do montante depositado. III – Agravos regimentais aos quais se nega provimento. (STF – Pleno – SS 3717 AgR – rel. min. presidente Ricardo Lewandowski, julgado em 29.10.2014 – DJe-226, de 17 nov. 2014, grifo nosso).

Também nesse mesmo sentido, há demais julgados emanados dos Tribunais Superiores. A título exemplificativo, vejamos: Supremo Tribunal Federal, SS 3.589 AgR, voto do rel. min. presidente Gilmar Mendes, julgado em 22.4.2010, DJe n. 91, de 21.5.2010; Supremo Tribunal Federal, SS 3.259 AgRg/SP, rel. min. Ellen Gracie, julgado em 07.04.2008; Superior Tribunal de Justiça – Corte Especial, AgRg na SS 1.404/DF, rel. min. Edson Vidigal, julgado em 25.10.2004, DJ 6 dez. 2004.

2.2 Legitimidade, interesse de agir e competência

No que se refere à legitimidade ativa para o manejo da suspensão de segurança e, bem assim, à competência para julgá-la, os termos legais foram expressos. Da leitura do texto das leis que preveem o cabimento da suspensão de segurança, são legitimados para ingressar com o requerimento de suspensão o Ministério Público – na defesa de seu mister constitucional previsto no art. 127 da Constituição Federal – e, também, a pessoa jurídica de direito público interessada, ou seja, a entidade de direito público a qual terá de suportar os efeitos da decisão cuja suspensão se pretende obter.

Assim, União, estados, Distrito Federal e municípios, suas autarquias e fundações públicas de direito público, apresentadas por seus respectivos órgãos, possuem legitimidade para a promoção do incidente processual em questão, assim como a têm os órgãos do Ministério Público em sua atuação institucional com vistas à defesa, sobretudo, dos interesses individuais e sociais indisponíveis e da ordem jurídica.

No tocante à legitimidade do Ministério Público para o manejo da suspensão de segurança, esta decorre da própria atribuição conferida pelo Constituinte a esse órgão independente, encontrando fundamento, assim, no art. 127 da Constituição Federal.³ Trata-se de emanção de seu próprio mister constitucional.

Tem-se por fundamento jurídico, também, a Lei Complementar n. 75/1993, que dispõe sobre a organização, as atribuições e o estatuto do Ministério Público da União, legislação esta que, em seu art. 5º, preconiza, exemplificativamente, as funções institucionais inseridas no plexo de atribuições do *Parquet*, nelas se encontrando diversas atividades afetas à defesa do interesse público primário, o que se coaduna com a defesa da ordem jurídica, da segurança pública, da saúde e da economia nacionais, requisitos estes do instituto ora em análise.⁴

3 “Art. 127. O Ministério Público é instituição permanente, essencial à função jurisdicional do Estado, incumbindo-lhe a defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis. [...] Art. 129. São funções institucionais do Ministério Público: [...] II –zelar pelo efetivo respeito dos Poderes Públicos e dos serviços de relevância pública aos direitos assegurados nesta Constituição, promovendo as medidas necessárias a sua garantia [...]”

4 Lei Complementar n. 75/1993:

“Art. 5º São funções institucionais do Ministério Público da União:

I – a defesa da ordem jurídica, do regime democrático, dos interesses sociais e dos interesses individuais indisponíveis, considerados, dentre outros, os seguintes fundamentos e princípios:

- a) a soberania e a representatividade popular;
- b) os direitos políticos;
- c) os objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil;
- d) a indissolubilidade da União;
- e) a independência e a harmonia dos Poderes da União;
- f) a autonomia dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios;
- g) as vedações impostas à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios;
- h) a legalidade, a impessoalidade, a moralidade e a publicidade, relativas à administração pública direta, indireta ou fundacional, de qualquer dos Poderes da União;

II – zelar pela observância dos princípios constitucionais relativos:

O incidente processual não possui prazo legal para ser formalizado pelos legitimados ativos. Sendo assim, uma vez verificando-se que a decisão proferida em determinado feito implica grave dano à ordem, à saúde, à segurança e (ou) à economia, o legitimado poderá deduzir seu pedido específico ao presidente do Tribunal ao qual compete o julgamento de eventual recurso a ser interposto contra a decisão, com vistas, assim, a afastar a eficácia do *decisum*, sem que incida um prazo prescricional ou decadencial para tanto.

Registre-se que, nada obstante a inexistência de prazo legal – mas considerando a própria natureza e escopo do instituto, ressalte-se –, a ideia é de que deva ser apresentado com a maior brevidade possível,

-
- a) ao sistema tributário, às limitações do poder de tributar, à repartição do poder impositivo e das receitas tributárias e aos direitos do contribuinte;
 - b) às finanças públicas;
 - c) à atividade econômica, à política urbana, agrícola, fundiária e de reforma agrária e ao sistema financeiro nacional;
 - d) à seguridade social, à educação, à cultura e ao desporto, à ciência e à tecnologia, à comunicação social e ao meio ambiente;
 - e) à segurança pública;

III - a defesa dos seguintes bens e interesses:

- a) o patrimônio nacional;
- b) o patrimônio público e social;
- c) o patrimônio cultural brasileiro;
- d) o meio ambiente;
- e) os direitos e interesses coletivos, especialmente das comunidades indígenas, da família, da criança, do adolescente e do idoso;

IV - zelar pelo efetivo respeito dos Poderes Públicos da União, dos serviços de relevância pública e dos meios de comunicação social aos princípios, garantias, condições, direitos, deveres e vedações previstos na Constituição Federal e na lei, relativos à comunicação social;

V - zelar pelo efetivo respeito dos Poderes Públicos da União e dos serviços de relevância pública quanto:

- a) aos direitos assegurados na Constituição Federal relativos às ações e aos serviços de saúde e à educação;
- b) aos princípios da legalidade, da impessoalidade, da moralidade e da publicidade;

VI - exercer outras funções previstas na Constituição Federal e na lei”.

sobretudo com vistas a evitar que o Juízo reconheça a inexistência do *periculum in mora* – entendendo, pois, insubsistentes os argumentos relativos à gravidade do dano causado – ou da iminência de causar ao interesse público, diante de eventual decurso de prazo que entenda razoável a afastar a necessidade de suspensão da decisão combatida.

Na peça processual, o legitimado deve demonstrar que a execução da decisão judicial cujos efeitos se pretende suspender ocasionará lesão grave à *ordem pública*, à *saúde*, à *segurança* e (ou) à *economia públicas*, comprovando, assim, a adequação e a necessidade de adoção de medida drástica – a suspensão de sua eficácia –, tendo em vista a presença de inexorável interesse público ou, ainda, flagrante ilegitimidade do *decisum*, ou seja, contrariedade a aspectos que envolvam um exame mais aprofundado de justiça e equidade, proporcionalidade e razoabilidade.

O incidente deve ser, então, endereçado ao presidente do Tribunal competente para o julgamento de eventual recurso interposto contra a decisão cujos efeitos se intente afastar.

Consoante expôs a então ministra do Supremo Tribunal Federal Ellen Gracie, em sua obra *Suspensão de Sentença e de Liminar*,⁵ o incidente “não comporta dilação probatória, devendo o postulante trazer com o pedido todos os documentos que sustentem as afirmativas de potencial agressão aos interesses públicos tutelados”.

Sendo assim, à semelhança do que ocorre com relação à ação constitucional do mandado de segurança, na suspensão de segurança não há de se falar em instrução probatória na via processual, motivo pelo qual o legitimado ativo deve comprovar o alegado documental e de pronto, no ato de apresentação da petição ao respectivo presidente do Tribunal competente para o exame da questão.

Trata-se, pois, de um instrumento processual complementar na atuação da defesa do interesse público primário em processo judicial, a ser articulado por legitimados específicos e legalmente

5 NORTHFLEET, Ellen Gracie. *Suspensão de sentença e de liminar*. RePro97. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000. p. 188.

previstos, quais sejam, os órgãos do Ministério Público ou os representantes da Fazenda Pública em Juízo, com o intento de se evitar grave dano à ordem pública, econômica ou afeto às áreas da segurança ou saúde públicas.

A suspensão de segurança comporta, assim, um exame restrito acerca da presença dos requisitos legais, da potencialidade do dano e da adequação da medida, sem que se adentre no exame meritório da decisão judicial ou se promova a reforma da decisão proferida pela instância precedente, medida esta que cabe, especificamente, à seara dos recursos.

Pois bem. Especificamente no que concerne à suspensão de segurança dirigida contra decisão interlocutória proferida pelo Juízo da causa, tratando-se, pois, da denominada Suspensão de Liminar, uma vez manejada no processo pelos legitimados ativos, surge o questionamento acerca se sua compatibilização processual com relação ao recurso cabível contra essa mesma decisão.

3 Do agravo de instrumento e sua compatibilidade com a suspensão de liminar

Surge, pois, a discussão acerca da compatibilidade da suspensão de segurança com os instrumentos recursais a serem interpostos contra a decisão que se busca suspender e, bem assim, acerca da eficácia temporal da decisão proferida em sede de suspensão de segurança pela Presidência do Tribunal competente para julgá-la.

Analisar-se-á, aqui, notadamente, a relação processual entre a suspensão de liminar – dirigida contra uma decisão interlocutória de natureza precária e, no geral, proferida no início do deslinde processual – e o recurso de agravo de instrumento, cabível contra decisões interlocutórias.

O novo Código de Processo Civil (Lei n. 13.105, de 16 de março de 2015), no art. 1.015, preconiza que o agravo de instrumento constitui recurso cabível contra determinadas decisões de natureza interlocutória e, no art. 1.016, dispõe sobre a autoridade judiciária a quem será dirigido o recurso, ou seja, o Tribunal, de

modo que a interposição se direcionará diretamente à segunda instância, e não ao Juízo de primeira instância do qual emanou a decisão combatida. Nesse sentido:

CAPÍTULO III DO AGRAVO DE INSTRUMENTO

Art. 1.015. Cabe agravo de instrumento contra as decisões interlocutórias que versarem sobre:

- I - tutelas provisórias;
- II - mérito do processo;
- III - rejeição da alegação de convenção de arbitragem;
- IV - incidente de desconsideração da personalidade jurídica;
- V - rejeição do pedido de gratuidade da justiça ou acolhimento do pedido de sua revogação;
- VI - exibição ou posse de documento ou coisa;
- VII - exclusão de litisconsorte;
- VIII - rejeição do pedido de limitação do litisconsórcio;
- IX - admissão ou inadmissão de intervenção de terceiros;
- X - concessão, modificação ou revogação do efeito suspensivo aos embargos à execução;
- XI - redistribuição do ônus da prova nos termos do art. 373, § 1º;
- XII - (VETADO);
- XIII - outros casos expressamente referidos em lei.

Parágrafo único. Também caberá agravo de instrumento contra decisões interlocutórias proferidas na fase de liquidação de sentença ou de cumprimento de sentença, no processo de execução e no processo de inventário.

Art. 1.016. O agravo de instrumento será dirigido diretamente ao Tribunal competente, por meio de petição com os seguintes requisitos: [...].

Pois bem. Perpassado o exame acerca do cabimento do agravo de instrumento,⁶ pode-se concluir que a possibilidade jurídica de utilização do incidente da suspensão de liminar e de interposição de recurso contra a mesma decisão consiste em circunstância processual respaldada pelo próprio legislador.

E, nesse ponto, o legislador acertou na previsão sobre o potencial manejo do incidente e do recurso, sobretudo tendo em vista o fato de que aquele não possui natureza jurídica recursal, motivo pelo qual não implicará qualquer violação ao princípio da unicidade recursal ou singularidade, segundo o qual se faz possível a interposição de somente um único recurso contra a mesma decisão em determinado momento processual, sob pena de incidência do instituto da preclusão consumativa.

Nesse sentido, a Lei n. 8.437/1992, em seu art. 4º, § 6º, preconiza que a

interposição do agravo de instrumento contra liminar concedida nas ações movidas contra o Poder Público e seus agentes não prejudica nem condiciona o julgamento do pedido de suspensão a que se refere este artigo.

Idêntica previsão consta do art. 15, § 3º, da Lei n. 12.016/2009, segundo o qual a

interposição de agravo de instrumento contra liminar concedida nas ações movidas contra o poder público e seus agentes não prejudica nem condiciona o julgamento do pedido de suspensão a que se refere este artigo.

Sendo assim, pelos termos legais, temos que suspensão de liminar e agravo de instrumento poderão coexistir no processo, não havendo de se falar em qualquer prejuízo na interposição recursal diante de uma preexistência do manejo da suspensão de liminar contra a mesma decisão judicial.

6 O STJ reconheceu a taxatividade mitigada do art. 1.015 do novo Código de Processo Civil: “O rol do art. 1.015 do CPC é de taxatividade mitigada, por isso admite a interposição de agravo de instrumento quando verificada a urgência decorrente da inutilidade do julgamento da questão no recurso de apelação” (STJ. REsp n. 1.704.520/MT (2017/0271924-6). Corte Especial. Rel. min. Nancy Andrighi. Data de julgamento: 5.12.2018. *DJe*: 19 dez. 2018).

Assim, no caso em que proferida em primeira instância uma decisão judicial interlocutória – a exemplo de uma decisão liminarmente proferida em sede de tutela de urgência –, contra esta cabe o manejo da suspensão de liminar perante o respectivo Tribunal, se atendidos os requisitos legais para tanto e, também, a sua recorribilidade mediante a via do agravo de instrumento, também dirigido ao Tribunal, nos termos do que autoriza o art. 1.015, inciso I, c/c o art. 1.016 do novo Código de Processo Civil.⁷

3.1 Da eficácia temporal da decisão proferida em suspensão de liminar

Saneada, pois, a questão afeta à possibilidade jurídica de que estejam presentes no processo, contra a mesma decisão judicial interlocutória, suspensão de liminar e agravo de instrumento, merece ressalva a análise acerca da eventual coexistência de decisões conflitantes proferidas pelo Tribunal competente em ambos os instrumentos processuais – a primeira pela Presidência, e a segunda pelo desembargador relator ou pela Turma –, momento em que se passa à análise da eficácia temporal de referidas decisões.

Nesse ponto, a Lei n. 8.038/1990, em seu art. 25, § 3º, dispõe que a “suspensão de segurança vigorará enquanto pender o recurso, ficando sem efeito, se a decisão concessiva for mantida pelo Superior Tribunal de Justiça ou transitar em julgado”, o que se identifica, *ipsis litteris*, com os termos do art. 297, § 3º, do Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal, e do art. 271, § 3º, do Regimento Interno do Superior Tribunal de Justiça.⁸

7 “Art. 1.015. Cabe agravo de instrumento contra as decisões interlocutórias que versarem sobre:

[...] I - tutelas provisórias; [...]

Art. 1.016. O agravo de instrumento será dirigido diretamente ao Tribunal competente, por meio de petição com os seguintes requisitos: [...]”

8 Regimento Interno do STF: “Art. 297. [...] § 3º A suspensão de segurança vigorará enquanto pender o recurso, ficando sem efeito, se a decisão concessiva for mantida pelo Supremo Tribunal Federal ou transitar em julgado”.

Destarte, na hipótese de pendência do recurso de agravo e da suspensão de liminar, caso sobrevenha sentença – portanto, decisão de mérito – que confirme os termos da liminar outrora proferida no feito, a decisão concessiva da suspensão de liminar perderia a sua eficácia com a superveniência de decisão meritória, de modo que a sentença se sobreporia ao instrumento da suspensão?

Entende-se, neste ponto, com fundamento nas disposições constantes da Lei n. 8.038/1990 e dos Regimentos Internos do STF e do STJ, que a suspensão da liminar deve prevalecer, ainda que sobrevenha decisão meritória, e persistirá até que ocorra o trânsito em julgado da decisão concessiva de tutela de urgência ou a sua manutenção perante as Cortes Superiores, o STJ ou STF.

O Supremo Tribunal Federal, no que diz respeito aos efeitos da suspensão de segurança no mandado de segurança, ensina, em texto sumular, que a eficácia da decisão proferida em sede de suspensão deve prevalecer com relação à sentença até ulterior decisão final e definitiva do mandado de segurança. Esse o teor do Enunciado da Súmula n. 626 do STF, *in verbis*:

A suspensão da liminar em mandado de segurança, salvo determinação em contrário da decisão que a deferir, *vigora até o trânsito em julgado da decisão definitiva de concessão da segurança ou, havendo recurso, até a sua manutenção pelo Supremo Tribunal Federal*, desde que o objeto da liminar deferida coincida, total ou parcialmente, com o da impetração. (Grifo nosso).

Com efeito, prevalece o entendimento segundo o qual, em regra, a decisão proferida em sede de suspensão pelo Tribunal competente persistirá até o trânsito em julgado da ação principal, caso em que a decisão acobertada pela imutabilidade inerente à coisa julgada formal no feito substituirá os termos da decisão proferida em sede de suspensão, mantendo ou cassando os seus efeitos, na

Regimento Interno do STJ: “Art. 271. [...] § 3º A suspensão vigorará enquanto pender o recurso, ficando sem efeito se a decisão concessiva for mantida pelo Superior Tribunal de Justiça ou transitar em julgado” (Incluído pela Emenda Regimental n. 1, de 1991).

hipótese em que mantida, em grau de recurso, pelo STJ ou STF, a decisão que se intenta suspender.

Neste ponto, registre-se, a suspensão de liminar vigorará até que sobrevenha o trânsito em julgado na ação principal, não havendo de se falar em prejudicialidade do feito. Nesse sentido, vejamos os seguintes excertos de julgados:

[...] Em 2.7.2008, o então Presidente deste Supremo Tribunal deferiu a suspensão e essa decisão vigora até o trânsito em julgado do Mandado de Segurança [...]. A denegação da ordem não implica, como quer a Agravante, a perda de objeto da presente suspensão. [...]. Cumpre anotar que, segundo o que consta no sítio do Tribunal Regional Federal da Primeira Região na internet em 16.3.2017, a ação mandamental ainda não transitou em julgado, pois pendente de juízo de admissibilidade os recursos especial e extraordinário interpostos contra acórdão que desproveu a apelação cível da Federação Nacional dos Policiais Federais – FENAPEF (STF SS 3.585 AgR–ED, voto da rel. min. presidente Cármen Lúcia, Plenário, julgado em 7.4.2017, DJe de 8 maio 2017, grifo nosso).

[...] Por fim, não prospera a alegada prejudicialidade do presente feito, constante da petição de fl. 221, ante a ausência do necessário trânsito em julgado da apelação [...], que tramita no TRT da 5ª Região, consoante informações extraídas do sítio eletrônico, à luz da Súmula 626, segundo a qual: “a suspensão da liminar em mandado de segurança, salvo determinação em contrário da decisão que a deferir, vigorará até o trânsito em julgado da decisão definitiva de concessão da segurança ou, havendo recurso, até a sua manutenção pelo Supremo Tribunal Federal, desde que o objeto da liminar deferida coincida, total ou parcialmente, com o da impetração”. (STF. STA – suspensão de Tutela Antecipada – 407 AgR, voto do rel. min. presidente Cezar Peluso, Plenário, julgado em 18.8.2010, DJe de 3 nov. 2010, grifo nosso).

Acresce-se, ainda, que o instituto da suspensão constitui medida que se presta a evitar, no âmbito do Poder Judiciário, o que se denomina de *efeito multiplicador*, ou seja, o efeito que se consubstancia no aforamento, nos diversos tribunais, de processos visando ao mesmo escopo daqueles objetos da discussão em determinado feito.⁹ Igualmente sob este fundamento, a sua formalização no

9 Nesse sentido: STF. SS 3.589 AgR, voto do rel. min. presidente Gilmar Mendes, Plenário. Julgamento: 22.4.2010, DJe n. 91, de 21.5.2010.

âmbito processual se revela cabível e, ainda mais, compatível com eventual recurso interposto contra a mesma decisão judicial.

3.2 Análise de recente caso concreto

Com vistas à análise prática e exemplificativa acerca do aludido instituto processual e sua concomitância com o recurso de agravo, traz-se ao conhecimento duas demandas advindas com a crise de saúde pública decorrente da pandemia da COVID-19.

Por meio da Ação Popular n. 1021319-26.2020.4.01.3400, em trâmite perante a 9ª Vara Federal da Seção Judiciária do Distrito Federal e ajuizada em abril de 2020 contra a União Federal e o presidente do Banco Central, postulou-se, liminarmente, entre outros, “a concessão da tutela provisória de urgência, na modalidade de tutela inibitória, para impedir que os bancos aumentem as taxas de juros e intensifiquem a rigidez nas exigências de concessão de crédito”, sob o argumento de que, diante da recente pandemia mundial, a economia brasileira sofreu graves prejuízos, o que levou o Banco Central do Brasil a liberar o fluxo de caixa dos bancos, não tendo estes, entretanto, utilizado dessa liberação de ativos para disponibilizar mais crédito para o mercado nacional, o que vulneraria a função social a que se devem submeter os referidos agentes econômicos.

O Juízo da causa, em 15 de abril de 2020, deferiu a medida liminar, ocasião em que, entre outras medidas, determinou: “todas as instituições do Sistema Financeiro Nacional se abstenham de aumentar a taxa de juros ou intensificar as exigências para a concessão de crédito”. Contra esta decisão interlocutória as partes demandadas interpuseram o Agravo de Instrumento n. 1010663-25.2020.4.01.0000 perante o TRF da 1ª Região e pleitearam suspensão de liminar (n. 1010248-42.2020.4.01.0000), dirigida ao presidente do aludido Tribunal.

O recurso de agravo de instrumento se encontra concluso para decisão desde 20 de abril de 2020. Por sua vez, na suspensão de liminar e de sentença, o desembargador federal presidente, em decisão datada de 22 de abril de 2020, reconheceu

a existência de quadro de lesão à ordem pública administrativa e econômica, seja em razão do redimensionamento judicial de política econômico-financeira consubstanciada na Circular 3.993, de 23/03/2020, seja em razão do elevado risco à estabilidade econômico-financeira decorrente da demora na execução referida circular, seja, finalmente, em virtude do risco de crise de liquidez para as instituições financeiras, caso não sejam aplicados os novos percentuais do recolhimento compulsório.

Ainda nessa ocasião deferiu o pedido de suspensão formulado pelas partes requerentes. Não se interpôs recurso contra esta decisão, de sorte que o feito restou arquivado em 25 de maio de 2020.

Nesse sentido, nada obstante não proferida ainda decisão em sede de agravo, caso, monocraticamente, se conceda ou se negue o pedido de suspensão dos efeitos da decisão ou, ainda, no mérito, lhe seja dado ou negado provimento, fato é que a decisão proferida na suspensão de liminar continuará a produzir seus regulares efeitos até a manutenção, pelo STF ou STJ, de eventual decisão de mérito no processo ou, ainda, diante de seu trânsito em julgado.

4 Conclusões

Destarte, a partir da análise da legislação aplicável à suspensão de segurança, instituto processual de legitimidade do Ministério Público e das pessoas jurídicas de direito público, dotado de natureza jurídica de incidente processual e de eminência na defesa e no resguardo do interesse público primário, entende-se pela possibilidade jurídica de que seja manejado contra uma decisão interlocutória, concomitantemente à tramitação de um recurso de agravo de instrumento interposto contra esse mesmo *decisum*, havendo, pois, compatibilidade entre ambos os institutos sem que aquele seja prejudicado pelo manejo recursal.

Nesse ponto, diante da coexistência processual da suspensão de liminar e do agravo de instrumento – ambos dirigidos ao Tribunal ao qual compete a análise do recurso cabível contra a decisão que se busca suspender, com a diferença de que a suspensão deve ser dirigida ao presidente do aludido Colegiado –, em regra,

eventual decisão de deferimento do pedido de suspensão de liminar produzirá seus efeitos até o trânsito em julgado da decisão de mérito contrária proferida no processo ou, na hipótese de recurso, até a sua manutenção no âmbito dos Tribunais Superiores.

Revela-se, assim, a proeminência, na seara processual, do instituto da suspensão de segurança, tendo em vista que se presta ao afastamento episódico da eficácia de eventual decisão judicial que vulnere bens jurídicos relevantes e produza grave lesão à ordem pública, à saúde, à segurança e à economia pública. Nesse sentido, consiste em medida excepcional que deve atender aos estritos requisitos legais e que manifesta o desejo do legislador de tutelar o interesse público primário sem se afastar da necessária preservação da jurisdição nacional.

Referências

CUNHA, Leonardo José Carneiro da. *A fazenda pública em juízo*. 7. ed. rev., ampl. e atual. São Paulo: Dialética, 2009.

DIDIER JR., Fred; CUNHA, Leonardo José Carneiro da. *Curso de direito processual civil*. Volume 3: Meios de impugnação às decisões judiciais e processo nos tribunais. 17. ed. São Paulo: JusPodivm, 2020.

DINAMARCO, Cândido Rangel. *Suspensão do mandado de segurança pelo presidente do Tribunal*. Fundamentos do processo civil moderno. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2000.

NEVES, Daniel Amorim Assumpção. *Manual de direito processual civil*. Volume único. 8. ed. Salvador: JusPodivm, 2016.

NORTHFLEET, Ellen Gracie. *Suspensão de sentença e de liminar*. RePro97. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

O princípio do devido processo legal: breves comentários

Izabel Cristina de Almeida Teles

Assessora Jurídica do Ministério Público do Trabalho. Mestranda em Direito das Relações Sociais e Trabalhistas no Centro Universitário do Distrito Federal (UDF). Especialista em Direito Material e Processual do Trabalho pelo Instituto de Educação Superior de Brasília (IESB).

Resumo: O presente artigo se propõe a fazer breves comentários sobre o devido processo legal, conceituando-o, trazendo o histórico do referido princípio e suas dimensões procedimental e substantiva. Aborda, ainda, como ele é aplicado no Brasil, com a análise de algumas decisões judiciais, em especial as do Tribunal Superior do Trabalho. Por fim, expõe como o aludido princípio, em sua dimensão substantiva, poderia ser utilizado como proteção ao direito ao trabalho.

Palavras-chave: Devido processo legal. Princípios. Dimensões procedimental e substantiva. Direito ao trabalho.

Abstract: This article aims to make brief comments on the due process of law, conceptualizing it and bringing the history of the referred principle and its procedural and substantive dimensions. It also addresses how it is applied in Brazil, with the analysis of some judicial decisions, especially those of the Superior Labor Court. Finally, it explains how the aforementioned principle, in its substantive dimension, could be used to protect the right to work.

Keywords: Due Process of Law. Principles. Procedural and substantive dimensions. Right to work.

Sumário: 1 Introdução. 2 O que são princípios? 3 Devido processo legal: conceito, histórico e dimensões. 4 O devido processo legal no Brasil e as repercussões no Direito do Trabalho. 5 Conclusão.

1 Introdução

Ventilado pela primeira vez no século XIII, o princípio do devido processo legal surge na Inglaterra como uma proteção aos direitos da vida, liberdade e propriedade, com o intuito de limitar o exercício do poder real.

O referido princípio ganha novos contornos nos Estados Unidos da América, não ficando adstrito somente à sua dimensão procedimental. A Suprema Corte Americana, a partir do século XIX, passa a utilizar o devido processo legal como controle do conteúdo da lei, a partir da análise da sua razoabilidade.

Contudo, a história demonstra que essa dimensão foi inicialmente usada para atender aos interesses econômicos da época, o que ficou conhecido como constitucionalismo *laissez-faire*, consistente na não intervenção do Estado na economia, assegurando-se a liberdade de contratar.

Porém, tendo em vista a Grande Depressão de 1929, e, em razão dela, a implementação do plano econômico *New Deal*, a Suprema Corte atenuou a aplicação substantiva do devido processo legal para os casos que envolvessem aspectos econômicos, ainda que as leis atingissem a propriedade. Passa-se, então, a atuar mais em prol da defesa das liberdades básicas e contra as intrusões do Estado no campo cultural e não econômico.¹

No Brasil, o devido processo legal é, pela primeira vez, constitucionalmente previsto nos incisos LIV e LV do art. 5º da Constituição Federal de 1988. Tido como sobreprincípio, dele derivam muitos outros, também inseridos na Constituição, o que parece explicar ser a aludida garantia constitucional pouco invocada nos Tribunais brasileiros.

Vê-se, ainda, ao se analisarem as decisões judiciais, em especial as do Tribunal Superior do Trabalho, que o devido processo legal é mais utilizado em sua dimensão procedimental.

1 SILVEIRA, Paulo Fernando. *Devido processo legal: due process of law*. Curitiba: Juruá, 2018. p. 372.

Sob a ótica do trabalho, é possível deduzir que este direito está intrinsecamente ligado ao direito à vida. Assim, a partir desse enfoque, defende-se que, com base no devido processo substantivo, os conflitos sociais, pelos valores fundamentais envolvidos, merecem uma atenção e um comprometimento maiores por parte do Judiciário, do que simplesmente com a lei.²

2 O que são princípios?

Antes de adentrar ao mérito e nuances do devido processo legal, necessário se faz conceituar o que são princípios.

Os princípios, somados às regras e aos institutos jurídicos, compõem o Direito,³ e possuem papel fundamental na interpretação da regra jurídica, consubstanciando valores a serem perseguidos pela sociedade, pautando, principalmente, as decisões jurídicas.

Segundo Maurício Godinho Delgado, princípios são proposições gerais inferidas da cultura e do ordenamento jurídico que conformam a criação, revelação, interpretação e aplicação do Direito e possuem as seguintes funções: função interpretativa (também chamada descritiva ou informativa); função normativa subsidiária (ou supletiva); e função normativa própria (ou função normativa concorrente).⁴

No tocante a esta última função, registrem-se os dizeres do referido doutrinador:

A função fundamentadora dos princípios (ou função normativa própria) passa, necessariamente, pelo reconhecimento doutrinário de sua *natureza de norma jurídica efetiva*, e não simples enunciado programático não vinculante. Isso significa que o caráter normativo contido nas regras jurídicas integrantes dos clássicos diplomas jurídicos (constituições, leis e diplomas correlatos) estaria também presente nos princí-

2 SILVEIRA, 2018, p. 376.

3 DELGADO, Maurício Godinho. *Princípios constitucionais do trabalho e princípios de direito individual e coletivo do trabalho*. 5. ed. São Paulo: LTr, 2017. p. 17 e 18.

4 DELGADO, 2017, p. 18 e 21.

pios jurídicos. Ambos seriam, pois, norma jurídica, dotados da mesma *natureza normativa*. Em suma, o fenômeno jurídico, o Direito, o ordenamento jurídico de maneira geral, em síntese, todo o Direito seria composto, simultaneamente de *princípios jurídicos* e de *regras jurídicas*, os quais se enquadram no conceito mais largo de *norma jurídica*.⁵

Comporta ressaltar referida função, tendo em vista que o princípio do devido processo legal, objeto de análise deste artigo, possui essencialmente essa natureza normativa, regulando processos judiciais, procedimentos administrativos e o próprio conteúdo das respectivas decisões, de forma mais objetiva e concreta. Além disso, aludido princípio, imbuído desse desiderato, é diretriz para outros princípios.

Pariz define princípio como mandamento nuclear de sistema, ou seja, verdadeiro alicerce dele, disposição fundamental que se irradia sobre diferentes normas, compondo-lhes o espírito e servindo de critério para a sua exata compreensão e inteligência. Ressalta, ainda, tratar-se de critério superior de interpretação das demais normas, orientando sua aplicação no caso concreto.⁶

Mancuso, por sua vez, esclarece que norma é o gênero, que se compõe de princípios e regras. Aduz que estas operam de modo pontual, incidindo estritamente sobre uma dada ocorrência, enquanto aqueles, porque atuam no plano macro, possuem um caráter mais abstrato, como diretrizes, indicando critérios e parâmetros para a interpretação do Direito.⁷

Desse modo, pelo critério da aplicabilidade, faz a diferenciação, expondo que as regras apresentam uma operacionalidade mais simples e direta, enquanto os princípios, por sua generalidade e abstração, requerem operação hermenêutica mais elaborada.⁸

5 DELGADO, 2017, p. 22 e 23 (grifos do original).

6 PARIZ, Ângelo Aurélio Gonçalves. *O princípio do devido processo legal: direito fundamental do cidadão*. Coimbra: Almedina, 2009. p. 35 e 36.

7 MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Teoria geral do processo*. Rio de Janeiro: Forense, 2018. p. 73.

8 MANCUSO, 2018, p. 74.

3 Devido processo legal: conceito, histórico e dimensões

Originário do direito inglês, o princípio do devido processo legal é dirigido à proteção dos valores vida, liberdade e propriedade.

O devido processo legal surge como meio de proteger os nobres contra os excessos do poder real, na Inglaterra. O rei João Sem Terra (ano de 1215) se viu obrigado a concordar com os termos da declaração de direitos, que passou a ser denominada de Magna Carta, apresentada pelos barões, que insurgiram contra a tirania vigente.⁹

Sob a locução *law of the land*, referido princípio foi primeiramente assim previsto em um documento jurídico, especificamente no artigo 39 da referida Magna Carta, com as alterações da Carta de 1225:

Nenhum homem livre será detido ou sujeito a prisão, ou privado dos seus direitos ou seus bens, ou declarado fora da lei, ou exilado, ou reduzido em seu *status* de qualquer forma, nem procederemos nem mandaremos proceder contra ele senão mediante um julgamento legal pelos seus pares ou pelo costume da terra.¹⁰

De acordo com Paulo Fernando Silveira, pela primeira vez, a partir da Magna Carta, ficou evidenciado, de modo inequívoco, que nenhuma pessoa, por mais poderosa que fosse, estaria acima da lei, ao estar preceituado, como regra absoluta, que deveria ser observada a lei da terra.¹¹ Assim, o mencionado artigo tinha por fito substituir a força real pela força da lei.¹²

Em 1354, a expressão *law of the land* seria substituída por *due process of law*, em razão de ato do Parlamento inglês, que também, nesse momento, estendeu as garantias da Magna Carta a todas as pessoas do reino, não mais ficando adstritas à nobreza. Pela pri-

9 PARIZ, 2009, p. 76.

10 PARIZ, 2009, p. 78.

11 SILVEIRA, 2018, p. 29.

12 PARIZ, 2009, p. 81.

meira vez na história, o devido processo legal estava sendo positivado sob essa denominação.

O devido processo legal, originalmente consubstanciado, representava a essência da liberdade individual em face da lei,¹³ e o objetivo era limitar os poderes do rei (e não o do Parlamento),¹⁴ trazendo consigo o ideal de justiça.

A Grande Carta dos Barões (Magna Carta) tornou-se símbolo da liberdade sob a lei para o povo inglês, que decididamente a incorporou.¹⁵ Desse modo, os colonizadores ingleses a levaram consigo para as colônias britânicas da América. Pode-se dizer que a Magna Carta e os fundamentos do *common law* estavam efetivamente presentes na vida dos primeiros ingleses da América.

As treze colônias inglesas na América do Norte foram fundamentais para a expansão da cláusula do devido processo legal¹⁶ e a sua estabilidade no direito até os dias atuais, vindo a influenciar e determinar a concepção de justiça.

O devido processo legal está previsto nas emendas V e XIV da Constituição Americana. Enquanto a Emenda V, em 1787, foi imposta originariamente ao poder federal, a XIV, aprovada em 1866, após a Guerra Civil, foi instituída com o intuito de proteger o povo em relação às leis e constituições estaduais, tendo em vista que o princípio federalista (descentralizador) é muito forte nos Estados Unidos da América.¹⁷

Em um primeiro momento, a garantia do devido processo legal foi utilizada apenas na sua dimensão processual (até 1856). A

13 SILVEIRA, 2018, p. 30.

14 ANDRADE, Cássio Cavalcante. *O princípio do devido processo legal: histórico, dimensões e eficácia horizontal*. Revista dos tribunais, São Paulo, v. 103, n. 948, p. 77-113, out. 2014.

15 ANDRADE, 2014, p. 31.

16 PARIZ, 2009, p. 81.

17 SILVEIRA, 2018, p. 30.

Suprema Corte americana foi fundamental para fazer evoluir as garantias hoje vivenciadas pela ideia do devido processo legal procedimental.

O ativismo judicial progressista, com enfoque nos direitos individuais, ocorrido na chamada *Warren Court* (1953/1969), foi responsável por decisões que se tornaram verdadeiros marcos históricos. O foco, nesse período, era a proteção dos direitos criminais dos réus, sendo considerada como implemento maior dessa fase a igualdade, tida como verdadeira revolução judiciária.¹⁸

Um caso emblemático foi o do *Mapp v. Ohio* (1961), em que a Suprema Corte reverteu a condenação da Corte estadual por ter admitido no julgamento a apreensão ilegal de provas. Outro caso relevante foi o julgamento *Miranda v. Arizona* (1966), em que, pela decisão da Suprema Corte, para a polícia legitimar o uso qualquer confissão, deveria mostrar que deu pleno efeito ao direito do acusado de permanecer calado e de ter, durante o interrogatório, a presença de um advogado.

A fim de contextualizar o significado e objetivo do devido processo legal procedimental, reproduzem-se os dizeres de Ângelo Aurélio Gonçalves Pariz:

Em suma, a finalidade do devido processo legal processual constitui-se na garantia de um julgamento limpo e justo para as partes em qualquer processo. As outras garantias específicas contidas ou superpostas no devido processo legal destinam-se a assegurar a realização da justiça nos processos. É direito fundamental assegurado a qualquer cidadão o acesso a um processo público com todas as garantias.

O devido processo legal, contudo, não se restringe apenas à questão procedimental; a outra dimensão, revelada pelo direito norte-americano, é igualmente relevante e merece ser analisada.

O começo da dimensão substantiva do devido processo se dá em 1856, quando um tribunal de Nova York invalidou uma lei estadual, que proibia o uso de bebida alcóolica, com base na análise do conteúdo da lei. Foi dito, nesta decisão, pela primeira vez, que o

18 SILVEIRA, 2018, p. 250.

devido processo não protege apenas o modo do procedimento mas também o conteúdo substantivo da legislação.¹⁹

Porém, uma decisão posterior, declarando que o Congresso não poderia editar uma lei proibindo a escravidão em um território federal, fez com que recuasse o devido processo legal em sua dimensão substantiva.²⁰

Retomando a ideia substantiva do devido processo, em 1868, um livro de Thomas Cooley, que se tornou popular, fazendo do autor a autoridade mais citada em direito constitucional, demonstrou aos juízes americanos que eles poderiam utilizar a cláusula do devido processo para rever a razoabilidade das leis e derrubar as ações que não fossem razoáveis.²¹

A Guerra de Secessão (1861-1865), que levou à vitória do norte industrial, sendo vencidos os estados agrícolas, deu um novo rumo à política de desenvolvimento, influenciando não somente o Poder Legislativo mas também a Suprema Corte.

Visando à proteção das corporações, dos empreendimentos e da propriedade privada, a 14^a Emenda nasce nesse contexto, com o intuito de conceder privilégios à ação empreendedora dos americanos. O objetivo era evitar a intervenção do Estado na economia. A partir desse momento, surge então a doutrina de um constitucionalismo *laissez-faire* no Judiciário norte-americano.²²

Paula Fernando Silveira esclarece bem a intenção da Suprema Corte nesta fase:

O controle da Corte endereçou-se a um propósito particular, nominalmente, a invalidação da legislação estadual que conflitava com a doutrina do *laissez-faire*, a qual dominava o pensamento dos estudiosos da economia na virada do século.²³

19 SILVEIRA, 2018, p. 357.

20 SILVEIRA, 2018, p. 358.

21 SILVEIRA, 2018, p. 359.

22 ANDRADE, 2014, p. 3.

23 SILVEIRA, 2018, p. 364.

O caso *Lochner v. New York* foi emblemático desse período, definido como a “Era Lochner” (1895 a 1937), que teve como característica maior a não interferência do Estado no exercício das liberdades de contratar e na disposição acerca da propriedade privada.²⁴

O Estado de Nova York havia aprovado uma lei que limitava a jornada dos padeiros em dez horas por dia e 60 horas por semana. Joseph Lochner foi condenado pelo Judiciário estadual por desobedecer a referida lei, pois havia contratado um padeiro para trabalhar mais de 60 horas em sua padaria. O caso chegou até a Suprema Corte, que, por cinco a quatro, sob o fundamento de que a aludida norma violava a cláusula do devido processo, acolheu o pedido de Lochner e concluiu que a lei do Estado de Nova York limitava gravemente o direito ao trabalho, em prejuízo da liberdade de contrato.²⁵

A ideia do substantivo devido processo era limitar a ação governamental arbitrária. Essa, por sua vez, seria sinônimo de ação não razoável. Sob essa perspectiva, as leis do trabalho violavam a liberdade de contratar, os tributos eram invalidados, e as taxas públicas eram derrubadas como confiscatórias. Assim, a Suprema Corte era quem dizia como a lei deveria ser.²⁶

Nos dizeres de Paulo Roberto Barbosa Ramos, a Suprema Corte fazia uso do devido processo legal substancial para justificar a ausência de razoabilidade de quaisquer atos normativos que pudessem ser obstáculo à expansão capitalista. Nesse sentido, afirma que a 14^a Emenda era manobrada para justificar a proteção às liberdades de mercado.²⁷

Contudo, o voto dissidente do *Justice Oliver Holmes*, no caso *Lochner*, foi fundamental para dar novos contornos ao entendimento até então prevalecente na Suprema Corte. O referido magistrado ado-

24 ANDRADE, 2014.

25 RAMOS, Paulo Roberto Barboza. Pela mão do devido processo legal substancial: a Suprema Corte e a consolidação do constitucionalismo laissez-faire. *Revista de Direito Constitucional e Internacional*, v. 25, n. 102, p. 195-217, jul./ago. 2017. p. 6.

26 SILVEIRA, 2018, p. 364 e 365.

27 RAMOS, 2017, p. 11.

tava uma postura pela contenção judicial e afirmava não ser função judicial derrubar leis com as quais os juízes se desagradam. Dizia, ainda, que os Poderes Legislativos são os guardiões últimos das liberdades e bem-estar do povo, na mesma medida que as Cortes judiciais.²⁸

Além disso, o *New Deal*, programa econômico adotado pelo Presidente Franklin Roosevelt para minimizar os efeitos drásticos da Grande Depressão de 1929, com alto viés intervencionista do Estado na economia norte-americana, também influenciou a mudança da posição ideológica da Suprema Corte.

Esse momento drástico para a economia americana fez com que se caminhasse para o Estado do Bem-Estar Social (*Welfare State*). A depressão econômica iniciada em 1929 demonstrou que as forças do mercado não eram suficientes para equilibrar a economia, e a intervenção do Estado era mais que necessária.

Nesse contexto, a partir de 1937, a Suprema Corte atenuou a aplicação do substantivo processo legal para os casos que envolviam aspectos econômicos, ainda que as leis atingissem a propriedade, e passou a reconhecer que os fatos políticos da vida competiam ao Poder Legislativo.²⁹

Silveira aduz que, a partir desse momento, passou a ser instituído o duplo padrão (*double standard*): se o enfoque da lei está adstrito ao campo econômico, o critério escolhido foi a razoabilidade da lei; se, contudo, atinge as liberdades civis e direitos fundamentais, a legislação é presumidamente considerada suspeita.³⁰

4 O devido processo legal no Brasil e as repercussões no Direito do Trabalho

O devido processo legal foi consubstanciado, pela primeira vez, no direito brasileiro, somente na Constituição Federal de 1988, em seu art. 5º, inciso LIV: “Ninguém será privado da liberdade ou de

28 RAMOS, 2017, p. 367.

29 RAMOS, 2017, p. 372.

30 RAMOS, 2017, p. 372.

seus bens sem o devido processo legal”. O inciso seguinte, LV, é complemento à referida garantia: “Aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e a ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes”.

Mancuso afirma que o devido processo legal, dada a sua relevância e transcendência para o sistema como um todo, opera como *sobreprincípio*,³¹ dele derivando diversos outros subprincípios, igualmente previstos na Constituição de 1988 em seu art. 5º, tais como o direito de resposta (inciso V); a inviolabilidade do domicílio (inciso XI); a vedação de juízo ou tribunal de exceção (incisos XXXVII e LIII); a vedação da prova obtida por meios ilícitos (inciso LVI); presunção de inocência (LVII); a assistência jurídica integral e gratuita aos necessitados (inciso LXXIV); a duração razoável dos processos (inciso LXXVIII), entre outros.

Humberto Ávila chama a atenção para o fato de que, enquanto em outros sistemas, como o estadunidense, os elementos do devido processo legal são deduzidos, caso a caso, do ideal de protetividade de direitos, no Brasil, vários deles, como os acima referenciados, são impostos pela própria Constituição.³² Essa pode ser uma razoável explicação para o referido princípio não ser tão utilizado pelos nossos Tribunais.

O referido doutrinador aduz que, pelo fato de a Constituição conter expressamente vários princípios que dele poderiam ser deduzidos, o princípio do devido processo legal, na qualidade de superprincípio, exerce uma função rearticuladora relativamente a esses elementos já previstos.

Vislumbra-se, nesse contexto, uma possível redundância, no tocante ao direito pátrio, no caso de invocar o devido processo legal, considerando que há outras garantias constitucionalmente previstas, que são consideradas mais úteis e específicas, a exemplo do contraditório e da ampla defesa.³³

31 MANCUSO, 2018, p. 86 e 87.

32 ÁVILA, Humberto. O que é “devido processo legal”? *Revista de processo*, v. 33, n. 163, p. 50-59, set. 2008. p. 6.

33 BONICIO, Marcelo José Magalhães. *Princípios do processo no novo código de processo civil*. São Paulo: Saraiva, 2016. p. 69.

Um aspecto a ser considerado no devido processo legal, especificamente no contexto brasileiro, é o alcance recursal. Bonício resalta que o acesso aos tribunais superiores é flagrantemente reduzido, caracterizando uma violação ao referido princípio, ante os inúmeros óbices quase que intransponíveis para se chegar a esses tribunais.³⁴

Ricardo José Macedo de Britto Pereira também assinala esse problema em relação aos recursos de natureza extraordinária no Tribunal Superior do Trabalho, ao afirmar:

Como observado no tocante ao excesso processual na fase recursal extraordinária, que dificulta ao acesso ao mérito recursal, convive-se com um Direito do Trabalho fragmentado. Em razão dos óbices para o conhecimento dos recursos naquele tribunal, acaba prevalecendo o entendimento estabelecido pelo tribunal regional do trabalho. O adiamento da solução dos casos associados à denegação de acesso à jurisprudência do tribunal apresenta-se como fator negativo na avaliação do Tribunal Superior do Trabalho.³⁵

O princípio do duplo grau de jurisdição está previsto no inciso LV do art. 5º da Constituição Federal: “Aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e a ampla defesa, com os meios e *recursos a ela inerentes*” (grifo nosso).

Assim, como a ampla defesa faz parte do conceito do devido processo legal, o recurso é um direito garantido constitucionalmente, que não poderia ser suprimido por lei.³⁶

A realidade parece demonstrar que o devido processo legal talvez não seja tão apreciado e eficazmente observado pelo direito pátrio. O Supremo Tribunal Federal, por exemplo, entende que a ofensa a esse princípio, em termos processuais, é reflexa à Constituição, razão pela qual os recursos extraordinários não são admitidos.

34 BONICIO, 2016, p. 70.

35 PEREIRA, Ricardo José Macedo de Britto. *Recursos de natureza extraordinária no TST*. Salvador: JusPodivm, 2015. p. 68.

36 SILVEIRA, 2018, p. 262.

Nesse aspecto, curioso apontar que há alguns precedentes da Suprema Corte, que diferencia as dimensões do devido processo legal pelos incisos, vinculando o devido processo legal substantivo ao inciso LIV, e o procedimental ao inciso LV, ambos do art. 5º da Constituição Federal. Ressalte-se, contudo, que a doutrina não faz essa divisão.

Em pesquisa jurisprudencial no sítio eletrônico do Tribunal Superior do Trabalho, foram identificadas algumas decisões recentes fundamentadas no devido processo legal, que serão a seguir comentadas.

A primeira delas refere-se a um processo que deu provimento ao agravo de instrumento para determinar o processamento do recurso de revista, ante a demonstração de aparente ofensa ao art. 5º, LIV, da CF. O Tribunal de origem considerou inválido o seguro garantia judicial ofertado pelo executado como meio de garantia de execução. A Corte Trabalhista entendeu que houve flagrante ofensa à garantia constitucional do devido processo legal, uma vez que a norma legal não estabeleceu nenhum requisito específico à validade do seguro garantia judicial.³⁷

O segundo caso analisado foi o de uma decisão regional que considerou não haver trazido prejuízo à reclamada a intimação pelo magistrado de primeiro grau que determinou o prazo de 15 dias para a reclamada apresentar defesa, sob pena de revelia e confissão quanto à matéria fática. A parte ré alegou violação aos arts. 844 e 847 da CLT, bem como aos princípios da legalidade, da segurança jurídica, além das garantias constitucionais do devido processo legal e ampla defesa.

O Tribunal Superior do Trabalho consignou o entendimento de que a notificação citatória adotada pelo juízo de origem e rati-

37 BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. (8. Turma). Recurso de Revista: RR-10839-91.2015.5.03.0150. Recorrente: Itaú Unibanco S.A. Recorrido: José Carlos Pereira. Relatora ministra Dora Maria da Costa, *DEJT* 26 jun. 2020c. Disponível em: <http://aplicacao4.tst.jus.br/consultaProcessual/consultaTstNumUnica.do?consulta=Consultar&ccconscs=&numeroTst=10839&digitoTst=91&anoTst=2015&orgaoTst=5&tribunalTst=03&varaTsv=0150&submit=Consultardoc&onsulta=Consultar&ccconscs=&numeroTst=10839&digitoTst=91&anoTst=2015&orgaoTst=5&tribunalTst=03&varaTsv=0150&submit=Consultar>. Acesso em: 12 ago. 2020.

ficada pela Corte Regional, bem como a penalidade de confissão e revelia aplicada à reclamada, evidenciaram regras e ritos não previstos em lei, implicando, de fato, contrariedade ao princípio do devido processo legal. Esta decisão, além de conceituar devido processo legal, estabelece, de certo modo, o parâmetro sob qual ele deve nortear o processo – atentando-se aos ditames legais –, consoante se observa do trecho a seguir reproduzido:

A garantia constitucional do devido processo legal é um princípio fundamental que institui que as regras pré-estabelecidas pelo legislador ordinário devem ser observadas na condução do processo, assegurando-se aos litigantes, na defesa dos direitos levados ao Poder Judiciário, um processo isonômico e justo.

Portanto, o princípio do devido processo legal compreende a garantia ao procedimento tipificado em lei, razão pela qual não se admite a inversão da ordem processual ou a adoção de um rito diverso.³⁸

O terceiro caso trata de uma decisão de um Tribunal Regional do Trabalho que concluiu ser aplicável a multa prevista no artigo 475-J do CPC/1973 aos processos trabalhistas em detrimento de normas próprias do direito processual do trabalho. O Tribunal Superior do Trabalho afastou a aplicação supletiva por, conforme constou na ementa, afronta ao devido processo legal.³⁹

38 BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. (4. Turma) Recurso de Revista: RR-698-69.2014.5.15.0067. Recorrente: Arcos Dourados Comércio de Alimentos Ltda. Recorrido: Jari Mota Soares. Relator ministro Alexandre Luiz Ramos, *DEJT* 26 jun. 2020d. Disponível em: <http://aplicacao4.tst.jus.br/consultaProcessual/consultaTstNumUnica.doconsulta=Consultar&conscsjt=&numeroTst=698&digitoTst=69&anoTst=2014&orgaoTst=5&tribunalTst=15&varaTst=0067&submit=Consultar>. Acesso em: 12 ago. 2020.

39 BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. (4. Turma). Recurso de Revista: RR-49940-15.2010.5.21.0020. Recorrente: Fundação Educacional Presidente Médici. Recorridos: Município de Monte Alegre; Ana Maria Gomes de Souza. Relator Ministro Guilherme Augusto Caputo Bastos, *DEJT* 19 jun. 2020b. Disponível em: <http://aplicacao4.tst.jus.br/consultaProcessual/consultaTstNumUnica.doconsulta=Consultar&conscsjt=&numeroTst=49940&digitoTst=15&anoTst=2010&orgaoTst=5&tribunalTst=21&varaTst=0020&submit=Consultar>. Acesso em: 12 ago. 2020.

A quarta decisão analisada refere-se a um julgamento que consignou o entendimento de respeito às regras processuais, em atenção ao princípio do devido processo legal, uma vez que a parte estava trazendo tema que não fora discutido nos embargos à execução, caracterizando, assim, inovação recursal. Consignou-se, portanto, pela Corte Trabalhista, que a análise de matéria em sede de agravo de petição caracteriza supressão de instância e viola os princípios do contraditório e da ampla defesa.⁴⁰

Vê-se que a aplicação do princípio em estudo, na Corte Trabalhista, é praticamente sob o viés procedimental, aplicado a partir da análise das regras processuais.

Todavia, identificou-se uma decisão em que o devido processo legal substantivo foi invocado. Trata-se de uma execução provisória, em que foi impetrado mandado de segurança contra ato judicial que determinou simultaneamente a citação da empresa devedora para pagamento da dívida ou garantia do juízo e o bloqueio cautelar de valores equivalentes à execução, eventualmente encontrados em conta bancária mantida pela empresa, com base no poder geral de cautela.⁴¹

A Corte Trabalhista entendeu que não existiam elementos, de fato ou de direito, a justificar a ação cautelar de ofício adotada pelo

40 BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. (3. Turma). Embargos de Declaração em Agravo em Recurso de Revista: ARR-2700-54.2008.5.17.0006. Embargantes: Banco Santander (BRASIL) S.A.; Antonio Carlos Nespoli. Embargados: os mesmos. Relator Ministro Alexandre de Souza Agra Belmonte, *DEJT* 26 jun. 2020a. Disponível em: <http://aplicacao4.tst.jus.br/consultaProcessual/consultaTstNumUnica.doconsulta=Consultar&conscsjt=&numeroTst=2700&digitoTst=54&anoTst=2008&orgaoTst=5&tribunalTst=17&varaTst=0006&submit=Consultar>. Acesso em: 12 ago. 2020.

41 BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. Recurso Ordinário em Mandado de Segurança: RO-11374-14.2017.5.03.0000. Recorrente: Topmix Engenharia e Tecnologia de Concreto S.A. Recorrido: Ederson Nascimento Inácio. Subseção II Especializada em Dissídios Individuais, Redator Ministro Douglas Alencar Rodrigues, *DEJT* 19 dez. 2018. Disponível em: <http://aplicacao4.tst.jus.br/consultaProcessual/consultaTstNumUnica.doconsulta=Consultar&conscsjt=&numeroTst=11374&digitoTst=14&anoTst=2017&orgaoTst=5&tribunalTst=03&varaTst=0000&submit=Consultar>. Acesso em: 14 ago. 2020.

Juízo coator. Assim, prevaleceu o entendimento de que a observância aos princípios da menor onerosidade e da preservação da empresa e da função social da propriedade e da empresa impõe ao juiz a condução da execução de forma ordenada e equilibrada, *em conformidade com o devido processo legal substantivo*, não podendo conduzir a própria inviabilização da atividade empresarial.

Por fim, restou consignado:

Em outras palavras, ainda que se possa – e se deva, acrescento – ordenar a apreensão de valores em contas bancárias mantidas por devedores recalcitrantes, faz-se necessário o estrito cumprimento da disciplina legal, sob pena de se revelar arbitrária e abusiva a atuação estatal.

Adentrando ao aspecto do direito ao trabalho, imperioso registrar as colocações feitas por Paulo Fernando Silveira. Segundo o referido magistrado, o direito ao trabalho está interligado ao direito à vida, uma vez que é por meio dele que se consegue atender às necessidades que garantem a própria existência.⁴² Indo mais além, é por meio do trabalho que o homem se identifica como ser humano consciente, capaz de participar da dinâmica da vida em sociedade, desenvolvendo a consciência de que deve cuidar de si mesmo.⁴³ Isso, de fato, se coaduna ainda mais com a referida ideia.

Assim, o direito ao trabalho (de forma digna), por ser intrínseco ao direito à vida, estaria, então, respaldado pelo devido processo legal, por meio do qual poderia se aferir a razoabilidade da lei, de acordo com o substantivo devido processo legal.

Desse modo, o Poder Judiciário, em especial o ramo trabalhista, poderia controlar a atuação dos demais poderes, ao interpretar a Constituição, dando prevalência aos interesses do povo, fonte primária de todo o poder estatal.⁴⁴ Nesse sentido, reproduzem-se as palavras de Silveira:

42 SILVEIRA, 2018, p. 488.

43 DELGADO, Gabriela Neves. *Direito fundamental ao trabalho digno*. 2. ed. São Paulo: Ltr, 2015. p. 23.

44 SILVEIRA, 2018, p. 534.

Já é hora, no início do terceiro milênio, de o juiz brasileiro deixar de ser um mero técnico aplicador da lei (vontade do legislador, isto é, dos representantes do povo) para tornar-se, antes de tudo, agente político, defensor das instituições democráticas e, fundamentalmente, realizador da Justiça, como intérprete da Constituição (vontade soberana e última do povo), pois do contrário estará – como sempre foi feito – dando maior relevância à vontade do representante, como se fosse maior do que a do representado, em evidente inversão de valores.⁴⁵

Defende-se, assim, o uso do substantivo devido processo legal como mecanismo para garantir a justiça das regras de direito praticadas pelos Poderes Executivo e Legislativo e o respeito que esses Poderes devem ter em relação aos direitos fundamentais. O Judiciário exerceria um papel, nesse contexto, portanto, de mantenedor do ideal de justiça em sua concepção máxima, para além da letra da lei.⁴⁶

5 Conclusão

Criado para minimizar o poder real, viu-se que o devido processo legal surgiu como proteção a valores que seguem sendo primordiais para a sociedade: vida, liberdade e propriedade.

Amplamente utilizado pela Suprema Corte Americana, esse sobreprincípio teve um papel fundamental nos Estados Unidos para limitar a atuação do poder do Estado. Embora inicialmente utilizado para atender interesses econômicos, ele estendeu-se para outros campos, como as liberdades civis.

Em termos de Brasil, até em razão de se ter uma Constituição analítica, o devido processo legal nunca foi muito utilizado em sua função procedimental. Muito menos o foi em sua dimensão substantiva, consistente na análise do conteúdo da norma, tendo por foco a razoabilidade.

45 SILVEIRA, 2018, p. 534.

46 DI NAPOLI, Silvana. O devido processo legal como mecanismo para a proteção dos direitos fundamentais. *Revista de Direito Constitucional e Internacional*, v. 28, n. 118, p. 189-205, mar./abr. 2020. p. 5 e 6.

Porém, há de se pensar, atentando-se para as relações sociais e trabalhistas, se não seria o caso de o Poder Judiciário utilizar esse princípio como protetor da justiça social, para além do mero cumprimento das leis, principalmente quando estas não atendem aos interesses sociais.

Referências

ANDRADE, Cássio Cavalcante. O princípio do devido processo legal: histórico, dimensões e eficácia horizontal. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 103, n. 948, p. 77-113, out. 2014.

ÁVILA, Humberto. O que é “devido processo legal”? *Revista de Processo*, v. 33, n. 163, p. 50-59, set. 2008.

BONICIO, Marcelo José Magalhães. *Princípios do processo no novo código de processo civil*. São Paulo: Saraiva, 2016.

BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. (3. Turma). Embargos de Declaração em Agravo em Recurso de Revista: ARR-2700-54.2008.5.17.0006. Embargantes: Banco Santander (BRASIL) S.A.; Antonio Carlos Nespoli. Embargados: os mesmos. Relator Ministro Alexandre de Souza Agra Belmonte, *DEJT* 26 jun. 2020a. Disponível em: <http://aplicacao4.tst.jus.br/consultaProcessual/consultaTstNumUnica.doconsulta=Consultar&conscsjt=&numeroTst=2700&digitoTst=54&anoTst=2008&orgaoTst=5&tribunalTst=17&varaTst=0006&submit=Consultar>. Acesso em: 12 ago. 2020.

BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. Recurso Ordinário em Mandado de Segurança: RO-11374-14.2017.5.03.0000. Recorrente: Topmix Engenharia e Tecnologia de Concreto S.A. Recorrido: Ederson Nascimento Inácio. Subseção II Especializada em Dissídios Individuais, Redator Ministro Douglas Alencar Rodrigues, *DEJT* 19 dez. 2018. Disponível em: <http://aplicacao4.tst.jus.br/consultaProcessual/consultaTstNumUnica.doconsulta=Consultar&conscsjt=&numeroTst=11374&digitoTst=14&anoTst=2017&orgaoTst=5&tribunalTst=03&varaTst=0000&submit=Consultar>. Acesso em: 14 ago. 2020.

BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. (4. Turma). Recurso de Revista: RR-49940-15.2010.5.21.0020. Recorrente: Fundação Educacional

Presidente Médici. Recorridos: Município de Monte Alegre; Ana Maria Gomes de Souza. Relator Ministro Guilherme Augusto Caputo Bastos, *DEJT* 19 jun. 2020b. Disponível em: <http://aplicacao4.tst.jus.br/consultaProcessual/consultaTstNumUnica.doconsulta=Consultar&conscsjt=&numeroTst=49940&digitoTst=15&anoTst=2010&orgaoTst=5&tribunaITst=21&varaTst=0020&submit=Consultar>. Acesso em: 12 ago. 2020.

BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. (8. Turma). Recurso de Revista: RR-10839-91.2015.5.03.0150. Recorrente: Itaú Unibanco S.A. Recorrido: José Carlos Pereira. Relatora ministra Dora Maria da Costa, *DEJT* 26 jun. 2020c. Disponível em: <http://aplicacao4.tst.jus.br/consultaProcessual/consultaTstNumUnica.doconsulta=Consultar&conscsjt=&numeroTst=10839&digitoTst=91&anoTst=2015&orgaoTst=5&tribunaITst=03&varaTst=0150&submit=Consultar>. Acesso em: 12 ago. 2020.

BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. (4. Turma) Recurso de Revista: RR-698-69.2014.5.15.0067. Recorrente: Arcos Dourados Comércio de Alimentos Ltda. Recorrido: Jari Mota Soares. Relator ministro Alexandre Luiz Ramos, *DEJT* 26 jun. 2020d. Disponível em: <http://aplicacao4.tst.jus.br/consultaProcessual/consultaTstNumUnica.doconsulta=Consultar&conscsjt=&numeroTst=698&digitoTst=69&anoTst=2014&orgaoTst=5&tribunaITst=15&varaTst=0067&submit=Consultar>. Acesso em: 12 ago. 2020.

DELGADO, Gabriela Neves. *Direito fundamental ao trabalho digno*. 2. ed. São Paulo: Ltr, 2015.

DELGADO, Mauricio Godinho. *Princípios constitucionais do trabalho e princípios de direito individual e coletivo do trabalho*. 5. ed. São Paulo: LTr, 2017.

DI NAPOLI, Silvana. O devido processo legal como mecanismo para a proteção dos direitos fundamentais. *Revista de Direito Constitucional e Internacional*, v. 28, n. 118, p. 189-205, mar./abr. 2020.

MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Teoria geral do processo*. Rio de Janeiro: Forense, 2018.

PARIZ, Ângelo Aurélio Gonçalves. *O princípio do devido processo legal: direito fundamental do cidadão*. Coimbra: Almedina, 2009.

PEREIRA, Ricardo José Macedo de Britto. *Recursos de natureza extraordinária no TST*. Salvador: JusPodivm, 2015.

RAMOS, Paulo Roberto Barboza. Pela mão do devido processo legal substancial: a Suprema Corte e a consolidação do constitucionalismo laissez-faire. *Revista de Direito Constitucional e Internacional*, v. 25, n. 102, p. 195-217, jul./ago. 2017.

REICHELT, Luis Alberto. Em busca de subsídios para a compreensão do direito fundamental ao devido processo legal na realidade brasileira: considerações sobre o direito ao *due process of law* na tradição inglesa entre os séculos XII e XVIII. *Revista de Processo*, v. 45, n. 303, p. 403-419, maio 2020.

SILVEIRA, Paulo Fernando. *Devido processo legal: due process of law*. Curitiba: Juruá, 2018.

Aquisição pelo Poder Público de medicamentos com preço tabelado: aspectos constitucionais, legais, administrativos e sancionatórios

Julian Ritzel Farret

Analista do Ministério Público da União – 3º Ofício da Procuradoria da República no Município de Santa Maria/RS. Mestre em Filosofia pela Universidade Federal de Pelotas (UFPel). Especialista em Direito Constitucional pela Universidade Anhanguera (UNIDERP). Bacharel em Ciências Jurídicas e Sociais pela Universidade Federal de Santa Maria (UFSM).

Ariela Zuchetto Navarro

Bacharelanda em Direito pela Universidade Federal de Santa Maria (UFSM).

Resumo: O presente artigo cuida da aquisição de medicamentos com preço tabelado pelo Poder Público. Expõe-se que a intervenção disciplinadora do Estado sobre a ordem econômica é admitida, observados os princípios da livre iniciativa e da razoabilidade. Definida a possibilidade excepcional de controle prévio de preços, parte-se para a análise da regulação do mercado farmacêutico pela Câmara de Regulação do Mercado de Medicamentos e da viabilidade de revisão dos atos pelo Judiciário à luz da Doutrina Chenery. Após, confere-se a atuação do Poder Público na aquisição de medicamentos, face ao descumprimento, pela fornecedora, dos preços tabelados pela CMED, bem como apreciam-se as sanções legais cabíveis ante o descumprimento da tabela. Conclui-se que o comportamento do agente público na situação corresponde a aquisição dos fármacos pela melhor proposta apresentada, ainda que a preço superior ao da Tabela CMED, procedendo à imediata comunicação do fato às autoridades competentes.

Palavras-chave: Tabelamento de preços. Medicamentos. CMED. Revisão judicial. Compras públicas. Comportamento da Administração.

Abstract: This article handles the medicine's purchase at a fixed price by the Government. It's stated that the State's disciplinary intervention on the economic order is admitted, observing the principles of free initiative and reasonableness. Defined the exceptional possibility of prior price control, begins the analysis of the pharmaceutical market regulation by the Medicines Market Regulation Chamber, and the feasibility of reviewing the acts by the Judiciary, in the light of the Chenery Doctrine. Afterwards, it checks the acquisition act of medicines by the State, given the non-compliance, by the supplier, of the prices established by CMED, as well as are appreciated the legal sanctions applicable for non-compliance with the table. It's concluded that the public agent behavior in the situation corresponds to the drugs acquisition at the lowest bid price, even though higher than the CMED Table, proceeding to the immediate complaint to the competent authorities.

Keywords: Price fixing. Drugs. CMED. Judicial review. Public purchases. Public administration act.

Sumário: 1 Introdução. 2 Aspectos teóricos do tabelamento de preços no Brasil: regramento constitucional, legal e a possibilidade de revisão judicial. 2.1 Aspectos constitucionais: ordem econômica da Constituição e tabelamento de preços. 2.2 A regulação do mercado farmacêutico e sua constitucionalidade. 2.3 Revisão judicial da tabela de preços fixada pela CMED: limites do controle de atos discricionários. 3 Aspectos práticos do descumprimento do tabelamento de preços na aquisição de medicamentos pelo Poder Público. 3.1 Sanções legais pelo descumprimento da tabela. 3.2 Comportamento da Administração diante do descumprimento. 4 Conclusão.

1 Introdução

É consabido que o mercado, não obstante seja o alicerce da economia moderna, é permeado por falhas estruturais, em razão da preponderância de questões econômicas ambicionadas pelo desejo de lucro irrefreável. Não destoam dessa lógica os setores industrial e comercial-farmacêutico e a precificação de medicamentos em altos valores, seja pela avidez em recuperar o investimento em pesquisa e desenvolvimento de fármacos, especialmente no período de reserva de mercado, assegurado pelo direito de patentes, seja pelo custo afeto à importação de medicamentos e matérias primas internacionais, ou ainda pela existência de monopólios e oligopólios na indústria farmacêutica.

Nesse sentido, deve-se considerar, também, o fato de que a utilização de medicamentos vem acompanhada da nota da essencialidade, ou seja: trata-se de bem de uso, muitas vezes, indispensável à saúde humana. Isso faz com que eventual aumento dos preços não conduza a uma diminuição proporcional do consumo, caracterizando o que a economia denomina de baixa elasticidade-preço da demanda ou de demanda inelástica,¹ permitindo aos fornecedores de fármacos elevarem os preços dos seus produtos e ainda manterem por eles uma procura ideal. Sucede que, analisando a situação pelo viés político-social, a fixação de preços de remédios em patamares elevados constitui um problema para a saúde pública, uma vez que obstaculiza o acesso da população aos fármacos e ocasiona relevantes impactos às contas públicas.

Sob essa perspectiva, a regulação do mercado farmacêutico tem papel mediador e fundamental. Aliás, o relatório *Fiscal Sustainability of Health Systems*, elaborado a partir dos trabalhos da *Organisation for Economic Co-operation and Development*, que reúne 37 países, destacou, dentre os principais caminhos a serem trilhados rumo à sustentabilidade dos sistemas de saúde,² o controle do crescimento de despesas no setor farmacêutico, mediante estratégias regulatórias e de precificação de medicamentos.

Para tanto, deve-se, inevitavelmente, ponderar, de um lado, a efetivação do direito à saúde constitucionalmente preconizado e, de outro, os interesses econômicos do setor. Na abordagem dos economistas Robert Cooter e Thomas Ulen,³ um bom sistema jurídico alinha a lucratividade das empresas ao bem-estar da população, de forma que aqueles que buscam lucros também beneficiem o público.

1 “Quando a demanda é inelástica [...], a quantidade demandada é relativamente pouco sensível às variações do preço. Em consequência, a despesa total com determinado produto aumenta quando seu preço sobe”. PINDYK, Robert S.; RUBINFELD, Daniel L. *Microeconomia*. Trad. Daniel Vieira. 8. ed. São Paulo: Pearson Education do Brasil, 2013. p. 122.

2 OECD. *Fiscal sustainability of health systems: bridging health and finance perspectives*. Paris: OECD Publishing, 2015. Disponível em: <https://doi.org/10.1787/9789264233386-en>. Acesso em: 23 mar. 2021.

3 COOTER, Robert; ULEN, Thomas. *Direito e economia*. Porto Alegre: Bookman, 2010.

Nessa esteira, com vistas à promoção da ampla assistência farmacêutica à população, por meio da estimulação da oferta de medicamentos e da competitividade, a Lei n. 10.742/2003 instituiu normas de regulação do setor farmacêutico, a incluir a previsão de um teto de preços (calculado com base em um índice, em um fator de produtividade e um fator de ajuste de preços relativos intrasetor e entre setores), a ser observado obrigatoriamente pelas empresas produtoras desses insumos na estipulação dos valores de comercialização (art. 4º).

O diploma criou, também, a Câmara de Regulação do Mercado de Medicamentos (CMED), voltada à adoção, implementação, coordenação e monitoramento de atividades de regulação econômica para o mercado de medicamentos (art. 5º), incumbindo-lhe, entre outras funções, justamente a tarefa de estabelecer critérios para a fixação e ajuste de preços de medicamentos (art. 6º, inc. II) e para a definição de margens de comercialização. No exercício desses múnus, a Secretaria Executiva da Câmara instituiu a chamada Tabela CMED, periodicamente atualizada, a congrega preços de todos os medicamentos em conformidade com a legislação do órgão.

Apesar da existência de uma tabela de preços, é frequente o seu descumprimento, especialmente em compras públicas promovidas pela Administração para aquisição de medicamentos essenciais ao Sistema Público de Saúde. E a cotação de produtos por fornecedores de insumos farmacêuticos em valores superiores aos fixados pela Tabela CMED em certames públicos ocasiona prejuízos à prestação dos serviços de saúde pública e graves problemas ao gestor público responsável pela aquisição dos fármacos.

E isso porque, em razão da urgência e necessidade, premidos pelo risco de desabastecimento e prejuízo aos pacientes, os agentes públicos se veem, por vezes, obrigados a adquirir alguns desses insumos por preços superiores à Tabela CMED, ou ainda se encontram diante da realização de sucessivos processos licitatórios pouco efetivos caso recusem a aquisição. De qualquer forma, diante da ausência de definição clara da postura a ser adotada ante o descumprimento dos preços tabelados, os gestores do Sistema de Saúde estão sob o constante risco de serem responsabilizados.

Nesse cenário, o presente artigo se divide em duas grandes partes. Estuda, inicialmente, o problema do ponto de vista teórico, a incluir alguns aspectos constitucionais do tabelamento de preços, a regulação do setor farmacêutico e sua constitucionalidade e a possibilidade de se controlar judicialmente a tabela da CMED. Em um segundo momento, aborda-o sob o viés prático, a fim de compreender a que consequências se submetem as empresas que descumprem a tabela de preços e qual a conduta devida dos agentes públicos envolvidos na aquisição de medicamentos, uma vez diante do descumprimento da Tabela CMED pelas empresas.

2 Aspectos teóricos do tabelamento de preços no Brasil: regramento constitucional, legal e a possibilidade de revisão judicial

2.1 Aspectos constitucionais: ordem econômica da Constituição e tabelamento de preços

Segundo Uadi Lammêgo Bulos,⁴ a Constituição Econômica constitui um “microsistema normativo, integrado à própria Carta Constitucional positiva, em cujo esteio erigem-se normas e diretrizes que disciplinam, juridicamente, a macroeconomia”. Significa dizer que, por intermédio das disposições constantes na CRFB/1988, há a formação das bases constitucionais da ordem econômica, provendo-lhe um verdadeiro arcabouço jurídico-constitucional.

No que concerne à atuação do Estado na salvaguarda da ordem econômica, o art. 174 da CEFB/1988 prevê que, “como agente normativo e regulador da atividade econômica, o Estado exercerá, na forma da lei, as funções de fiscalização, incentivo e planejamento, sendo este determinante para o setor público e indicativo para o setor privado”. Associam-se, portanto, a intervenção do Estado no domínio econômico na condição de regulador e o respeito aos postulados da ordem econômica que emergem do ordenamento constitucional pátrio.

4 BULOS, Uadi Lammêgo. *Curso de direito constitucional I*. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 1515.

Em relação à ordem constitucional anterior, há redefinição do papel do Estado na economia e de suas relações com a sociedade. Retira-se ele da condição de executor/prestador de serviços e explorador de atividades econômicas, para adotar uma posição de regulador, diante da impossibilidade de alhear-se à exploração privada de atividades econômicas relevantes.

Acerca da legitimidade da atuação estatal precisamente na regulação e controle de preços, divide-se a doutrina e a própria jurisprudência. Há, de um lado, representantes da doutrina nacional que a defendem ilegítima a partir de 1988, por força do princípio da livre concorrência.⁵ De outro, existem precedentes jurisprudenciais em sentido oposto, a exemplo da decisão prolatada pelo Supremo Tribunal Federal na Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 319/DF,⁶ que, por maioria, considerou constitucional a Lei n. 8.039/1990, que dispunha sobre critérios de reajustes das mensalidades escolares.

A divergência se explica, nas exatas palavras de Luís Roberto Barroso,⁷ em razão de que “não há norma constitucional que autorize o estabelecimento de controle prévio de preços no âmbito do mercado”. O que encontra previsão na Constituição é, tão somente,

5 Essa é a posição de Diogo de Figueiredo Moreira Neto (*Ordem econômica e desenvolvimento na Constituição de 1988*, 1989, p. 69-70); Celso Ribeiro Bastos (*Comentários à Constituição do Brasil*, 1990, p. 16-17); Miguel Reale Júnior (*Casos de direito constitucional*, 1992, p. 18-19); Marcos Juruena Villela Souto (*Constituição econômica, Cadernos de Direito Tributário* 4, 1993, p. 250) e Dinorá Adelaide Muselli Grotti (*Intervenção do estado na economia*, *Revista dos Tribunais – Cadernos de Direito Constitucional e Ciência Política*, n. 15, 1996, p. 74).

6 BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Pleno). *Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 319 - Distrito Federal*. Lei n. 8.039, de 30 de maio de 1990, que dispõe sobre critérios de reajuste das mensalidades escolares e dá outras providências. Requerente: Confederação Nacional dos Estabelecimentos de Ensino (CONFENEN). Requerido: Congresso Nacional, Presidente da República. Relator: Min. Moreira Alves, 3 mar. 1993. Disponível em: <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur108883/false>. Acesso em: 21 dez. 2020.

7 BARROSO, Luís Roberto. A ordem econômica constitucional e os limites à atuação estatal no controle de preços. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, v. 226, p. 187-212, out. 2001. ISSN 2238-5177. Disponível em: <http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/47240>. Acesso em: 17 dez. 2020. p. 190.

a atividade repressiva por parte Poder Público, consoante dispõe o seu art. 173, § 4º, no que toca à apuração da prática de ilícitos em decorrência do abuso de poder econômico.

Cabe ao Estado, então, fiscalizar e regular atendimento, por parte da iniciativa privada, dos princípios de funcionamento da ordem econômica, à luz dos pilares maiores da livre iniciativa e da valorização do trabalho, nos termos do estabelecido no art. 170 da Constituição. Barroso,⁸ aliás, destaca que ao Estado cabe “não apenas assegurar um mercado efetivamente concorrencial, como também criar condições equitativas entre partes naturalmente desiguais, ainda que de forma induzida, e assegurar condições objetivas de boa-fé comercial”.

É justamente no desempenho desse múnus que o Poder Público pode – e deve – editar normas reprimindo abusos contra o consumidor, prevenindo danos ao meio ambiente ou sancionando atos atentatórios à livre concorrência. Impõem-se, nesses casos, comportamentos compulsórios, limitadores, em certa medida, da livre iniciativa, mediante a edição de normas cogentes, cuja violação sujeita o infrator a uma sanção. Tais balizas e limites são naturais e inevitáveis, desde que não a suprimam ou vulnerem-na no seu núcleo essencial. No sentido da proficuidade da intervenção estatal, ainda que em mercados competitivos, com vistas à redução das falhas de mercado, a doutrina dos economistas Pindyk e Rubinfeld:⁹

A intervenção do governo em um mercado competitivo nem sempre é uma medida negativa. O governo (e a sociedade que ele representa) pode ter outros objetivos além da eficiência econômica. Além disso, existem situações nas quais uma intervenção governamental pode melhorar a eficiência econômica. Essas situações incluem as externalidades e os casos de falhas de mercado.

Barroso¹⁰ resume que, do exame do texto constitucional, se identificam ao menos duas ordens de limitações à intervenção dis-

8 BARROSO, 2001, p. 195.

9 PINDYK; RUBINFELD, 2013, p. 344.

10 BARROSO, 2001, p. 204–208.

ciplinadora do Estado sobre a ordem econômica e três conjuntos de fundamentos válidos a desencadear essa intervenção. Os limites correspondem aos princípios da livre iniciativa (especialmente a livre concorrência) e da razoabilidade. Já os fundamentos consistem: (a) na reorganização da própria livre iniciativa e livre concorrência, nas hipóteses excepcionais em que o mercado privado haja se desorganizado; (b) na valorização do trabalho humano; e (c) nos princípios de funcionamento da ordem econômica. Em quaisquer desses casos, aqueles limites deverão ser observados. Isto é, o Poder Público não poderá, ainda que com o propósito de promover tais princípios, violar o conteúdo básico da livre iniciativa e nem implementar qualquer medida que não resista ao teste da razoabilidade.

A rigor, nesse sentido, a Constituição não admite como política pública regular o controle prévio de preços. Todavia, em situações anormais, parece possível que o Estado exerça o controle prévio de preços, na medida em que o mercado privado como um todo tenha se deteriorado a ponto de não mais operarem a livre iniciativa e a livre concorrência de forma regular, sempre observado o princípio da razoabilidade. Para Barroso,¹¹ nessas hipóteses, quando admitido o controle de preços, sua constitucionalidade depende de observar três limitações insuperáveis: a) deverá observar o princípio da razoabilidade; b) como medida excepcional, pressupõe uma situação de anormalidade e deve ser limitado no tempo – o controle de preços não pode ser uma política pública ordinária; e c) em nenhuma hipótese pode impor a venda de bens ou serviços por preço inferior ao preço de custo, acrescido de um retorno mínimo, compatível com as necessidades de reinvestimento e de lucratividade próprias do setor privado.

2.2 A regulação do mercado farmacêutico e sua constitucionalidade

No Brasil, o setor farmacêutico é um dos segmentos da ordem econômica expressamente regulados pelo Governo Federal, ao menos desde a edição da Medida Provisória n. 123, de 26 de junho

¹¹ BARROSO, 2001, p. 209-210.

de 2003, convertida na Lei n. 10.742, de 6 de outubro de 2003. Dita legislação aplica-se às empresas produtoras de medicamentos, às farmácias e drogarias, aos representantes, às distribuidoras de medicamentos, bem como a qualquer pessoa jurídica de direito público ou privado que de alguma maneira atue no setor farmacêutico.

A política de regulação desse mercado visa a aumentar a concorrência, a fortalecer o poder de compra do consumidor e a estabelecer regras objetivas para nortear os ajustes e correções de preços de medicamentos. Também define preços de referência para a aquisição de fármacos que integram as listas de produtos distribuídos à população pelo Sistema Único de Saúde. A mesma Lei n. 10.742/2003, além de estabelecer essas normas de regulação do setor farmacêutico, criou a Câmara de Regulação do Mercado de Medicamentos (CMED). Segundo o art. 5º do diploma, a CMED contempla em seus objetivos a adoção, a implementação e a coordenação de atividades relativas à regulação econômica do mercado de medicamentos, voltados a promover a assistência farmacêutica à população, por meio de mecanismos que estimulem a oferta de medicamentos e a competitividade do setor. Entre várias competências atribuídas à CMED, destaca-se a tarefa de estabelecer critérios para a fixação e ajuste de preços de medicamentos (art. 6º, inc. II), bem como para a fixação dos preços dos produtos novos e novas apresentações de medicamentos (art. 6º, incs. I e II, e art. 7º da Lei n. 10.742/2003).

No fito de exercer a competência estabelecida no art. 7º da Lei n. 10.742/2003, a Câmara publicou a Resolução CMED n. 2/2004,¹² a estabelecer os critérios para definição de preços de novos produtos e apresentações de medicamentos. A normativa traz a definição do chamado Preço Fábrica (PF), compreendido como o preço máximo permitido para a venda a farmácias, drogarias e entes da Administração

12 AGÊNCIA NACIONAL DE VIGILÂNCIA SANITÁRIA. Câmara de Regulação do Mercado de Medicamentos. *Resolução CMED n. 2, de 5 de março de 2004*. Dispõe sobre os critérios para definição de preços de produtos novos e novas apresentações de que trata o art. 7º da Lei n. 10.742, de 6 de outubro de 2003. Brasília-DF: Câmara de Regulação do Mercado de Medicamentos, 2004. Disponível em: <https://www.gov.br/anvisa/pt-br/assuntos/medicamentos/cmed/legislacao/arquivos/arquivos-resolucoes/6324json-file-1>. Acesso em: 21 dez. 2020.

Pública de medicamentos não sujeitos ao Coeficiente de Adequação de Preço (CAP), cuja fixação deverá ser feita por meio de uma média calculada em função dos preços de mercado praticados em vários países, servindo de base para o estabelecimento dos preços dos medicamentos a serem praticados em âmbito nacional.

O citado CAP é calculado em função da razão entre o Produto Interno Bruto *per capita* do Brasil e o do país que apresentou o menor preço, observado o Índice de Desenvolvimento Humano, divulgado pela Organização das Nações Unidas. O CAP é conceituado na mesma Resolução como um fator de redução a ser aplicado sobre os PFs dos produtos farmacêuticos novos ou com PFs já fixados antes da entrada em vigor da resolução (art. 5º, § 4º), segundo listagem estatuída pelo Comitê-Técnico Executivo da CMED.

Em complementação, a Resolução CMED n. 4/2006¹³ estabeleceu a aplicação obrigatória do CAP sempre que os medicamentos listados em seu art. 2º forem vendidos a entes públicos da Administração Direta e Indireta da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios. Estabeleceu-se um novo teto de preços: o Preço Máximo de Venda ao Governo (PMVG), junto aos já existentes PF e Preço Máximo ao Consumidor (PMC), este compreendido como o preço máximo permitido para a venda ao consumidor, já incluídos os impostos incidentes por Estado.

Em suma, são ao todo, hoje, três categorias de preços para a comercialização de insumos farmacêuticos: a) Preço Máximo ao Consumidor (PMC), correspondente ao preço máximo permitido para a venda ao consumidor, já incluídos os impostos incidentes por Estado; b) Preço Fábrica (PF), referente ao preço máximo permitido para a venda a farmácias, drogarias e entes da Administração

13 AGÊNCIA NACIONAL DE VIGILÂNCIA SANITÁRIA. Câmara de Regulação do Mercado de Medicamentos. *Resolução CMED n. 4, de 18 de dezembro de 2006*. Dispõe sobre o Coeficiente de Adequação de Preços – CAP, sua aplicação, e altera a Resolução CMED n. 2, de 5 de março de 2004. Disponível em: <http://antigo.anvisa.gov.br/documents/374947/2920593/Resolu%C3%A7%C3%A3o+n%C2%BA+4%2C+de+18+de+dezembro+de+2006+%28PDF%29/212d6552-e74a-4efd-a0c4-c519be3926db>. Acesso em: 21 dez. 2020.

Pública, de medicamentos não sujeitos ao CAP; e c) Preço Máximo de Venda ao Governo (PMVG), estabelecido como o teto máximo de preços para a compra de medicamentos inseridos na lista de produtos sujeitos ao CAP (desconto percentual aplicado ao PF) ou de qualquer medicamento adquirido por força de decisão judicial.

Nesse contexto, a regulação do mercado farmacêutico, pelo menos no que toca ao tabelamento de preços de remédios pela CMED, não parece agredir o sistema constitucional brasileiro. Primeiro porque o mercado farmacêutico parece se encontrar em situação verdadeiramente anormal, seja pela necessidade de recuperar o investimento em pesquisa e desenvolvimento de fármacos – especialmente durante o período em que o direito de patentes lhe assegura reserva de mercado –, seja pelo custo inerente à importação de medicamentos e matérias primas internacionais, ou ainda pela existência de monopólios e oligopólios na indústria farmacêutica, como já destacado. A livre iniciativa e a livre concorrência, nesse sentido, deixam de se ordenar à satisfação do interesse público.

Ao lado disso, a regulação do setor pela Lei n. 10.742/2003 e seus atos regulamentares observa perfeitamente o princípio da razoabilidade, além de não constituir política pública ordinária, tampouco impor ao setor a venda de bens por preço inferior ao preço de custo. O próprio Supremo, nesse sentido, já decidiu que “não configura atuação injusta do órgão regulador do setor farmacêutico a incidência de desconto obrigatório sobre o ‘preço fábrica’, cujo objetivo é ajustar o teto do valor a ser cobrado da Administração Pública”,¹⁴ dado o fato de o Estado ser o promotor, em regra, do acesso da população a tratamentos de alta complexidade, com medicamentos de custo elevado e uso continuado. Com essa medida, afasta-se a possibilidade de o Estado sofrer eventual exercício abusivo do poder econômico por parte de produtores e distribuidores

14 BRASIL. Supremo Tribunal Federal (1. Turma). *Recurso Ordinário em Mandado de Segurança 28.487/DF*. Recorrente: Expressa Distribuidora de Medicamentos Ltda. Recorrida: União. Relator: Min. Dias Toffoli, 26 fev. 2013. Disponível em: redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=3500237. Acesso em: 25 dez. 2020.

de medicamentos. Dessa forma, a regulação do mercado farmacêutico por intermédio do controle de preços tabelados pela CMED encontra amparo nos próprios princípios da livre iniciativa e da livre concorrência, bem como em sua natureza social, a fim de promover a reorganização do mercado, impondo limites razoáveis aos lucros empresariais em prol do acesso da população aos fármacos.

2.3 Revisão judicial da tabela de preços fixada pela CMED: limites do controle de atos discricionários

Como cedição, o Brasil adotou o sistema da jurisdição una (sistema inglês), em cuja estruturação o Poder Judiciário é o único capaz de dizer o Direito de forma definitiva, com força de coisa julgada, inclusive a respeito dos atos administrativos. Não há, como no sistema contencioso administrativo (sistema francês), a coexistência de um tribunal administrativo, para tratar das questões da Administração, e de um tribunal judicial, para tratar dos demais conflitos. O que ocorre é a concentração da jurisdição com exclusividade em um órgão, admitindo-se que até mesmo os atos administrativos discricionários possam sofrer o devido controle judicial.

Conforme a doutrina e a jurisprudência tradicionais, tal controle circunscreve-se tão somente à legalidade do ato, não se podendo apreciar seu mérito, sob pena de violação ao princípio constitucional da divisão funcional do poder (também chamado de “princípio da separação de poderes”). Significa dizer que o Judiciário não controla o mérito administrativo,¹⁵ podendo o controle judicial alcançá-lo apenas para aferir-lhe a legalidade, ou seja, nas hipóteses em que

15 Exemplificativo de tal esteira de entendimento é o seguinte julgado do STF: “Agravamento regimental em recurso extraordinário com agravo. 2. Direito Administrativo. 3. Decisão judicial que designa delegado de polícia civil. Mérito administrativo. Impossibilidade de ingerência do Poder Judiciário ante a ausência de ilegalidade ou abuso de poder. Princípio da separação dos poderes. Precedentes. 4. Inexistência de argumentos capazes de infirmar a decisão agravada. 5. Agravo regimental a que se nega provimento”. BRASIL. Supremo Tribunal Federal (2. Turma). *Recurso Extraordinário com Agravo n. 737035/RN*. Agravante: Ministério Público do estado do Rio Grande do Norte. Agravado: estado do Rio Grande do Norte. Relator:

houver violação a princípios constitucionais, como os da razoabilidade, da proporcionalidade, da boa-fé objetiva, desvio de finalidade. A esse respeito, segundo Sérgio Bruno Cabral Fernandes:¹⁶

O controle judicial dos atos ou omissões do Poder Executivo está ligado à própria razão de ser do Poder Judiciário, qual seja, garantir os direitos fundamentais e fazer cumprir a Constituição.

Dessa forma, quando o Poder Judiciário exerce controle sobre atos discricionários do Poder Executivo, não está exercendo uma função atípica ao seu mister ou “imiscuindo-se” em outra seara, mas sim desempenhando o seu papel constitucional.

Aliás, a própria positivação de alguns princípios, como o da moralidade e eficiência, já demonstra que a Constituição exige uma maior amplitude do controle exercido pelo Poder Judiciário. Com efeito, a constitucionalização de tais princípios não tem outro propósito senão fornecer instrumentos de controle ao Poder Judiciário sobre os atos dos demais poderes.

Desse modo, é certo que não cabe ao Poder Judiciário substituir o administrador público, tão somente limitando-se a verificar a compatibilidade ou não do ato com os preceitos constitucionais e a existência de área para discricionariedade administrativa. Seguindo a mesma linha, elucida Maria Sylvia Zanella Di Pietro:¹⁷

O juiz tem, primeiro, que interpretar a norma diante do caso concreto a ele submetido. Só após essa interpretação é que poderá concluir se a norma outorgou ou não diferentes opções à Administração

Min. Gilmar Mendes, 22 de maio de 2013. Disponível em: <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur231030/false>. Acesso em: 21 dez. 2020.

16 FERNANDES, Sérgio Bruno Cabral. O “papel” do Judiciário no “drama” da implementação de políticas públicas. *Boletim Científico Escola Superior do Ministério Público da União*. Brasília, ano 5, n. 20/21, p. 111-131, jul./dez. 2006. p. 116. Disponível em: <http://boletimcientifico.escola.mpu.mp.br/boletins/boletimcientifico-n.-20-e-n.-21-julho-dezembro-de-2006/o-201cpapel201d-do-judiciario-no-201cdrama201d-da-implementacao-de-politicas-publicas>. Acesso em: 29 dez. 2020.

17 DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito administrativo*. 32. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019. p. 492.

Pública. Se, após a interpretação, concluir que existem diferentes opções igualmente válidas perante o Direito e aceitáveis diante do interesse público a atender, *o juiz não poderá corrigir o ato administrativo que tenha adotado uma delas, substituindo-a pela sua própria opção*. Aí sim haverá ofensa ao princípio da separação de poderes. (Grifo nosso).

Logo, por ocasião da anulação do ato discricionário, o juiz não deve resolver como o interesse público será atendido no caso concreto, mas devolver a questão ao administrador competente para que este adote nova decisão. E quando se trata de atos expedidos por agências reguladoras – especialmente os de natureza normativa –, é ainda necessário considerar o fato de que vêm dotados de uma especial característica: são técnicos e complexos, de sorte que a sua revisão exigiria conhecimentos técnicos sobre a área do conhecimento ou da economia regulada. A reforçar a impossibilidade de se exercer controle judicial sobre o mérito dos atos administrativos, recentemente o Superior Tribunal de Justiça decidiu o seguinte:

[...] segundo a doutrina *Chenery* – a qual reconheceu o caráter político da atuação da Administração Pública dos Estados Unidos da América –, as cortes judiciais estão impedidas de adotarem fundamentos diversos daqueles que o Poder Executivo abraçaria, notadamente nas questões técnicas e complexas, em que os tribunais não têm a expertise para concluir se os critérios adotados pela Administração são corretos (*Economic Analysis of Law*. Fifth Edition. New York: Aspen Law and Business, 1996, p. 671). Portanto, as escolhas políticas dos órgãos governamentais, desde que não sejam revestidas de reconhecida ilegalidade, não podem ser invalidadas pelo Poder Judiciário.¹⁸

A citada Doutrina *Chenery* foi estabelecida em 1943 no caso *SEC v. Chenery Corp.* (1943),¹⁹ julgado pela Suprema Corte dos

18 BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (Corte Especial). Agravo Interno no Agravo Interno na Suspensão de Liminar e de Sentença n. 2.240/SP. Relatora: Min. Laurita Vaz, j. 7 de jun. 2017, *DJe* 20 de jun. 2017. Disponível em: https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=201700112085&dt_publicacao=20/06/2017. Acesso em: 21 dez. 2020.

19 US Supreme Court. *Securities and Exchange Commission v. Chenery Corporation*, 318 U.S. 80 (1943). Disponível em: <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/332/194/>. Acesso em: 21 dez. 2020.

Estados Unidos, e reflete o fato de que o Congresso deu a autoridade de tomar certas decisões à Administração, e não ao Judiciário. Segundo Kevin Stack, a Doutrina Chenery impõe a presunção de que, se o Congresso dá a outra instituição a autoridade para obrigar com força da lei, não delega à agência ou aos servidores tal prerrogativa para que os tribunais de revisão forneçam ou substituam as bases de validade da ação.²⁰

Lida ela com atos administrativos discricionários e atos de governo especialmente fundamentados em prévias pesquisas técnicas, realizadas por servidores ou equipes políticas detentoras de *know-how* na área objeto do ato. Além de o mérito desses atos ser insindicável, o Poder Judiciário não possui a *expertise* necessária para compreender as consequências econômicas e políticas de uma decisão que invada o mérito administrativo de tais medidas, sejam elas disciplinadas pelo Direito Administrativo (atos discricionários) ou pelo Direito Constitucional e Ciência Política (atos de governo).

Nesse sentido, aliás, o Ministério Público Federal ajuizou a Ação Civil Pública n. 0008080-74.2017.4.01.3400 contra a União, pleiteando que fossem realizados ajustes negativos nos preços de 43 medicamentos. Contudo, o juízo de primeiro grau da 6ª Vara Federal do Distrito Federal extinguiu o processo, sem resolução do mérito, compreendendo que a questão posta era de competência do Poder Legislativo, e não do Poder Judiciário. Na decisão, segundo Rafaela Guerra Monte,²¹ frisou-se que o assunto foge à competência do

20 STACK, Kevin M. The constitutional foundations of chenery. *Yale Law Journal*, v. 116, 2007, p. 1020. Disponível em: <https://www.yalelawjournal.org/article/the-constitutional-foundations-of-chenery>. Acesso em: 19 dez. 2020. No original, em inglês: “Chenery rather enforces a presumption that when Congress vests authority to bind with the force of law in another institution, Congress does not thereby delegate to the agency or official its prerogative to have reviewing courts supply or substitute validating grounds for the action”.

21 MONTE, Rafaela Guerra. *Regulação jurídica e econômica do mercado de medicamentos: fundamento, desafios e impactos regulatórios*. 2019. Dissertação (Programa de Pós-Graduação em Direito) – Centro de Ciências Jurídicas, Faculdade de Direito do Recife da Universidade Federal de Pernambuco, Recife, 2019. p. 88. Disponível em: <https://attena.ufpe.br/bitstream/123456789/36947/1/>

Judiciário, “tendo em vista que a composição da CMED foi delegada pelo Legislativo ao Executivo, não podendo uma medida judicial substituir o desenho institucional estabelecido por ente competente”.

Por essas razões, os atos regulatórios expedidos pela CMED, em princípio, são insindicáveis quanto ao seu conteúdo técnico, ou seja, quanto ao preço fixado. Não cabe, pois, ao Poder Judiciário ou ao Ministério Público, invadindo a esfera de atribuição dada pelo Legislativo à Agência, alterar o preço tabelado e, em razão de uma suposta atualização de valores, decidir o conteúdo técnico próprio do órgão.

3 Aspectos práticos do descumprimento do tabelamento de preços na aquisição de medicamentos pelo Poder Público

3.1 Sanções legais pelo descumprimento da tabela

Uma vez fixados os aspectos teóricos envolvidos no problema, pode-se se debruçar sobre as consequências práticas, do ponto de vista sancionador, do eventual descumprimento da Tabela CMED, especialmente por empresas envolvidas em licitações públicas. Essa conduta, a rigor, ocasiona embaraço à ordem econômica e à prestação dos serviços de saúde pelo Estado e pode configurar infração de ordem penal, sanitária e concorrencial.

Examinado o problema à luz das infrações à ordem econômica, a Lei n. 8.137/1990 previa, em seu art. 6º, inc. I, constituir crime contra a ordem econômica “vender ou oferecer à venda mercadoria, ou contratar ou oferecer serviço, por preço superior ao oficialmente tabelado, ao regime legal de controle”. Esse tipo penal constituiria perfeito suporte à situação posta sob análise no presente artigo. Sucede, no entanto, que o citado dispositivo foi expressamente revogado, por força do art. 127 da Lei n. 12.529/2011, que, em linhas gerais, estruturou o Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência e realizou alterações em diplomas que cuidam

DISSERTAÇÃO DE Mestrado em Direito da Universidade Federal de Minas Gerais. Acesso em: 22 dez. 2020.

de temas análogos. O deputado Ciro Gomes, relator na Câmara do Projeto de Lei que culminou na citada Lei n. 12.529/2011, esclareceu, em seu parecer na Comissão Especial de Defesa da Concorrência,²² que:

Um dos pontos destacados no Relatório dos Pares da OCDE é de que a Lei 8.137/90 define como crimes contra a ordem econômica um conjunto excessivo de condutas. Dada a aplicação da regra da razão em que o potencial anticompetitivo de cada conduta não pode ser avaliado fora do contexto econômico em que se insere, entendemos que tal abordagem seria claramente inadequada. A caracterização de crime contra a ordem econômica deve ser reservada aos casos de cartéis, para os quais dificilmente podem haver eficiências compensatórias que terminem por gerar um efeito líquido positivo da conduta. Introduzimos, portanto, modificações no Projeto neste sentido.

No caso, muito embora tenha sido revogado o dispositivo criminal, a conduta pode ainda constituir infração à ordem econômica, tipificada no art. 36, incs. III e IV, da Lei n. 12.529/2011. Quanto à conduta daquele que aumenta arbitrariamente os lucros, prevista no art. 36, inc. III, da mesma lei, é certo que o preço ou aumento excessivo por si só não é considerado uma prática lesiva à concorrência, podendo vir a sê-lo quando decorrente de infração ou apto a causar efeito anticompetitivo. A esse respeito, o Conselho Administrativo de Defesa Econômica, seguindo a doutrina, distingue duas modalidades de imposição de preços excessivos: (a) os preços meramente excessivos, ou “exploratórios” (*exploitative prices*), decorrentes do poder de mercado; e (b) os preços abusivos ditos “excludentes” (*exclusionary abuse*), praticados com o intuito de excluir competidor do mercado (praticado por empresas verticalmente integradas).

22 BRASIL. Comissão Especial de Defesa da Concorrência. *Parecer do Relator PRL 1, Projeto de Lei n. 3937/2004 (Lei n. 12.529/2011)*. Relator: dep. Ciro Gomes (PSB-CE). Parecer do Relator pela constitucionalidade, juridicidade e técnica legislativa; pela adequação financeira e orçamentária; e, no mérito, pela aprovação deste, e do PL 5877/2005, apensado. Comissão Especial de Defesa da Concorrência, 31 out. 2007. Disponível em: https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mosstrarintegra?codteor=569577&filename=Tramitacao-PR+1+PL393704+%3D%3E+PL+3937/2004. Acesso em: 21 dez. 2020. p. 49-50.

Tradicionalmente, concentra a autoridade antitruste sua atuação apenas no combate destes últimos, isto é, dos preços abusivos excludentes, de modo a propiciar as condições necessárias ao funcionamento do mercado, corrigindo suas eventuais falhas, não lhe cabendo substituir os mecanismos de mercado ou interferir no papel do agente privado no processo de tomada de decisões, dentre as quais destaca-se a formação de preços. Dito doutro modo: atua sobre o processo competitivo, de forma a garantir que a disputa por fatias de mercado seja uma disputa lícita, e que o eventual poder de mercado dela resultante seja legítimo. Nessa trilha, admitir a competência da autoridade da concorrência para analisar a prática de preços excessivos ou de aumentos arbitrários de lucros por si só significaria atribuir à autoridade a dicção do preço justo, não abusivo.

Não obstante isso, parece acertado afirmar que a autoridade antitruste poderá atuar, ainda que se tratando de prática de preços excessivos ou aumento arbitrário de lucros, em casos como o analisado no presente estudo, em que os agentes econômicos descumprem tabela de preços máximos, legitimamente fixada por Agência Reguladora, com força cogente. Nesse sentido, inclusive, destaca-se o art. 8º da Resolução CMED n. 4, de 2006, o qual dispõe que o não atendimento da resolução sujeitará o infrator às sanções da Lei n. 10.742/2003.

Já a segunda modalidade de infração à ordem econômica, o abuso de posição dominante, ocorre quando uma empresa que possui posição dominante, nos termos da Lei n. 12.529/2011, adota condutas anticompetitivas, como recusa de contratar ou acordo de exclusividade, visando a dominar o mercado de bens ou serviços em que atua. A Lei de Defesa da Concorrência considera em posição dominante a empresa ou grupo de empresas que controla parcela substancial de mercado relevante como fornecedor, intermediário, adquirente ou financiador de um produto, serviço ou tecnologia a ele relativa, de tal forma que a empresa ou grupo de empresas seja capaz de, deliberada e unilateralmente, alterar as condições de mercado.

Como segundo ponto, por outro lado, no âmbito criminal, a Lei n. 1.521/1951 – que alterou a legislação vigente sobre crimes contra a eco-

nomia popular – pune, em seu art. 2º, incs. I e VI, com detenção de seis meses a dois anos e multa, quem “sonegar mercadoria ou recusar vendê-la a quem esteja em condições de comprar a pronto pagamento” ou

transgredir tabelas oficiais de gêneros e mercadorias, ou de serviços essenciais, bem como expor à venda ou oferecer ao público ou vender tais gêneros, mercadorias ou serviços, por preço superior ao tabelado, assim como não manter afixadas, em lugar visível e de fácil leitura, as tabelas de preços aprovadas pelos órgãos competentes.

Cuida-se do denominado crime de violação de tabela de preços.

Por fim, a situação em análise pode configurar, também, infração à legislação sanitária. Segundo a Lei n. 6.437/1977, art. 10, inc. XXXIX, é infração sanitária, punida com advertência, interdição total ou parcial do estabelecimento, cancelamento do registro do produto, cancelamento de autorização para funcionamento da empresa, cancelamento do alvará de licenciamento do estabelecimento e/ou multa,

interromper, suspender ou reduzir, sem justa causa, a produção ou distribuição de medicamentos de tarja vermelha, de uso continuado ou essencial à saúde do indivíduo, ou de tarja preta, provocando o desabastecimento do mercado.

Mencionada infração é investigada e punida pela Agência Nacional de Vigilância Sanitária (ANVISA). Nos termos do art. 7º, incisos XIV e XVI, da Lei n. 9.782/1999, cabe à ANVISA “interditar, como medida de vigilância sanitária, os locais de fabricação, controle, importação, armazenamento, distribuição e venda de produtos e de prestação de serviços relativos à saúde, em caso de violação da legislação pertinente ou de risco iminente à saúde” e “cancelar a autorização de funcionamento e a autorização especial de funcionamento de empresas, em caso de violação da legislação pertinente ou de risco iminente à saúde”.

3.2 Comportamento da Administração diante do descumprimento

Vistas as consequências sancionatórias, pode-se examinar qual o comportamento devido do administrador diante do descumprimento da Tabela CMED em licitações públicas. Há que se desta-

car, de pronto, que a legislação aplicável ao caso não possui norma explícita que autorize a aquisição dos medicamentos quando oferecidos acima do preço da tabela, tampouco regula qual postura deve adotar o administrador diante de licitações frustradas, limitando-se a prever o sancionamento da conduta empresarial. Fica, dessa forma, desamparado o agente público que, ao adquirir o fármaco acima do preço tabelado, por urgência e necessidade de atendimento aos pacientes, pode se ver submetido à responsabilização civil, disciplinar ou mesmo penal, em razão do potencial dano ao erário.

A exemplificar o rigor com que o administrador é tratado em situações desse gênero, no Acórdão n. 2.901/2016, do Tribunal de Contas da União, apreciando Tomada de Contas Especial²³ na qual se apurava dano ao erário decorrente de superfaturamento na aquisição de medicamentos no âmbito de pregão presencial promovido pela Fundação Nacional de Saúde, entendeu-se que os preços divulgados pela CMED não eram sequer o parâmetro mais adequado para servir como referência para aquisições públicas de medicamentos ou como critério de avaliação da economicidade de tais aquisições por parte dos órgãos de controle.

Nesse caso, o TCU decidiu que os preços tabelados pela CMED constituíam apenas referenciais máximos trazidos pela lei para a venda de medicamentos pelos fabricantes. Desse modo, seria possível que as aquisições, ainda que observassem o valor máximo estipulado pela Câmara, fossem consideradas irregulares e dessem ensejo à responsabilidade do agente público.

Antes disso, contudo, a Corte de Contas propôs à Comissão do Congresso Nacional que os preços adotados pela CMED fossem tomados como parâmetro de controle de preços de medicamentos adquiridos no bojo do SUS. Assim o fez apreciando representação formulada pela 4ª Secretaria de Controle Externo, por meio

23 TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO (Plenário). *Acórdão 2.901/2016*. Tomada de Contas Especial. Relator: min. Benjamin Zymler. Disponível em: http://www.tcu.gov.br/Consultas/Juris/Docs/CONSES/TCU_ATA_0_N_2016_47.pdf. Acesso em: 19 dez. 2020. p. 92-204.

do Acórdão n. 1.146/2011,²⁴ no qual sugeriu à Comissão Mista de Planos, Orçamentos Públicos e Fiscalização do Congresso que incluísse, nas subsequentes Leis de Diretrizes Orçamentárias, disposições que contemplem:

9.2.1. o estabelecimento, como parâmetro de controle de preços de medicamentos adquiridos com recursos do Sistema Único de Saúde – SUS, das referências de preços adotadas pela Câmara de Regulação do Mercado de Medicamentos da Agência Nacional de Vigilância Sanitária – CMED/Anvisa, obtidas pela aplicação do coeficiente de adequação de preço – CAP sobre o preço-fábrica dos medicamentos previsto na Resolução CMED 2/2004;

9.2.2. o estabelecimento do preço-fábrica como teto das demais aquisições públicas de medicamentos;

9.2.3. a possibilidade de instauração de tomada de contas especial, para responsabilização do gestor e quantificação do dano ao erário, nas hipóteses em que as aquisições não estiverem dentro dos limites acima sugeridos e em que não constem do correspondente processo licitatório justificativas dos preços praticados; [...].

Na mesma oportunidade, recomendou a Corte ao Ministério da Saúde que fossem fixados atos normativos orientadores para os gestores do SUS quanto à utilização das balizas adotadas pela CMED para fixação de preços máximos nas aquisições de medicamentos. Não só: também se sugeriu a presença de alertas quanto a potenciais sanções a serem aplicadas pela Câmara por ocasião do desempenho de seu papel regulador.

Note-se que o descumprimento dos preços tabelados não é uma situação excepcional ou hipotética. Nesse sentido, aliás, é a pesquisa realizada por Nathália Molleis Miziara e Diogo Rosenthal Coutinho, mediante a realização de entrevistas com atores sociais do mercado

24 TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO (Plenário). *Acórdão 1146/2011*. Representação. Relator: min. Aroldo Cedraz. Disponível em: <https://pesquisa.apps.tcu.gov.br/#/documento/acordao-completo/1146%252F2011/%2520/DTRELEVANCIA%2520desc%252C%2520NUMACORDAOINT%2520desc/0/%2520?uuid=f7f5aba0-43e0-11eb-8ecf-cf6cfa6ad4ca>. Acesso em: 19 dez. 2020.

farmacêutico e compilação de preços de medicamentos no estado de São Paulo, com resultados publicados na Revista de Saúde Pública:²⁵

Na prática, muitos laboratórios têm deixado de aplicar esse desconto de aproximadamente 24,0% aos medicamentos vendidos aos departamentos regionais de saúde, sendo comum o pagamento de sobrepreço pelo Governo, sob pena de desabastecimento do sistema público de saúde. Quando obrigados a aplicar esse coeficiente, muitos laboratórios deixam de participar de licitações para a venda de medicamentos à administração pública. Segundo a Secretaria de Saúde do Estado de São Paulo, 66 laboratórios já deixaram de participar de licitações no Estado

De qualquer modo, fato é que, nos precedentes analisados, a Corte não definiu claramente a postura devida pelos agentes públicos diante do descumprimento da tabela pelas empresas farmacêuticas e da possibilidade de a não aquisição inviabilizar o serviço de saúde do hospital público. A ausência de previsão objetiva acerca de como deve o gestor proceder ante a inobservância dos preços tabelados pela empresa vendedora ocasiona grave insegurança jurídica. É que a falta de parâmetros claros pode dar azo à responsabilização do gestor, que se vê entre a dubiedade de cenários: realizar aquisições de fármacos por valores superiores aos tabelados ou embaraçar a prestação de serviço público e fundamental de saúde.

A despeito disso, é certo que, em respeito à indisponibilidade do interesse público, a licitação se destina, entre outras coisas, a garantir a seleção da proposta mais vantajosa para a Administração (Lei n. 8.666/1993, art. 3º). Nesse sentido, excluída a hipótese em que o edital do certame fixe preços máximos de aquisição (art. 40, inc. X), não parece existir permissão legal para que o administrador deixe de adquirir os remédios pela proposta mais vantajosa apresentada, ainda que o preço seja superior ao máximo estipulado na Tabela CMED. Sendo assim, é obrigação do administra-

25 MIZIARA, Nathália Molleis; COUTINHO, Diogo Rosenthal. Problemas na política regulatória do mercado de medicamentos. *Revista de Saúde Pública*, São Paulo, v. 49, 35, 2015. Disponível em: <http://dx.doi.org/10.1590/S0034-8910.2015049005779>. Acesso em: 22 dez. 2020.

dor adquirir o medicamento pelo menor preço ofertado, ainda que superior ao patamar fixado pela CMED.

A aquisição, todavia, deve ser necessariamente acompanhada de comunicação à CMED – órgão responsável pela aplicação de sanção pelo descumprimento da tabela –, sob pena, aí sim, de se responsabilizar o administrador caso verificada culpa ou dolo na conduta. Ao lado disso, o administrador ainda deverá notificar o CADE, a ANVISA e o Ministério Público, considerando que, como já exposto, o descumprimento pode configurar infração à ordem econômica, à legislação sanitária e à legislação criminal. Sobre isso, aliás, Miziara²⁶ destaca o seguinte:

O que acontece, na prática, é que o governo acaba pagando o sobre-preço para garantir o abastecimento do SUS. Além disso, assim como já mencionado, muitos dos laboratórios não são penalizados, porque os departamentos regionais de saúde deixam de notificar as respectivas secretarias estaduais de saúde que, por sua vez, tem como função notificar a CMED, que é o órgão responsável por fiscalizar e aplicar as penalidades cabíveis.

Nesses termos, visando ao abastecimento dos hospitais e demais instituições do serviço público de saúde, os agentes condutores de processos licitatórios devem adquirir os medicamentos com a melhor oferta, ainda que superior ao estabelecido pela CMED. Neste caso, imperativa é a comunicação à CMED, ao Ministério Público, ao CADE e à ANVISA.

4 Conclusão

No presente artigo, tratou-se de abordar diferentes facetas do regulamento de preços de fármacos, a incluir seu amparo constitucional, legal, administrativo, doutrinário e jurisprudencial.

26 MIZIARA, Nathália Molleis. *Regulação do mercado de medicamentos: a CMED e a política de controle de preços*. 2013. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2013. p. 140. Disponível em: https://teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2133/tde-12022014-103446/publico/Nathalia_Miziara_Mestrado_VersaoFinal.pdf. Acesso em: 22 dez. 2020.

Cuidou-se das potenciais implicações do descumprimento dos valores tabelados, tanto em matéria sancionadora como, também, em relação à aquisição pelo Poder Público de medicamentos cotados em valor acima da Tabela CMED, pela premente necessidade de abastecer o serviço público de saúde.

A CRFB, a esse respeito, permite a intervenção disciplinadora do Estado sobre a ordem econômica, desde que respeitados os princípios da livre iniciativa e da razoabilidade, e esteja fundamentada na reorganização da própria livre iniciativa e livre concorrência, na valorização do trabalho humano e nos princípios de funcionamento da ordem econômica. Ao lado disso, uma vez abordada a estrutura regulamentar do mercado farmacêutico, concluiu-se, com amparo na Doutrina Chenery, defeso ao Judiciário substituir a atuação do administrador público, notadamente na revisão de atos regulatórios expedidos pela CMED, já que os critérios fixados e o preço tabelado compõem *expertise* da Agência.

O artigo também expôs o problema do descumprimento, por fornecedores de medicamentos ao serviço público, dos preços tabelados pela CMED e os potenciais prejuízos ao serviço de saúde público e ao seu gestor, elencando as sanções devidas àqueles que descumprem os valores fixados pela CMED. Em suma: infrações de ordem sanitária (art. 10, inc. XXXIX, Lei n. 6.437/1977), a serem investigadas e punidas pela ANVISA; ilícitos de ordem penal, sob atribuição do Ministério Público; e infrações à ordem econômica (art. 36, incs. III e IV, da novel Lei n. 12.529/2011), sob a responsabilidade do CADE.

Com base nisso tudo, por fim, este estudo conclui que o ordenamento brasileiro obriga que o agente público efetive a aquisição do medicamento pela melhor proposta apresentada no processo licitatório, ainda que superior ao patamar fixado pela CMED, dado o risco à continuidade do serviço de saúde que a ausência do bem pode acarretar. Ao lado disso, considerando o ato ilícito da empresa, o agente público é obrigado a comunicar o fato à Câmara, à Unidade Ministerial com atribuição, ao CADE e à ANVISA, fazendo-se acompanhar de todos os documentos com-

probatórios do fato. Ou seja: o descumprimento da Tabela CMED por particulares não constitui óbice à aquisição dos medicamentos necessários à devida prestação do serviço público de saúde.

Referências

AGÊNCIA NACIONAL DE VIGILÂNCIA SANITÁRIA. Câmara de Regulação do Mercado de Medicamentos. *Resolução CMED n. 2, de 5 de março de 2004*. Dispõe sobre os critérios para definição de preços de produtos novos e novas apresentações de que trata o art. 7º da Lei n. 10.742, de 6 de outubro de 2003. Brasília-DF: CMED, 2004. Disponível em: <https://www.gov.br/anvisa/pt-br/assuntos/medicamentos/cmmed/legislacao/arquivos/arquivos-resolucoes/6324json-file-1>. Acesso em: 21 dez. 2020.

AGÊNCIA NACIONAL DE VIGILÂNCIA SANITÁRIA. Câmara de Regulação do Mercado de Medicamentos. *Resolução CMED n. 4, de 18 de dezembro de 2006*. Dispõe sobre o Coeficiente de Adequação de Preços – CAP, sua aplicação, e altera a Resolução CMED n. 2, de 5 de março de 2004. Disponível em: <http://antigo.anvisa.gov.br/documents/374947/2920593/Resolu%C3%A7%C3%A3o+n%C2%BA+4%2C+de+18+de+dezembr+o+de+2006+%28PDF%29/212d6552-e74a-4efd-a0c4-c519be3926db>. Acesso em: 21 dez. 2020.

BARROSO, Luís Roberto. A ordem econômica constitucional e os limites à atuação estatal no controle de preços. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, v. 226, p. 187-212, out. 2001. ISSN 2238-5177. Disponível em: <http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/47240>. Acesso em: 17 dez. 2020.

BRASIL. Comissão Especial de Defesa da Concorrência. *Parecer do Relator PRL 1, Projeto de Lei n. 3937/2004 (Lei n. 12.529/2011)*. Relator: dep. Ciro Gomes (PSB-CE). Parecer do Relator pela constitucionalidade, juridicidade e técnica legislativa; pela adequação financeira e orçamentária; e, no mérito, pela aprovação deste, e do PL 5877/2005, apensado. Comissão Especial de Defesa da Concorrência, 31 out. 2007. Disponível em: https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=569577&filename=Tramitacao-PRL+1+PL393704+%3D%3E+PL+3937/2004. Acesso em: 21 dez. 2020.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (Corte Especial). *Agravo Interno no Agravo Interno na Suspensão de Liminar e de Sentença n. 2.240/SP*. Relatora: Min. Laurita Vaz, j. 7 de jun. 2017, *DJe* 20 de jun. 2017. Disponível em: https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=201700112085&dt_publicacao=20/06/2017. Acesso em: 21 dez. 2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Pleno). *Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 319 -Distrito Federal*. Lei n. 8.039, de 30 de maio de 1990. Requerente: Confederação Nacional dos Estabelecimentos de Ensino (CONFENEN). Requerido: Congresso Nacional, Presidente da República. Relator: Min. Moreira Alves, 3 mar. 1993. Disponível em: <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur108883/false>. Acesso em: 21 dez. 2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (1. Turma). *Recurso Ordinário em Mandado de Segurança 28.487/DF*. Recorrente: Expressa Distribuidora de Medicamentos Ltda. Recorrida: União. Relator: Min. Dias Toffoli, 26 fev. 2013. Disponível em: redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=3500237. Acesso em: 25 dez. 2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (2. Turma). *Recurso Extraordinário com Agravo n. 737035/RN*. Agravante: Ministério Público do estado do Rio Grande do Norte. Agravado: estado do Rio Grande do Norte. Relator: Min. Gilmar Mendes, 22 de maio de 2013. Disponível em: <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur231030/false>. Acesso em: 21 dez. 2020.

BULOS, Uadi Lammêgo. *Curso de direito constitucional I*. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

COOTER, Robert; ULEN, Thomas. *Direito e economia*. Porto Alegre: Bookman, 2010.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito administrativo*. 32. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019.

FERNANDES, Sérgio Bruno Cabral. O “papel” do Judiciário no “drama” da implementação de políticas públicas. *Boletim Científico Escola Superior do Ministério Público da União*, Brasília, ano 5, n. 20/21, p. 111-131, jul./dez. 2006. Disponível em: <http://boletimcientifico.escola.mpu.mp.br/boletins/boletim-cientifico-n.-20-e-n.-21-julho-dezembro-de-2006/o-201cpapel201d-do-judiciario-no-201cdrama201d-da-implementacao-de-politicas-publicas>. Acesso em: 29 dez. 2020.

MIZIARA, Nathália Molleis. *Regulação do mercado de medicamentos: a CMED e a política de controle de preços*. 2013. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2013. Disponível em: https://teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2133/tde-12022014-103446/publico/Nathalia_Miziara_Mestrado_VersaoFinal.pdf. Acesso em: 22 dez. 2020.

MIZIARA, Nathália Molleis; COUTINHO, Diogo Rosenthal. Problemas na política regulatória do mercado de medicamentos. *Revista de Saúde Pública*, São Paulo, v. 49, 35, 2015. Disponível em: <http://dx.doi.org/10.1590/S0034-8910.2015049005779>. Acesso em: 22 dez. 2020.

OECD. *Fiscal sustainability of health systems: bridging health and finance perspectives*. Paris: OECD Publishing, 2015. Disponível em: <https://doi.org/10.1787/9789264233386-en>. Acesso em: 23 mar. 2021.

PINDYK, Robert S.; RUBINFELD, Daniel L. *Microeconomia*. Trad. Daniel Vieira. 8. ed. São Paulo: Pearson Education do Brasil, 2013.

STACK, Kevin M. The constitutional foundations of Chenery. *Yale Law Journal*, v. 116, 2007, p. 1020. Disponível em: <https://www.yalelawjournal.org/article/the-constitutional-foundations-of-chenery>. Acesso em: 19 dez. 2020.

TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO (Plenário). *Acórdão 1.146/2011*. Representação. Relator: min. Aroldo Cedraz. Disponível em: <https://pesquisa.apps.tcu.gov.br/#/documento/acordao-completo/1146%252F2011/%2520/DTRELEVANCIA%2520desc%252C%2520NUMACORDAOINT%2520desc/0/%2520?uuiid=f7f5aba0-43e0-11eb-8ecf-cf6cfa6ad4ca>. Acesso em: 19 dez. 2020.

TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO (Plenário). *Acórdão 2.901/2016*. Tomada de Contas Especial. Relator: min. Benjamin Zymler. Disponível em: http://www.tcu.gov.br/Consultas/Juris/Docs/CONSES/TCU_ATA_0_N_2016_47.pdf. Acesso em: 19 dez. 2020.

US SUPREME COURT. *Securities and Exchange Commission v. Chenery Corporation*. 318 U.S. 80 (1943). Disponível em: <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/332/194/>. Acesso em: 21 dez. 2020.

O fenômeno do *Flash SMS* (*Class 0 SMS*) e a sua utilização como publicidade abusiva pelas empresas de telefonia do Brasil

Manuela de Oliveira Souza Brito

Estagiária jurídica da Maia Pithon Advogados. Bacharelanda em Direito pela Universidade Federal da Bahia (UFBA).

Resumo: O presente estudo visa discutir, de forma breve, o conceito de *Flash SMS* e a popularização do fenômeno a partir do avanço tecnológico dos smartphones. A modalidade de mensagem de texto em formato *pop-up* tornou-se um dos principais instrumentos utilizados pelas empresas de telefonia para fins publicitários e, a partir disso, pretende-se analisar como esta ferramenta pode veicular publicidades abusivas para os consumidores. Nesse sentido, serão examinadas as “notificações *push*” e por que esse tipo de mensagem deve ser considerado ilícito frente ao Código de Defesa do Consumidor (CDC). Além disso, o artigo busca analisar o entendimento judicial predominante sobre essa questão e o Projeto de Lei n. 3.514/2015 como mecanismo de enfrentamento da abusividade empreendida pelas empresas de telefonia.

Palavras-chave: *Flash SMS*. Mensagem *pop-up*. Publicidade abusiva. Relações de consumo. *Smartphone*.

Abstract: This study aims to briefly discuss the concept of “Flash SMS” and the popularization of the phenomenon based on the technological advancement of smartphones. A form of text message in the “pop-up” format becomes one of the main tools used by telephone companies for public purposes and, from that, this article intends to analyze how this tool can be used to transmit abusive advertising to consumers. In this sense, “push notifications” will be examined and why this type of message should be considered illegal in view of the Consumer Protection Code (CDC). In addition, the search work analyzed the prevailing legal understanding on this issue and Bill 3.514/2015 as a coping mechanism for abuse of power undertaken by telephone companies.

Keywords: Flash SMS. Pop-up message. Abusive advertising. Consumer relations. Smartphone.

Sumário: 1 Introdução. 2 O “Flash SMS (Class 0 SMS)”: em que consiste essa técnica. 3 A publicidade ilícita no Brasil: uma análise acerca das suas consequências. 3.1 Conceito de publicidade de acordo com a doutrina. 3.2 A publicidade ilícita: aspectos caracterizadores da abusividade. 3.3 A validade contratual e a publicidade abusiva empreendida pelas operadoras de telefonia do Brasil. 4 O entendimento jurisprudencial sobre o “Flash SMS (Class 0 SMS)” e suas consequências. 4.1 A análise comparada das decisões judiciais. 5 O futuro com a aprovação do Projeto de Lei n. 3.514/2015. 6 Conclusão.

1 Introdução

Em meio à sociedade pós-moderna, o aparelho celular se tornou um objeto de consumo essencial, um verdadeiro item básico para comunicação e disseminação da informação. A popularização do aparelho móvel viabilizou diversas mudanças no panorama social e individual, como ampliação da comunicação, maior facilidade de acesso ao conhecimento, difusão da informação com maior celeridade e estreitamento das relações e vínculos interpessoais. Entretanto, ao analisar esse cenário, é possível afirmar que o avanço tecnológico também trouxe consequências negativas para a sociedade, interferindo em diversos setores da vida humana, inclusive nas relações de consumo.

As sociedades de consumo são caracterizadas pelo “desejo socialmente expandido da aquisição do ‘supérfluo’, do excedente, do luxo”.¹ Dessa maneira, esse tipo de sistema é marcado pela insaciabilidade e constante necessidade de novos produtos, gerando um ciclo inesgotável de consumo que se retroalimenta pelo desejo cada vez mais fugaz e liquefeito² do novo.

1 RETONDAR, Anderson Moebus. A (re) construção do indivíduo: a sociedade de consumo como “contexto social” de produção de subjetividades. *Sociedade e Estado*, Brasília, v. 23, n. 1, p. 137-160, jan./abr. 2008. Disponível em: <http://www.scielo.br/pdf/se/v23n1/a06v23n1.pdf>. Acesso em: 1º out. 2019. p. 138.

2 BAUMAN, Zygmunt. *Globalização: as consequências humanas*. Tradução: Marcus Penchel. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1999. p. 80.

Após a Revolução Industrial, o consumo passou a ser constituído como campo autônomo e se caracterizou como importante área de estudo, visto que, de maneira desenfreada, se tornou uma realidade cultural em meio à sociedade capitalista.³ Nessa ótica, Bauman esclarece que estudar o fenômeno da relação de consumo é compreender a própria organicidade da sociedade, entender a nova dinâmica da regularização do tempo e saber que a cultura do consumo envolve, precipuamente, o esquecimento, e não o aprendido.⁴

Ao analisar as práticas de fomento dessas relações, é possível averiguar que a publicidade é o principal mecanismo de apreensão do consumidor, sendo vital para sustentação econômica, social, cultural e jurídica do mundo contemporâneo.⁵ Infere-se, assim, que a publicidade é inerente à sociedade, de modo que cabe ao Direito, enquanto ciência formulada para tutelar os bens jurídicos fundamentais, regular e fiscalizar a divulgação da oferta de produtos e serviços.

Este estudo visa a entender como a relação de consumo e a publicidade se encontram vinculadas na pós-modernidade, uma vez que, diariamente, os indivíduos são “bombardeados” de conteúdo publicitário por meio de mensagens. Desse modo, o presente artigo irá se restringir ao estudo do fenômeno do “Flash SMS”, isto é, das mensagens *pop-up* como nova forma de propaganda para captura do atual perfil do consumidor, o consumidor digital, e seus desdobramentos no mundo jurídico.

3 BAUMAN, 1999, p. 79.

4 BAUMAN, 1999, p. 79: “A cultura da sociedade de consumo envolve sobretudo o esquecimento, não o aprendido. Com efeito, quando a espera é retirada do querer e o querer da espera, a capacidade de consumo dos consumidores pode ser esticada muito além dos limites estabelecidos por quaisquer necessidades naturais ou adquiridas; também a durabilidade física dos objetos do desejo não é mais exigida”.

5 BAGATINI, Idemir Luiz. Os efeitos da oferta e da publicidade nas relações de consumo. *Revista Direito em Debate*, Ijuí/RS, v. 14, n. 24, jul./dez. 2005, p. 65: “A publicidade, para o mundo contemporâneo, passou a ser vital sob os pontos de vista econômico, social, cultural e mesmo jurídico. O Direito despertou, recentemente, para o fenômeno da publicidade e com urgência procurou regulá-la, para que não abusasse de sua força, submetendo o consumidor aos seus caprichos [...] A sociedade de consumo é produto da publicidade, pois esta se encontra em todos os lugares”.

2 O “Flash SMS (Class 0 SMS)”: em que consiste essa técnica

“Flash SMS”, “Class 0 SMS” ou até mesmo “mensagem pop-up” são denominações de uma nova modalidade de mensagem de texto que surgiu a partir do avanço da tecnologia dos *smartphones*.⁶ Na contemporaneidade, o *Flash SMS* está sendo utilizado de forma recorrente por empresas de telefonia para divulgação e venda dos seus serviços e, conseqüentemente, alcance de consumidores.⁷ Diferentemente das mensagens usuais, esse novo dispositivo apresenta características singulares, como rapidez no envio do conteúdo, fácil acesso do consumidor e, principalmente, inexistência de registros ou histórico após visualização da mensagem de texto.

O *Short Message Service* – o SMS tradicional – é a forma de publicidade em dispositivos móveis mais comum.⁸ No entanto, a nova ferramenta – o *Flash SMS* – se popularizou de forma tão expressiva que, atualmente, existem empresas especializadas no envio de mensagens de texto dessa modalidade, qualificadas para impulsionarem a comunicação e atraírem novos consumidores

6 “Um smartphone (palavra inglesa que significa ‘telefone inteligente’, ainda sem correspondente em português) é um celular (telemóvel em Portugal) que combina recursos de computadores pessoais, com funcionalidades avançadas que podem ser estendidas por meio de programas aplicativos executados pelo seu sistema operacional (SO – sistema operativo, ou OS – operating system), chamados simplesmente aplicações”. Disponível em: <https://pt.wikipedia.org/wiki/Smartphone>. Acesso em: 12 out. 2019.

7 Nesse sentido: BLOG DO IPHONE. *Entenda o que são as propagandas de tela cheia no seu iPhone*. 2016. Disponível em: <https://blogdoiphone.com/2016/06/flash-sms-iphone>. Acesso em: 14 out. 2019.

8 “As ações que envolvem a troca de mensagens via SMS são as mais comuns e normalmente fazem parte de alguma campanha promocional. Muitas vezes devem ser enviadas frases ou *pinco*des para que o consumidor concorra a prêmios.” EHRENBURG, Karla Caldas. O processo comunicacional móvel brasileiro sob o ponto de vista dos profissionais de publicidade. In: CONGRESSO BRASILEIRO DE CIÊNCIAS DA COMUNICAÇÃO, 35., Fortaleza. Anais [...]. São Paulo: Sociedade Brasileira de Estudos Interdisciplinares da Comunicação (Intercom), 2012. p. 9.

com o envio de “notificações *push*”, sendo considerada uma forma de *mobile marketing*⁹ muito eficaz.

Os “*pop-ups*” podem ser definidos como janelas independentes que se abrem de forma automática quando o usuário visualiza alguma página na internet.¹⁰ Assim, é possível inferir que as “*mensagens pop-up*” podem ser conceituadas de forma semelhante, uma vez que consistem em mensagens de texto que aparecem na tela do *smartphone* de forma instantânea e se abrem de forma espontânea, sem precisar de comandos por parte do usuário do aparelho móvel. Anota-se que a ferramenta de *mobile marketing* foi pensada para proporcionar o conhecimento e a interação dos clientes perante as ofertas das empresas, sendo utilizada principalmente no setor de bens de consumo de médio e longo prazos, tendo em vista que esse tipo de propaganda é reconhecido por ser de rápido acesso e visualização pelos consumidores digitais.¹¹

Os SMS tornaram-se grandes aliados para concretização do *mobile marketing*. Esse veículo proporciona maior rentabilidade financeira para as empresas, tendo em vista que o envio de mensagens de texto apresenta menor gasto e maior facilidade no recebimento da resposta pelo consumidor, pois consiste em um *marketing* direto, em que a resposta pode ser fornecida através de comandos de tela e em tempo real.¹²

9 A expressão “*mobile marketing*” se refere a toda atividade de *marketing* e publicidade que se utiliza de dispositivos móveis, sendo o celular o equipamento mais utilizado para aplicação dessa estratégia. EL-AMME, Michel Leite. *Mobile marketing – marketing de mobilidade*. 2010. Monografia (Especialização em Marketing) – Instituto A Vez do Mestre, Universidade Candido Mendes, Rio de Janeiro, 2010. p. 15. Disponível em: http://www.avm.edu.br/docpdf/monografias_publicadas/k213420.pdf. Acesso em: 14 out. 2019.

10 “Os *pop-ups* são janelas independentes, menores que o *browser*, que se abrem automaticamente quando o internauta visualiza determinada página. São comercializados por dia ou por faixa horária e tendem a custar mais que o *banner* por proporcionarem maior visibilidade ao anunciante.” CANESSO, Natacha Stefanini. *Publicidade na internet: um estudo dos formatos de anúncios on-line*. 2004. Trabalho apresentado no XXVII Congresso Brasileiro de Ciências da Comunicação. p. 3.

11 CANESSO, 2004, p. 9.

12 EL-AMME, 2010, p. 27.

Ao observar de forma crítica essa nova realidade – a propaganda através de mensagens instantâneas –, depreende-se que diversas operadoras de telefonia do Brasil utilizam esse mecanismo de forma abusiva para expandir o número de consumidores e, conseqüentemente, angariar clientes vinculados aos seus serviços e produtos. Todavia, observa-se também alto grau de reprovabilidade da propaganda digital em dispositivos móveis pelos consumidores, uma vez que não respeita os preceitos do *marketing* de permissão.¹³

Os anúncios publicitários constantes nos *smartphones*, principalmente em telas ociosas, podem gerar diversos desconfortos para os clientes vinculados às redes de telecomunicações. Isso porque as mensagens *pop-up* podem surgir repentinamente, com notificações concernentes à contratação de serviços e produtos. Desse modo, a imprevisibilidade do surgimento das mensagens pode gerar contratações com vícios de vontade, mediante equívocos e distrações.

Por conta disso, é possível inferir que o *Flash SMS* é uma ferramenta bastante nociva quando utilizado de forma mal-intencionada e com exagero por parte das empresas.

3 A publicidade ilícita no Brasil: uma análise acerca das suas conseqüências

As empresas de telefonia, a partir da adoção de práticas abusivas de *marketing* digital, terminam por veicular uma nova modalidade de publicidade, cujas conseqüências culminam em prejuízos morais e até mesmo financeiros aos usuários de aparelhos celulares móveis, notadamente *smartphones*.

Tal modalidade, conforme será demonstrado adiante, recebe o nome de “publicidade ilícita” e, em que pese a recente expansão do fenômeno, é abarcada pelo Código de Defesa do Consumidor brasileiro. Compreendida entre os arts. 30 e 38, e também prevista no art. 56 do código em análise, a “publicidade ilícita” viola frontalmente os princípios da identificação e da vinculação contratual da publicidade, da vera-

¹³ “[...] Godin (2000, p. 39) conceitua o *marketing* de permissão como aquele ‘que oferece ao consumidor a oportunidade de aceitar voluntariamente o *marketing* que lhe querem apresentar.’” EL-AMME, 2010, p. 37.

cidade, da não abusividade, da inversão do ônus da prova, da transparência da fundamentação publicitária e da correção do desvio publicitário.

3.1 Conceito de publicidade de acordo com a doutrina

O conceito de *publicidade* pode ser definido a partir de três características essenciais, sendo elas: a capacidade informativa, a força persuasiva e o caráter comercial.¹⁴ Nessa ótica, a publicidade é uma atividade que permite o amplo conhecimento de bens de consumo e serviços, tornando-os públicos através de uma apresentação com forte teor de convencimento para comercialização.

Ainda à luz dos estudos de Gomes, depreende-se que somente no século XIX a atividade publicitária passou a utilizar os meios de comunicação de massa e se fez próspera.¹⁵ Dessa forma, diante da necessidade do escoamento de produtos e do desequilíbrio a favor da oferta originados na Revolução Industrial, foi necessária a criação de um instrumento que possibilitasse o crescimento das vendas, ou seja, que fomentasse o consumo e a demanda.

Nesse panorama, surge a materialidade da publicidade, ou seja, a mensagem pública com conteúdo pago veiculado nos meios de comunicação, que objetiva a venda de produtos ou serviços, através de marcas comerciais, visando um público-alvo. Por conseguinte, a publicidade se utiliza de diversos recursos linguísticos e estilísticos para convencimento e persuasão dos consumidores.¹⁶

14 GOMES, Neusa Demartini. Publicidade ou propaganda? É isso aí! *Revista Famecos*, Porto Alegre, v. 8, n. 16, 2001. p. 5.

15 GOMES, 2001, p. 5: “Já a publicidade em seu sentido atual, em troca, tem pouco mais de cem anos. Ela nasceu da industrialização, com o advento da revolução industrial, a produção em série, a urbanização, as grandes lojas de departamentos, os meios de comunicação de massa, os transportes coletivos e, graças a tudo isso, com a elevação do nível de vida: a publicidade fez a prosperidade e a prosperidade fez a publicidade. Ambas, prosperidade e publicidade, são causa e efeito da revolução industrial”.

16 “A publicidade é uma mensagem paga veiculada nos meios de comunicação (mídia) com objetivo de se vender um produto ou serviço, sob a forma de uma marca comercial, para um público-alvo (consumidor) utilizando-se recursos lingüísticos e estilísticos de ordenação, persuasão e sedução através de apelos racionais e emocionais.”

De acordo com Carvalho,¹⁷

[t]oda estrutura publicitária sustenta uma argumentação icônico-linguística que leva o consumidor a convencer-se consciente ou inconsciente. Tem a forma de diálogo, mas possui uma relação assimétrica.

Dessa maneira, o emissor utiliza as peculiaridades linguísticas para impor valores, ideias e mitos com o intuito de “seduzir” o receptor, ou seja, o consumidor.

Com isso, entende-se que a publicidade se apropria de uma linguagem de fácil entendimento, seja a partir de símbolos, recursos fonéticos ou lexicais, para conquistar os mais diversos consumidores, formulando uma comunicação atrativa e dinâmica.¹⁸ Nesse sentido, o discurso da sedução e da persuasão através dessas ferramentas é imprescindível para a conquista do público-alvo e eficácia nas vendas dos mais diversos produtos.

Por outro lado, em relação ao entendimento em sentido legal, o Código de Defesa do Consumidor (CDC), apesar de não abordar de forma positiva o conceito de publicidade, retrata as definições dos conceitos “publicidade enganosa” e “publicidade abusiva”, abordando parâmetros de encaminhamento do conteúdo publicitário, em consonância com os ditames legais e visando a proteção e a segurança do consumidor.¹⁹

A partir disso, a Lei de Defesa do Consumidor se preocupa em controlar a publicidade comercial no exercício de uma atividade

TAVARES JUNIOR, Frederico Augusto. Publicidade e consumo: a perspectiva discursiva. *Revista Comum*, Rio de Janeiro, v. 11, n. 26, p. 117-144, 2006. p. 120.

17 CARVALHO, 1996, p. 13 *apud* TAVARES, 2006, p. 120.

18 CARVALHO, Nelly. O batistério publicitário. *Alfa: Revista de Linguística*, São Paulo, v. 42, edição especial, 1998. p. 67.

19 GONÇALVES, João Bosco Pastor. Princípios gerais da publicidade no Código de Proteção e Defesa do Consumidor. 2002. *Jus Navigandi*, Teresina, 2002. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/3181/principios-gerais-da-publicidade-no-codigo-de-protecao-e-defesa-do-consumidor>. Acesso em: 16 out. 2019.

profissional.²⁰ Dessa forma, infere-se que o Direito se preocupa em estabelecer parâmetros da publicidade saudável para os consumidores.

3.2 A publicidade ilícita: aspectos caracterizadores da abusividade

O Código de Defesa do Consumidor introduziu os chamados “princípios jurídicos específicos” para regulamentação da publicidade, que visam concretizar o dever de lealdade, transparência e confiança nas relações entre o consumidor e o fornecedor. Dessa maneira, para a publicidade ser considerada lícita, ela deve estar embasada nos princípios gerais da boa-fé objetiva e da harmonização da relação entre as partes, sendo imprescindível a criação de um ambiente seguro para efetivação do conteúdo publicitário.

De acordo com João Gonçalves,²¹ observa-se a existência de sete princípios norteadores do conteúdo publicitário no Código de Defesa do Consumidor, sendo eles: o princípio da identificação da publicidade;²² da vinculação contratual da publicidade;²³ da

20 “Não obstante as diferenças conceituais acima apontadas, na prática, os termos propaganda e publicidade são utilizados indistintamente, para designar a publicidade comercial, verificando-se certa confusão até mesmo em nossa legislação, como, por exemplo, a disposição do § 4º do artigo 220 da CF, que utilizou a expressão ‘propaganda comercial’ ao tratar da publicidade comercial, bem como dos artigos 56, XII, e 60 do próprio Código de Defesa do Consumidor que regulamentou a imposição da ‘contrapropaganda’, quando se refere à publicidade enganosa ou abusiva.” DIAS, Lucia Ancona Lopez de Magalhães. *Crerios para avaliaão da ilicitude na publicidade*. 2010. Tese (Doutorado em Direito Civil) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2010. p. 18.

21 GONÇALVES, 2002.

22 Art. 36 do CDC: “A publicidade deve ser veiculada de tal forma que o consumidor, fácil e imediatamente, a identifique como tal”.

23 Art. 30 do CDC: “Toda informação ou publicidade, suficientemente precisa, veiculada por qualquer forma ou meio de comunicação com relação a produtos e serviços oferecidos ou apresentados, obriga o fornecedor que a fizer veicular ou dela se utilizar e integra o contrato que vier a ser celebrado”.

Art. 35 do CDC: “Se o fornecedor de produtos ou serviços recusar cumprimento à oferta, apresentação ou publicidade, o consumidor poderá, alternativamente e à sua livre escolha: I – exigir o cumprimento forçado da obrigação, nos termos da oferta, apresentação ou publicidade; II – aceitar outro produto ou prestação de

veracidade;²⁴ da não abusividade da publicidade;²⁵ da inversão do ônus da prova;²⁶ da transparência da fundamentação publicitária;²⁷ e da correção do desvio publicitário.²⁸

Nesta senda, entende-se como publicidade ilícita o conteúdo de *marketing* que não respeita as normas supracitadas abarcadas pelo Código de Defesa do Consumidor, ou seja, conteúdo publicitário que “[...] viola os deveres jurídicos estabelecidos nesta norma na realização, produção e divulgação de mensagens publicitárias”. Assim, ilícita é a publicidade que desrespeita os princípios supracitados.²⁹

Ao analisar o art. 37 do Código de Defesa do Consumidor, observa-se que o Direito não admite a publicidade enganosa nem a publicidade abusiva. Em relação ao segundo tipo de publicidade, é possível inferir que esse modelo de *marketing* utiliza técnicas que são capazes de induzir o consumidor a se comportar de forma prejudicial à sua saúde e segurança e, diferentemente da publicidade enga-

serviço equivalente; III – rescindir o contrato, com direito à restituição de quantia eventualmente antecipada, monetariamente atualizada, e a perdas e danos”.

24 Art. 37 do CDC: “É enganosa qualquer modalidade de informação ou comunicação de caráter publicitário, inteira ou parcialmente falsa, ou, por qualquer outro modo, mesmo por omissão, capaz de induzir em erro o consumidor a respeito da natureza, características, qualidade, quantidade, propriedades, origem, preço e quaisquer outros dados sobre produtos e serviços”.

25 Art. 37, § 2º, do CDC: “É abusiva, dentre outras a publicidade discriminatória de qualquer natureza, a que incite à violência, explore o medo ou a superstição, se aproveite da deficiência de julgamento e experiência da criança, desrespeite valores ambientais, ou que seja capaz de induzir o consumidor a se comportar de forma prejudicial ou perigosa à sua saúde ou segurança”.

26 Art. 38 do CDC: “O ônus da prova da veracidade e correção da informação ou comunicação publicitária cabe a quem as patrocina”.

27 Art. 37, parágrafo único, do CDC: “É proibida toda publicidade enganosa ou abusiva”.

28 Art. 56 do CDC: “As infrações das normas de defesa do consumidor ficam sujeitas, conforme o caso, às seguintes sanções administrativas, sem prejuízo das de natureza civil, penal e das definidas em normas específicas: [...] XII - imposição de contrapropaganda”.

29 MIRAGEM, BRUNO. *Curso de direito do consumidor*. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016. p. 278.

nosa, a publicidade abusiva não é falaciosa, mas sim distorcida, sendo um conteúdo que viola os princípios morais e éticos do corpo social.

Nesse sentido, a má prestação de serviços publicitários pode afetar diversos direitos da personalidade do indivíduo, como a violação do direito ao período de descanso³⁰ e o direito à privacidade e saúde do usuário, sendo capaz de gerar estado de desequilíbrio psicológico dos consumidores.

Publicidade ilícita pode ser definida como o *marketing* que não respeita os princípios apresentados e, conseqüentemente, manifesta um conteúdo viciado em sua formação.³¹ Destarte, a existência de indução abusiva para o consumidor, a “sedução” desmedida da publicidade indutiva, a distorção na informação do objeto veiculado e a presença de práticas comerciais contrárias à boa-fé são os principais requisitos para delimitação desse tipo de publicidade.

Esse tipo de publicidade pode gerar diversos danos morais e materiais aos consumidores e, como resultado, ensejar responsabilidades para os fornecedores que cometeram o fato lesivo. Por conta disso, enquadrando-se neste caso, o consumidor pode optar por “exigir o cumprimento forçado da obrigação, nos termos da oferta, apresentação ou publicidade; aceitar outro produto ou prestação de serviço equivalente [...]” ou rescindir o contrato.³² Assim sendo, o consumidor possui direito à restituição da quantia e às perdas e danos.

30 Art. 6º, I, do CDC: “São direitos básicos do consumidor: a proteção da vida, saúde e segurança contra os riscos provocados por práticas no fornecimento de produtos e serviços considerados perigosos ou nocivos”.

31 FINKELSTEIN, Maria Eugênia Reis; SACCO NETO, Fernando. *Manual de direito do consumidor*. Rio de Janeiro: Elsevier Brasil, 2010. p. 110.

32 “Estabelece o artigo 35, CDC, que se o fornecedor de produtos ou serviços recusar cumprimento à oferta, apresentação ou publicidade, o consumidor poderá optar por uma das seguintes formas de ressarcimento: a) exigir o cumprimento forçado da obrigação, nos termos da oferta, apresentação ou publicidade; b) aceitar outro produto ou prestação de serviço equivalente; c) rescindir o contrato, com direito à restituição de quantia eventualmente antecipada, monetariamente atualizada, e a perdas e danos.” ROQUE, Nathaly Campitelli. A prestação de serviços e o Código de Defesa do Consumidor: os cuidados que devem ser tomados pelo fornecedor. Olimpia-SP, *Scientia FAER*, ano 2, v. 2, 2010. p. 104.

3.3 A validade contratual e a publicidade abusiva empreendida pelas operadoras de telefonia do Brasil

O fenômeno do *Flash SMS*, já explicitado anteriormente, é um grande exemplo da publicidade abusiva empreendida pelas empresas de telefonia do Brasil. A partir do momento em que o usuário recebe uma publicidade com oferta sobre determinado produto e (ou) serviço e manifesta declaração negocial divergente da vontade real, depreende-se que, nesse momento, o conteúdo de *marketing* digital provocou a realização de um contrato viciado entre as partes. Desse modo, observa-se que a abusividade dessa atividade pode gerar consequências negativas para o consumidor, uma vez que ele pode acabar aderindo a contratos de forma indeliberada junto às empresas.

O contrato, para ser válido e eficaz, apresenta uma série de elementos fundamentais que devem estar presentes para assegurar maior segurança jurídica entre as partes.³³ Nessa ótica, a oferta deve ser inequívoca, de fácil entendimento e em língua portuguesa para melhor compreensão do consumidor e para evitar transtornos no momento da validação do contrato,³⁴ sendo o consentimento recíproco o requisito de ordem especial.³⁵

33 “Algumas regras práticas podem ser observadas no tocante à interpretação dos contratos: a) a melhor maneira de apurar a intenção dos contratantes é verificar o modo pelo qual o vinham executando, de comum acordo; b) deve-se interpretar o contrato, na dúvida, da maneira menos onerosa para o devedor (*in dubiis quod minimum est sequimur*); c) as cláusulas contratuais não devem ser interpretadas isoladamente, mas em conjunto com as demais; d) qualquer obscuridade é imputada a quem redigiu a estipulação, pois, podendo ser claro, não o foi (*ambiguitas contra stipulatorem est*); e) na cláusula suscetível de dois significados, interpretar-se-á em atenção ao que pode ser exequível (princípio da conservação ou aproveitamento do contrato).” GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito civil brasileiro: contratos e atos unilaterais*. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 2017. v. 3. p. 68.

34 GONÇALVES, 2017, p. 80-81: “Em conformidade com o art. 30 do diploma consumerista, toda informação ou publicidade, suficientemente precisa, veiculada por qualquer forma ou meio de comunicação com relação a produtos ou serviços oferecidos ou apresentados, obriga o fornecedor, integrando o contrato. A oferta deve ser clara, precisa, veiculada em língua portuguesa e de fácil entendimento”.

35 GONÇALVES, 2017, p. 28-29: “Os requisitos ou condições de validade dos contratos são de duas espécies: a) de ordem geral, comuns a todos os atos e negócios jurídicos,

O consentimento deve ser livre e espontâneo,³⁶ isto é, o contratante deve estar ciente, a todo momento, do negócio jurídico a ser realizado. Cumpre anotar que a fase de proposta do contrato realizado pelas empresas de telefonia, ou seja, o momento da manifestação da intenção de provocar uma vontade de negociar, em muitos casos se confunde com a própria publicidade veiculada através de notificações *push*, o que, com frequência, torna o teor do contrato abusivo para o consumidor.

De acordo com o art. 30 do Código de Defesa do Consumidor, o fornecedor fica vinculado ao serviço que publiciza e, por esse motivo, a publicidade veiculada integra o contrato, sendo o fornecedor obrigado a prestar os serviços oferecidos.³⁷ Dessa maneira, reitera-se a importância de que a oferta seja clara e precisa para melhor compreensão do consumidor e, conseqüentemente, para evitar transtornos no momento da validação do contrato.

Ao analisar esse panorama, examina-se que o envio constante de *Flash SMS* pelas empresas de telefonia pode ocasionar a manifestação de vontade viciada do consumidor, ou seja, uma declaração divergente da vontade de real de negociação. Por conseguinte, essa situação é capaz de gerar conseqüências que ultrapassam o mero aborrecimento do usuário, ensejando danos materiais e morais por conta da publicidade ilegítima, como será observado a partir das análises jurisprudenciais abordadas no presente estudo.

4 O entendimento jurisprudencial sobre o “Flash SMS (Class 0 SMS)”

Devido ao impacto desse novo tipo de mensagem de texto, está se tornando cada vez mais comum os consumidores, afetados pela

como a capacidade do agente, o objeto lícito, possível, determinado ou determinável, e a forma prescrita ou não defesa em lei (CC, art. 104); b) de ordem especial, específico dos contratos: o consentimento recíproco ou acordo de vontades”.

36 GONÇALVES, 2017, p. 30.

37 GONÇALVES, 2017, p. 80-81.

veiculação da publicidade abusiva, recorrerem ao Poder Judiciário como tentativa de assegurar e efetivar seus direitos, previstos no Código de Defesa do Consumidor e no Código Civil (CC/2002).

Como já abordado anteriormente, a veiculação dos *flashes SMS* pelas empresas de telefonia pode acarretar condutas abusivas e extremamente desvantajosas para os usuários. À luz disso, para melhor ilustrar, cabe analisar algumas decisões, com o intuito de examinar o discurso judicial e entender o posicionamento dos tribunais sobre o envio recorrente desse tipo de mensagem para os consumidores, sendo imprescindível compreender a repercussão dessa nova realidade no campo fático e jurídico.

Para o filtro de busca das decisões judiciais, foram utilizadas as expressões “mensagem *pop-up*” e “*Flash SMS*” na plataforma de pesquisa de jurisprudência do Portal JusBrasil.³⁸⁻³⁹ A partir disso, foram encontradas dez decisões,⁴⁰ sendo elas: uma decisão do Tribunal de Justiça do Distrito Federal, uma do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro, uma do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, duas do Tribunal de Justiça de Minas Gerais, uma do Tribunal de Justiça do Espírito Santo e quatro do Tribunal de Justiça de São Paulo.

O primeiro caso⁴¹ concerne ao entendimento da 3ª Turma Recursal dos Juizados Especiais Cíveis do Tribunal de Justiça do Distrito Federal, no Processo n. 700490-59.2017.8.07.0019, em que

38 PORTAL JUSBRASIL. Jurisprudência. 2020. Disponível em: <https://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/busca?q=flash+sms>. Acesso em: 10 maio 2020.

39 PORTAL JUSBRASIL. Jurisprudência. 2020. Disponível em: <https://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/busca?q=mensagem+pop+up>. Acesso em: 10 maio 2020.

40 Não é o objetivo deste artigo discurrir minuciosamente sobre todas as decisões judiciais. Serão abordados apenas alguns entendimentos, a fim de se criar um padrão para avaliar como esse tipo de demanda é julgado nos tribunais brasileiros.

41 BRASIL. Tribunal de Justiça do Distrito Federal. *Recurso Inominado n. 0700490-59.2017.8.07.0019*. Recorrente: Americel S.A. e Claro S.A. Recorrido: Brenno de Lucena Costa. Relator: Eduardo Henrique Rosas. Data de Julgamento: 11 de abril de 2018. Data de Publicação: 16.4.2018. Disponível em: <https://tj-df.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/567625251/7004905920178070019-df-0700490-5920178070019/inteiro-teor-567625476?ref=serp>. Acesso em: 10 maio 2020.

o autor moveu ação contra a operadora Claro S.A. e a empresa Americel S.A. para impedir o envio excessivo de mensagens *pop-up* (*flashes SMS*) e do SMS tradicional em seu aparelho móvel.

Nos autos do processo, o autor afirmou ter solicitado inúmeras vezes o cancelamento do envio de mensagens com conteúdo publicitário para seu celular, propondo, inclusive, reclamações administrativas junto à Agência Nacional de Telecomunicações (ANATEL). Contudo, as mensagens continuaram sendo enviadas de modo desenfreado, o que causou enorme incômodo e perturbação, ensejando danos morais.

Após a empresa ré Claro S.A. recorrer e ter seu recurso conhecido e improvido contra a sentença que julgou a demanda parcialmente procedente, foi obrigada a cessar o envio de mensagens com teor publicitário, bem como a pagar o importe de R\$ 2.000,00 em indenização por danos morais.

O segundo caso⁴² refere-se a decisão proferida pelo Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, na 20ª Câmara Cível de Porto Alegre, Processo n. 0311767-25.2018.8.21.7000. Neste caso, a parte

42 BRASIL. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. *Apelação Cível n. 0311767-25.2018.8.21.7000*. Apelante/Apelado: Julio Alexandre dos Santos. Apelante/Apelado: Claro S.A. Relator: Dilso Domingos Pereira. Data de Julgamento: 14.11.2018. Data de Publicação: 21 nov. 2018. Disponível em: <https://tj-rs.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/649644964/apelacao-civel-ac-70079465555-rs/inteiro-teor-649644999?ref=juris-tabs>. Acesso em: 10 maio 2020.

O caso em questão assemelha-se ao julgado do Tribunal de Justiça de Minas Gerais, na 2ª Vara do Juizado Especial de São João Nepomuceno, processo n. 0000925-85.2018.8.13.0629. Neste caso, o juízo de primeiro grau acolheu o pleito autoral e condenou a empresa ré Vivo S.A. a ressarcir os valores pagos indevidamente e ao pagamento de indenização a título de danos morais no importe de R\$ 4.5000,00 (quatro mil e quinhentos reais). Para justificar o valor da indenização, o juiz afirmou que “[...] a demandante vivenciou uma situação desgastante, inclusive, havendo uma grande perda de tempo na busca da solução de um conflito a que não deu causa, tendo em vista que não requereu o fornecimento dos serviços aqui discutidos, devendo, dessa forma, ser compensada”.

Ademais, o caso também se assemelha ao julgado do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro, na 4ª Vara Cível da Comarca da Capital, na 26ª Câmara Cível do Consumidor, Processo n. 0015058.86.2015.8.19.0204. O autor pediu revisão da sentença, e a condenação passou de R\$ 1.000,00 (um mil reais) para R\$ 5.000 (cinco mil reais) a título de indenização por danos morais com manutenção dos

ré foi condenada ao pagamento, a título de indenização por danos morais, no importe de R\$ 5.000,00.

O autor moveu ação judicial contra a operadora Claro S.A. em decorrência do envio de mensagens publicitárias não autorizadas e contratação de serviços não solicitados. Em decisão de segunda instância, o entendimento de reprovação em relação a assinatura de serviços mediante o simples envio de mensagens de texto foi reforçado: “[...] Em outras palavras, não se pode penalizar o consumidor pelo sistema falho adotado pela prestadora de serviços, a qual deverá adotar meios mais seguros de perfectibilizar os contratos”. Desse modo, a empresa ré Claro S.A. teve seu recurso conhecido e improvido contra a sentença que julgou a demanda procedente.

O terceiro caso⁴³ diz respeito a decisão proferida pelo Tribunal de Justiça de Minas Gerais, na Vara dos Juizados Especiais de Entre Rios, no Processo n. 0011157-70.2015.8.13.0239. O autor moveu ação contra a operadora Telefônica Brasil S.A. visando impedir a cobrança do “Serviço de Terceiros Telefônica Data”, a restituição dos valores cobrados indevidamente e a indenização a título de danos morais.

O demandante alegou que os serviços mencionados foram ofertados através de SMS e mensagens *pop-up*:

[...] muitas pessoas clicam no OK da mensagem e, sem querer, ativam esses serviços. A partir daí, é só dor de cabeça, pois após uma reclamação, o serviço é retirado, mas, logo em seguida, é “ofertado” no sistema novamente e volta a ser cobrado. É uma situação que causa grande irritação.

O juízo de primeiro grau entendeu que essa oferta de serviço induz o consumidor a erro e, por isso, é digna de “alto grau de

demais termos da sentença, ou seja, condenação da ré ao pagamento de indenização por danos morais e cessação dos serviços.

43 BRASIL. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. *Apelação Cível n. 0311767-25.2018.8.21.7000*. Apelante/Apelado: Julio Alexandre dos Santos. Apelante/Apelado: Claro S.A. Relator: Dilso Domingos Pereira. Data de Julgamento: 14.11.2018. Data de Publicação: 21 nov. 2018. Disponível em: <https://tj-rs.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/649644964/apelacao-civel-ac-70079465555-rs/inteiro-teor-649644999?ref=juris-tabs>. Acesso em: 10 maio 2020.

reprovação”. Em face do exposto, a empresa ré foi condenada, parcialmente, a pagar o valor de R\$ 18,93 a título de restituição pelos valores cobrados indevidamente e ao pagamento de indenização por danos morais no importe de R\$ 2.000,00.

O quarto caso⁴⁴ concerne a decisão deliberada pela Vara Única de Presidente Bernardes do Tribunal de Justiça de São Paulo, na 12^a Câmara de Direito Privado, no Processo n. 1001492-35.2017.8.26.0480. O autor também moveu ação contra a operadora Telefônica Brasil S.A. com objetivo de ser reconhecida a inexigibilidade dos “Serviços TData” em sua fatura. Nesse sentido, pleiteou pelo reconhecimento da inexistência de contratação, repetição dos valores cobrados indevidamente e indenização a título de danos morais.

O juízo de primeiro grau entendeu que as cobranças realizadas pela ré foram lícitas, pois o autor não comprovou suas afirmações nos autos. Ademais, condenou a parte demandante ao pagamento de multa por litigância de má-fé. Em recurso, esta parte teve sua apelação conhecida e provida em parte e a sentença foi reformada apenas para afastar a multa por litigância de má-fé.

O quinto caso⁴⁵ também diz respeito a decisão proferida pela 2^a Vara Cível de Ibitinga do Tribunal de Justiça de São Paulo,

44 BRASIL. Tribunal de Justiça de São Paulo. *Apelação n. 1001492-35.2017.8.26.0480*. Apelante: Everaldo Durante. Apelado: Telefônica Brasil S.A. Relator: Jacob Valente. Data de Julgamento: 12.12.2018. Data de Publicação: 14 dez. 2018. Disponível em: <https://tj-sp.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/659436664/apelacao-apl-10014923520178260480-sp-1001492-3520178260480?ref=serp>. Acesso em: 10 maio 2020.

O caso em questão assemelha-se a outro julgado do Tribunal de Justiça de São Paulo, deliberado pela 2^a Vara Crime de Jales, na 12^a Câmara de Direito Privado, no processo n. 1001373-07.2018.8.26.0297. Neste caso, a ré Telefônica Brasil S.A. teve seu recurso conhecido e provido, sendo reconhecido que, em que pese os chamados SVAs costumem ser ofertados por meio de mensagens *pop-up*, o consumidor deve se atentar para não contratar o serviço questionado: “[...] E como muitas pessoas são apressadas ou desatentas, acabam clicando em OK [...] e, assim, sem querer ou sem perceber contratam o serviço”.

45 BRASIL. Tribunal de Justiça de São Paulo. *Apelação Cível n. 1000952-69.2019.8.26.0236*. Apelante: Telefônica Brasil S.A. Apelado: Silvio Luiz Titato. Relator: Henrique Rodrigo Clavasio. Data de Julgamento: 14.10.2019. Data de Publicação: 14 out. 2019. Disponível em: <https://tj-sp.jusbrasil.com>.

na 18ª Câmara de Direito Privado, no processo n. 1000952-69.2019.8.26.0236. O autor moveu ação contra a operadora Telefônica Brasil S.A. para pleitear indenização por danos morais e cessação dos serviços contratados de forma errônea.

Em primeira instância, o juízo condenou a empresa ré para determinar o encerramento do envio de novas mensagens publicitárias através do serviço “*push*” e pagamento do importe de R\$ 3.000,00. Contudo, a operadora Telefônica Brasil S.A. recorreu da decisão e conseguiu modificar os termos impostos em sentença.

O juízo de segunda instância entendeu que inexistia

[...] efetivo impedimento legal para o envio das referidas notificações, contudo, pode ser prontamente obstado através da eficaz via administrativa pelo consumidor interessado, exatamente como se deu o caso ora em discussão.

Desse modo, a turma recursal concluiu que o autor não apresentou provas de que contactou a ré e o “simples” descumprimento contratual não se mostrava suficiente para antever a hipótese de indenização a título de danos morais.

br/jurisprudencia/768681446/apelacao-civel-ac-10009526920198260236-sp-1000952-6920198260236?ref=serp. Acesso em: 10 maio 2020.

O caso em questão assemelha-se ao julgado do Tribunal de Justiça de São Paulo, deliberado pela 1ª Vara do Juizado Especial Cível do Foro Regional I de Santana, no processo n. 0028150-61.2018.8.26.0001. Contudo, neste caso, o juízo de primeira instância condenou a ré Tim Celular S.A. apenas “[...] a cessar definitivamente o envio de mensagens de cunho publicitário, seja nas modalidades SMS ou ‘*pop-up*’ (*flash SMS, push, broadcast*)”. Ressalta-se que a indenização por danos morais não foi deferida, pois, “[n]o caso dos autos, não restou configurada a ocorrência de dano moral, mas de mero dissabor. Ainda que a conduta da ré tenha causado algum aborrecimento à autora, certamente não foi capaz de lhe macular a imagem ou causar qualquer tipo de abalo psicológico ou sofrimento que demanda indenização. Aliás, a descrição dos fatos feita na inicial não menciona nenhuma especial circunstância decorrente da conduta da ré”.

Ademais, o caso também assemelha-se ao julgado do Tribunal do Espírito Santo, pela Vara Única de Fundão na 1ª Turma Recursal, no Processo n. 0001311-88.2016.8.08.0059. Cumpre atentar que, para este caso, a sentença recorrida tinha acolhido a pretensão autoral no que tange ao pedido de danos morais, condenando a ré ao pagamento de R\$ 5.000,00 em indenização. Contudo, tal sentença foi revertida e a ação julgada improcedente.

4.1 A análise comparada das decisões judiciais

A partir das decisões acima, observa-se que, em grande parte dos casos analisados, é reconhecida a relação contratual abusiva das operadoras de telefonia e deferida a indenização por danos morais à parte autora.

A quantificação do dano moral deferido à parte demandante varia entre R\$ 2.000,00 e R\$ 5.000,00 e, normalmente, vem acompanhada de indenização por danos materiais e cessamento do serviço de *mobile marketing*. Outrossim, na maioria dos casos examinados, os autores tiveram suas ações procedentes ou procedentes em parte.

Em relação ao recebimento de indenização por danos morais, foi possível observar que, dos dez casos citados, cinco deles apresentaram decisões favoráveis ao consumidor, sendo eles: os dois casos do Tribunal de Justiça de Minas Gerais, o caso julgado no Tribunal de Justiça do Distrito Federal, o caso do Tribunal de Justiça Rio de Janeiro e o do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. Dessa forma, cumpre anotar que apenas o Tribunal de Justiça de São Paulo não deferiu a indenização por danos morais em nenhum dos casos citados neste artigo.

No tocante às sentenças favoráveis ao consumidor, constata-se que em cinco casos as decisões não foram recorridas e (ou) recorridas e mantidas em sua integralidade, sendo eles: o caso julgado no Tribunal de Justiça do Distrito Federal, os dois do Tribunal de Justiça de Minas Gerais, o caso do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul e apenas um caso do Tribunal de Justiça de São Paulo.⁴⁶

Em relação às decisões reexaminadas, nota-se que três delas foram desfavoráveis ao consumidor, sendo uma concernente ao julgado do Tribunal de Justiça do Espírito Santo e duas ao Tribunal

46 BRASIL. Tribunal de Justiça de São Paulo. *Processo cível n. 0028150-61.2018.8.26.0001*. Parte Autora: Regiane Ramos Baptista. Parte Ré: Tim Brasil S.A. Relator: Pedro Rebelo Bortolini. São Paulo. Data do Julgamento: 13.3.2018. Data de Publicação: 13 dez. 2018. Disponível em: <https://www.jusbrasil.com.br/diarios/222221249/djsp-judicial-1a-instancia-capital-17-12-2018-pg-2073?ref=serp>. Acesso em: 10 maio 2020.

de Justiça de São Paulo.⁴⁷⁻⁴⁸ Todavia, duas sentenças foram alteradas em benefício do consumidor, sendo elas do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro e do Tribunal de Justiça de São Paulo.⁴⁹

No que diz respeito à condenação a título de indenização por danos materiais, quatro decisões condenaram as réas ao pagamento da restituição simples ou em dobro para a parte autora, sendo elas atinentes aos dois casos do Tribunal de Justiça de Minas Gerais, do Rio de Janeiro e de São Paulo.⁵⁰

Diante do exposto, nota-se que sete dos dez casos analisados foram favoráveis, totalmente ou em parte, ao consumidor na esfera judicial. Nesse sentido, conclui-se que muitos tribunais estão reconhecendo a relação abusiva empreendida pelas empresas de telefonia e penalizando-as, como forma de assegurar os direitos dos consumidores e na tentativa de diminuição do envio de conteúdo publicitário abusivo.

5 O enfrentamento a partir da aprovação do Projeto de Lei n. 3.514/2015

O Marco Civil da Internet (Lei n. 12.965/2014) e a Lei Geral Proteção de Dados (Lei n. 13.709/2018) são extremamente importantes para assegurar a privacidade e a proteção de milhares de usuários, cidadãos e empresas, muitas vezes consumidores. Dessa maneira, surge a necessidade, cada vez maior, de uma legislação que regulamente o comércio eletrônico brasileiro e compreenda as modificações sociais e jurídicas decorrentes do avanço tecnológico.

47 BRASIL, Tribunal de Justiça de São Paulo, *Apelação n. 1001373-07.2018.8.26.0297*. Apelante: Telefônica Brasil S.A. Apelado: Benedito Jovem da Silva. Relator: Jacob Valente. Data de Julgamento: 12.12.2018. Data de Publicação: 14 dez. 2018. Disponível em: <https://tj-sp.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/659436663/apelacao-apl-10013730720188260297-sp-1001373-0720188260297?ref=serp>. Acesso em: 10 maio 2020.

48 BRASIL, Tribunal de Justiça de São Paulo, *Apelação Cível n 1000952-69.2019.8.26.0236*, 2019.

49 BRASIL, Tribunal de Justiça de São Paulo, *Apelação n. 1001373-07.2018.8.26.0297*, 2018.

50 BRASIL, Tribunal de Justiça de São Paulo, *Apelação n. 1001373-07.2018.8.26.0297*, 2018.

A modernização do Código de Defesa do Consumidor (CDC), que visa acrescentar um capítulo sobre o *e-commerce*, iniciou-se em 2010 e culminou na edição do Projeto de Lei n. 281/2012. Contudo, em 2015, essa proposta foi convertida no Projeto de Lei n. 3.514/2015 e apensada ao Projeto de Lei n. 4.906/2001.⁵¹

O PL n. 3.514/2015⁵² permite disciplinar os contratos de consumo e dar maior segurança para os consumidores no ambiente virtual, garantindo os princípios da dignidade, saúde, segurança, proteção de interesses econômicos, a melhoria da qualidade de vida, transparência e harmonia das relações de consumo também nas plataformas digitais, contidos no art. 4º do CDC.⁵³ Nesse sentido, a atualização do código visa fortalecer a confiança, proteger os dados dos usuários e assegurar a autonomia da vontade do consumidor, conforme art. 45-A do projeto de lei supracitado.⁵⁴

51 “O movimento de atualização cirúrgica do Código de Defesa do Consumidor, iniciado por meio da equipe de juristas instalada no Senado Federal a partir de 07.12.2010, sob a presidência do Ministro Herman Benjamin, certamente dará àquele diploma legal, 21 anos após a sua promulgação, um novo sopro de vida, num trabalho que resultou na edição do Projeto de Lei nº 281/2012, aprovado em novembro de 2015 pelo Plenário do Senado Federal e posteriormente convertido no Projeto de Lei nº 3.514, da Câmara dos Deputados, atualmente apensado ao Projeto de Lei nº 4.906/2001.” MARTINS, Guilherme Magalhães. *Contratos eletrônicos de consumo*. São Paulo: Atlas, 2016. p. 215.

52 AMAPÁ. Assembleia Legislativa. *Projeto de Lei PL 3.514/2015*. Altera a Lei n. 8.078, de 11 de setembro de 1990 (Código de Defesa do Consumidor) e o art. 9º do Decreto-Lei n. 4.657, de 4 de setembro de 1942 (Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro). Texto Original. Disponível em: <https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=205248>. Acesso em: 15 maio 2020.

53 Art. 4º do CDC: “A Política Nacional das Relações de Consumo tem por objetivo o atendimento das necessidades dos consumidores, o respeito à sua dignidade, saúde e segurança, a proteção de seus interesses econômicos, a melhoria de sua qualidade de vida e a proteção do meio ambiente, bem como a transparência e a harmonia das relações de consumo [...]”.

54 Art. 45-A do PL 3.514/2015: “Esta seção dispõe sobre normas gerais de proteção do consumidor no comércio eletrônico e a distância, visando a fortalecer sua confiança e assegurar sua tutela efetiva, mediante a diminuição da assimetria de informações, a preservação da segurança nas transações e a proteção da autodeterminação e da privacidade dos dados pessoais”.

No tocante ao debate sobre o envio de *Flash SMS* por empresas de telefonia do Brasil, cumpre anotar que o Projeto de Lei supracitado abarca essa discussão, tendo em vista que versa sobre as relações negociais virtuais, ou seja, sobre a formação de contratos eletrônicos e o que pode ou não ser considerado abusivo pelos fornecedores, incluindo a forma dos anúncios publicitários.

Na seção VII, “Do Comércio Eletrônico”, o art. 45-B⁵⁵ traz uma série de condições de como a comunicação, no momento da oferta e conclusão do contrato, deve ser realizada. A partir disso, merece especial atenção o inciso VII, pois nesse tópico é preceituado que as informações devem ser claras e ostensivas, merecendo atenção especial a forma como o conteúdo é passado ao consumidor e se a comunicabilidade é eficiente para ambas as partes.

O art. 45-D⁵⁶ também é de extrema relevância para regular o combate à abusividade praticada pelas empresas de telefonia na adoção do *Flash SMS*, uma vez que descreve as obrigações do fornecedor ao utilizar meios eletrônicos ou similares. O inciso IV do mesmo artigo destaca que o consumidor deve ter assegurado meios técnicos adequados e eficazes que lhe permitam corrigir erros no momento da contratação de produtos ou serviços, antes de finalizá-la, sem qualquer prejuízo futuro em relação ao direito de arrependimento.

A norma do artigo acima se amolda perfeitamente aos argumentos trazidos pela jurisprudência para deferir a indenização a título de danos morais e materiais para os consumidores, visto que – como exposto pelo Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul –

55 Art. 45-B do PL 3.514/2015: “Sem prejuízo do disposto neste Código, os sítios e demais meios eletrônicos, bem como as comunicações remetidas ao consumidor, utilizados para oferta ou conclusão de contrato de consumo devem disponibilizar, em local de destaque e de fácil visualização, entre outras, as seguintes informações: [...]VII - informações claras e ostensivas a respeito de quaisquer restrições à fruição da oferta”.

56 Art. 45-D do PL 3.514/2015: “É obrigação do fornecedor que utilizar meio eletrônico ou similar: [...] IV - assegurar ao consumidor meios técnicos adequados, eficazes e facilmente acessíveis que permitam a identificação e a correção de eventuais erros na contratação, antes de finalizá-la, sem prejuízo do posterior exercício do direito de arrependimento”.

o consumidor não pode ser penalizado pelo sistema falho da prestadora de serviço. Assim, cabe ao fornecedor utilizar plataformas seguras que consigam garantir a vontade real do cliente, não somente a vontade expressa no momento da contratação.

Por sua vez, o art. 45-E,⁵⁷ inciso II, regulamenta a confirmação do contrato eletrônico, muitas vezes não respeitada pelas empresas de telefonia. De acordo com esse artigo, o fornecedor tem a obrigação de enviar ao consumidor “confirmação imediata do recebimento da aceitação da oferta”, justamente para ratificar a existência do contrato e resguardar os direitos do consumidor, por meio da comprovação da relação entre as partes.

Ao analisar os dispositivos legais anteriores, depreende-se que, com a aprovação do PL n. 3.514/2015, muitas empresas precisarão ajustar seus procedimentos internos para conseguirem utilizar plataformas adequadas que assegurem a vontade real de negociação do consumidor – como exposto pelo Tribunal de Justiça de Minas Gerais –, pois muitas operadoras induzem os usuários a erro quando o contrato é firmado, uma vez que, no momento do recebimento do *Flash SMS*, muitos clientes clicam em “ok” por mera distração e, em seguida, a oferta “desaparece” do celular, o que dificulta o cancelamento do serviço posteriormente.

O inciso IV do mesmo artigo também pode ser considerado uma novidade extremamente benéfica ao consumidor, pois as prestadoras de serviço deverão enviar um *link* de acesso ou um formulário no momento da contratação, com a finalidade de facilitar o exercício do direito de arrependimento, caso exista.

Diante da análise do exposto, observa-se que o projeto de lei apresenta grandes novidades e mudanças no cenário do comércio eletrônico, mudanças essas fundamentais para proporcionar maior

57 Art. 45-E do PL 3.514/2015: “Na contratação por meio eletrônico ou similar, o fornecedor deve enviar ao consumidor: [...] II - confirmação imediata do recebimento da aceitação da oferta; [...] IV - formulário, ou *link* para formulário, facilitado e específico para preenchimento pelo consumidor em caso de exercício do direito de arrependimento”.

segurança jurídica nas relações negociais. Avançando no tema, importante esmiuçar também o teor do art. 45-F⁵⁸ e seus desdobramentos, pois este dispositivo retrata, de forma específica, o envio de conteúdo publicitário para os potenciais consumidores digitais.

Os incisos II e III do artigo supracitado revelam que é vedado o envio de mensagem eletrônica não solicitada ao cliente que “esteja inscrito em cadastro de bloqueio de oferta” e “tenha manifestado diretamente ao fornecedor a opção de não recebê-la”. Nesta senda, afirma-se a liberdade do consumidor em pedir o cancelamento do envio de conteúdo publicitário realizado pelas operadoras de telefonia e ter seu pleito atendido, situação muitas vezes não respeitada pelas grandes prestadoras de serviços.

O § 1º do art. 45-F⁵⁹ também reforça a necessidade do consentimento no envio de mensagens eletrônicas quando o vínculo contratual é formado, de forma clara e ostensiva, e a indispensabilidade da oportunidade de solicitar o cancelamento de envio por parte dos consumidores.

O § 2º, inciso I, do mesmo artigo⁶⁰ revela o papel informativo do fornecedor ao enviar mensagens eletrônicas aos consumidores, devendo constar nessas mensagens “o meio adequado, simplificado, seguro e eficaz” que permita ao cliente recusar o envio de mensagens não solicitadas.

Por último, o capítulo VII, “Das Sanções”, retrata as penalidades em caso de descumprimento dos dispositivos acima por parte

58 Art. 45-F do PL 3.514/2015: “É vedado ao fornecedor de produto ou serviço enviar mensagem eletrônica não solicitada a destinatário que: I - não possua relação de consumo anterior com o fornecedor e não tenha manifestado consentimento prévio e expresso em recebê-la; [...] III - tenha manifestado diretamente ao fornecedor a opção de não recebê-la”.

59 PL 3.514/2015, art. 45-F, § 1º: “Se houver prévia relação de consumo entre o remetente e o destinatário, admite-se o envio de mensagem não solicitada, desde que o consumidor tenha tido oportunidade de recusá-la”.

60 PL 3.514/2015, art. 45-F, § 2º: “O fornecedor deve informar ao destinatário, em cada mensagem enviada: I - o meio adequado, simplificado, seguro e eficaz que lhe permita, a qualquer momento, recusar, sem ônus, o envio de novas mensagens eletrônicas não solicitadas”.

dos fornecedores. Conforme preceitua o art. 56, inciso XIII,⁶¹ o prestador deverá suportar a suspensão temporária ou proibição da oferta de produtos e serviços em hipótese de infração das normas.

Sendo assim, a atualização do Código de Defesa do Consumidor se mostra extremamente urgente para garantir maior segurança nas contratações realizadas no ambiente virtual e a proteção dos consumidores. Necessário é, portanto, o aperfeiçoamento da lei para acompanhar as mudanças sociais surgidas com o avanço tecnológico e preservar, de forma mais intensa, a privacidade, os dados e a vontade real de milhares de usuários consumidores.

6 Conclusão

A partir do presente estudo, constata-se que o recurso do *Flash SMS*, quando mal utilizado, deve ser considerado um veículo de publicidade abusiva das empresas de telefonia do Brasil, tendo em vista que o envio de notificações *push up*, por meio de mensagens de texto, é capaz de induzir o consumidor a se comportar de forma prejudicial, violando diversos princípios norteadores das relações de consumo. Dessa forma, para o negócio jurídico entre o usuário e a empresa de telefonia ser válido, é necessário que a proposta de oferta seja apresentada sem quaisquer vícios, devendo abarcar os requisitos de precisão e entendimento do consumidor, muitas vezes desrespeitado por este modelo de *mobile marketing*.

A partir da análise doutrinária, jurisprudencial e legal, infere-se que o consumidor está amparado por princípios que visam a sua tutela, tendo em vista que os clientes das empresas de telefonia são considerados a parte vulnerável da relação e, por esse motivo, cabe ao Direito garantir a equiparação entre as partes, ou seja, entre o consumidor e fornecedor.

61 Art. 56 do PL 3.514/2015: “As infrações das normas de defesa do consumidor ficam sujeitas, conforme o caso, às seguintes sanções administrativas, sem prejuízo das de natureza civil, penal e das definidas em normas específicas: [...] XIII - suspensão temporária ou proibição de oferta e de comércio eletrônico”.

Todavia, conforme observância das decisões judiciais, os fornecedores de produtos e serviços telefônicos continuam utilizando artifícios para driblar as garantias consumeristas, apesar de todo esforço normativo existente, justamente por não haver uma legislação específica que discipline, de forma elucidativa, as relações negociais no ambiente virtual.

Neste cenário, o Projeto de Lei n. 3.514/2015 veio para somar forças e regular os contratos eletrônicos de consumo, proporcionando maior segurança para os consumidores e equiparidade nas relações negociais na esfera digital. Dessa maneira, as obrigações dos fornecedores ao utilizar meios eletrônicos ou similares ficam mais bem definidas e com teor enunciativo, tendo em vista o caráter obrigatório da norma.

Por fim, relevante salientar que se faz necessário interpretar de modo amplo as normas e preceitos jurídicos, visto que relações inéditas estão sendo formuladas a partir do avanço tecnológico. Nesta senda, imprescindível que os tribunais continuem se posicionando de forma favorável ao consumidor em casos semelhantes aos citados neste artigo e que o PL n. 3.514/2015 seja aprovado, pois urge a atualização do Código de Defesa do Consumidor para adequar a interpretação jurídica ao cliente digital e às novas possibilidades de consumo.

Referências

AMAPÁ. Assembleia Legislativa. *Projeto de Lei PL 3.514/2015*. Altera a Lei n. 8.078, de 11 de setembro de 1990 (Código de Defesa do Consumidor) e o art. 9º do Decreto-Lei n. 4.657, de 4 de setembro de 1942 (Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro). Texto Original. Disponível em: <https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=205248>. Acesso em: 15 maio 2020.

BAGATINI, Idemir Luiz. Os efeitos da oferta e da publicidade nas relações de consumo. *Revista Direito em Debate*, Ijuí/RS, v. 14, n. 24, p. 63-85, jul./dez. 2005.

BAUMAN, Zygmunt. *Globalização: as consequências humanas*. Tradução: Marcus Penchel. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1999.

BLOG DO IPHONE. *Entenda o que são as propagandas de tela cheia no seu iPhone*. 2016. Disponível em: <https://blogdoiphone.com/2016/06/flash-sms-iphone>. Acesso em: 14 out. 2019.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Distrito Federal. *Recurso Inominado n. 0700490-59.2017.8.07.0019*. Recorrente: Americel S.A. e Claro S.A. Recorrido: Brenno de Lucena Costa. Relator: Eduardo Henrique Rosas. Data de Julgamento: 11.4.2018. Data de Publicação: 16 abr. 2018. Disponível em: <https://tj-df.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/567625251/7004905920178070019-df-0700490-5920178070019/inteiro-teor-567625476?ref=serp>. Acesso em: 10 maio 2020.

BRASIL. Tribunal de Justiça de Minas Gerais. *Processo n. 0011157-70.2015.8.13.0239*. Parte Autora: Paulo André de Sales. Parte Ré: Telefônica Brasil S.A. Relator: Arthur Eugênio de Souza. Data do Julgamento: 20.5.2016. Data de Publicação: 24 maio 2016. Disponível em: <https://www.jusbrasil.com.br/processos/110454054/processo-n-00111577020158130239-do-tjmg>. Acesso em: 10 maio 2020.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. *Apelação Cível n. 0311767-25.2018.8.21.7000*. Apelante/Apelado: Julio Alexandre dos Santos. Apelante/Apelado: Claro S.A. Relator: Dilso Domingos Pereira. Data de Julgamento: 14.11.2018. Data de Publicação: 21 nov. 2018. Disponível em: <https://tj-rs.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/649644964/apelacao-civel-ac-70079465555-rs/inteiro-teor-649644999?ref=juris-tabs>. Acesso em: 10 maio 2020.

BRASIL. Tribunal de Justiça de São Paulo. *Apelação n. 1001373-07.2018.8.26.0297*. Apelante: Telefônica Brasil S.A. Apelado: Benedito Jovem da Silva. Relator: Jacob Valente. Data de Julgamento: 12.12.2018. Data de Publicação: 14 dez. 2018. Disponível em: <https://tj-sp.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/659436663/apelacao-apl-10013730720188260297-sp-1001373-0720188260297?ref=serp>. Acesso em: 10 maio 2020.

BRASIL. Tribunal de Justiça de São Paulo. *Apelação n. 1001492-35.2017.8.26.0480*. Apelante: Everaldo Durante. Apelado: Telefônica Brasil S.A. Relator: Jacob Valente. Data de Julgamento: 12.12.2018. Data de Publicação: 14 dez. 2018. Disponível em: <https://tj-sp.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/659436664/apelacao-apl-10014923520178260480-sp-1001492-3520178260480?ref=serp>. Acesso em: 10 maio 2020.

BRASIL. Tribunal de Justiça de São Paulo. *Apelação Cível n. 1000952-69.2019.8.26.0236*. Apelante: Telefônica Brasil S.A. Apelado: Silvio Luiz Titato. Relator: Henrique Rodruigero Clavisio. Data de Julgamento: 14.10.2019. Data de Publicação: 14 out. 2019. Disponível em: <https://tj-sp.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/768681446/apelacao-civel-ac-10009526920198260236-sp-1000952-6920198260236?ref=serp>. Acesso em: 10 maio 2020.

BRASIL. Tribunal de Justiça de São Paulo. *Processo cível n. 0028150-61.2018.8.26.0001*. Parte Autora: Regiane Ramos Baptista. Parte Ré: Tim Brasil S.A. Relator: Pedro Rebello Bortolini. São Paulo. Data do Julgamento: 13.3.2018. Data de Publicação: 13 dez. 2018. Disponível em: <https://www.jusbrasil.com.br/diarios/222221249/djsp-judicial-1a-instancia-capital-17-12-2018-pg-2073?ref=serp>. Acesso em: 10 maio 2020.

CANESSO, Natacha Stefanini. *Publicidade na internet: um estudo dos formatos de anúncios on-line*. 2004. Trabalho apresentado no XXVII Congresso Brasileiro de Ciências da Comunicação.

CARVALHO, Nelly. O batistério publicitário. *Alfa: Revista de Linguística*, São Paulo, v. 42, edição especial, 1998.

DIAS, Lucia Ancona Lopez de Magalhães. *Crerios para avaliaão da ilicitude na publicidade*. 2010. Tese (Doutorado em Direito Civil) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2010.

EHRENBERG, Karla Caldas. O processo comunicacional móvel brasileiro sob o ponto de vista dos profissionais de publicidade. In: CONGRESSO BRASILEIRO DE CIÊNCIAS DA COMUNICAÇÃO, 35, Fortaleza. *Anais [...]*. São Paulo: Sociedade Brasileira de Estudos Interdisciplinares da Comunicação (Intercom), 2012.

EL-AMME, Michel Leite. *Mobile marketing – marketing de mobilidade*. 2010. Monografia (Especialização em Marketing) – Instituto A Vez do Mestre, Universidade Candido Mendes, Rio de Janeiro, 2010. Disponível em: http://www.avm.edu.br/docpdf/monografias_publicadas/k213420.pdf. Acesso em: 14 out. 2019.

FINKELSTEIN, Maria Eugênia Reis; SACCO NETO, Fernando. *Manual de direito do consumidor*. Rio de Janeiro: Elsevier Brasil, 2010.

GOMES, Neusa Demartini. Publicidade ou propaganda? É isso aí! *Revista Famecos*, Porto Alegre, v. 8, n. 16, p. 111-121, 2001.

GOÑÇALVES, Carlos Roberto. *Direito civil brasileiro: contratos e atos unilaterais*. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 2017. v. 3.

GOÑÇALVES, João Bosco Pastor. Princípios gerais da publicidade no Código de Proteção e Defesa do Consumidor. 2002. *Jus Navigandi*, Teresina, 2002. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/3181/principios-gerais-da-publicidade-no-codigo-de-protecao-e-defesa-do-consumidor>. Acesso em: 16 out. 2019.

MARTINS, Guilherme Magalhães. *Contratos eletrônicos de consumo*. São Paulo: Atlas, 2016.

MIRAGEM, Bruno. *Curso de direito do consumidor*. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

ROQUE, Nathaly Campitelli. A prestação de serviços e o Código de Defesa do Consumidor: os cuidados que devem ser tomados pelo fornecedor. *Olimpia-SP, Scientia FAER*, v. 2, n. 2, p. 104, 2010.

RETONDAR, Anderson Moebus. A (re) construção do indivíduo: a sociedade de consumo como “contexto social” de produção de subjetividades. *Sociedade e Estado*, Brasília, v. 23, n. 1, p. 137-160, jan./abr. 2008. Disponível em: <http://www.scielo.br/pdf/se/v23n1/a06v23n1.pdf>. Acesso em: 1º out. 2019.

TAVARES JUNIOR, Frederico Augusto. Publicidade e consumo: a perspectiva discursiva. *Revista Comum*, Rio de Janeiro, v. 11, n. 26, p. 117-144, 2006.

Multiculturalismo e cooperação internacional: a desglobalização de povos e comunidades tradicionais para o aperfeiçoamento da Agenda 2030

Natália Angélica Chaves Cardoso

Servidora do Ministério Público da União. Pós-graduada em Justiça Social, Criminalidade e Direitos Humanos pelo Instituto Latino-Americano das Nações Unidas para Prevenção do Delito e Tratamento do Delincente (ILANUD) e em Sistema de Justiça Criminal pela Escola Superior do Ministério Público da União (ESMPU).

Resumo: Pretende-se realizar uma projeção do papel da Organização das Nações Unidas (ONU) na divulgação e monitoramento dos Objetivos de Desenvolvimento Sustentável (ODS –Agenda 2030), destacando a necessidade de aprimoramento desses objetivos em relação aos Povos e Comunidades Tradicionais (PCT), os quais vivem sob um código normativo diverso do mundo ocidental. Para tanto, compreende-se a desglobalização como faculdade de integração seletiva dos PCT que pode beneficiar-se da cooperação internacional para atingimento de seus fins, de modo que o aperfeiçoamento dos ODS auxiliaria na implementação de políticas públicas mais efetivas, segundo medidores mais realistas que facilitariam a aprovação de projetos internacionais voltados àquele público-alvo. Sob a ótica de uma cultura de auxílio orientada a resultados, apresentam-se os impactos da conjuntura político-econômica interna e do processo de tomada de decisões no fomento ou desestímulo à implementação e sustentação de projetos.

Palavras-chave: Cooperação internacional. Agenda 2030. Comunidades tradicionais.

Abstract: It is intended to project the role of the United Nations (UN) in the dissemination and monitoring of the Sustainable Development Goals (Agenda 2030), highlighting the need to improve these goals in relation to Traditional Communities and

Peoples (TCP), which live under a different normative code from the western world. To this end, it is understood that deglobalization is a faculty of selective integration of the TCP that can benefit from international cooperation to achieve its goals. The improvement of the SDGs would assist in the implementation of more effective public policies, according to more realistic metrics that would facilitate the approval of international projects aimed at that target audience. From the perspective of a results-oriented aid culture, we present the impacts of the internal political-economic conjuncture and the decision-making process in fostering or discouraging project implementation and support.

Keywords: International cooperation. Agenda 2030. Traditional communities.

Sumário: 1 Introdução. 2 A ONU e a Agenda 2030. 2.1 Dos povos e comunidades tradicionais. 2.2 Multiculturalismo e diversidade. 2.3 Bens públicos globais e a solidarização de riscos. 3 Transconstitucionalismo. 3.1 Cooperação internacional. 3.2 Desglobalização cultural. 4 Aperfeiçoamento da Agenda 2030. 4.1 Gerenciamento social e senso comum. 5 Conclusão.

1 Introdução

O presente artigo se propõe a situar a atuação da Organização das Nações Unidas (ONU) como instituição auxiliar dos Estados Nacionais soberanos, entre eles o Brasil, no atingimento de metas universalistas sistêmicas de sustentabilidade, ponderando-se, e neste ponto reside seu aspecto inaugural, pela necessidade de revisão dos divulgados Objetivos de Desenvolvimento Sustentável (ODS) para melhor apropriação de seus benefícios estruturantes em favor das comunidades e povos tradicionais.

A temática surgiu de dificuldades concretas enfrentadas durante atividade de suporte aos esforços conduzidos no âmbito do Ministério Público Federal, em parceria com representantes da sociedade civil organizada, do Projeto Nova Cartografia Social¹ e do poder público federal, para elaboração de uma plataforma *online*

1 Disponível em: <http://novacartografiasocial.com.br>.

que reunisse bases de dados georreferenciados acerca dos povos e comunidades tradicionais e que consolidasse informações especializadas e (ou) autoidentificadas desses grupos minoritários.

O cenário de parcimônia impulsionou a instituição a recorrer a fontes alternativas de financiamento no afã de conduzir a implementação da idealizada Plataforma de Territórios Tradicionais, o que, por sua vez, representou o fortalecimento de vínculos de cooperação internacional por intermédio de fundações estrangeiras com atividade registrada na Agência Brasileira de Cooperação (ABC) e outras organizações internacionais que interligam ciência e universidades com parceiros da Administração Pública para investimentos na área de desenvolvimento sustentável, em concordância com as diretrizes internacionais da ONU.

A partir de uma proposta de negociação mais célere conduzida por aqueles que Lipsky categoriza como *Street-Level Burocrats*,² verificou-se a distinta realidade de interações entre a burocracia institucional brasileira, essencialmente verticalizada em seu processo de tomada de decisões, e o *modus operandi* de agências internacionais, que primam pela eficiência e celeridade em torno dos projetos e, sobretudo, ambicionam, como requisito à aprovação de financiamentos, identificar a simetria e a coerência de novas empreitadas ao vernáculo internacional dirigido ao atingimento dos Objetivos de Desenvolvimento Sustentável (ODS) previstos na Agenda 2030.

Ocorre que, ao avaliar a métrica imposta, por exemplo, para aferir o objetivo de erradicar a pobreza extrema para todas as pes-

2 “A *Street-level bureaucrat* is defined as a public employee whose work is characterized by the following three conditions: 1. He is called upon to interact constantly with citizens in the regular course of his job; 2. Although he works within a bureaucratic structure, his independence on the job is fairly extensive. One component of this independence is discretion in making decisions; but independence in job performance is not limited to discretion. The attitude and general approach of a *Street-level Bureaucrat* toward his client may affect his client significantly. These considerations are broader than the term *discretion* suggests; 3. The potential impact on citizens with whom he deals is fairly extensive.” (LIPSKY, Michael. *Toward a theory of street-level bureaucracy*. Institute for Research on Poverty. The University of Wisconsin, Madison, Wisconsin, 1969, p. 2. Disponível em: <https://www.irp.wisc.edu/publications/dps/pdfs/dp4869.pdf>. Acesso em: 10 jul. 2019).

soas em todos os lugares, atualmente medida como pessoas vivendo com menos de US\$ 1,25 por dia, verificou-se que essa lógica não parece ser a mais adequada para alguns grupos, como os indígenas extrativistas que não se utilizam da moeda corrente em seu dia a dia, tampouco sendo razoável pretender-se assegurar o acesso à saúde e ao bem-estar sem a necessária compreensão do sentido polissêmico que tais objetivos alcançam dentro da diversidade cultural.

Assim, a partir da noção de multiculturalismo, buscar-se-á destacar a ignorância da diferença evidenciada em propostas regulatórias universalistas e a má utilização do senso comum como balizador de políticas públicas destinadas aos povos e comunidades tradicionais, ponderando-se pela relevância de compartimentações destinadas a assegurar a sobrevivência multicultural.

2 A ONU e a Agenda 2030

A política internacional de segurança humana, surgida, sobretudo, após a Segunda Guerra Mundial, estimulou a mobilização global em torno de avanços que culminaram no aprimoramento de alianças e parcerias entre os Estados Nacionais e na sobreposição de regramentos internacionais de cunho protetivo e regulatório, voltando sua atenção para o ideário de sustentabilidade e para a tutela de bens reconhecidos como públicos globais.

Tais avanços impulsionaram a criação de supraestruturas a partir do reconhecimento de que as relações globalizadas não seriam mediadas apenas através da expressão da vontade unitária dos Estados Nacionais em sua acepção ordinária, mas por intermédio da combinação de vontades em redes de mútua interdependência.

Nesse contexto, a Organização das Nações Unidas hoje congrega quase todos os Estados Nacionais do mundo (193 países-membros), em uma estrutura complexa que objetiva, entre outras atribuições, a promoção da segurança humana, a defesa de bens públicos globais e o desenvolvimento econômico por intermédio de mecanismos de auxílio, cooperação e financiamento estabelecidos na chamada “Agenda 2030”.

O Plano de Ação da ONU hoje contempla dezessete objetivos de desenvolvimento sustentável, 169 metas e 232 indicadores globais que passaram por fase de definição em 2016, sob o compromisso de não deixar ninguém para trás (*No one left behind*), conforme seguinte trecho de sua declaração:

3. [...] Resolvemos também criar condições para um crescimento sustentável, inclusivo e economicamente sustentado, prosperidade compartilhada e trabalho decente para todos, *tendo em conta os diferentes níveis de desenvolvimento e capacidades nacionais*.

4. Ao embarcarmos nesta grande jornada coletiva, *comprometemo-nos que ninguém será deixado para trás*. Reconhecendo a dignidade da pessoa humana como fundamental, queremos ver os Objetivos e metas cumpridos *para todas as nações e povos e para todos os segmentos da sociedade*. *E faremos o possível para alcançar, em primeiro lugar, aqueles que ficaram mais para trás*. (Grifo nosso).

Ao menos em termos propositivos, o documento consolida o anseio de levar em conta os diferentes níveis de desenvolvimento, inclusive culturais, e assume o compromisso de fazer o possível para alcançar, em primeiro lugar, aqueles que ficaram mais para trás, o que, a nosso ver, colocaria o grupo de povos e comunidades tradicionais no topo da lista de alcançáveis.

2.1 Dos povos e comunidades tradicionais

Acerca da expressão “povos e comunidade tradicionais”, trata-se de designação constante no Decreto n. 6.040/2007, que instituiu a Política Nacional de Desenvolvimento Sustentável dos Povos e Comunidades Tradicionais (PNPCT), cujo objeto de proteção são os grupos culturalmente diferenciados que possuem formas próprias de organização social e que ocupam e usam territórios e recursos naturais como condição para sua reprodução cultural, social, religiosa, ancestral e econômica, utilizando conhecimentos, inovações e práticas gerados e transmitidos por tradição (art. 3º, inciso I).

No cenário mundial, as Convenções n. 107/1957 e n. 169/1989 da Organização Internacional do Trabalho (OIT) sobre povos indí-

genas e tribais foram precursoras de políticas públicas voltadas para tais grupos minoritários, reconhecendo as aspirações desses povos em assumir o controle de suas próprias instituições, formas de vida e de seu desenvolvimento econômico, e de manter e fortalecer suas identidades, línguas e religiões no âmbito dos Estados onde moram.

No Brasil, esse público passou a integrar a agenda do governo federal de maneira mais ostensiva em 2007, por meio do Decreto n. 6.040,³ sendo posteriormente incorporada ao direito interno a Convenção sobre a Proteção e Promoção da Diversidade das Expressões Culturais, assinada em Paris em 20 de outubro de 2005, mediante o Decreto n. 6.177,⁴ de 1º de agosto de 2007.

Naquela ocasião, durante a 33ª Reunião da Conferência Geral da Organização das Nações Unidas para a Educação, a Ciência e a Cultura, foi reconhecida, entre outros aspectos,

a importância dos conhecimentos tradicionais como fonte de riqueza material e imaterial, e, em particular, dos sistemas de conhecimento das populações indígenas, e sua contribuição positiva para o desenvolvimento sustentável [...].⁵

Segundo dados do Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento (PNUD), as Comunidades Tradicionais constituem aproximadamente cinco milhões de brasileiros⁶ e ocupam ¼ do território nacional. No mundo, existem no total cerca de 370 milhões

3 Art. 3º, inciso I, do Decreto n. 6.040, de 7 de fevereiro de 2007. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2007/decreto/d6040.htm. Acesso em: 5 set. 2019.

4 Decreto n. 6.177, de 1º de agosto de 2007. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2007/decreto/d6177.htm. Acesso em: 5 set. 2019.

5 Convenção sobre a Proteção e Promoção da Diversidade das Expressões Culturais. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2007/decreto/d6177.htm. Acesso em: 5 set. 2019.

6 Entre os povos e comunidades tradicionais do Brasil, estão quilombolas, ciganos, matriz africana, seringueiros, castanheiros, quebradeiras de coco-de-babaçu, comunidades de fundo de pasto, faxinalenses, pescadores artesanais, marisqueiras, ribeirinhos, varjeiros, caiçaras, praieiros, sertanejos, jangadeiros, açorianos, campeiros, varzanteiros, pantaneiros, catingueiros etc.

de povos e comunidades tradicionais pertencentes a cerca de 5.000 diferentes grupos espalhados em cerca de noventa países, tais como os Inuit, no Ártico; os White Mountain Apache, no Arizona; os Maasai, no leste da África; e o povo Bontoc da região montanhosa das Filipinas.⁷

Por seus processos históricos e condições específicas de pobreza e desigualdade, acabaram vivendo em isolamento geográfico e (ou) cultural, tendo pouco acesso às políticas públicas de cunho universal, o que lhes colocou em situação de maior vulnerabilidade socioeconômica, além de serem alvos de discriminação racial, étnica e religiosa.⁸

2.2 Multiculturalismo e diversidade

No refinamento da perspectiva dialógica e na pretensão de fortalecimento de uma agenda comum dos povos sob o prisma da dignidade humana, o termo *multiculturalismo*, ou ainda *interculturalismo*, exprime, de maneira simples e didática, o reconhecimento de que uma sociedade é composta por múltiplas culturas.

Muito embora o dinamismo dos choques, relações e conflitos advindos de suas interações pareça ser mais bem refletido no segundo termo, para o presente escopo adotar-se-ão ambos como sinônimos, com foco no questionamento da construção dos preconceitos e das diferenças, sob a perspectiva intercultural crítica,⁹

7 Disponível em: <https://www.culturalsurvival.org/issues>. Acesso em: 17 jul. 2019.

8 PARANÁ. Secretaria da Justiça, Trabalho e Direitos Humanos. Departamento de Direitos Humanos e Cidadania (DEDIHC) *Povos e comunidades tradicionais*. Disponível em: <http://www.dedihc.pr.gov.br/modules/conteudo/conteudo.php?conteudo=156>. Acesso em: 13 ago. 2019.

9 Opõe-se ao multiculturalismo folclórico ou liberal – valorizador da pluralidade cultural, porém reduzindo as estratégias de trabalho a aspectos exóticos, folclóricos e pontuais, como receitas típicas, festas, dias especiais –, geralmente acusado de se omitir com relação às desigualdades. (CANEN, Ana. O multiculturalismo e seus dilemas: implicações na educação. Dossiê Educação e Desenvolvimento. *Revista Comunicação & Política*, Rio de Janeiro, v. 25, n. 2, p. 93, jan. 2007. Disponível em: https://www.researchgate.net/profile/Ana_Canen/publication/237591283_O_multiculturalismo_e_seus_dilemas_implicacoes_na_educacao/links/54e7787e0cf277664ffab005.pdf. Acesso em: 10 set. 2019).

uma vez que a ideia do multiculturalismo extravasa a mera constatação da pluralidade para aferir também critérios de desigualdade.

Nesse sentido, o multiculturalismo crítico busca articular as visões folclóricas – que fazem uso de mecanismos superficiais de reconhecimento (como a instituição do “dia do índio”) – a discussões sobre as relações desiguais de poder entre as culturas diversas, questionando a construção histórica dos preconceitos, das discriminações, da hierarquização cultural e buscando identificar, na própria linguagem e na construção dos discursos, as formas como as diferenças são construídas.¹⁰

No presente contexto, o ideal de profusão cultural e de multifário reconhecimento serve de alerta quanto à realidade de sociedades arcaicas (diferenciadas sectariamente)¹¹ e aos riscos de uma velada tolerância fraca, dirigida a povos e comunidades tradicionais, que se amolda aos parâmetros anunciados por Roger-Pol Droit em formas de indulgência e de condescendência, na qual a presença do outro implica, quando muito, “uma autorização provisória, temporária, que depende unicamente de nossa boa vontade. Poderíamos decidir suspendê-la”.¹²

Isso porque o sistema de direitos em plano nacional e internacional parece alijar-se de demandas para a proteção de formas culturais de vida e de identidades coletivas, o que parece afetar, de maneira geral, o modo como ocorre o enfrentamento do problema de assegurar direitos e reconhecimento iguais para distintos grupos definidos culturalmente.

O não reconhecimento ou reconhecimento incorreto podem configurar legítima forma de agressão, de amplos impactos negativos, já que possuem o condão de reduzir o grupo ou a pessoa a

10 CANEN, 2007, p. 93.

11 NEVES, Marcelo. *Transconstitucionalismo*. São Paulo: Martins Fontes, 2012. p. 8.

12 DROIT, Roger-Pol. *Tolerância: o que é? Por que é importante? É possível nos dias de hoje? Como educar para a tolerância*. São Paulo: Contexto, 2014. p. 23.

uma maneira de ser falsa, distorcida e que a restringe, fato que deve ser ponderado quando estão em jogo propósitos de universalização do pressuposto lógico da política da dignidade e o ideário de não deixar ninguém para trás.

Somente quando se permite a expressão de processos de distribuição de poder, papéis e posições sociais é que surgem verdadeiras identidades étnicas. Na via oposta, quando suprimida ou abafada essa expressão, a ausência de discussões étnico-políticas pode vir a “entusiasmar batalhas culturais nas quais as minorias desrespeitadas voltam-se contra uma maioria cultural insensível”.¹³

2.3 Bens públicos globais e a solidarização de riscos

Tecidas breves considerações sobre o multiculturalismo e feita a caracterização dos povos e comunidades tradicionais, faz-se necessário atrelar tais noções ao ideário de sustentabilidade e à tutela de bens reconhecidos como públicos globais, como a paz mundial, os quais, por suas características específicas, passaram a ser alvo de tutela, em maior ou menor escala, pelos países.

A análise do que venham a ser bens públicos globais pressupõe uma compreensão dos valores econômicos incorporados no ideal de sustentabilidade que remetem à utilização e ao desfrute de recursos, isso porque bens, em seu conceito econômico, consistem em “tudo o que tem utilidade, podendo satisfazer uma necessidade ou suprir uma carência”.¹⁴ Os bens, materiais ou imateriais, estão invariavelmente sujeitos à famosa lei da escassez, que preconiza sua finitude perante as mais diversas necessidades humanas.

13 PINTO, Paulo Gabriel Hilu da Rocha. Grupos étnicos e etnicidade. In: LIMA, Antônio Carlos de Souza (coord.). *Antropologia e direito: temas antropológicos para estudos jurídicos*. Rio de Janeiro/Brasília: LACED/Associação Brasileira de Antropologia (ABA), 2012. p. 72.

14 SANDRONI, Paulo (org. e superv.). *Novíssimo dicionário de economia*. São Paulo: Best Seller, 1999. Disponível em: <http://sinus.org.br/2014/wp-content/uploads/2013/11/FMI.BMNov%C3%ADssimo-Dicion%C3%A1rio-de-Economia.pdf>. Acesso em: 18 ago. 2019.

Necessidade humana, por sua vez, é definida como “qualquer manifestação de desejo que envolva a escolha de um bem capaz de contribuir para a sobrevivência ou realização social do indivíduo”,¹⁵ conceito escolhido por sua aptidão em revelar que, muitas vezes, a busca por bens visa o atingimento da dimensão social do homem em seu meio, e não a mera satisfação biológica, traduzindo a relativização de necessidades e desejos em determinado tempo e local.

Bastando por ora compreender que essas necessidades se renovam de contínuo diante da perspectiva que se abre a todos os povos de aumentarem sempre o seu padrão de vida, a definição de bens públicos globais – que considera a instituição de *standards* a serem compartilhados no mundo – prima pela busca de bens cujos benefícios transcendam fronteiras, gerações e grupos populacionais,¹⁶ devendo tais bens ser geridos para atender, sem exclusividade, a esta e às demais gerações.

O bem é considerado público ou privado¹⁷ segundo critérios de rivalidade e exclusão.¹⁸ As qualidades principais do bem público ideal ou puro consistem na não rivalidade no consumo e na não exclusão,¹⁹ o que quer dizer que todos podem dele usufruir sem impactar a mesma disponibilidade do bem pelo outro. Em outras palavras, “se ninguém pode ser barrado de consumi-lo, então é não

15 SILVA, Hamilton. *Economia e lei da escassez*. 31 out. 2012. Disponível em: <http://www.hamiltonsilva.com.br/2012/10/economia-e-lei-da-escassez.html>. Acesso em: 18 ago. 2019.

16 KAUL, Inge; GRUNBERG, Isabelle; STERN, Marc A. *Bens públicos globais: cooperação internacional no século XXI*. Rio de Janeiro/São Paulo: Record, 2012. p. 21.

17 SAMUELSON, P. A. The pure theory of public expenditure. *The Review of Economics and Statistics*. Cambridge, v. 36, n. 4, p. 387-389, nov. 1954. Disponível em: https://www.ses.unam.mx/docencia/2007II/Lecturas/Mod3_Samuelson.pdf. Acesso em: 18 ago. 2019.

18 KAUL; GRUNBERG; STERN, 2012.

19 KAUL; GRUNBERG; STERN, 2012.

exclusivo. Se pode ser consumido por muitos sem esgotar-se, então é não rival em consumo”.²⁰

Por via de regra, o termo “bem público” é reservado aos bens e atividades com utilidade positiva (externalidades positivas), utilizando-se a expressão “mal público” para o caso de inconveniências envolvidas. A noção de externalidade positiva é visível pelo exemplo da educação, considerada um dos bens públicos globais de maior relevância:

[...] tomemos a educação, que beneficia a pessoa sendo instruída. Para calcularmos os seus benefícios, consideramos a renda ganha pela pessoa durante toda a sua vida, tendo recebido instrução, e dela subtraímos o que ganharia sem instrução. Mas essa cifra não retrata toda a história. E quanto aos inúmeros padrões que essa pessoa terá durante a sua vida, e às economias feitas por estes porque não precisaram fornecer-lhe treinamento? E os benefícios que a alfabetização traz a todas as empresas que dependem da palavra escrita para serem anunciadas? E os benefícios àqueles que emitem alertas públicos, utilizam cartazes ou buscam implementar leis? Se puséssemos uma cifra em todos esses benefícios, diminuiria a quantia acumulada apenas pela pessoa recebedora da instrução. Essa diferença entre os benefícios públicos e os privados é denominada externalidade. E por causa de sua substantiva externalidade a educação é um bem público.

Por outro lado, hoje, com maior intensidade, é visível a solidarização dos riscos a nível global, em que externalidades negativas, sobretudo de natureza ambiental, são cada vez mais assumidas por pessoas em outros países que pouco ou nada colaboraram para o desequilíbrio ora experimentado²¹ (a título de exemplo, as mudanças climáticas decorrentes de emissões de CO₂).

20 KAUL; GRUNBERG; STERN, 2012, p. 20.

21 Esse risco global ou “mal público” traduz-se em danos extensos, no espaço e no tempo, que não se detêm nas fronteiras entre Estados. Um exemplo marcante dessa solidarização é enunciada pela então Presidenta da Irlanda, Mary Robinson, no vídeo *Why climate change is a threat to human rights*, que narra o programa do então presidente Anote Tong, do Kiribati, país insular no Pacífico Central, denominado *Migration with Dignity*, consistente na aquisição de terras em Fiji para escapar do prenúncio de inundação de suas terras em decorrência do aquecimento global. (Disponível em:

Questões que tradicionalmente haviam sido apenas nacionais, atualmente se situam além do alcance de uma só nação,²² para exigir atuação coordenada no cenário internacional, tornando o tema da cooperação bastante atual por incorporar as demandas de um agir concorrente que atue em diferentes frentes de ação para obter resultados efetivos, em especial, para a salvaguarda da diversidade cultural – considerada bem público global –, como legítimo recurso para o desenvolvimento, para o diálogo, para a reconciliação e resiliência.

3 Transconstitucionalismo

Diante da solidarização de riscos e dos próprios avanços sócio–tecnológico–econômicos, a nova matriz teórica dos direitos humanos, em perspectiva cosmopolitivist, parece se distanciar dos tradicionais elementos constitutivos do Estado – poder organizado num determinado território, por certo povo –, para se identificar cada vez mais com o ideal de uma organização humana supranacional que rompe, ainda que parcialmente, com o tradicional modelo do Estado Constitucional, naquilo que hoje é cunhado como transconstitucionalismo.

Essa mudança, mesmo sem pretender a ruptura absoluta com o modelo de organização jurídica preexistente, evidencia a insuficiência do Estado diante de riscos produzidos pelo processo de desenvolvimento e a necessidade de superação da lógica dos limites territoriais, em possível crise da clássica tríade dos elementos constitutivos dos Estados Nacionais:

O estabelecimento do Estado moderno só foi possível mediante uma organização burocrática que implicou em: (a) monopólio do sistema monetário, (b) monopólio do sistema fiscal, (c) monopólio da realização da justiça e (d) formação de um exército nacional. Todavia, na atualidade, essas características não poderão ser lidas

https://www.ted.com/talks/mary_robinson_why_climate_change_is_a_threat_to_human_rights. Acesso em: 19 ago. 2019).

22 KAUL; GRUNBERG; STERN, 2012, p. 21.

sem as seguintes considerações: (i) atualmente o mercado é globalizado e o sistema monetário e fiscal encontra-se profundamente correlacionado, se implicando mutuamente, isto é, há uma interdependência entre as economias mundiais e qualquer oscilação de uma delas é capaz de atingir e derrubar as outras, (ii) o monopólio estatal da justiça cada vez mais dá lugar a uma Justiça internacionalizada, isto é, o sistema jurisdicional do Estado coexiste com um sistema jurisdicional acima do Estado, e (iii) a força dos exércitos nacionais fica comprometida diante do surgimento de forças paralelas ao Estado como as organizações criminosas internacionais.²³

Ao reconhecer a multiplicidade e a coexistência de diversos sistemas jurisdicionais da atual “sociedade moderna multicêntrica”,²⁴ o transconstitucionalismo se prestaria, segundo doutrina de Marcelo Neves, a “delinear as formas de relação entre ordens jurídicas diversas e a interpenetração entre elas”,²⁵ conforme registrado abaixo:

Essa diferenciação entre ordens não se limita, porém, à diferenciação segmentária entre ordens jurídicas estatais com âmbitos territoriais de validade delimitados. Além disso, há não só uma diferenciação de “níveis” entre ordem jurídica estatal, supranacional e internacional, mas também a diferenciação funcional de ordens jurídicas transnacionais, desvinculadas, por sua transterritorialidade, do direito estatal. [...] O novo, nos entrelaçamentos entre uma pluralidade de ordens jurídicas na sociedade mundial do presente, é a sua relativa independência das formas de intermediação polí-

23 ARANTES, Bruno Camilloto. Sociedade de risco e Estado: uma releitura dos elementos tradicionais da Teoria do Estado. In: ANCONA, Teresa *et al.* (coord.). *Sociedade de risco e direito privado: desafios normativos, consumeristas e ambientais*. São Paulo: Atlas, 2013. p. 737.

24 “A sociedade moderna multicêntrica, formada de uma pluralidade de esferas de comunicação com pretensão de autonomia e conflitantes entre si, estaria condenada à própria autodestruição, caso não desenvolvesse mecanismos que possibilitassem vínculos construtivos de aprendizado e influência recíproca entre as diversas esferas sociais. Mas não são suficientes meios que possibilitem relações pontuais e momentâneas no plano das operações do sistema, os chamados ‘acoplamentos operativos’. É imprescindível que haja vínculos estruturais que possibilitem as interinfluências entre diversos âmbitos autônomos de comunicação.” (NEVES, 2012, p. 34-35).

25 NEVES, 2012, p. 116-117.

tica 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. [...] Nesse sentido fala-se de “conversação” ou “diálogo” [...] que constitui, a rigor, comunicações transversais perpassando fronteiras entre ordens jurídicas, o que não deve levar a uma ideia de cooperação permanente entre ordens jurídicas, pois são frequentes os conflitos entre perspectivas judiciais diversas.

Com efeito, na leitura de Günther Teubner: “Cada vez mais, regimes privados globais estabelecem direito material sem o Estado, sem uma legislação nacional ou sem tratados internacionais, [...] e a formação do direito acontece ‘deixando o Estado de lado’”,²⁶ assim como questões internas passam a ser cada vez mais dependentes das questões de conjuntura internacional, naquilo que Slaughter define como “*comitas de nações*”, a significar o respeito devido às leis e aos atos de outras nações em virtude da pertinência comum (*commom membership*) ao sistema internacional, presumindo “reconhecimento, que é algo mais do que cortesia, mas menos do que obrigação”.²⁷

A nova forma de organização com viés transconstitucional reflete o *deficit* de legitimação que se aprofunda dentro dos foros decisórios dos Estados nacionais, a ponto de se tornarem passíveis de interesses voláteis do capital internacional,²⁸ registrando-se que “o Estado nacional não pode recuperar a sua antiga força mediante uma simples política de fechamento sobre si mesmo”,²⁹ uma vez que o

26 TEUBNER, Gunther. *Direito, sistema e policontextualidade*. São Paulo: Unimep, 2005. p. 109.

27 SLAUGHTER, 2004, p. 87; 2003, p. 206 *apud* NEVES, 2012, p. 114.

28 “Um capital que está atrás de novas possibilidades de investimento e de lucros especulativos não se submete à obrigação de se fixar numa nação, transitando livremente para cá e para lá. Por isso, sempre que um governo, tendo em vista o jogo da demanda, os padrões sociais ou a garantia de emprego, sobrecarregar demais a praça ou sede nacional, o capital pode ameaçá-lo utilizando-se de suas opções de saída” (HABERMAS, Jürgen. *Era das transições*. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003. p. 106-109).

29 BITTAR, Eduardo C. B. Crise econômica, desglobalização e direitos humanos: os desafios da cidadania cosmopolita na perspectiva da teoria do discurso. *Revista*

incremento das relações transterritoriais com implicações normativas fundamentais levou à necessidade de abertura do constitucionalismo para além do Estado,³⁰ nesse ponto merecendo atenção o leque de oportunidades que se abre mediante a cooperação internacional.

3.1 Cooperação internacional

Cooperação internacional consiste no auxílio recíproco entre dois ou mais Estados-Nação ou Organizações Internacionais com o objetivo de atingimento de finalidades partilhadas, sejam elas econômicas, humanitárias ou de estratégia, cujo diálogo político-jurídico pode vir a ser ampliado e aperfeiçoado mediante a fixação de regras de comum aceitação entre as autoridades e partícipes envolvidos.

Os benefícios da cooperação se traduzem na possibilidade de desenvolvimento de projetos mediante compartilhamento informacional, suporte técnico, político e financeiro que tornam possível o avanço dos partícipes. Hoje, a própria legitimação de novos Estados soberanos realiza-se no contexto das Organizações Internacionais, tanto assim que “o ritual de inserção de um novo país na comunidade internacional tem como foco sua incorporação à ONU”,³¹ uma vez que o aparato burocrático delas pode proporcionar meios de solução de conflitos, negociação de tratados e diferentes formas de auxílio e de assistência.

De igual forma, a consolidação da economia digital vem transformando as relações econômicas e relativizando fronteiras mediante a digitalização de processos produtivos, trazendo um conjunto de mudanças passíveis de avaliação dos potenciais ganhos e riscos

Mestrado em Direito, Osasco, ano 12, n. 1, p. 259–293, 2012. Disponível em: https://edisciplinas.usp.br/pluginfile.php/3807896/mod_resource/content/1/desglobaliza%C3%A7%C3%A3o%20-%20Bittar.pdf. Acesso em: 23 set. 2019.

³⁰ NEVES, 2012, p. 120.

³¹ HERTZ, Mônica; HOFFMAN, Andrea R. *Organizações internacionais: história e práticas*. 10. ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004. p. 15. Disponível em: <https://edisciplinas.usp.br/mod/resource/view.php?id=915117>. Acesso em: 20 ago. 2019.

associados por parte dos países, colocando em destaque o papel da cooperação internacional no cenário mundial, sobretudo diante da participação de outros *global players*, conforme adverte Habermas:³²

[...] o que há de novo em tudo isto é que não somente os Estados participam da arena internacional, pois ela deve ser compartilhada com outros *global players*, entre os quais se encontram corporações multinacionais, organizações não-governamentais, que buscam produzir decisões pela sua capacidade de produção de interferência sobre decisões internacionais ou por meio do dinheiro ou por meio do convencimento. O fato é que o Estado não estará sozinho na empreitada da formação de uma arena cosmopolita para a constituição, orientada pragmaticamente, de uma sociedade capaz de criar seus próprios critérios de justiça cosmopolita, que necessariamente deverá observar cuidados ético-discursivos no modo de produção de seus contornos institucionais e axiológicos.

Diante da diversidade de atores e do incremento das relações de cooperação internacional, temas como a crise da soberania nacional e a emergência do transconstitucionalismo passam a merecer atenção, sobretudo quando se referem aos esforços para o desenvolvimento de uma cultura de diálogo entre os povos e de entendimento sobre necessidades globais comuns.

3.2 Desglobalização cultural

De toda a forma, se a globalização que justifica o agir transconstitucional foi e ainda é a legítima expressão do aperfeiçoamento das relações entre Estados, ela está ainda bem longe de significar a integração mundial das sociedades humanas e dos grupos nacionais, como se toda a população do mundo fizesse parte do povo de um único Estado”.³³

Assim, a desglobalização, no presente contexto, deve ser compreendida como um processo crítico da atual forma de aproximação vigente, com destaque para a desordem social provocada

32 HABERMAS, Jürgen. *O Ocidente dividido*. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2006. p. 183-184.

33 DALLARI, Dalmo de Abreu. *O futuro do Estado*. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 156.

pelo desatendimento dos direitos sociais e as pressões advindas da necessidade de adaptação a uma agenda internacional inconscientemente niveladora, que tem dado causa a uma atmosfera social global altamente problemática.

A desglobalização estaria a refletir, portanto, um esforço crítico acerca das contradições profundas, conflitos permanentes e tensões contínuas do processo globalizatório atual em toda a sua complexidade socioeconômica, política e cultural, que está muito longe de ser caracterizado por confluências, sincronias e acomodações consensualmente aceitas.³⁴

Os efeitos do processo de internacionalização repercutem negativamente sobre os povos e comunidades tradicionais por intermédio de ameaças às tradições, aos arranjos locais, à territorialidade dos direitos, e às culturas estabelecidas. Entre outros sintomas, a reificação da natureza revela um sintomático estágio da civilização que caminha a passos largos em direção a insuportáveis e alarmantes desgastes naturais que são fruto do predomínio da razão instrumental a insculpir, sobre o mundo, a feição da barbárie utilitária.³⁵

Neste ponto, torna-se vital a consideração de instrumentos que valorizem o humano e deem campo para a participação democratizante das decisões que importam num destino comum a toda a humanidade, na perspectiva de um diálogo intensificado e conscientizador,³⁶

34 FARIA, José Eduardo. *O direito na economia globalizada*. São Paulo: Malheiros, 2004. p. 94.

35 É com grande extensão que Honneth emprega o sentido do termo reificação, partindo da análise de Lukács, mas caminhando em direção à consideração da reificação de si, da natureza e do outro, como denota este trecho: “[...] *percibimos a los animales, las plantas o las cosas sólo identificándolos como cosas, sin tener presente que poseen una multiplicidad de significados existenciales para las personas que nos rodean y para nosotros mismos*” (HONNETH, Axel. *Reificación: un estudio en la teoría del reconocimiento*. Buenos Aires: Katz, 2007. p. 104).

36 Destaque-se que, neste contexto, o tema dos direitos humanos ganha força como processo de humanização, como se pode ler nos estudos de José Augusto Lindgren Alves (Cidadania, direitos humanos e globalização. In: PIOVESAN, Flávia (coord.). *Direitos humanos, globalização econômica e integração regional: desafios do direito constitucional internacional*. São Paulo: Max Limonad, 2003. p. 77-96).

em que os povos e as comunidades tradicionais possam clarificar o modo como eles se encaram como cidadãos, como habitantes de uma região própria e herdeiros de uma cultura específica.

4 Aperfeiçoamento da Agenda 2030

O ideário de aperfeiçoamento da Agenda 2030 para implementação de mudanças que a tornem mais compatível com a realidade dos povos e comunidades tradicionais decorre essencialmente da atual falta de instrumentos de parametrização que se prestem ao monitoramento adequado das metas e submetas previstas na Agenda propositiva em face da pretensão de se avaliarem graus de qualidade de vida e padrões de sustentabilidade no meio desses grupos minoritários.

Disposições tal como a prevista no ODS 9, ao visar a promoção da industrialização; a prevista no ODS 3, que busca assegurar o acesso universal à educação sexual; ou a inserida no ODS 4, que anseia o acesso à educação pré-escolar na primeira infância, e a própria previsão de eliminação de casamentos prematuros e a responsabilidade partilhada dentro do lar (ODS 5) devem ser lidas com temperamento, seja por configurarem expectativas em princípio não desejáveis, como no caso da industrialização, seja pela necessidade de uma abordagem mais cautelosa com vistas ao reconhecimento de linguagens culturais distintas que podem impor reservas à sua ampla implementação.

A importância de fixação de indicadores idôneos se torna muito mais sensível para a elaboração de políticas públicas adequadas e, na atual conjuntura, é elemento de salutar relevo quando se pretende submeter a foros de cooperação estrangeira a habilitação de projetos que possuam os povos e comunidades tradicionais como destinatários imediatos ou mediatos.

Diante do propósito de internalização e divulgação da Agenda 2030 pelo mundo, uma das maiores dificuldades enfrentadas ainda é o acompanhamento e avaliação de medidas conduzidas por gestores e governos, isso porque remanescem vácuos quanto à definição de uma metodologia internacionalmente padronizada.

No caso, o acompanhamento e a avaliação das metas da Agenda 2030, a nível Global, cabem ao Fórum Político de Alto Nível sobre o Desenvolvimento Sustentável (HLPF), vinculado à Assembleia Geral e ao Conselho Econômico e Social da ONU (ECOSOC). Instâncias regionais da ONU, como a Comissão Econômica para a América Latina e o Caribe (CEPAL), se encarregam da tarefa no segundo nível.

Sob o aspecto do controle nacionalizado, a tarefa é remetida aos estados-membros. No Brasil, coube inicialmente ao Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE) coordenar o processo de produção dos indicadores, sendo posteriormente constituída a Comissão Nacional para os Objetivos de Desenvolvimento Sustentável (CNOODS), composta por equipe multidisciplinar e intersetorial que, a despeito de nova diretiva, manteve o IBGE como assessor técnico permanente de apoio à implementação dos ODS no eixo de internalização dos indicadores globais.

Com o auxílio de diversos órgãos federais, a CNOODS findou por delegar ao Instituto de Pesquisa e Estatística Aplicada (IPEA) a incumbência de coordenar o processo governamental de adaptação das metas estabelecidas pela Organização das Nações Unidas (ONU) às prioridades do País. A partir do trabalho por eles desenvolvido, o Brasil passou a ser um dos poucos países do mundo a dispor de um instrumento próprio para orientar a territorialização dos ODS.³⁷

Contudo, em que pese o esforço para adequação de balizas à realidade brasileira, critérios tais como o de pobreza monetária foram mantidos, ainda que tomando como referência a unidade monetária expressa pela paridade de poder de compra (PPC)³⁸

37 INSTITUTO DE PESQUISA ECONÔMICA APLICADA. ODS: Metas nacionais dos objetivos de desenvolvimento sustentável – Proposta de adequação. Brasília: IPEA, 2018. Disponível em: http://www.ipea.gov.br/portal/images/stories/PDFs/livros/livros/180801_ods_metas_nac_dos_obj_de_desenv_susten_propos_de_adequa.pdf. Acesso em: 27 ago. 2019.

38 A Paridade do Poder de Compra (PPC) é uma teoria econômica que mede e compara as moedas de diferentes países em termos de poder de compra. A abordagem dessa medida leva em consideração um mesmo conjunto de produtos e serviços e a quantidade em moeda para que se possa adquiri-los. A PPC pode ser analisada utilizando taxas de câmbio que representam o preço de troca das moedas, mas também

em oposição ao valor do dólar americano (US\$), de modo que a pobreza multidimensional não monetária, a abranger as demais dimensões que caracterizam a situação de pobreza para além da renda, ainda remanescem sem uma definição oficial.

Em relação a esse ponto específico, por ser considerado um tema complexo, tanto no que diz respeito à seleção de dimensões quanto às técnicas de agregação de informações, o Grupo de Trabalho do IPEA sugeriu a criação de uma comissão específica para discutir a elaboração de uma linha de pobreza multidimensional para o Brasil, o que reforça as dificuldades inerentes à execução da tarefa de aperfeiçoamento dos ODS à realidade dos povos e comunidades tradicionais em distintos níveis de desenvolvimento.

4.1 Gerenciamento social e senso comum

Ao reconhecer a relevância da participação dos povos e comunidades tradicionais como sujeitos ativos de políticas públicas e não meros destinatários da ação humanitária, verifica-se que o arquétipo moderno das instituições pode carregar um grande abismo entre suas feições dogmáticas e finalísticas, com afastamento, consciente ou inconsciente, desses grupos minoritários.

Por que isso ocorre? Sem pretender adentrar na horda de fatores correlacionados, o multiculturalismo crítico, ao questionar os paradoxos das ações de gerenciamento, adverte para as distintas formas de apreensão do saber, esclarecendo que muitas das proposições destinadas à gestão do corpo social são adotadas com base em critérios não científicos, decorrentes de usos e costumes ou do conhecimento natural (ou senso comum), sem que gestores e *policy makers*³⁹ recorram a uma abordagem científica das áreas humanas.

o Produto Interno Bruto (PIB), a renda e a inflação dos países. Disponível em: <https://www.dicionariofinanceiro.com/paridade-poder-compra>. Acesso em: 30 ago. 2019.

39 “*Policy-maker: someone, especially in a government or political party, who decides on new policies*”. Disponível em: <https://dictionary.cambridge.org/pt/dicionario/ingles/policy-maker>. Acesso em: 26 set. 2019.

É possível perceber que, em nossos modelos estruturantes institucionais, o aspecto de cientificidade mostra-se tanto mais tangível para a área de ciências exatas – quando somos compelidos a testar nossas teorias com metodologia própria, observações e experimentos, para só então extrair dados minimamente confiáveis –, não havendo semelhante rigor técnico no enfrentamento de questões afetas às áreas humanas e sociais, nas quais a experiência prática parece bastar.

Curiosamente, talvez em decorrência de sua suscetibilidade a inferências e subjetividades, quando a discussão se volta ao comportamento humano ou social, as metodologias e experimentos inerentes às ciências humanas são relegados a segundo plano, cedendo espaço a um viés de primazia do senso comum, que conduz ao equivocado dimensionamento de problemáticas e à falsa percepção de que o mero conjunto de experiências adquiridas seria suficiente para a solução de impasses.

Nesse ponto, a ausência de cientificidade começa a importar quando o senso comum ou o “‘saber’ que resulta da experiência de vida individual e coletiva”⁴⁰ é utilizado para resolver problemas que envolvem a antecipação ou o gerenciamento de um grande número de pessoas, uma vez que esse mecanismo regulador do pensamento e da ação, no mais das vezes, não tem o condão de subsistir a uma análise crítica, dando notas de sua falibilidade e de suas inconsistências internas.

5 Conclusão

Conforme advertiu o economista William Easterly, organizações burocráticas, geridas por pessoas poderosas que têm ideias sobre o que deve e o que não deve funcionar, inevitavelmente desempenham um grande papel na determinação de uso de recursos,⁴¹ acrescentando-se

40 *Compreendendo o senso comum*. Disponível em: https://www.canaleducacao.tv/images/slides/31191_f8a5aedf608c5fac373754d4ff843c00.pdf. Acesso em: 5 abr. 2021.

41 WATTS, D. J. *Tudo é óbvio: desde que você saiba a resposta*. 4. ed. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 2013. p. 34.

também, aí, o uso da intuição do senso comum para prever, gerenciar e manipular o comportamento mediante a edição de leis, a elaboração de projetos, planos de governo e a definição de políticas públicas.

O resultado de uma ação orientada exclusivamente pelo senso comum, no âmbito das instituições governamentais, não é outro que não a estagnação, a ineficácia e a solução de continuidade de projetos de médio e longo prazo, que caracterizam a burocracia em seu sentido mais pejorativo.

Dito isso, critérios de pobreza monetária expressos no valor do dólar americano (US\$) nem sempre vão atender as dimensões que caracterizam a situação de pobreza para além da renda, de modo que, embora configure algo complexo, a introdução de uma metodologia de aferição da pobreza multidimensional pode e deve ser realizada, assim como reavaliados outros indicadores que sejam, em maior ou menor escala, incompatíveis com a realidade dos povos e comunidades tradicionais.

Os fundamentos conceituais da lei moderna parecem nos forçar a funcionar com as diretivas do estado constitucional (e agora, transconstitucional), com a sua prosperidade de pressuposições, mas o conjunto, supostamente neutro, de princípios que ignoram a diferença e que regem a política de igual dignidade pode vir a se tornar, na verdade, um reflexo de uma cultura hegemônica ocidental, na qual só a minoria ou as culturas subjugadas são forçadas a alienarem-se ou adaptarem-se às contingências externas nacionais e internacionais.

Consequentemente,

a suposta sociedade justa e ignorante das diferenças é não só inumana (porque subjugando identidades), mas também ela própria extremamente discriminatória, de uma maneira sutil e inconsciente.⁴²

Isso porque o reconhecimento incorreto pode também marcar as suas vítimas de forma cruel, subjugando-as através de um sentimento

42 TAYLOR, Charles. A política de reconhecimento. In: TAYLOR, Charles (coord.). *Multiculturalismo*. Lisboa: Editora Instituto Piaget, 1994. p. 63.

incapacitante de ódio contra si mesmas, tornando a sua autodepreciação um dos instrumentos mais poderosos de sua própria opressão.

O papel desses grupos minoritários é variável, de grande valor em projetos de cooperação internacional que visam a proteção do meio ambiente, uma vez que, por seu histórico de baixo impacto ambiental, estudos revelam a íntima relação dos povos tradicionais com a manutenção de estoques de florestas e com a proteção da biodiversidade. Suas ações produzem impactos diretos na manutenção da temperatura e do regime pluviométrico em escala global.⁴³

Mas, para além dos fins altruísticos e simbólicos constantes de iniciativas supranacionais, a força do viés econômico nas decisões continua a exercer papel preponderante. O “não deixar ninguém para trás” também possui um prisma econômico⁴⁴ visível quando não são disponibilizadas ferramentas para que todos, indistintamente, possuam acesso adequado a formas de satisfação de necessidades biológicas e sociais básicas, o que dá margem a conflitos, a problemas de saneamento, a desvios comportamentais e ao incremento da criminalidade, com custos incidentes que até pouco tempo não eram contabilizados, mas que agora mais e mais se tornam relevantes.

Daí segue-se a proposta de desglobalização como medida de salvaguarda desses interesses minoritários, a ser entendida no contexto preciso dos povos e comunidades tradicionais como tentativa de ponderação de interesses paralelos, seja em relação à proteção da

43 Cf. BNDES. *Terras indígenas combatem o desmatamento e a emissão de gases de efeito estufa*. 3 maio 2017. Disponível em: <https://www.bndes.gov.br/wps/portal/site/home/conhecimento/noticias/noticia/terras-indigenas-combatem-desmatamento>. Acesso em: 26 set. 2019.

44 A título de exemplo, o *World Economic Forum* é uma organização internacional para cooperação público-privada autoindicada neutra por sua desvinculação política, partidária ou a interesses nacionais, que ocupa a posição de observador no Conselho Econômico e Social das Nações Unidas e que se destina a reunir os principais líderes empresariais e políticos para discutir as questões mais urgentes enfrentadas mundialmente, inclusive tendo lançado em 2008, a “Cúpula Inaugural da Agenda Global”, formada por 700 especialistas de todo o mundo em setores relacionados aos 68 desafios globais identificados pelo Fórum. (Cf. *World Economic Forum*. Disponível em: <https://www.weforum.org/>. Acesso em: 23 ago. 2019).

diversidade e do meio ambiente, seja na regulação da economia de mercado e no enfrentamento dos chamados males públicos.

Referências

ARANTES, Bruno Camilloto. Sociedade de risco e Estado: uma releitura dos elementos tradicionais da Teoria do Estado. In: ANCONA, Teresa *et al* (coord.). *Sociedade de risco e direito privado: desafios normativos, consumeristas e ambientais*. São Paulo: Atlas, 2013.

BITTAR, Eduardo C. B. Crise econômica, desglobalização e direitos humanos: os desafios da cidadania cosmopolita na perspectiva da teoria do discurso. *Revista Mestrado em Direito*, Osasco, ano 12, n. 1, p. 259-293, 2012. Disponível em: https://edisciplinas.usp.br/pluginfile.php/3807896/mod_resource/content/1/desglobaliza%C3%A7%C3%A3o%20-%20Bittar.pdf. Acesso em: 23 set. 2019.

CANEN, Ana. O multiculturalismo e seus dilemas: implicações na educação. Dossiê Educação e Desenvolvimento. *Revista Comunicação & Política*, Rio de Janeiro, v. 25, n. 2, p. 91-107, jan. 2007. Disponível em: https://www.researchgate.net/profile/Ana_Canen/publication/237591283_O_multiculturalismo_e_seus_dilemas_implicacoes_na_educacao/links/54e7787e0cf277664ffab005.pdf. Acesso em: 10 set. 2019.

DALLARI, Dalmo de Abreu. *O futuro do Estado*. São Paulo: Saraiva, 2010.

DROIT, Roger-Pol. *Tolerância: o que é? Por que é importante? É possível nos dias de hoje? Como educar para a tolerância?* São Paulo: Contexto, 2014.

FARIA, José Eduardo. *O direito na economia globalizada*. São Paulo: Malheiros, 2004.

HABERMAS, Jürgen. *Era das transições*. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003.

HABERMAS, Jürgen. *O Ocidente dividido*. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2006.

HERTZ, Mônica; HOFFMAN, Andrea R. *Organizações internacionais: história e práticas*. 10. ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004. Disponível em: <https://edisciplinas.usp.br/mod/resource/view.php?id=915117>. Acesso em: 20 ago. 2019.

HONNETH, Axel. *Reificação: un estudio en la teoría del reconocimiento*. Buenos Aires: Katz, 2007.

INSTITUTO DE PESQUISA ECONÔMICA APLICADA. ODS: Metas nacionais dos objetivos de desenvolvimento sustentável – Proposta de adequação. Brasília: Ipea, 2018. Disponível em: http://www.ipea.gov.br/portal/images/stories/PDFs/livros/livros/180801_ods_metas_nac_dos_obj_de_desenv_susten_propos_de_adequa.pdf. Acesso em: 27 ago. 2019.

KAUL, Inge; GRUNBERG, Isabelle; STERN, Marc A. *Bens públicos globais: cooperação internacional no século XXI*. Rio de Janeiro/São Paulo: Record, 2012.

LINDGREN ALVES, José Augusto. Cidadania, direitos humanos e globalização. In: PIOVESAN, Flávia (coord.). *Direitos humanos, globalização econômica e integração regional: desafios do direito constitucional internacional*. São Paulo: Max Limonad, 2003.

LIPSKY, Michael. *Toward a theory of street-level bureaucracy*. Institute for Research on Poverty. The University of Wisconsin, Madison, Wisconsin, 1969. Disponível em: <https://www.irp.wisc.edu/publications/dps/pdfs/dp4869.pdf>. Acesso em: 10 jul. 2019.

NEVES, Marcelo. *Transconstitucionalismo*. São Paulo: Martins Fontes, 2012.

PARANÁ. Secretaria da Justiça, Trabalho e Direitos Humanos. Departamento de Direitos Humanos e Cidadania (DEDIHC) *Povos e comunidades tradicionais*. Disponível em: <http://www.dedihc.pr.gov.br/modules/conteudo/conteudo.php?conteudo=156>. Acesso em: 13 ago. 2019.

PINTO, Paulo Gabriel Hilu da Rocha. Grupos étnicos e etnicidade. In: LIMA, Antônio Carlos de Souza (coord.). *Antropologia e direito: temas antropológicos para estudos jurídicos*. Rio de Janeiro/Brasília: Laced/Associação Brasileira de Antropologia (ABA), 2012. p. 72.

SAMUELSON, P. A. The pure theory of public expenditure. *The Review of Economics and Statistics*. Cambridge, v. 36, n. 4, p. 387-389, nov. 1954. Disponível em: https://www.ses.unam.mx/docencia/2007II/Lecturas/Mod3_Samuelson.pdf. Acesso em: 18 ago. 2019.

SANDRONI, Paulo (org. e superv.). *Novíssimo dicionário de economia*. São Paulo: Best Seller, 1999. Disponível em: <http://sinus.org.br/2014/wp-content/uploads/2013/11/FMI.BMNov%C3%ADssimo-Dicion%C3%A1rio-de-Economia.pdf>. Acesso em: 18 ago. 2019.

SILVA, Hamilton. *Economia e lei da escassez*. 31 out. 2012. Disponível em: <http://www.hamiltonsilva.com.br/2012/10/economia-e-lei-da-escassez.html>. Acesso em: 18 ago. 2019.

TEUBNER, Gunther. *Direito, sistema e policontexturalidade*. São Paulo: Unimep, 2005.

WATTS, D. J. *Tudo é óbvio: desde que você saiba a resposta*. 4. ed. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 2013.

Acordo de não persecução cível: limites e condições

Raphael de Matos Cardoso

Professor. Diretor de Relações Institucionais do Instituto de Direito Administrativo Sancionador Brasileiro (IDASAN).

Resumo: Analisaremos um dos aspectos que alteraram sensivelmente a perspectiva sob a qual se manifesta o interesse público (supremacia e indisponibilidade), a consensualização. Para além da consensualidade e do consenso, que podem ser obtidos nas diversas relações do poder público, a consensualização em matéria sancionatória é ainda incipiente e impõe muitos desafios. Um deles se refere à recente ferramenta introduzida na lei de improbidade administrativa, o acordo de não persecução cível. Não obstante a atualização necessária – visto que a lei de improbidade estava praticamente isolada no microsistema de tutela da probidade ao vedar a possibilidade de acordo –, o aprimoramento, além de tardio, veio deficitário, na medida em que a disciplina do acordo de não persecução cível, já abreviada, foi absolutamente esvaziada a partir do veto presidencial, o que deixou o novo instituto órfão de regulamentação. Diante dessa lacuna, a luta agora é pela solução, e uma delas é a acomodação por meio de atos infralegais. Analisaremos o mais abrangente deles até este momento.

Palavras-chave: Acordo. Improbidade. Interesse público.

Abstract: We will analyze one of the aspects that significantly changed the perspective under which the public interest manifests itself (supremacy and unavailability), consensualization. In addition to the consensus and consensus, which can be obtained in the various relations of the public authorities, consensus on sanctions is still insipient and imposes many challenges. One of them refers to the recent tool introduced in the law of administrative improbity, the civil non-prosecution agreement. Notwithstanding the necessary updating, since the law of improbity was practically isolated in the microsystem of probity protection by prohibiting the possibility of an agreement, the improvement, in addition to being late, came in deficit, insofar as the discipline of the civil non-prosecution

agreement, already abbreviated, was completely emptied from the presidential veto, which left the new regulatory orphaned institute. Faced with this gap, the fight is now for a solution and one of them is accommodation through infra-legal acts. We'll review the most comprehensive of them to date.

Keywords: Agreement. Improbability. Public interest.

Sumário: 1 A evolução do direito administrativo e a consensualização. 2 A consensualização na improbidade administrativa. 2.1 Acordo de não persecução cível, termo de ajustamento de conduta e acordo de leniência. 3 Análise da Orientação n. 10 do Ministério Público Federal. 4 Efeitos da celebração do acordo de não persecução cível. 5 Conclusão.

1 A evolução do direito administrativo e a consensualização

As matrizes clássicas do direito administrativo são datadas do século XIX, quando, a partir do nascimento do Estado de Direito, foram concebidos os alicerces sobre os quais esse ramo repousaria, entre eles e para o que importa ao presente estudo: o interesse público (supremacia sobre o direito privado e indisponibilidade).

A respeito da origem do direito administrativo, Gustavo Binbenbojm afirma que o surgimento do direito administrativo e de suas categorias peculiares (supremacia do interesse público, prerrogativas da administração, discricionariedade etc.) representou uma forma de reprodução e sobrevivência das práticas administrativas do antigo regime. O direito administrativo não surgiu da submissão do Estado à vontade do legislador; a formulação de novos princípios gerais e novas regras jurídicas cabia ao Conselho de Estado, órgão intestino do Executivo, que também é o responsável pelo julgamento da administração.¹

O direito administrativo, a partir da justificativa de perseguição do interesse público, municiou a Administração Pública de pode-

¹ BINENBOJM, Gustavo. *Uma teoria do direito administrativo*. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2014. p. 11.

res ou prerrogativas;² inseriu-a na posição vertical de autoridade e qualificou seus atos com atributos muitas das vezes inexistentes nas relações entre particulares, como presunção de legitimidade, imperatividade, exigibilidade e executoriedade. Por muito tempo essas prerrogativas foram interpretadas como privilégios decorrentes do poder conferido à Administração Pública; se por um lado ampliaram a capacidade do poder público, ao passo que o colocam em posição de superioridade, por outro lado reduziram essa mesma capacidade, na medida em que limitam o espectro de possibilidades de atuação,

2 Jacintho Arruda Câmara, a propósito das prerrogativas, em artigo publicado no Jota, afirmou: “O que a legislação de contratações públicas trata como ‘prerrogativa’ da Administração não passa da assimetria normal que existe entre contratante e contratado, algo comum também nas contratações do mundo privado. O proclamado regime exorbitante é, na verdade, comum e identificável nas relações contratuais privadas. O exemplo dos contratos de empreitada revela a simetria de regimes jurídicos, encoberta pela narrativa exagerada da lei de contratações públicas. Veja-se:

- Modificação unilateral: no mundo privado, contratante de obra privada também pode alterar o projeto inicialmente contratado com seu empreiteiro. A mudança demandará repactuação de preço, assim como nas contratações de obras públicas. Mas o poder de negociação do contratante de obra privada é maior, já que não está preso ao equilíbrio econômico-financeiro original ou a limites de variação no valor do contrato.

- Rescisão unilateral: o contrato de obra do mundo privado pode ser resiliado por vontade do contratante, que será obrigado a indenizar o empreiteiro pelos danos e lucros cessantes. No contrato de obra pública, a mesma obrigação é imposta pelo STJ à Administração, quando o rescinde motivada pelo interesse público.

- Sanção: o contratante de obra no mundo privado também pode proscrever o empreiteiro de seu ‘cadastro de fornecedores’, algo como uma declaração privada de inidoneidade. Com a vantagem de não precisar abrir processo administrativo nem correr o risco da revisão judicial. As prerrogativas contratuais públicas não dão à Administração posição excepcional efetiva, se comparada à dos contratantes privados. A prática demonstra que o contratante do mundo privado possui faculdades com eficácia equiparável ou superior às conferidas à Administração nos contratos do mundo público”.

E arremata o autor: “É inadequado insistir na ideia de que a administração é fortalecida por cláusulas exorbitantes. Além de não refletir a realidade, o mito fomenta a tendência de, em contrapartida, admitir compensações exageradas aos fornecedores”. CÂMARA, Jacintho Arruda. O mito das cláusulas exorbitantes: vale a pena alimentá-lo na nova lei das contratações públicas? *Online: Jota*, 22 out. 2019. Disponível em: <https://www.jota.info/opiniao-e-analise/colunas/publicistas/o-mito-das-clausulas-exorbitantes-22102019>. Acesso em: 23 set. 2020.

pois confinam a Administração Pública nos estreitos limites do interesse público, impostos pela sua supremacia e indisponibilidade.

Nas complexidades hoje manifestadas nas relações, não é mais possível acolher a hermeticidade das soluções de outrora, especialmente diante de novos desafios e da nova realidade. Exemplos disso são as grandes corporações cuja matéria-prima principal senão exclusiva é o dado pessoal; além de se comportarem como se fossem governos (basta citarmos como exemplo o Facebook e o tribunal criado pela própria plataforma para julgamento a respeito do conteúdo das publicações dos seus usuários), as maiores empresas do mundo ditam regras e são responsáveis por processos tecnológicos que atingem o próprio Estado, como os algoritmos, a inteligência artificial e as decisões tomadas pelas máquinas.

Floriano de Azevedo Marques Neto chamou de ato administrativo autista aquele cuja principal característica é um

brutal déficit de comunicação com o meio ambiente cultural, social, econômico; sua absoluta indiferença para com os administrados e com a sociedade que, em última instância, são destinatários e razão de ser da prática destes atos.³

O autor adverte que a presunção de legitimidade e veracidade, a imperatividade, a exigibilidade e a autoexecutoriedade são características que concorrem para moldar uma visão de ato administrativo que desconsidera em absoluto a condição do administrado. Como emanção da autoridade estatal, o ato administrativo deveria ser, na concepção autista cunhada por Floriano, uma manifestação incontrastável do poder extroverso estatal. Por isso, a presunção de legitimidade e veracidade, imperatividade, exigibilidade e autoexecutoriedade somente faz sentido se admitida uma efetivação conflituosa do ato administrativo.⁴

3 MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. A superação do ato administrativo autista. In: MEDAUAR, Odete; SCHIRATO, Vitor Rhein (coord.). *Os caminhos do ato administrativo*. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2011. p. 96.

4 MARQUES NETO, 2011.

Se na sua origem o direito administrativo se apresentou como ferramenta para sobrevivência, ainda que tímida e disfarçadamente, do absolutismo e do autoritarismo, o passar dos anos lhe caiu bem. Aos poucos a dicotomia e a bipolaridade público-privado cede espaço à composição e à conciliação. As instituições, os órgãos e os instrumentos disponíveis à esfera pública redimensionada são bastante diversos daqueles tipicamente disponíveis no âmbito do Estado tradicional.⁵

A noção de interesse público aparece como fundamento, limite, instrumento, medida e finalidade das funções administrativas. Apresenta-se, ainda, como suporte e legitimação do ato administrativo, e compõe, com frequência, o motivo e a finalidade.⁶

Embora sem conteúdo preciso, porquanto é um conceito indeterminado que deve ser preenchido historicamente, a depender do corpo social que o demande, o interesse público recebeu auras de postulado, figurando como o principal instituto do direito público. A partir dele foram construídas a supremacia do interesse público sobre o particular e a indisponibilidade do interesse público, alicerces sobre os quais, segundo a doutrina de Celso Antônio Bandeira de Mello, está sustentado o regime jurídico de direito administrativo.

O primeiro alicerce tem como consequência a posição privilegiada e de supremacia da Administração Pública nas relações com os particulares. O segundo significa que o interesse público não se encontra à livre disposição de quem quer que seja; à Administração Pública importa apenas curá-lo nos termos da finalidade a que está adstrito.

A partir dessa construção, podemos considerar, grosso modo, o interesse público uma dimensão do interesse privado. Essa delimitação nos incentiva a defender que não existe supremacia do

5 MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. *Regulação estatal e interesses públicos*. São Paulo: Malheiros, 2002. p. 165.

6 MEDAUAR, Odete. *O direito administrativo em evolução*. 3. ed. Brasília: Gazeta Jurídica, 2017. p. 230. Para Celso Antônio Bandeira de Mello, “o interesse público deve ser conceituado como o interesse resultante do conjunto dos interesses que os indivíduos pessoalmente têm quando considerados em sua qualidade de membros da sociedade e pelo simples fato de o serem” (BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de direito administrativo*. 33. ed. São Paulo: Malheiros, 2017. p. 62).

interesse público sobre o particular, já que não há objeto sobre o qual o primeiro exerça prevalência, ao passo que ele é exatamente uma parcela do segundo e visa sua satisfação.⁷ Ajudou-nos a alcançar dita conclusão o seguinte magistério de Humberto Ávila:

Dessa discussão orientada pela Teoria Geral do Direito e pela Constituição decorrem duas importantes consequências. Primeira: não há uma norma princípio da supremacia do interesse público sobre o particular no Direito brasileiro. Segunda: a única ideia apta a explicar a relação entre interesses públicos e particulares é o sugerido postulado da unidade da reciprocidade de interesses, o qual implica uma principal ponderação entre interesses reciprocamente relacionados fundamentada na sistematização das normas constitucionais.⁸

Floriano de Azevedo Marques Neto põe em xeque, no paradigma maduro do direito administrativo, a sustentabilidade de se edificar todo o sistema jurídico a partir de uma ideia a um só tempo absoluta e vazia. Absoluta porque baseada na noção de supremacia, algo incontrastável e inquestionável, imponível ao indivíduo. Vazia porque, assim posta, a noção de interesse público se mostra vaga, suscetível dos mais diversos preenchimentos ao gosto da autoridade.⁹

7 Registramos a defesa da supremacia do interesse público por Ricardo Marcondes Martins, para quem há de se reconhecer a dupla natureza da supremacia: o princípio da supremacia e a regra da supremacia, bastando uma rápida leitura do texto constitucional vigente para se constatar que os bens coletivos, no plano abstrato, têm um peso maior do que os direitos individuais, sendo que essa prevalência *prima facie* sobre os direitos individuais é dada pelo princípio formal especial da supremacia do interesse público sobre o privado. Para o autor, a regra da supremacia tem como efeitos: a inserção do Estado numa posição de verticalidade em relação ao particular; a concessão aos órgãos estatais de certas prerrogativas para que possam tutelar o interesse público; e a imposição de restrições especiais a quem torne os órgãos públicos presentes nas relações jurídicas (MARTINS, Ricardo Marcondes. *Teoria jurídica da liberdade*. São Paulo: Contracorrente, 2015. p. 123-131).

8 ÁVILA, Humberto. Repensando o princípio da supremacia do interesse público sobre o particular. *Revista Trimestral de Direito Público*, São Paulo, n. 24, 1998, p. 171. Marçal Justen Filho também apresenta análise crítica a respeito da supremacia do interesse público (Cf. JUSTEN FILHO, Marçal. Conceito de interesse público e a personalização do direito administrativo. *Revista Trimestral de Direito Público*, São Paulo, v. 26, 1999, p. 115-136).

9 MARQUES NETO, 2011, p. 89-113.

Registramos, ainda, o pensamento segundo o qual a Administração Pública possui interesse próprio, de forma que o interesse público seria dividido em primário e secundário. Para nós o interesse público é uno, sendo ele o mesmo que movimenta a vontade do Estado e do cidadão. Ousamos divergir, nesse ponto, de Celso Antônio Bandeira de Mello, para quem,

além de subjetivar estes interesses, o Estado, tal como os demais particulares, é, também ele, uma pessoa jurídica, que, pois, existe e convive no universo jurídico em concorrência com todos os demais sujeitos de direito [e] pode ter, tanto quanto as demais pessoas, interesses que lhe são particulares, individuais. Estes últimos não são interesses públicos, mas interesses individuais do Estado, similares, pois (sob prisma extrajurídico), aos interesses de qualquer outro sujeito. [...] Tal situação ocorrerá sempre que a norma donde defluem os qualifique como instrumentais ao interesse público e na medida em que o sejam, caso em que sua defesa será, *ipso facto*, simultaneamente a defesa de interesses públicos, por concorrerem indissociavelmente para a satisfação deles.¹⁰

Entendido como fundamento e finalidade da função administrativa, o interesse público pode ser associado às exigências da sociedade em determinado momento, de cujo cumprimento está incumbido não somente o Estado mas também os particulares, quando atuam, por exemplo; mas não só nesse sentido, nas diversas formas de descentralização administrativa também. Isso nos leva a outra conclusão, o interesse público não pertence ao Estado, mas ao corpo social. Exemplo disso, além daquele já citado, é a sua presença em institutos de direito privado, como a função social da propriedade e do contrato celebrado entre particulares.

A partir dessa perspectiva, a consensualização representa ferramenta para concretização do interesse público.

Thiago Marrara explica que é comum confundir-se consensualização com consenso ou com consensualidade. Segundo o autor, a consensualização é um fenômeno de construção teórico-normativa de canais jurídico-operacionais aptos a viabilizarem consenso

¹⁰ BANDEIRA DE MELLO, 2017, p. 65-66.

no planejamento e na execução das funções administrativas. Esses canais assumem caráter orgânico (como a previsão de direito de voz e voto para alunos em colegiados de universidades públicas ou de representantes do povo em conselhos nacionais de políticas públicas), procedimental (como audiências realizadas no licenciamento ambiental) ou contratual (como os compromissos de cessação de prática infrativa e a própria leniência). Todos estes constituem meios para a busca do consenso nas relações entre Estado e Administração, nas relações entre entes públicos ou nas relações entre órgãos de um mesmo ente. Consenso significa consentimento recíproco; consensualidade indica o grau, maior ou menor, de consenso na construção ou execução das políticas públicas. Os dois termos apontam para resultados. Consensualização, por sua vez, é movimento de transformação da Administração Pública e de seus processos administrativos em favor da edificação de consensos.¹¹

No fenômeno da consensualização encontram-se os acordos de vontades entre Administração Pública e pessoas de direito público ou de direito privado, quando da avença de contratos administrativos ou de outras fórmulas negociais. O critério mais recorrente nos estudos nacionais sobre a consensualização é aquele segundo o qual a Administração satisfaz suas competências por meio de instrumentos tipicamente privados, assim entendidos por remeterem ao princípio da autonomia privada. Por essa razão, a consensualização é, por via de regra, apresentada no contexto de aumento do emprego de mecanismos privados para satisfação do interesse público, sendo a contratualização sua forma mais evidente.¹²

Entre os módulos de cooperação ou contratualização figuram o contrato de gestão previsto no art. 37, § 8º, da CF; os convênios; os contratos de gestão federativa associada estabelecidos na Lei n. 11.107/2005 (consórcios públicos, contratos de programa e contratos

11 MARRARA, Thiago. Acordos de leniência no processo administrativo brasileiro: modalidades, regime jurídico e problemas emergentes. *RDDA*, v. 2, n. 2, 2015. p. 510.

12 DE PALMA, Juliana Bonacorsi. *Atuação administrativa consensual: estudo dos acordos substitutivos no processo administrativo sancionador*. Dissertação de mestrado, 2010.

de rateio); os contratos de concessão comum (Lei n. 8.987/1995) e os contratos de parceria público-privada (Lei n. 11.079/2004); o contrato de gestão celebrado com as organizações sociais (Lei n. 9.637/1998); os termos de parceria celebrados com organização da sociedade civil de interesse público (Lei 9.790/1999); os acordos de cooperação, termos de colaboração e termos de fomento celebrados com organizações da sociedade civil (Lei n. 13.019/2014), entre vários outros.

Outra compreensão da consensualização aponta para a participação administrativa, cujos principais instrumentos são a audiência e a consulta pública, hoje muito difundidas, incentivadas e algumas vezes imperativas, *ex vi*, exemplificativamente, das previsões contidas na Lei n. 9.784/1999,¹³ na LINDB¹⁴ (Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro), na Lei n. 13.848/2019¹⁵ e na Lei n. 8.666/1993.¹⁶

13 “Art. 31. Quando a matéria do processo envolver assunto de interesse geral, o órgão competente poderá, mediante despacho motivado, abrir período de consulta pública para manifestação de terceiros, antes da decisão do pedido, se não houver prejuízo para a parte interessada. Art. 32. Antes da tomada de decisão, a juízo da autoridade, diante da relevância da questão, poderá ser realizada audiência pública para debates sobre a matéria do processo.”

14 “Art. 26. Para eliminar irregularidade, incerteza jurídica ou situação contenciosa na aplicação do direito público, inclusive no caso de expedição de licença, a autoridade administrativa poderá, após oitiva do órgão jurídico e, quando for o caso, após realização de consulta pública, e presentes razões de relevante interesse geral, celebrar compromisso com os interessados, observada a legislação aplicável, o qual só produzirá efeitos a partir de sua publicação oficial. Art. 29. Em qualquer órgão ou Poder, a edição de atos normativos por autoridade administrativa, salvo os de mera organização interna, poderá ser precedida de consulta pública para manifestação de interessados, preferencialmente por meio eletrônico, a qual será considerada na decisão.”

15 “Art. 9. Serão objeto de consulta pública, previamente à tomada de decisão pelo conselho diretor ou pela diretoria colegiada, as minutas e as propostas de alteração de atos normativos de interesse geral dos agentes econômicos, consumidores ou usuários dos serviços prestados.”

16 “Art. 39. Sempre que o valor estimado para uma licitação ou para um conjunto de licitações simultâneas ou sucessivas for superior a 100 (cem) vezes o limite previsto no art. 23, inciso I, alínea ‘c’ desta Lei, o processo licitatório será iniciado, obrigatoriamente, com uma audiência pública concedida pela autoridade responsável com antecedência mínima de 15 (quinze) dias úteis da data prevista para a publicação do edital, e divulgada, com a antecedência mínima de 10 (dez) dias úteis de sua realização, pelos

A consensualização também se manifesta na solução de conflitos administrativos, quando haverá o manejo de instrumentos para dirimi-los de forma negociada, os quais poderão envolver a Administração Pública enquanto parte no conflito (mediação, conciliação e arbitragem), ou como figura competente para dirimir conflitos (por exemplo, no caso de avença entre concessionária e usuário de serviço público). O termo de ajuste de conduta (TAC) celebrado em ação civil pública (art. 5º, § 6º, da Lei n. 7.347/1985) e a desapropriação amigável (Decreto-Lei n. 3.365/1941) são instrumentos bastante lembrados quando se fala do histórico da consensualização no poder público. Aqui chegamos ao objeto deste artigo, o acordo de não persecução cível, inserido pela Lei n. 13.964/2019 na Lei n. 8.429/1992 (LIA – Lei de Improbidade Administrativa), que passou a admitir a solução consensual.

2 A consensualização na improbidade administrativa

Iniciamos esse trabalho tratando da evolução do direito administrativo e da revisão de alguns dos seus pilares porque a conciliação, ao menos no aspecto de solução de conflitos, encontrava forte resistência, sustentada na autoridade outorgada à Administração Pública, que dela não poderia abdicar em razão do dogma da supremacia do interesse público sobre o privado e da indisponibilidade do interesse público. Além disso, as prerrogativas atribuídas à Administração seriam incompatíveis com a horizontalidade em certa medida advinda da consensualização. Como vimos, esses mitos perderam força, notadamente nos últimos anos, o que possibilitou o ingresso da Administração Pública no campo das práticas resolutivas não (ou menos) autoritárias.

Foi o que motivou – ou pode explicar – a vedação à solução consensual no âmbito da improbidade que perdurou anos. O antigo § 1º do art. 17 da LIA vedava textualmente a possibilidade de conciliação: “É vedada a transação, acordo ou conciliação nas ações de que trata o *caput*”. Este dispositivo foi revogado pela Medida

mesmos meios previstos para a publicidade da licitação, à qual terão acesso e direito a todas as informações pertinentes e a se manifestar todos os interessados.”

Provisória n. 703, de 2015, cujo prazo de vigência foi encerrado, de modo que a vedação legal foi mantida.

Enquanto pairava insistente controvérsia a respeito da consensualização no âmbito da Administração Pública, o Ministério Público, responsável pela tutela do interesse público, estava autorizado a celebrar acordos (termos de ajustamento de conduta) há décadas, o que não arrefeceu a crítica à Administração Pública quanto à celebração destes, especialmente se não aplicada a sanção, que sempre foi vista como medida absolutamente indispensável, como um fim em si mesma, sem análise criteriosa quanto a sua verdadeira função e razão de existir.

Não obstante a vedação ao acordo contida na LIA, o Ministério Público, tendo em vista as disposições de outros diplomas normativos, sobretudo a novidade introduzida pela Lei n. 12.846/2013, o acordo de leniência, que trata do mesmo bem jurídico, passou a aplicar a consensualização no âmbito da improbidade, amparado na Resolução CNMP n. 179/2017, que regulamenta o § 6º da Lei n. 7.347/1985.¹⁷

Somente na véspera do Natal de 2019, a controvérsia a respeito da consensualização sobre improbidade administrativa foi parcialmente resolvida. A Lei n. 13.964/2019, popularmente conhecida como pacote anticrime, uma vez que destinada ao aperfeiçoamento da legislação penal e processual penal, introduziu alterações no art. 17 da LIA, para admitir a celebração de acordo de não persecução cível (§ 1º). Dissemos que a questão foi parcialmente solucionada porque o dispositivo que disciplinava minimamente o novel acordo de não persecução cível (ANPC) foi vetado (art. 17-A), de modo que o módulo consensual ficou carente de regulamentação, conforme veremos adiante.

Malgrado todo o mencionado vai e vem da consensualização em matéria sancionatória, é possível dizer que o caminho da consensualização foi pavimentado pela Constituição Federal, que já no seu preâmbulo anuncia, e obriga, uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos, fundada na harmonia social e comprometida, na

17 “É cabível o compromisso de ajustamento de conduta nas hipóteses configuradoras de improbidade administrativa, sem prejuízo do ressarcimento ao erário e da aplicação de uma ou algumas das sanções previstas em lei, de acordo com a conduta ou o ato praticado.”

ordem interna e internacional, com a solução pacífica das controvérsias. Também garantiu a participação do administrado nas decisões administrativas ao estatuir no art. 5º, inciso LV, que aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes. Embora o dispositivo se refira a litigantes, compreende-se que no processo administrativo o contraditório e a ampla defesa não são necessários somente em caso de litígios, já que a processualidade se afigura como legitimação do poder¹⁸ ou, como preferimos, da função ou da competência, especialmente se considerarmos a eficiência como ferramenta de otimização das decisões administrativas.

Em que pese à ordem constitucional, o Ministério Público, nos diversos atos que fomentam a consensualização, inclusive naquele que a autoriza, mesmo diante de vedação legal,¹⁹ não cita os fundamentos constitucionais, mas se refere à tendência internacional e ao paradigma jurídico do século XXI, por exemplo – nesse sentido, Resolução CNMP n. 118/2014 (Política Nacional de Incentivo à Autocomposição) e Recomendação n. 54/2017 (Política Nacional de Fomento à Atuação Resolutiva).

Um bom exemplo da consensualização no âmbito processual é a previsão da Lei n. 10.177/1998 (lei de processo administrativo paulista) a respeito do procedimento amigável de reparação de dano; a indenização devida pode ser paga pela Administração Pública no âmbito extrajudicial.

Após a Constituição Federal de 1988, muitos passos foram dados rumo à consensualização, não somente quanto à mencionada

18 Nesse sentido, *vide*: MEDAUAR, Odete. *Direito administrativo moderno*. 19. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015. p. 198-215; e SUNDFELD, Carlos Ari. *Processo e procedimento administrativo no Brasil*. In: SUNDFELD, Carlos Ari; MUÑOZ, Guillermo Andrés (coord.). *As leis de processo administrativo: lei federal 9.784/99 e lei paulista 10.177/98*. São Paulo: Malheiros Editores; Sociedade Brasileira de Direito Público, 2000. p. 17-36.

19 Sobre a celebração de acordo envolvendo improbidade administrativo, Fernando Dias Menezes de Almeida defende, desde 2012, que a vedação então contida na LIA se refere à transação, acordo ou conciliação judiciais, o que não inclui o TAC, antecedente ao ajuizamento da ação (*Contrato administrativo*. São Paulo: Quartier Latin, 2012. p. 305).

processualidade.²⁰ É nesse ambiente que sobreveio o acordo de não persecução cível e criminal (Lei n. 13.964/2019).

2.1 Acordo de não persecução cível, termo de ajustamento de conduta e acordo de leniência

A prática consensual na Administração Pública, como vimos, além de se revelar compatível com o regime jurídico administrativo, sobretudo por representar cumprimento ao compromisso imposto pela Constituição Federal, encontra hoje significativo arcabouço jurídico que a sustenta.

Entre os meios consensuais no âmbito sancionatório, ao que interessa a este trabalho, enumeramos: o termo de ajustamento de conduta (TAC) previsto na Lei n. 7.347/1985 (Lei da Ação Civil Pública); o acordo de leniência da Lei n. 12.846/2013 (Lei Anticorrupção ou Lei de Improbidade da Pessoa Jurídica); e o acordo de não persecução cível previsto no pacote anticrime (Lei n. 13.964/2019), que finalmente alterou a Lei n. 8.429/1992 e passou a admitir solução consensual.²¹

20 É preciso lembrar, também, que o Código de Processo Civil de 2015 oferece forte incentivo à composição e não exclui a administração pública. Ao contrário, o novo código impõe ao Estado o dever de promover, sempre que possível, a solução consensual dos conflitos (art. 3º, § 2º). E determina, ainda: “Art. 174. A União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios criarão câmaras de mediação e conciliação, com atribuições relacionadas à solução consensual de conflitos no âmbito administrativo, tais como: I - dirimir conflitos envolvendo órgãos e entidades da administração pública; II - avaliar a admissibilidade dos pedidos de resolução de conflitos, por meio de conciliação, no âmbito da administração pública; III - promover, quando couber, a celebração de termo de ajustamento de conduta”.

21 Outros exemplos de meios de consensualização: os termos de compromisso e acordos previstos na Lei n. 12.529/2011 (sistema brasileiro de defesa da concorrência) e na Lei n. 6.385/1976 (Comissão de Valores Mobiliários); a arbitragem, após a alteração promovida em 2015 na Lei n. 9.307/1996 (Lei de Arbitragem); a mediação, os acordos e as transações previstas na Lei n. 13.140/2015 (autocomposição de conflitos no âmbito da administração pública); a arbitragem e a mediação previstas na Lei n. 12.462/2011 (regime diferenciado de contratações), após alterações promovidas em 2015; o termo de ajustamento de gestão (TAG), celebrado no âmbito dos Tribunais de Contas, previsto em algumas leis orgânicas das Cortes de Contas e hoje também

O termo de ajustamento de conduta, segundo a Resolução CNMP n. 179/2017, é

instrumento de garantia dos direitos e interesses difusos e coletivos, individuais e homogêneos, e outros direitos de cuja defesa está incumbido o Ministério Público, com natureza de negócio jurídico que tem por finalidade a adequação da conduta às exigências legais e constitucionais.

disciplinado, no que se refere ao controle interno da administração pública, pelo Decreto Federal n. 9.830/2019, que regulamentou os arts. 20 ao 30 da LINDB. Exemplificativamente, a Lei Orgânica do Tribunal de Contas do Estado de Goiás (Lei n. 16.168/2007) autoriza a assinatura de termos de ajustamento de gestão para o efeito de afastar a aplicação de penalidades ou sanções e adequar os atos e procedimentos do órgão ou entidade controlada aos padrões de regularidade (art. 110-A). Esta previsão foi regulamentada pela Resolução Normativa n. 006/2012, que: garante a suspensão da aplicação de penalidades ou sanções, ou outras medidas impostas pelo TCE; veda assinatura de TAG nos casos em que esteja previamente configurado o desvio de recursos públicos e nos casos de processos com decisão definitiva irrecorrível; prescreve a designação de audiência de conciliação e discussão das obrigações e metas do TAG. Previsões semelhantes estão contidas nas leis orgânicas do TCE/MG (Lei Complementar n. 102/2008); TCE/SE (Lei Complementar n. 205/2011); TCE/RN (Lei Complementar n. 464/2012); TCE/MT (Lei Complementar n. 269/2007); TCE/AM (Lei n. 2.423/1996); TCE/RO (Lei Complementar n. 154/1996); TCE/AC (Lei Complementar n. 38/1993); TCE/MS (Lei Complementar n. 160/2012). O que muda essencialmente nas respectivas legislações é a competência para propor o TAG, em alguns casos, como no Rio Grande do Norte, a competência para propor o TAG é do Ministério Público de Contas, em outros, como no caso de Sergipe, exige-se a participação do Ministério Público de Contas na celebração do TAG. Por fim, lembramos dos termos de ajustamento de conduta nos casos de infração disciplinar, como aquele previsto na Instrução Normativa n. 17/2019, da Corregedoria-Geral da União (CGU), e a SUSPAD (suspensão do processo disciplinar), permitida em alguns estatutos, como no de Belo Horizonte (Lei n. 7.169/1996, regulamentada pelo Decreto n. 12.636/2007). O TAC disciplinar consiste em procedimento administrativo voltado à resolução consensual de conflitos, em caso de infração disciplinar de menor potencial ofensivo, assim considerada aquela cuja conduta seja punível com advertência e suspensão de até 30 dias. A SUSPAD possibilita a interrupção do processo disciplinar pelo prazo de um a cinco anos, conforme a gravidade da falta cometida. Durante esse período, o servidor deve cumprir as condicionantes especificadas no termo aderido, as quais variam desde o comparecimento à Corregedoria-Geral do Município para a entrega do atestado bimestral de cumprimento dos deveres, de desempenho satisfatório das atribuições e de não cometimento de infrações – assinado pela chefia imediata e pelos respectivos secretários – até o cumprimento de trabalho voluntário em instituição de caráter social indicada para tal fim.

Sua celebração não afasta a responsabilidade administrativa ou penal pelo mesmo fato e pode ocorrer em qualquer fase do inquérito civil ou procedimento correlato, bem como no curso da ação judicial. O compromissário pode ser pessoa física ou jurídica. O TAC é um acordo substitutivo de sanção que implica a cessação da prática mediante o cumprimento das obrigações impostas no termo. A mencionada resolução, aliás, sequer fala em sanções ou limita quais delas não podem ser objeto do TAC. Tão somente prevê a necessidade de penalidades para o caso de descumprimento do termo.²²

O acordo de leniência previsto na Lei n. 12.846/2013 (Lei Anticorrupção – LAC) é um acordo administrativo integrativo, na medida em que pressupõe cooperação com o processo administrativo sancionador e não elimina a necessidade da decisão, apenas determina o seu conteúdo, visto que não é possível a isenção de sanções. Somente pode ser celebrado por pessoa jurídica que seja a primeira a se manifestar. Admite uma miríade de autoridades competentes para sua celebração, um dos pontos de maior crítica. Exige confissão.

O acordo de não persecução cível se aproxima do acordo de leniência, posicionando-se, segundo a nossa perspectiva, como acordo administrativo integrativo, embora a legislação não disponha sobre os seus parâmetros e deixe lacuna que precisa ser preenchida. Esse espaço pode ser ocupado ao menos por três disciplinas positivadas, e nos limitaremos a elas: as disposições atinentes ao acordo de não persecução penal, previstas na mesma legislação que introduziu o acordo de não persecução cível; a disciplina relativa aos acordos de leniência, cujo objeto é o mesmo bem jurídico; ou os dispositivos que podem ser considerados cláusula geral na matéria acordo, previstos na LINDB.

Nenhuma dessas três soluções, todavia, nos parece adequada. Os dispositivos aplicados ao acordo de não persecução penal não são compatíveis com as características da ação de improbidade administrativa, basta lermos os requisitos e condições disciplinados na

22 A propósito do acordo substitutivo, *vide* Menezes de Almeida, que cita o TAC como exemplo (*Contrato administrativo*. São Paulo: Quartier Latin, 2012. p. 304-305).

Lei n. 13.964/2019 para identificarmos as dificuldades de transpor as mesmas condições ao acordo de não persecução cível.²³ O arca-

²³ “Art. 28-A. Não sendo caso de arquivamento e tendo o investigado confessado formal e circunstancialmente a prática de infração penal sem violência ou grave ameaça e com pena mínima inferior a 4 (quatro) anos, o Ministério Público poderá propor acordo de não persecução penal, desde que necessário e suficiente para reprovação e prevenção do crime, mediante as seguintes condições ajustadas cumulativa e alternativamente: I - reparar o dano ou restituir a coisa à vítima, exceto na impossibilidade de fazê-lo; II - renunciar voluntariamente a bens e direitos indicados pelo Ministério Público como instrumentos, produto ou proveito do crime; III - prestar serviço à comunidade ou a entidades públicas por período correspondente à pena mínima cominada ao delito diminuída de um a dois terços, em local a ser indicado pelo juízo da execução, na forma do art. 46 do Decreto-Lei n° 2.848, de 7 de dezembro de 1940 (Código Penal); IV - pagar prestação pecuniária, a ser estipulada nos termos do art. 45 do Decreto-Lei n° 2.848, de 7 de dezembro de 1940 (Código Penal), a entidade pública ou de interesse social, a ser indicada pelo juízo da execução, que tenha, preferencialmente, como função proteger bens jurídicos iguais ou semelhantes aos aparentemente lesados pelo delito; ou V - cumprir, por prazo determinado, outra condição indicada pelo Ministério Público, desde que proporcional e compatível com a infração penal imputada. § 1º Para aferição da pena mínima cominada ao delito a que se refere o *caput* deste artigo, serão consideradas as causas de aumento e diminuição aplicáveis ao caso concreto. § 2º O disposto no *caput* deste artigo não se aplica nas seguintes hipóteses: I - se for cabível transação penal de competência dos Juizados Especiais Criminais, nos termos da lei; II - se o investigado for reincidente ou se houver elementos probatórios que indiquem conduta criminal habitual, reiterada ou profissional, exceto se insignificantes as infrações penais pretéritas; III - ter sido o agente beneficiado nos 5 (cinco) anos anteriores ao cometimento da infração, em acordo de não persecução penal, transação penal ou suspensão condicional do processo; e IV - nos crimes praticados no âmbito de violência doméstica ou familiar, ou praticados contra a mulher por razões da condição de sexo feminino, em favor do agressor. § 3º O acordo de não persecução penal será formalizado por escrito e será firmado pelo membro do Ministério Público, pelo investigado e por seu defensor. § 4º Para a homologação do acordo de não persecução penal, será realizada audiência na qual o juiz deverá verificar a sua voluntariedade, por meio da oitiva do investigado na presença do seu defensor, e sua legalidade. § 5º Se o juiz considerar inadequadas, insuficientes ou abusivas as condições dispostas no acordo de não persecução penal, devolverá os autos ao Ministério Público para que seja reformulada a proposta de acordo, com concordância do investigado e seu defensor. § 6º Homologado judicialmente o acordo de não persecução penal, o juiz devolverá os autos ao Ministério Público para que inicie sua execução perante o juízo de execução penal. § 7º O juiz poderá recusar homologação à proposta que não atender aos requisitos legais ou quando não for realizada a adequação a que se refere o § 5º deste artigo. § 8º Recusada a homologação, o juiz devolverá os autos ao Ministério Público para a análise da

bouço relativo ao acordo de leniência, embora se aproxime da ação de improbidade, tendo em vista tutelar o mesmo bem, ainda assim não preenche as lacunas, uma vez que, além de insuficiente, o acordo de leniência se destina somente à pessoa jurídica, e as sanções previstas na LAC são diferentes daquelas prescritas pela LIA. Por fim, a disciplina da LINDB é insuficiente e demasiadamente genérica.

Não obstante, ainda que insuficientes as previsões a respeito do acordo de leniência da LAC, temos que elas seriam a melhor forma de preencher a lacuna deixada na LIA. Somente não se aplicariam ao acordo de leniência as limitações atinentes à isenção das sanções. Na ausência de dispositivo legal compatível com a LIA, é possível a isenção de todas as sanções no âmbito do acordo de não persecução cível, a depender da justificativa contida no acordo e dos elementos que o compõem.

O que não deve ocorrer, segundo a nossa lente, é a inovação por meio de atos infralegais para preenchimento da lacuna, o que tem feito o Ministério Público de cada estado disciplinar o acordo de não persecução cível, a exemplo do Ministério Público do Estado de São Paulo, que o fez por meio da Resolução n. 1.193/2020-CPJ. Não nos dedicaremos, no entanto, aos diversos atos infralegais.²⁴

necessidade de complementação das investigações ou o oferecimento da denúncia. § 9º A vítima será intimada da homologação do acordo de não persecução penal e de seu descumprimento. § 10 Descumpridas quaisquer das condições estipuladas no acordo de não persecução penal, o Ministério Público deverá comunicar ao juízo, para fins de sua rescisão e posterior oferecimento de denúncia. § 11 O descumprimento do acordo de não persecução penal pelo investigado também poderá ser utilizado pelo Ministério Público como justificativa para o eventual não oferecimento de suspensão condicional do processo. § 12 A celebração e o cumprimento do acordo de não persecução penal não constarão de certidão de antecedentes criminais, exceto para os fins previstos no inciso III do § 2º deste artigo. § 13 Cumprido integralmente o acordo de não persecução penal, o juízo competente decretará a extinção de punibilidade. § 14 No caso de recusa, por parte do Ministério Público, em propor o acordo de não persecução penal, o investigado poderá requerer a remessa dos autos a órgão superior, na forma do art. 28 deste Código.”

24 Outros exemplos de atos infralegais dos Ministérios Públicos são: Nota Técnica 001/2020 (SC); Informação Técnico-Jurídica n. 01/2020 (RS); Resolução n. 01/2020 (PE); Resolução CPJ n. 040/2020 (PB); Nota Técnica n. 01/2020 (CE).

Concentrar-nos-emos no ato do Ministério Público Federal, a Orientação n. 10/2020, a seguir analisada.

3 Análise da Orientação n. 10 do Ministério Público Federal

A polêmica sobre o acordo de não persecução cível se inicia a partir do veto presidencial ao art. 17-A, inserido na LIA por meio da Lei n. 13.964/2019. Referido dispositivo continha disciplina mínima quanto aos parâmetros e condições para a celebração desse acordo. Estava assim redigido:

Art. 17-A. O Ministério Público poderá, conforme as circunstâncias do caso concreto, celebrar acordo de não persecução cível, desde que, ao menos, advenham os seguintes resultados:

I - o integral ressarcimento do dano;

II - a reversão, à pessoa jurídica lesada, da vantagem indevida obtida, ainda que oriunda de agentes privados;

III - o pagamento de multa de até 20% (vinte por cento) do valor do dano ou da vantagem auferida, atendendo a situação econômica do agente.

§ 1º Em qualquer caso, a celebração do acordo levará em conta a personalidade do agente, a natureza, as circunstâncias, a gravidade e a repercussão social do ato de improbidade, bem como as vantagens, para o interesse público, na rápida solução do caso.

§ 2º O acordo também poderá ser celebrado no curso de ação de improbidade.

§ 3º As negociações para a celebração do acordo ocorrerão entre o Ministério Público e o investigado ou demandado e o seu defensor.

§ 4º O acordo celebrado pelo órgão do Ministério Público com atribuição, no plano judicial ou extrajudicial, deve ser objeto de aprovação, no prazo de até 60 (sessenta) dias, pelo órgão competente para apreciar as promoções de arquivamento do inquérito civil.

§ 5º Cumprido o disposto no § 4º deste artigo, o acordo será encaminhado ao juízo competente para fins de homologação.

A exclusão das referidas disposições, as quais, como dissemos, disciplinariam minimamente as condições do acordo de não persecução cível, impôs lacuna legal. A celebração do acordo de não persecução cível (ANPC) exige, portanto, o preenchimento dessa lacuna, que, segundo a LINDB, pode ocorrer mediante o emprego da analogia, dos costumes e dos princípios gerais de direito (art. 4º).

Pelo emprego da analogia, conforme já adiantamos no item anterior, embora não ideal e satisfatoriamente, o acordo de leniência seria o mais próximo do ANPC, visto que tutela o mesmo bem jurídico, de modo que, à exceção das disposições atinentes às limitações quanto à isenção das sanções, as quais são distintas para a LIA e para a LAC, a disciplina quanto aos requisitos pode, provisoriamente, regulamentar a celebração do ANPC.

Todavia, o Ministério Público não acolheu essa solução e passou a preencher a lacuna por meio de atos infralegais, com disciplina que se assemelha aos termos de ajustamento de conduta, embora deles se diferenciem, ao menos de acordo com o texto do ato normativo produzido pela 5ª Câmara de Coordenação e Revisão do Ministério Público Federal, a Orientação n. 10, de 9 de novembro de 2020, cuja análise será a seguir enfrentada. Além de regulamentar o ANPC, o ato do MPF disciplina inclusive o acordo de leniência, que já tem estrutura legal definida.

Segundo referida orientação, os acordos por ela regulados (termo de ajustamento de conduta, acordo de não persecução cível e acordo de leniência) podem ser celebrados no âmbito extrajudicial e judicial da improbidade administrativa, por pessoa física ou jurídica (nesse ponto se diferencia do acordo de leniência da Lei n. 12.846/2013, celebrado somente pelos entes coletivos), com sistema delimitado pelas Leis n. 8.429/1992 e n. 12.846/2013. Quando celebrados no âmbito extrajudicial, exige-se homologação judicial. Quanto a isso não há definição dos critérios que poderão balizar a decisão judicial de homologação. Questionamos se o juiz ou juíza estará vinculado aos termos da Orientação n. 10 ou de qualquer outro ato infralegal do Ministério Público.

Já na largada a orientação contraria o veto ao art. 17-A, que no § 2º autorizava a celebração do acordo também no curso de ação de improbidade.²⁵ Não obstante, não nos parece que a lei vede a celebração do acordo no âmbito judicial. O § 10-A do art. 17 anuncia essa possibilidade de forma explícita, embora inaugure certa polêmica: “Havendo a possibilidade de solução consensual, poderão as partes requerer ao juiz a interrupção do prazo para a contestação, por prazo não superior a 90 (noventa) dias”. Nossa leitura é no sentido de que a fixação do momento processual da contestação se refere somente à suspensão do processo, o que não impede a celebração do acordo depois de ultrapassada essa fase, quando não ocorrerá a suspensão processual. A orientação em análise permite, inclusive, sua celebração em segunda instância.

Os acordos previstos na orientação, segundo dispõe o seu art. 4º, são elementos indispensáveis à prevenção, dissuasão e a repressão de atos de improbidade previstos na Lei n. 8.429/1992 e na Lei n. 12.846/2013. Significa dizer que pode ser celebrado ANPC no âmbito da LAC. É o que se extrai, inclusive, do art. 4º, § 3º, e do art. 19 da orientação, respectivamente: “O Membro do MPF, à luz da sua independência funcional, poderá eleger a melhor forma de consensualidade para solução do caso concreto”; “O ANPC abrangerá qualquer categoria de improbidade administrativa, agasalhada nos artigos 9º, 10 (e 10-A) e 11 da LGIA e artigo 5º da LIPJ”.

Nesse ponto a orientação traz inovação duvidosa. Em que pese à inexistência, entre nós, de sistematização e metodologia no que tange

25 As razões do veto são as seguintes: “A propositura legislativa, ao determinar que o acordo também poderá ser celebrado no curso de ação de improbidade, contraria o interesse público por ir de encontro à garantia da efetividade da transação e do alcance de melhores resultados, comprometendo a própria eficiência da norma jurídica que assegura a sua realização, uma vez que o agente infrator estaria sendo incentivado a continuar no trâmite da ação judicial, visto que disporia, por lei, de um instrumento futuro com possibilidade de transação”. Ao contrário do que aduz o veto, a prática consensual foi fortalecida nas últimas duas décadas e encontra guarida no texto constitucional e nos anseios da sociedade, que demanda soluções mais eficientes e menos custosas. O interesse público reside exatamente na possibilidade de solucionar os conflitos de forma mais eficaz e pacífica e não na forma amesquinhada consignada nas razões que justificaram a censura à propositura legislativa.

aos diversos tipos de acordos administrativos, de modo que não é possível apontar um regime aplicável de forma bem identificada para cada uma das suas modalidades, é certo que cada legislação adotou uma técnica diferente de consensualização. A LIA não assimilou a mesma técnica da LAC (ou LIPJ), já que, se o tivesse feito, não teria criado novo tipo de acordo (o ANPC). Isso talvez porque o rito respectivo das ações previstas em ambas as legislações seja diferente e porque o acordo de leniência tenha natureza diferente do acordo de não persecução cível, inclusive porque aplicado no âmbito de responsabilidade objetiva.²⁶

Outras inovações introduzidas pela orientação são o Cadastro Nacional de Acordos de Não Persecução Cível, o Cadastro Nacional de Acordos de Leniência do MPF e o Cadastro Nacional de Pessoas Impedidas de Leniência do MPF. Referidos depositórios não encontram previsão legal e não poderiam ser utilizados por terceiros além do próprio Ministério Público, menos ainda limitar direitos dos interessados.

Segundo a orientação, o acordo de leniência e o ANPC são “categorias específicas de Termos de Ajustamento de Conduta”. Ocorre que o TAC, nos termos da Resolução CNMP n. 179/2017, conforme já dissemos aqui, tem natureza de negócio jurídico e como finalidade a adequação da conduta às exigências legais e constitucionais.

Não nos parece que o acordo de leniência e o ANPC visem a adequação da conduta, uma vez que eles não têm como objeto a cessação de prática e não são acordos substitutivos. Aliás, é requisito para a celebração do acordo de leniência que a prática seja cessada na data da sua propositura e não posteriormente ou no curso do monitoramento do acordo (art. 16, § 1º, inciso II, da Lei n. 12.846/2013). O acordo de leniência e o ANPC são acordos integrativos e visam, portanto, tratar das repercussões dos atos praticados, mediante concessões recíprocas, na medida em que o poder público, de um lado, exerce sua competência punitiva de forma não coercitiva e reduzida, e o particular, de outro lado, coopera com o processo, seja por meio do reconhecimento

²⁶ Sobre a responsabilidade objetiva prevista na Lei n. 12.846/2013, *vide*: CARDOSO, Raphael de Matos. *A responsabilidade da pessoa jurídica por atos de improbidade e corrupção*. Rio de Janeiro: Lumen Iuris, 2019.

da prática não conforme, seja mediante a revelação de fatos e situações não conhecidas pelo poder público. É o que dispõe o art. 21 da orientação ao tratar das obrigações do celebrante: “prestar as informações que lhe forem solicitadas e cooperar para o esclarecimento dos fatos; havendo impossibilidade de fazê-lo, prestar as justificativas devidas”.

Quanto à cooperação do particular, embora estejamos convictos de que ela possa se manifestar mediante o reconhecimento do ato e a disposição para eventual correção e recomposição sem o aguardo do longo trâmite de uma ação judicial, o art. 21 da orientação afirma que os benefícios serão proporcionais às vantagens obtidas com o acordo. Essa disposição impõe ônus maior à motivação do acordo, sobretudo quando o particular não cooperar de outra forma senão com o reconhecimento das práticas, e pode limitar as isenções sancionatórias, o que seria desestímulo à consensualização.

A incompreensão quanto aos limites e propósitos do acordo e principalmente os reflexos que a ausência de disciplina legal suficiente causa estão bem expostos na previsão da orientação indigitada, que abre espaço à realização de audiência pública. Os acordos celebrados no ambiente sancionatório, especialmente os acordos integrativos, não são compatíveis com a participação popular, como se fossem arremedos de júri. Nessa situação, o particular já está naturalmente exposto e fragilizado, e o poder público tem interesse (ou deveria) na pacificação, preferencialmente na justiça restaurativa. Para cumprir essa competência, dificilmente é possível vislumbrar a necessidade e pertinência de participação coletiva, sobretudo porque a atividade sancionatória e punitiva *lato sensu* é privativa do Estado, seja ela exercida mediante o emprego da força legalizada, seja da consensualização.

A orientação não explicita de forma ílesa de dúvidas, mas, a partir da leitura do seu art. 20, é possível afirmar que é condição para a celebração do ANPC a confissão, na medida em que se exige que a responsabilidade imputada pelo MPF seja reconhecida pelo celebrante. Aqui se instala outra dúvida: todas as responsabilidades hipoteticamente identificadas pelo Ministério Público devem ser necessariamente confessadas pelo celebrante? E se o celebrante não reconhecer

a prática de algum ou alguns dos atos que lhe são imputados, isso inviabiliza o acordo? Não nos parece que as respostas a essas indagações devam ser positivas, sob pena de perda da essência do acordo e transformação do ato em imposição de assunção de responsabilidades.

Disposição alvissareira e que deve fomentar o diálogo e a cooperação institucional é aquela atinente à participação da entidade lesada. Embora a orientação faculte a integração com a pessoa jurídica lesada, os esforços devem se concentrar no sentido de reunir todos os interessados e otimizar a responsabilização, de modo a zelar pela segurança jurídica e a evitar excessos. O ideal seria que o acordo contemplasse inclusive a responsabilidade disciplinar e administrativa, de forma que o celebrante não ficasse exposto ainda a outros processos de responsabilização além da ação de improbidade administrativa.

Há retrocesso, todavia, quanto aos benefícios do acordo. A orientação veda a isenção total de sanções e proíbe a isenção da suspensão dos direitos políticos para os efeitos da LC n. 135/2010. Na prática, independentemente dos atos praticados e reconhecidos, o ANPC já larga no mínimo com a sanção de suspensão dos direitos políticos, como um adereço indispensável e inegociável, enquanto referida sanção não tem aplicação compulsória sequer na esfera judicial. Aliás, para os efeitos da LC n. 135/2010, somente são inegáveis os que forem condenados à suspensão dos direitos políticos, em decisão transitada em julgado ou proferida por órgão judicial colegiado, por ato doloso de improbidade administrativa que importe lesão ao patrimônio público e enriquecimento ilícito. O ANPC terá o mesmo *status* da condenação exigida pela lei complementar? A confissão (ou o reconhecimento da responsabilidade imputada, segundo a redação da orientação) implica declaração de ato doloso de improbidade? E quando o ato não causar lesão ao patrimônio público e enriquecimento ilícito? Mais uma vez a orientação manifesta incompreensão quanto à consensualização e aos efeitos dos acordos no âmbito sancionatório.

Não obstante a sanção obrigatória acima mencionada, a própria orientação prevê outras soluções, não isentas de críticas, no sentido de serem estabelecidas obrigações no acordo, como

o compromisso de não se candidatar a cargos políticos, no prazo de até 8 (oito) anos, contados da data de celebração do acordo, em função da categoria de ato ímprobo praticado, desde que a improbidade tenha sido praticada pelo celebrante no exercício do cargo político; [e] o compromisso de não exercer cargo comissionado ou função de confiança, no âmbito da Administração Direta ou Indireta lesada pela improbidade, no prazo de até 8 (oito) anos, contados da data de celebração do acordo, em função da categoria de ato ímprobo praticado.

Por fim, nessa rápida leitura crítica a que nos propomos nesse artigo, a orientação guarda uma pérola que contraria os postulados constitucionais e tem o potencial de violar a ampla defesa. A “cereja do bolo” está assim textualizada entre os deveres do interessado:

substituir o advogado constituído pelo celebrante, no caso de o Ministério Público Federal verificar, de forma fundamentada e objetiva, impedimento para a representação regular da parte no processo de celebração, incluindo a ocorrência de conflito de interesses.

Não conseguimos vislumbrar qual seria o impedimento ao advogado, senão aqueles disciplinados pela legislação que regula a profissão, bem como quais seriam os possíveis conflitos de interesses que impossibilitariam o patrocínio do celebrante. Mais que isso, o que autoriza a interferência do Ministério Público na escolha da defesa pelo celebrante, a não ser que seja praticada alguma ilegalidade e, nesse caso, são imperativas outras providências?

4 Efeitos da celebração do acordo de não persecução cível

Além de não regulamentar o ANPC quanto às condições e limites, a LIA também não previu os reflexos da sua celebração, seja para o celebrante, seja para os demais réus que não aderiram à solução consensual.

Para o celebrante não nos parece que o acordo possa apresentar automaticamente efeitos externos nos moldes de uma condenação transitada em julgado, como, por exemplo, quanto à inelegibilidade, já tratada linhas atrás, e aos impedimentos à celebração de contratos ou ao recebimento de benefícios, como aquele de que cuida a Lei n. 13.019/2014:

Art. 39. Ficará impedida de celebrar qualquer modalidade de parceria prevista nesta Lei a organização da sociedade civil que: [...] VII – tenha entre seus dirigentes pessoa: [...] c) considerada responsável por ato de improbidade, enquanto durarem os prazos estabelecidos nos incisos I, II e III do art. 12 da Lei nº 8.429, de 2 de junho de 1992.

A não ser que referidos impedimentos tenham sido assumidos pelo celebrante como compromisso no bojo do acordo, eles não poderão ser efeito imediato da celebração do ANPC, uma vez que não há condenação transitada em julgado, mas resolução alcançada pelas partes mediante concessões recíprocas, o que naturalmente implica restrições quanto às suas repercussões.

No que tange aos demais réus, o impacto do ANPC ainda é uma incógnita, pelo menos para nós, em algumas situações. Uma delas, e aqui não pretendemos explorar as diversas situações que a prática impõe e a teoria nem sempre consegue alcançar, pode ser vislumbrada no seguinte caso hipotético: suponha-se que o ato de improbidade tenha sido praticado por dois sujeitos, um agente público e um particular. O agente público celebra ANPC, e o particular não. A ação de improbidade administrativa poderá ser proposta ou poderá prosseguir somente contra o particular, malgrado o entendimento pacificado de que o polo passivo deve ser ocupado, concomitantemente, por agente público? Nesse caso, o acordo celebrado pelo agente público será considerado como prova da prática do ato, de sorte que sua presença no polo passivo da ação será dispensada?

Parece-nos que o ANPC não poderá produzir efeitos a terceiros que dele não participem, embora o celebrante, ao contribuir, possa apresentar provas que naturalmente serão utilizadas para a persecução de quem não celebrou o acordo. Nesse caso, o acordo deverá integrar a ação de improbidade administrativa não somente como elemento de prova, sujeito, é claro, ao crivo judicial, como também comporá a relação processual, de modo a suprir a ausência do agente público, que poderia impedir a propositura ou o prosseguimento da ação.

5 Conclusão

O direito administrativo atravessou transformações – e ainda atravessa –, especialmente no que se refere a alguns dos seus pilares, entre eles o interesse público (supremacia e indisponibilidade), o qual exerce forte influência no desenvolvimento da atividade consensual da Administração Pública, acostumada às relações verticais e ao exercício da autoridade mais por fetichismo do que por necessidade.

À medida que as transformações do direito administrativo o despojaram de algumas das amarras dogmáticas, que são mais herança do absolutismo e do autoritarismo do que mecanismos a serviço da função pública, a Administração Pública passou a diversificar os meios de execução das suas finalidades, notadamente no que se refere à função sancionatória.

Os sinais dessa guinada consensual estão expressos nas últimas duas décadas de produção legislativa, que fez inserir em diversos diplomas legais meios consensuais de solução de conflitos, potencializadores da consensualização na função administrativa.

Malgrado esse processo transformador, nem todos os meios consensuais disponíveis à Administração Pública têm requisitos e parâmetros suficientemente definidos pela legislação, como é o caso dos acordos de não persecução cível inseridos na Lei n. 8.429/1992. Diante da ausência absoluta de regulamentação legal, a solução seria a analogia, neste caso mediante a aplicação das disposições da Lei n. 12.846/2013 atinentes ao acordo de leniência, exceto quanto às limitações referentes às isenções das sanções, tendo em vista a distinção entre as penalidades de ambas as mencionadas leis.

Além de não abrigar essa solução, o Ministério Público passou a legislar sobre a matéria, inclusive sobre os próprios acordos de leniência, o que não pode ser aceito como razoável no Estado Democrático de Direito, sobretudo porque o próprio Ministério Público é parte no acordo que ele mesmo disciplinou. Além disso, a regulamentação imposta pelo Ministério Público não é submetida ao devido processo legislativo, com as balizas e barreiras pertinentes a esse processo, especialmente qualificado pela represen-

tatividade, de modo que as modificações das condições estão mais vulneráveis a ocorrerem, o que viola a segurança jurídica e cria múltiplos regimes para o mesmo instituto.

Portanto, além das fragilidades e problemas expostos nessa célere análise, o ativismo legislativo do Ministério Público, ao contrário de contribuir com a solução pacífica, e acreditamos que esse seja mesmo idealmente o mote, somente fomentará controvérsias, com o potencial de amesquinhar instrumento tão relevante para a evolução da função punitiva.

Referências

ÁVILA, Humberto. Repensando o princípio da supremacia do interesse público sobre o particular. *Revista Trimestral de Direito Público*, São Paulo, n. 24, p. 159-180, 1998.

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de direito administrativo*. 33. ed. São Paulo: Malheiros, 2017.

BINENBOJM, Gustavo. *Uma teoria do direito administrativo*. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2014.

CÂMARA, Jacintho Arruda. O mito das cláusulas exorbitantes: vale a pena alimentá-lo na nova lei das contratações públicas? *Online: Jota*, 22 out. 2019. Disponível em: <https://www.jota.info/opiniao-e-analise/colunas/publicistas/o-mito-das-clausulas-exorbitantes-22102019>. Acesso em: 23 set. 2020.

CARDOSO, Raphael de Matos. *A responsabilidade da pessoa jurídica por atos de improbidade e corrupção*. Rio de Janeiro: Lumen Iuris, 2019.

CARVALHO, André Castro. Acordos de leniência: recomendações da OCDE. *O Estado de S. Paulo*, A2, 15 fev. 2019.

CARVALHO, André Castro. Por uma norma geral de acordos administrativos para ilícitos corporativos. *Consultor Jurídico*, 2 out. 2019.

DE PALMA, Juliana Bonacorsi. *Atuação administrativa consensual: estudo dos acordos substitutivos no processo administrativo sancionador*. Dissertação de mestrado, 2010.

JUSTEN FILHO, Marçal. Conceito de interesse público e a personalização do direito administrativo. *Revista Trimestral de Direito Público*, São Paulo, v. 26, p. 115-136, 1999.

MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. *Regulação estatal e interesses públicos*. São Paulo: Malheiros, 2002.

MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. A superação do ato administrativo autista. In: MEDAUAR, Odete; SCHIRATO, Vitor Rhein (coord.). *Os caminhos do ato administrativo*. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2011. p. 89-113.

MARRARA, Thiago. Acordos de leniência no processo administrativo brasileiro: modalidades, regime jurídico e problemas emergentes. *RDDA*, v. 2, n. 2, 2015.

MARRARA, Thiago. Regulação consensual: o papel dos compromissos de cessação de prática no ajustamento de condutas dos regulados. *RDDA*, v. 4, n. 1, 2017.

MARTINS, Ricardo Marcondes. *Teoria jurídica da liberdade*. São Paulo: Contracorrente, 2015.

MEDAUAR, Odete. *O direito administrativo em evolução*. 3. ed. Brasília: Gazeta Jurídica, 2017.

MEDAUAR, Odete. *Direito administrativo moderno*. 19. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015.

MENEZES DE ALMEIDA, Fernando Dias. *Contrato administrativo*. São Paulo: Quartier Latin, 2012.

SANTOS, Christiano Jorge; MARQUES, Silvio Antônio. Pacote anticrime (Lei 13.964/2019) e acordo de não persecução cível na fase pré-processual: entre o dogmatismo e o pragmatismo. *Revista de Processo*, v. 303/2020, p. 291-314, maio 2020.

SUNDFELD, Carlos Ari. Processo e procedimento administrativo no Brasil. In: SUNDFELD, Carlos Ari; MUÑOZ, Guillermo Andrés (coord.). *As leis de processo administrativo: lei federal 9.784/99 e lei paulista 10.177/98*. São Paulo: Malheiros Editores e Sociedade Brasileira de Direito Público, 2000.

A cadeia de custódia dos vestígios digitais sob a ótica da Lei n. 13.964/2019: aspectos teóricos e práticos

Winícius Ferraz Neres

Analista do MPU – suporte e infraestrutura de TIC, lotado na Assessoria Nacional de Perícia em TIC da Procuradoria-Geral da República. Engenheiro de Computação. Especialista em Segurança da Informação e em Computação Forense.

Resumo: Este artigo versa sobre a promulgação da Lei n. 13.964/2019, que trouxe com ela, um conjunto de consequências teóricas e práticas. Especificamente no âmbito do Código de Processual Penal (CPP), os arts. 158-A a 158-F acrescentaram dispositivos relacionados ao tratamento da prova pericial, em especial à manutenção da cadeia de custódia. Esses artigos, em certos momentos, foram taxativos acerca do tratamento do vestígio penal, mas, por outro lado, deixaram lacunas, principalmente quando se vislumbra um vestígio digital. Esse tipo de vestígio é naturalmente mais volátil e passível de adulteração quando comparado aos das outras áreas de conhecimento. Portanto, cabe às forças da lei e aos demais envolvidos o desenvolvimento de procedimentos e de estrutura necessários para a adequação legal, bem como a garantia da integridade e da manutenção da cadeia de custódia dessa categoria de vestígio, que se torna cada vez mais importante numa sociedade em que os crimes informáticos proliferam. Nesse contexto, é fundamental a busca por fontes de conhecimento complementares e confiáveis. Destaque para as normas nacionais e internacionais acerca do tratamento dos vestígios digitais, bem como os procedimentos operacionais já desenvolvidos por diversos institutos de criminalística. Concluindo, como produto desta pesquisa seguem, no formato de apêndice, três compilados que objetivam apoiar de alguma forma os responsáveis em conduzir a missão de adequar a manutenção da cadeia de custódia do vestígio informático à Lei n. 13.964/2019.

Palavras-chave: Cadeia de custódia. Crime informático. Lei n. 13.964/2019. Vestígio digital.

Abstract: This article deals with the enactment of Law 13.964/2019, which brought with it a set of theoretical and practical consequences. Specifically within the scope of the Criminal Procedure Code, the articles 158-A to 158-F were added provisions related to the treatment of expert evidence, in particular the maintenance of the chain of custody. These articles, at certain times, were definitive about the treatment of the criminal vestige, but on the other hand, they left gaps, especially when dealing with a digital trace. This type of vestige is naturally more volatile and susceptible to adulteration when compared to other areas of knowledge. Therefore, it is the responsibility of the law enforcement agencies and others involved to develop the necessary procedures and structure for legal adequacy, as well as to guarantee the integrity and maintenance of the chain of custody of this category of vestige, that is becoming increasingly important in a society where computer crimes proliferate. Due this, the search for complementary and reliable sources of knowledge is fundamental. Highlight for the national and international norms about the treatment of digital traces, as well as the operational procedures already developed by several criminology institutes. In conclusion, as a product of this research, three compilations are presented as appendices that aim to support in some way those responsible for carrying out the mission of adapting the maintenance of the chain of custody of the computer trace to Law 13.964/2019.

Keywords: Chain of custody. Computer crime. Law 13.964/2019. Digital trace.

Sumário: 1 Introdução. 2 Crimes informáticos. 3 Vestígios digitais. 3.1 Especificidades dos vestígios digitais. 3.2 Manuseio dos vestígios digitais. 3.3 Cadeia de custódia dos vestígios digitais. 3.4 Boas práticas para a manutenção da cadeia de custódia dos vestígios digitais. 4 Conclusão.

1 Introdução

Em junho de 2018, foi apresentado na Câmara dos Deputados o Projeto de Lei n. 10.372/2018, que objetivava “[...] agilizar e modernizar a investigação criminal e a persecução penal”.¹ Em 24 de dezembro de 2019, enfim, o Presidente Jair Bolsonaro, após vetar 25 itens do texto final aprovado pelo Parlamento, sancionou e promulgou a Lei n. 13.964/2019, conhecida popularmente como Pacote Anticrime.

1 BRASIL. Câmara dos Deputados. *Projeto de Lei n. 10.372/2018*. Disponível em: <https://www.camara.leg.br/propostas-legislativas/2178170>. Acesso em: 20 abr. 2020.

A Lei n. 13.964/2019 alterou diversos dispositivos legais, entre eles o Código de Processo Penal (Decreto-Lei n. 3.689/1941), do qual têm especial interesse para este estudo os arts. 158-A a 158-F, inseridos no capítulo relativo ao exame de corpo de delito, cadeia de custódia e perícias.

Não obstante a preservação da prova não ser uma inovação no ordenamento jurídico brasileiro, é senso comum que os mencionados artigos conferiram maior importância à manutenção da cadeia de custódia dos vestígios penais. Indo adiante, ao analisar mais atentamente os supracitados artigos, também se percebe que em alguns dispositivos há um detalhamento minucioso de certos procedimentos. Por outro lado, também ficam expostas algumas lacunas operacionais que não foram abordadas pela legislação.

Esse hiato de certa forma é esperado, afinal, não seria razoável que o legislador descrevesse taxativamente todos os mecanismos relativos à manutenção e garantia da cadeia de custódia dos vestígios penais das mais diversas áreas do conhecimento. Isso, no entanto, obriga a que as forças da lei se atentem e criem os devidos procedimentos e as necessárias estruturas de trabalho.

Essa situação fica ainda mais latente ao se tratar dos vestígios, evidências ou provas digitais, afinal esses ativos exigem cautela especial, uma vez que, de forma geral, dados armazenados são mais passíveis de adulteração do que os vestígios físicos existentes em outras áreas do conhecimento.²

De todo modo, a promulgação da Lei n. 13.964/2019, no tocante ao gerenciamento da cadeia de custódia, ainda vem impondo mudanças nas estruturas físicas e organizacionais das forças da lei que necessitam lidar com essa questão. Nessa conjuntura apresentada, este trabalho intenta ter natureza aplicável, de maneira que, além de apresentar conceitos associados e propor reflexões acerca do tema, enuncia um compilado de boas práticas, com vistas ao apoio da adequada manutenção da cadeia de custódia de alguns dos mais comuns vestígios digitais tratados no contexto pericial da Tecnologia da Informação e Comunicação (TIC).

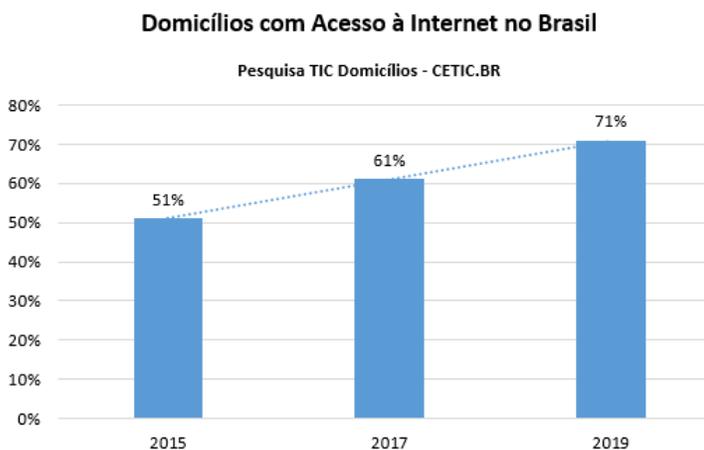
2 CUNHA, Rogério Sanches. *Pacote Anticrime: Lei 13.964/2019 – Comentários às alterações no CP, CPP e LEP*. Salvador: JusPodivm, 2020.

2 Crimes informáticos

Neste século, o uso da internet e dos recursos tecnológicos associados tornou-se imprescindível às organizações (públicas e privadas), aos indivíduos e à sociedade de forma geral. As pessoas buscam conhecimento, procuram novas relações pessoais, executam atividades profissionais ou simplesmente intentam se divertir a partir de um dispositivo conectado à rede mundial. As corporações, por sua vez, também são cada vez mais dependentes da TIC para se comunicarem com parceiros, fornecedores e clientes, bem como para otimizarem os processos de produção e prestação de serviços.

A respeito do acesso à tecnologia no Brasil, convém mencionar alguns indicadores da pesquisa intitulada “TIC Domicílios”, realizada periodicamente pelo Centro Regional de Estudos para o Desenvolvimento da Sociedade da Informação (CETIC.BR). Segundo essa pesquisa, em 2019, 71% dos lares brasileiros possuíam acesso à internet. Em 2017, havia um apontamento de 61% para esse mesmo indicador e, em 2015, apenas 51% das residências brasileiras dispunham de acesso à rede mundial de computadores. A figura a seguir ilustra esses números e a tendência de crescimento.³

Figura 1 • Percentual de domicílios brasileiros com acesso à internet



³ COMITÊ GESTOR DE INTERNET NO BRASIL, 2016; 2018; 2020. Acesso em: 18 ago. 2020.

Outro interessante indicador se refere à quantidade de indivíduos no Brasil que já tiveram contato direto com a internet. Em 2019, a pesquisa “TIC Domicílios – Indivíduos” concluiu que 80% dos brasileiros já haviam acessado a internet alguma vez na vida, independentemente do meio. Já em 2017, a pesquisa afirmou que 74% das pessoas possuíam essa experiência e, em 2015, esse índice chega a apenas 66%.⁴

Sob outra perspectiva, a reboque do maior acesso à tecnologia neste século e dos inúmeros benefícios gerados por ela, cresceram as práticas ilícitas utilizando direta ou indiretamente os sistemas informatizados. Do mesmo modo, é fato notório que as tecnologias novas, responsáveis por permitirem o desenvolvimento e a automação dos processos de negócio, por outro lado também possibilitam formas do inadequado uso dos computadores e afins.⁵

Mister registrar que esse tipo de delito e as tentativas de enfrentamento vêm ganhando força neste século. No entanto, segundo o jurista alemão Ulrich Sieber, há registros do início da década de 1970 dos primeiros tipos penais destinados a proteger a vida privada diante das novas formas de armazenamento, transmissão e processamento de dados que surgiam naquela época.⁶

Sobre a tipologia dos crimes informáticos, existem algumas correntes divergentes. Uma forma de abordar essa questão seria visualizar a cibercriminalidade em sentido amplo e em sentido estrito. A primeira abarcaria toda e qualquer atividade criminosa executada por meios informáticos, seja ela direcionada especificamente a siste-

4 COMITÊ GESTOR DE INTERNET NO BRASIL, 2016, 2018, 2020.

5 WELCH, 2007, p. 2781-2782 *apud* CAIADO, Felipe B.; CAIADO, Marcelo. Combate à pornografia infantojuvenil com aperfeiçoamentos na identificação de suspeitos e na detecção de arquivos de interesse. In: DOMINGOS, Fernanda Teixeira Souza et al. (coord.). *Crimes Cibernéticos: coletânea de artigos*. v. 3. Brasília: Ministério Público Federal – 2ª Câmara de Coordenação e Revisão, 2018. Disponível em: http://www.mpf.mp.br/atuacao-tematica/ccr2/publicacoes/coletaneas-de-artigos/coletanea_de_artigos_crimes_ciberneticos. Acesso em: 18 ago. 2020.

6 KIST, Dário José. *A prova digital no processo penal*. Leme-SP: JH Mizuno, 2019.

mas cibernéticos, seja apenas como instrumento-meio para a prática de um crime comum. A segunda, mais estrita, abraça a tese de que crimes informáticos contemplariam apenas os delitos em que o elemento digital esteja presente como objeto principal de proteção.⁷

Há quem opte por categorizar os crimes cibernéticos tendo por base o bem jurídico tutelado. Ulrich Sieber, por exemplo, propôs que esses delitos fossem classificados como:⁸

- a) crimes econômicos;
- b) ataques à privacidade;
- c) transmissão de conteúdos ilegais;
- d) outros delitos, incluindo os crimes contra a vida.

Como outro exemplo de observância e classificação dos crimes informáticos, o autor Túlio Vianna⁹ inicialmente considera que o mero uso de um dispositivo computacional para a execução de um delito, por si só, não configuraria um crime informático, caso o bem afetado não seja objetivamente um dado ou uma informação automatizada. Ainda nas palavras de Vianna,¹⁰ “em rigor, para que um delito seja considerado de caráter informático, é necessário que o bem jurídico por ele protegido seja a inviolabilidade de informações e dados [...]”.

Por outro lado, esse autor reconhece que muitos outros literatos também consideram crimes informáticos aquelas infrações penais em que o ativo de TIC sirva apenas como um instrumento-meio e, portanto, também não descarta esse entendimento comum. Dessa forma, ele resolveu classificar os crimes informáticos em quatro espécies: a) crimes informáticos próprios; b) crimes informáticos impróprios; c) crimes informáticos mistos; d) crimes informáticos mediatos ou indiretos.

7 KIST, 2019.

8 SIEBER *apud* KIST, 2019.

9 VIANNA, Túlio; MACHADO, Felipe. *Crimes informáticos*: conforme a Lei nº 12.737/2012. Belo Horizonte: Fórum, 2013.

10 VIANNA; MACHADO, 2013, p. 29.

Crimes informáticos próprios seriam aqueles delitos em que o bem protegido pela norma é a inviolabilidade das informações em trânsito ou armazenadas. Um exemplo clássico desse tipo de delito seria o crime de invasão de dispositivo informático e o crime de inserção de dados falsos em sistema de informações por parte de funcionário público (art. 313-A do Código Penal – CP).

Ainda sob a ótica desse autor, crimes informáticos impróprios seriam aqueles em que o dispositivo computacional é utilizado como mero instrumento para a execução do crime, mas não existe ofensa à inviolabilidade da informação automatizada. Um exemplo seria o crime de ameaça (art. 147 do CP), passível de ser executado via correio eletrônico ou rede social. Nesse caso, em regra, não há qualquer ataque à inviolabilidade de informações automatizadas.

Já os crimes cibernéticos mistos “[...] são crimes complexos¹¹ em que, além da proteção da inviolabilidade dos dados, a norma visa tutelar bem jurídico de natureza diversa”.¹² São delitos derivados do ataque ao sistema informatizado. Essa espécie pode ser ilustrada pelo crime de acesso a sistema do serviço eleitoral, a fim de alterar a apuração ou a contagem de votos (Lei. n. 9.504, art. 72, inciso I).

Finalmente, crimes informáticos mediatos (ou indiretos) seriam conceituados como delitos-fim não informáticos que herdaram essa característica do delito-meio informático para possibilitar sua execução. Dessa forma, por exemplo, se determinada pessoa invadir o sistema computacional de um banco e transferir indevidamente recursos financeiros para conta alheia, esse indivíduo estaria cometendo dois diferentes delitos: o crime de invasão de dispositivo informático e o crime de furto, sendo aquele um crime informático e este um delito contra o patrimônio. De todo modo, nesse caso hipotético, o agente somente seria apenado pelo furto, aplicando-se ao caso o princípio da consunção.¹³

11 Crimes complexos são os delitos em que há uma fusão unitária de mais de um tipo de crime (HUNGRIA, 1958, p. 53 *apud* VIANNA; MACHADO, 2013).

12 VIANNA; MACHADO, 2013, p. 34.

13 VIANNA; MACHADO, 2013.

Outra perspectiva acerca desse assunto, aparentemente a mais difundida, ao menos no Brasil, e a preferida deste articulista, é classificar os crimes informáticos simplesmente em próprios ou puros e impróprios ou impuros. Aqueles abrangeriam os delitos cometidos necessariamente em virtude da existência do ciberespaço. Acesso não autorizado a um sistema informático, interceptação ilegal de comunicação telemática e criação de *malwares* com fins ilícitos são bons exemplos de crimes informáticos próprios ou puros.¹⁴

Por fim, os cibercrimes impróprios ou impuros seriam aqueles passíveis de objetivamente ser executados de forma tradicional no mundo físico, mas no caso concreto foram praticados via sistemas informatizados. Como exemplo é possível mencionar os estelionatos praticados via internet, os ataques à honra ou as ameaças por meio de dispositivos tecnológicos e a difusão de conteúdo proibido na rede mundial de computadores.¹⁵

3 Vestígios digitais

Primeiramente, durante esta pesquisa, percebeu-se que muitas obras mencionam os termos vestígio digital, evidência digital e prova digital praticamente como sinônimos. Assim, convém aclarar esses conceitos e suas diferenças sutis, pois em certas situações essa questão não será um mero preciosismo.

Nos termos do § 3º do art. 158-A da Lei n. 13.964/2019, “vestígio é todo objeto ou material bruto, visível ou latente, constatado ou recolhido, que se relaciona à infração penal”. Com base nessa definição e no entendimento deste articulista, é cabível entender vestígio digital como todo material de cunho informático ou digital, visível ou latente, constatado ou recolhido, que se relaciona a um crime informático.

Na mesma linha, vestígio digital também pode ser apresentado como “[...] um registro digital que existe em decorrência de

¹⁴ KIST, 2019.

¹⁵ KIST, 2019.

uma prévia intervenção humana, tratada aqui como agente motivador direto ou indireto daquele evento”.¹⁶

Já uma evidência digital representa o vestígio digital que, após analisado pelo corpo técnico (geralmente um perito), se mostra diretamente relacionado ao caso investigado. A partir do momento que estiver ratificado o vínculo entre o vestígio digital e o delito, esse vestígio pode ser denominado de fato uma evidência digital. Supletivamente a essa explicação, convém citar o conceito de evidência digital proposto por Casey:¹⁷

Uma evidência digital pode ser entendida como qualquer dado armazenado ou transmitido utilizando-se um computador, de maneira que com este dado seja possível demonstrar ou refutar uma hipótese acerca de um evento; ou ainda que este forneça elementos críticos determinantes num caso investigado, tal como premeditação, dolo, álibi etc.

Nessa linha de desenvolvimento, a depender do caso concreto, uma evidência digital poderá se tornar uma prova digital, que pode ser definida como uma informação transmitida ou memorizada, em formato binário, apta a ser utilizada como parte do conjunto probatório no âmbito de uma ação penal, cível ou administrativa.

Em resumo, podemos entender o vestígio digital como um dado digital que possa ter relação com o fato investigado. Já a evidência digital pode ser considerada um vestígio digital analisado e comprovadamente relacionado ao caso investigado. A prova digital, por sua vez, é a evidência digital formalizada no âmbito processual.

3.1 Especificidades dos vestígios digitais

Os ativos digitais intrinsecamente possuem atributos que os tornam peculiares quando comparados aos objetos de outras áreas

16 BRASIL. Ministério Público Federal. *Roteiro de atuação de crimes cibernéticos*. 3. ed. Brasília: Ministério Público Federal, 2ª Câmara de Coordenação e Revisão, 2016. Disponível sob demanda em: <http://www.mpf.mp.br/atuacao-tematica/ccr2/publicacoes/roteiro-atuacoes>. Acesso em: 20 ago. 2020.

17 CASEY, 2004 *apud* BRASIL, 2016, p. 163.

de conhecimento. Algumas dessas especificidades são:¹⁸ a) imaterialidade ou invisibilidade; b) volatilidade; c) fragilidade; d) dispersão.

Em que pese um computador ou smartphone consiga criar e armazenar dados telemáticos de inúmeros tipos, caso esses dispositivos fossem desmontados, esses dados não estariam visíveis a olho nu. Aquilo que o usuário escreve, lê ou ouve utilizando um dispositivo de TIC envolve um complexo processo eletrônico de forma quase invisível ao ser humano. Enquanto um vestígio analógico, em regra, é material por natureza, o digital é essencialmente composto por bits.

Um vestígio digital é volátil, pois a partir de uma ação do usuário (intencional ou não) ou do próprio sistema informático, pode ele facilmente desaparecer. Por exemplo, uma sequência de bits que, num certo instante, esteja armazenada na memória RAM de um computador pode sumir no milésimo de segundo seguinte devido à gestão do sistema operacional ou à interrupção do fornecimento de energia elétrica.

Em relação à fragilidade, o digital carrega esse atributo, pois os dados ou os metadados associados podem ser facilmente manipulados quando em comparação às provas físicas comuns. De igual forma, essa manipulação pode acontecer por responsabilidade do próprio usuário (intencionalmente ou não) ou do sistema operacional.

Outro predicado consiste na possibilidade de partes da mesma prova digital estarem localizadas em locais diferentes. Essa dispersão existe em duas dimensões. De um lado, certos vestígios ou provas digitais podem estar mantidos em diferentes locais, mas inseridos no mesmo sistema informático. Por exemplo, é factível que parte de uma prova digital esteja armazenada em disco rígido e outra parte na memória RAM.

De outro lado, a segunda dimensão da dispersão está relacionada à natureza geográfica. Ou seja, as partes que compõem o todo de uma prova podem estar mantidas em locais físicos totalmente

¹⁸ KIST, 2019.

distintos. Os melhores exemplos são os serviços de nuvem, que atualmente mantêm suas estruturas e dados dispersos em vários locais do mundo.

Ainda acerca das especificidades dos ativos digitais, é salutar mencionar o documento *Request for Comments 3227* (RFC 3227), que apresenta as diretrizes para coleta e manutenção de evidências digitais. Segundo essa norma técnica, é basal que uma prova digital detenha as seguintes características:¹⁹ a) admissibilidade; b) autenticidade; c) completude; d) confiabilidade; e) acreditabilidade.

Uma prova digital é considerada admissível quando está em plena conformidade com a legislação local, afinal de nada adianta a obtenção de uma prova por meios ilícitos. O segundo atributo, a autenticidade, deve ser capaz de interligar positivamente o material probatório ao fato investigado. Complementarmente, na interpretação do advogado Thiago Vieira (2019),²⁰ esse atributo também contempla a integridade da evidência. Essa qualidade “diz respeito à imutabilidade da evidência e pode ser aferida através de comparações de resumos matemáticos”.²¹

O terceiro aspecto, a completude, tem o objetivo de relatar o fato na integralidade, não apenas sob a ótica de uma das partes. Nesse sentido, segue valorosa lição do professor Geraldo Prado:²²

O conhecimento das fontes de prova pela defesa é fundamental, porque a experiência histórica que precede a expansão da estrutura tri-fásica de procedimento penal, adequada ao modelo acusatório, contabi-

19 INTERNET ENGINEERING TASK FORCE. *RFC 3227: Guidelines for evidence collection and archiving*. Fremont, 2002. Disponível em: <https://www.ietf.org/rfc/rfc3227.txt>. Acesso em: 19 ago. 2020.

20 VIEIRA, Thiago. *Aspectos técnicos e jurídicos da prova digital no processo penal*. Disponível em: <https://medium.com/@tocvieira/aspectos-t%C3%A9cnicos-e-jur%C3%ADdicos-da-prova-digital-no-processo-penal-aa22ef05fb30>. Acesso em: 30 mar. 2021.

21 Também conhecidos no meio computacional como valores *hash* ou *messages digest*.

22 PRADO, Geraldo. *A cadeia de custódia de prova no processo penal*. São Paulo: Marcial Pons, 2019. p. 72.

liza a supressão de elementos informativos como estratégia das agências de repressão que fundam as suas investigações em práticas ilícitas.

Não custa sublinhar que apenas inadvertidamente eventual autor de ilicitudes probatórias permitiria a chegada ao processo de traços das referidas ilicitudes.

Por isso, o exame da legalidade da investigação criminal concentrado com exclusividade no material apresentado pelo acusador em juízo é, de regra, inócuo ou no mínimo insuficiente.

Adicionalmente, interligada à completude, mister citar a Súmula Vinculante 14 do Supremo Tribunal Federal:

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.

Nesses termos, de forma inequívoca, o STF ratificou o direito do defensor ao acesso amplo, irrestrito, de forma integral às provas, inclusive às digitais, utilizadas ao longo do procedimento investigatório. Ademais, esse entendimento cria algumas responsabilidades diretas para os órgãos de investigação, em especial para os ministérios públicos e as polícias judiciárias, principalmente no tocante à manutenção da cadeia de custódia.

A confiabilidade, por sua vez, consiste em não haver fatos, relacionados à coleta e ao tratamento da evidência, que lancem dúvidas sobre a real autenticidade e veracidade. Essa necessária característica está ligada intimamente à capacitação dos profissionais envolvidos e aos métodos utilizados ao longo do trabalho pericial.

Por fim, o quinto traço, a acreditabilidade, propõe que a evidência seja compreensível por seus julgadores. Nesse sentido, vale este trecho redigido por Vacca:²³

Não faz sentido apresentar a saída binária se o júri não tiver ideia do que tudo isso significa. Da mesma forma, se você apresentá-los com

23 VACCA, 2005 *apud* VIEIRA, 2019.

uma versão formatada e compreensível do humano, você deve ser capaz de mostrar a relação com o original binário, caso contrário, não há como o júri saber se você o falsificou.

3.2 Manuseio dos vestígios digitais

Percebe-se que, ao longo da exposição das especificidades do vestígio digital, algumas delas estão intimamente vinculadas à qualidade do tratamento ou manuseio do ativo digital. Acerca desse tema, em âmbito penal, é fundamental aos operadores do tema o entendimento da seção “Do Exame de Corpo de Delito, da Cadeia de Custódia e das Perícias em Geral”, registrada no Código de Processo Penal. De todo modo, é possível destacar alguns pontos.

Primeiramente, o art. 158 do CPP ratifica que, “quando a infração deixar vestígios, será indispensável o exame de corpo de delito, direto ou indireto, não podendo supri-lo a confissão do acusado”. Além disso, o art. 159 é taxativo ao afirmar que o exame pericial em âmbito penal deve ser realizado por perito oficial,²⁴ portador de diploma de curso superior.²⁵

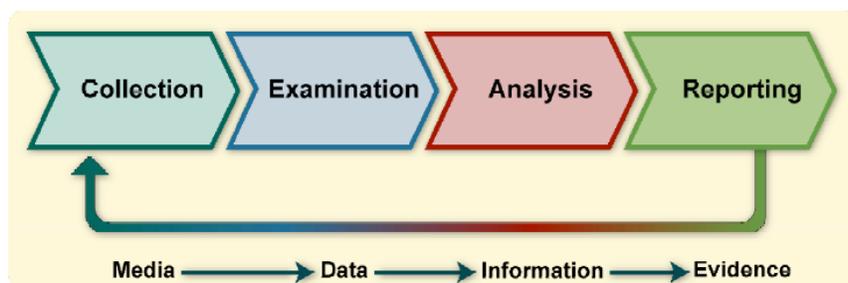
Em relação ao aspecto técnico, é fundamental que a prova ou potencial prova digital seja tratada conforme os procedimentos forenses adequados. As orientações e diretrizes acerca do tratamento desse tipo de prova costumam variar, a depender da fonte pesquisada. O National Institute of Standards and Technology (NIST), por exemplo, a partir da publicação do documento Special Publication 800-86,²⁶ defende que esse processo deva ocorrer em quatro etapas: a) coleta; b) exame; c) análise; d) formalização.

24 Na esfera federal e em âmbito criminal, perito oficial é o Perito Criminal Federal, cargo vinculado ao Departamento de Polícia Federal.

25 O CPP também aponta algumas exceções a essa regra.

26 NATIONAL INSTITUTE OF STANDARDS AND TECHNOLOGY. *Guide to integrating forensic techniques into incident response*. NIST Special Publication 800-86. Gaithersburg: NIST, 2006. Disponível em: <https://csrc.nist.gov/publications/detail/sp/800-86/final>. Acesso em: 18 ago. 2020.

Figura 2 • Fluxo de tratamento da prova digital



Fonte: Guide to integrating forensic techniques into incident response. NIST SP 800-86.

Na primeira etapa, os dados relacionados a um evento específico são identificados, rotulados, registrados e coletados, observando-se com especial cuidado a manutenção da integridade. Na fase denominada exame, ferramentas e técnicas forenses apropriadas para cada tipo de dado coletado são utilizadas para extrair informações relevantes.

A próxima fase, a análise, envolve o estudo dos resultados da fase anterior com o objetivo de obter informações específicas do caso que deu origem ao tratamento da evidência. A etapa seguinte, a formalização, aborda o relatar dos resultados de todo o trabalho, podendo incluir a descrição das ações executadas, procedimentos e ferramentas utilizadas.

Em igual sentido, o documento RFC 3227 também apresenta diretrizes para coleta e arquivamento das evidências digitais. Na seção denominada “Procedimentos de Coleta”, o documento sugere que as organizações mantenham um procedimento de coleta tão detalhado quanto possível com o objetivo de minimizar a quantidade de tomadas de decisão necessárias durante o processo de execução da coleta.

Adicionalmente, essa RFC destaca que o procedimento de coleta da evidência deve ser transparente e reproduzível. Os executores devem estar preparados para repetir com precisão os métodos utilizados e ter esses métodos testados por especialistas independentes. Além disso, é estabelecida uma coleção de passos técnicos

para a coleta da evidência, que pode ser consultada diretamente na seção 3.2 desse documento.

Em relação ao arquivamento, a RFC 3227 defende que sejam utilizadas mídias já comumente manipuladas para armazenamento da evidência na organização, evitando assim tecnologias obscuras. Por fim, também existe orientação no sentido de que o acesso à evidência digital seja estritamente restrito e claramente documentado.

De maneira complementar, vale citar o processo de manuseio de evidências digitais indicado pela norma ABNT NBR ISO/IEC 27037:2013. Ela destaca que seu escopo se refere somente ao processo inicial de manuseio digital, composto por: a) identificação; b) coleta; c) aquisição; d) preservação.

A fase de identificação contempla a pesquisa, o reconhecimento e a documentação da potencial evidência digital, considerando também a priorização da coleta baseada na volatilidade da evidência. Uma vez identificadas, as evidências estão aptas à fase de coleta. Coleta é a etapa ou subprocesso do processo de manuseio da evidência digital na qual evidências digitais em potencial são removidas de sua localização original para um laboratório ou ambiente controlado. Nessa etapa, abordagens diferentes podem ser necessárias, a depender do estado do ativo.

A terceira etapa, aquisição, contempla a produção da cópia da evidência digital e a documentação dos métodos utilizados nessa atividade. Aspectos como situação da evidência, custo de execução da etapa e tempo devem ser considerados pelo perito, bem como registrados os motivos de cada decisão. Segundo a norma, é recomendável que todos os métodos utilizados para adquirir uma evidência digital sejam reproduzíveis ou verificáveis por profissional independente e capacitado.

A última etapa, preservação, numa tradução livre da norma ABNT NBR ISO/IEC 27037, prega que a “[...] evidência digital seja preservada para garantir sua utilidade na investigação”. Essa fase envolve o armazenamento da potencial prova digital com o objetivo primário de protegê-la contra espoliação ou adulteração. Ademais,

um ponto importante citado na norma que merece destaque: “recomenda-se que o processo de preservação seja iniciado e mantido durante o processo de manuseio da evidência digital, começando da identificação do dispositivo digital que contém a potencial evidência digital”. Assim, considerando essas definições, a figura a seguir ilustra, de forma macro, o processo de manuseio de evidência digital proposto pela ABNT NBR ISO/IEC 27037:2013. Destaque especial para o fato de que a preservação da evidência digital deve permear todas as etapas de manuseio do bem questionado.

Figura 3 • Processo de tratamento forense da evidência digital NBR ISO/IEC 27037:2013



Fonte: ABNT NBR ISO/IEC 27037:2013.

3.3 Cadeia de custódia dos vestígios digitais

Já inicialmente, importante consignar que, apesar de algumas diferenças na abordagem do manuseio da evidência digital, todas as normas de boas práticas citadas na seção anterior apresentam algo em comum: a ratificação da necessidade da adequada manutenção da cadeia de custódia do vestígio digital. Esse requisito torna-se ainda mais imprescindível ao considerar as tipicidades desse tipo de vestígio e as inovações apresentadas pelos arts. 158-A a 158-F da Lei n. 13.964/2019.

O documento Special Publication 800-86, por exemplo, define perícia digital como a aplicação da ciência aos atos de identificação, coleta, exame e análise de dados, preservando a integridade das informações e a estrita manutenção da cadeia de custódia.²⁷

²⁷ NATIONAL INSTITUTE OF STANDARDS AND TECHNOLOGY, 2006, p. ES-1 (tradução livre).

O documento RFC 3227, por seu lado, afirma, na seção 4.1, que uma adequada cadeia de custódia deve ser capaz de descrever claramente como a evidência foi localizada e tratada. Ademais, ainda segundo a norma técnica ABNT NBR ISO/IEC 27037:2013, é recomendado que a pessoa autorizada para agir no local de incidente, na execução de coleta e aquisição da evidência digital, seja capaz de descrever todas as aquisições de dados e dispositivos custodiados. Tudo isso também deve ser fichado num documento chamado registro de cadeia de custódia, que é o registro da cronologia de movimento e do manuseio da potencial evidência.

Em âmbito prático nacional, especificamente em 2012, o então Ministério da Justiça entendeu que as unidades de perícia do País necessitavam de procedimentos minimamente padronizados para a produção da prova técnica. Nesse sentido, foi lançado o programa Brasil Mais Seguro, que previu como uma de suas ações de fortalecimento da perícia a padronização de alguns procedimentos relacionados à atividade pericial.²⁸

A seção 3 desse documento, que também aborda a informática forense, pode ser considerada um marco quanto à padronização das atividades periciais no País, no entanto ela não possui como principal foco o tratamento da cadeia de custódia, bem como não vincula a atuação do perito. Objetivamente, trata-se de um (valioso) manual para nortear o trabalho técnico.²⁹

Como um dos efeitos da produção do Procedimento Operacional Padrão – Perícia Criminal, o então Ministério da Justiça, também mediante a Secretaria Nacional de Segurança Pública, em julho de 2014, publicou a Portaria n. 82, que estabeleceu as diretrizes sobre os procedimentos a serem observados no tocante à cadeia de custódia de vestígio. Enfim, essa portaria definiu cadeia de cus-

28 BRASIL. Ministério da Justiça. *Procedimento operacional padrão: perícia criminal*. Brasília: Ministério da Justiça, 2013. Disponível em: https://www.novo.justica.gov.br/sua-seguranca-2/seguranca-publica/analise-e-pesquisa/download/pop/procedimento_operacional_padrao-pericia_criminal.pdf. Acesso em: 20 jun. 2020.

29 CUNHA, 2020.

tódia nos seguintes termos:³⁰ “Denomina-se cadeia de custódia o conjunto de todos os procedimentos utilizados para manter e documentar a história cronológica do vestígio, para rastrear sua posse e manuseio a partir de seu reconhecimento até o descarte”.

Além disso, o mesmo documento ampliou categoricamente a importância da cadeia de custódia ao qualificá-la da seguinte forma já na parte introdutória do documento normativo: “[...] a cadeia de custódia é fundamental para garantir a idoneidade e a rastreabilidade dos vestígios, com vistas a preservar a confiabilidade e a transparência da produção da prova pericial até a conclusão do processo judicial”.

Ainda em relação à Portaria n. 82/2014 do Ministério da Justiça, esse instrumento normativo infralegal também definiu taxativamente as etapas que compreendem uma adequada cadeia de custódia: reconhecimento, fixação, coleta, acondicionamento, transporte, recebimento, processamento, armazenamento e descarte.

Por outro lado, uma portaria ministerial é um instrumento que estabelece instruções e procedimentos necessários à execução de leis, decretos e regulamentos. Em regra, os efeitos de uma portaria ministerial vinculam apenas as atividades desse ministério e os órgãos hierarquicamente subordinados. Ou seja, exceto em relação à Polícia Federal, a Portaria n. 82/2014 do Ministério da Justiça também não criou efeitos vinculativos sobre as atividades periciais. Ficou claro que a cadeia de custódia e a busca pela padronização dos exames periciais ganhavam força no País, no entanto havia uma lacuna legislativa que deveria ser preenchida.

Em 2019, com a promulgação e publicação da Lei n. 13.964, a manutenção das etapas relativas à cadeia de custódia ganhou força vinculativa em nosso ordenamento. O art. 158-A do Pacote Anticrime definiu cadeia de custódia da seguinte forma:

30 BRASIL. Ministério da Justiça. *Portaria n. 82, de 16 de julho de 2014*. Estabelece as diretrizes sobre os procedimentos a serem observados no tocante à cadeia de custódia de vestígios. Brasília: Ministério da Justiça, 2014. Disponível em: <http://sintse.tse.jus.br/documentos/2014/Jul/18/diario-oficial-da-uniao-secao-1/portaria-no-82-de-16-de-julho-de-2014-estabelece>. Acesso em: 5 abr. 2021.

Considera-se cadeia de custódia o conjunto de todos os procedimentos utilizados para manter e documentar a história cronológica do vestígio coletado em locais ou em vítimas de crimes, para rastrear sua posse e manuseio a partir de seu reconhecimento até o descarte.

Nas palavras de Rogério Sanches Cunha, o conceito de cadeia de custódia apresentado pela Lei n. 13.964/2019 é “em suma, a sistematização de procedimentos que objetivam a preservação do valor probatório da prova pericial caracterizada, mais precisamente, da sua autenticidade”.³¹

Ainda segundo esse autor, o art. 158-A do CPP se preocupa em certificar a preservação dos vestígios desde o contato inicial até o descarte dos elementos coletados, atestando-se a sua qualidade mediante a documentação cronológica dos atos executados em consonância às normas técnicas previstas. Cunha vai além, e de forma mais incisiva afirma que a prova pericial que observa fielmente a cadeia de custódia pode ser considerada uma prova irrefutável, assumindo caráter ímpar frente ao juízo.³²

O art. 158-B do Pacote Anticrime, por sua vez, definiu que a cadeia de custódia equivale ao rastreamento do vestígio nas dez seguintes etapas:³³

I - reconhecimento: ato de distinguir um elemento como de potencial interesse para a produção da prova pericial;

II - isolamento: ato de evitar que se altere o estado das coisas, devendo isolar e preservar o ambiente imediato, mediato e relacionado aos vestígios e local de crime;

III - fixação: descrição detalhada do vestígio conforme se encontra no local de crime ou no corpo de delito, e a sua posição na área de

31 CUNHA, 2020, p. 174.

32 CUNHA, 2020.

33 Cabe salientar que essas etapas são praticamente as mesmas mencionadas pela Portaria n. 82/2014 do então Ministério da Justiça (atualmente Ministério da Justiça e Segurança Pública), exceção à etapa de isolamento.

exames, podendo ser ilustrada por fotografias, filmagens ou croqui, sendo indispensável a sua descrição no laudo pericial produzido pelo perito responsável pelo atendimento;

IV - coleta: ato de recolher o vestígio que será submetido à análise pericial, respeitando suas características e natureza;

V - acondicionamento: procedimento por meio do qual cada vestígio coletado é embalado de forma individualizada, de acordo com suas características físicas, químicas e biológicas, para posterior análise, com anotação da data, hora e nome de quem realizou a coleta e o acondicionamento;

VI - transporte: ato de transferir o vestígio de um local para o outro, utilizando as condições adequadas (embalagens, veículos, temperatura, entre outras), de modo a garantir a manutenção de suas características originais, bem como o controle de sua posse;

VII - recebimento: ato formal de transferência da posse do vestígio, que deve ser documentado com, no mínimo, informações referentes ao número de procedimento e unidade de polícia judiciária relacionada, local de origem, nome de quem transportou o vestígio, código de rastreamento, natureza do exame, tipo do vestígio, protocolo, assinatura e identificação de quem o recebeu;

VIII - processamento: exame pericial em si, manipulação do vestígio de acordo com a metodologia adequada às suas características biológicas, físicas e químicas, a fim de se obter o resultado desejado, que deverá ser formalizado em laudo produzido por perito;

IX - armazenamento: procedimento referente à guarda, em condições adequadas, do material a ser processado, guardado para realização de contraperícia, descartado ou transportado, com vinculação ao número do laudo correspondente;

X - descarte: procedimento referente à liberação do vestígio, respeitando a legislação vigente e, quando pertinente, mediante autorização judicial.

O art. 158-D da Lei n. 13.964/2019, também incorporado ao CPP, explana as determinações relativas ao acondicionamento dos vestígios. Na sequência, o art. 158-E apresenta um ponto muito

importante. Ele assenta que todos os Institutos de Criminalística “deverão ter uma central de custódia destinada à guarda e controle dos vestígios, e sua gestão deve ser vinculada diretamente ao órgão central de perícia oficial de natureza criminal”.

Na literalidade do registro, apenas os Institutos de Criminalística devem se adequar a esse ponto. Contudo, considerando que outros órgãos e entidades poderão desenvolver atividades de cunho pericial (por exemplo, os Ministérios Públicos), surge para o autor uma dúvida acerca da necessidade de criação da central de custódia por parte dessas outras entidades. Por fim, o art. 158-F ratifica que todo o material retirado da central de custódia para exame pericial deve ser devolvido a esse ambiente após a conclusão do procedimento.

3.4 Boas práticas para a manutenção da cadeia de custódia dos vestígios digitais

Ainda no desenvolver deste artigo, detectou-se a existência de um montante razoável de leis, portarias, normas técnicas e procedimentos operacionais voltados ao adequado tratamento e manutenção da cadeia de custódia dos vestígios digitais. Dessa forma, num viés prático, esta seção objetiva apresentar três compilados que intentam apoiar a manutenção da cadeia de custódia de vestígios digitais associados às seguintes fontes: a) computadores e dispositivos de armazenamento; b) dispositivos móveis; c) dados telemáticos oriundos de prestadoras de serviço de aplicação na internet.

Cada um dos compilados de boas práticas relativos à manutenção da cadeia de custódia está estruturado nas dez etapas definidas pelo art. 158-B do Código Processual Penal brasileiro. Ademais, cada uma dessas etapas está explanada mediante sugestões de ações práticas e objetivas embasadas na legislação ou em outros documentos pertinentes.

Importante destacar que o resultado apresentado não vislumbra ser um modelo plenamente assertivo e rígido, afinal cada organização possui a sua necessidade, mas pretende sim servir de apoio neste momento de necessária mudança. Por fim, com o objetivo de facilitar a compreensão, os produtos finais desta seção estão apresentados como apêndices.

4 Conclusão

A promulgação da Lei n. 13.964/2019 apresentou uma série de inovações jurídicas que necessitaram e ainda necessitam ser absorvidas pelas forças da lei e operadores do direito. Dentre essas mudanças legislativas, destacam-se os arts. 158-A a 158-F, que serviram de motivação para esta pesquisa.

No tocante aos aspectos relacionados ao tratamento da prova pericial e à manutenção da cadeia de custódia, em que pese a atenção a esse tipo de prova não ser uma inovação absoluta no arcabouço jurídico do nosso País, é inegável que as mudanças apresentadas pela Lei n. 13.964/2019 foram relevantes.

Os artigos supracitados, por vezes, apresentaram detalhes procedimentais minuciosos; por outro lado, de forma compreensível, deixaram um certo vácuo, forçando, assim, os envolvidos a criarem os devidos procedimentos com vistas à manutenção da integridade da prova pericial e à garantia da manutenção da cadeia de custódia.

Adicionalmente, durante as inúmeras leituras dos arts. 158-A a 158-F, ficou claro, ao menos aos olhos deste articulista, que o legislador delineou o vestígio penal como algo material, físico, concreto, palpável. Não há qualquer menção direta ou sugestão de que esses artigos foram redigidos considerando as particularidades dos vestígios informáticos.

Ainda assim, apesar da inexistência de qualquer aspecto desenhado claramente para os vestígios informáticos, não é possível que as forças da lei e demais envolvidos ignorem os arts. 158-A a 158-F, afinal não há na lei essa exceção. Dessa forma, objetivamente convém aos envolvidos, principalmente às forças da lei: entender o cerne das alterações legislativas; seguir o dispositivo infraconstitucional naquilo que for aplicável; criar e respeitar os procedimentos voltados à manutenção da cadeia de custódia dos vestígios digitais.

A especificidade do vestígio digital fica ainda mais cristalina quando estudadas as normas técnicas nacionais e internacionais, bem como os procedimentos operacionais já existentes em algumas

forças da lei acerca do assunto. Portanto, ao desenvolver os adequados procedimentos operacionais, são condições básicas buscar fontes de conhecimento complementares ao ordenamento jurídico infraconstitucional e adaptar esses redigidos aos casos concretos e práticos. Dentre essas fontes, destaque para a NBR ISO/IEC 27037, a RFC 3227, as publicações 800-86 e 80-101 R1 do NIST e o Procedimento Operacional Padrão de Perícia Criminal do Ministério da Justiça e Segurança Pública.

Finalmente, nesse cenário de tempestiva mudança, foram produzidos e disponibilizados por esta pesquisa três compilados de boas práticas que objetivam apoiar as mudanças organizacionais que buscam a adequação à legislação processual penal.

Referências

ASSOCIAÇÃO BRASILEIRA DE NORMAS TÉCNICAS. *NBR ISO/IEC 27037: Diretrizes para identificação, coleta, aquisição e preservação de evidência digital*. Rio de Janeiro, 2013. Disponível em: <https://www.abntcatalogo.com.br/norma.aspx?ID=307273>. Acesso em: 10 mar. 2020.

AYERS, Rick; BROTHERS, Sam; JANSEN, Wayne. *National Institute of Standards and Technology Special Publication 800-101: Revision 1. Guidelines on Mobile Device Forensics*. Maio 2014. Disponível em: <https://www.nist.gov/publications/guidelines-mobile-device-forensics>. Acesso em: 1º out. 2020.

BRASIL. Câmara dos Deputados. *Projeto de Lei n. 10.372/2018*. Disponível em: <https://www.camara.leg.br/propostas-legislativas/2178170>. Acesso em: 20 abr. 2020.

BRASIL. *Decreto-Lei n. 2.848, de 7 de dezembro de 1940*. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm. Acesso em: 30 abr. 2020.

BRASIL. *Decreto-Lei n. 3.689, de 3 de outubro de 1941*. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689compilado.htm. Acesso em: 30 abr. 2020.

BRASIL. *Lei n. 13.964, de 24 de dezembro de 2019*. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2019-2022/2019/Lei/L13964.htm. Acesso em: 4 mar. 2020.

BRASIL. Ministério da Justiça. *Portaria n. 82, de 16 de julho de 2014*. Estabelece as diretrizes sobre os procedimentos a serem observados no tocante à cadeia de custódia de vestígios. Brasília: Ministério da Justiça, 2014. Disponível em: <http://sintse.tse.jus.br/documentos/2014/Jul/18/diario-oficial-da-uniao-secao-1/portaria-no-82-de-16-de-julho-de-2014-estabelece>. Acesso em: 5 abr. 2021.

BRASIL. Ministério da Justiça. *Procedimento operacional padrão: perícia criminal*. Brasília: Ministério da Justiça, 2013. Disponível em: https://www.novo.justica.gov.br/sua-seguranca-2/seguranca-publica/analise-e-pesquisa/download/pop/procedimento_operacional_padrao-pericia_criminal.pdf. Acesso em: 20 jun. 2020.

BRASIL. Ministério Público Federal. *Roteiro de atuação de crimes cibernéticos*. 3. ed. Brasília: Ministério Público Federal, 2ª Câmara de Coordenação e Revisão, 2016. Disponível sob demanda em: <http://www.mpf.mp.br/atuacao-tematica/ccr2/publicacoes/roteiro-atuacoes>. Acesso em: 20 ago. 2020.

CAIADO, Felipe B.; CAIADO, Marcelo. Combate à pornografia infantojuvenil com aperfeiçoamentos na identificação de suspeitos e na detecção de arquivos de interesse. In: DOMINGOS, Fernanda Teixeira Souza *et al.* (coord.). *Crimes Cibernéticos: coletânea de artigos*. v. 3. Brasília: Ministério Público Federal – 2ª Câmara de Coordenação e Revisão, 2018. Disponível em: http://www.mpf.mp.br/atuacao-tematica/ccr2/publicacoes/coletaneas-de-artigos/coletanea_de_artigos_crimes_ciberneticos. Acesso em: 18 ago. 2020.

COMITÊ GESTOR DA INTERNET NO BRASIL. *TIC Domicílios 2015*. São Paulo, 2016. Disponível em: <https://cetic.br/pt/tics/domicilios/2015/domicilios/A4/expandido>. Acesso em: 18 ago. 2020.

COMITÊ GESTOR DA INTERNET NO BRASIL. *TIC Domicílios 2015 – Indivíduos*. São Paulo, 2016. Disponível em: <https://www.cetic.br/pt/tics/domicilios/2015/individuos/C1/>. Acesso em: 18 ago. 2020.

COMITÊ GESTOR DA INTERNET NO BRASIL. *TIC Domicílios 2017*. São Paulo, 2018. Disponível em: <https://cetic.br/pt/tics/domicilios/2017/domicilios/A4/expandido>. Acesso em: 18 ago. 2020.

COMITÊ GESTOR DA INTERNET NO BRASIL. *TIC Domicílios 2017 – Indivíduos*. São Paulo, 2018. Disponível em: <https://www.cetic.br/pt/tics/domicilios/2017/individuos/C1/>. Acesso em: 18 ago. 2020.

COMITÊ GESTOR DA INTERNET NO BRASIL. *TIC Domicílios 2019*. São Paulo, 2020. Disponível em: <https://cetic.br/pt/tics/domicilios/2019/domicilios/A4/expandido>. Acesso em: 18 ago. 2020.

COMITÊ GESTOR DA INTERNET NO BRASIL. *TIC Domicílios 2019 – Indivíduos*. São Paulo, 2020. Disponível em: <https://www.cetic.br/pt/tics/domicilios/2019/individuos/C1>. Acesso em: 18 ago. 2020.

CUNHA, Rogério Sanches. *Pacote Anticrime: Lei 13.964/2019 – Comentários às alterações no CP, CPP e LEP*. Salvador: JusPodivm, 2020.

INTERNET ENGINEERING TASK FORCE. *RFC 3227: Guidelines for evidence collection and archiving*. Fremont, 2002. Disponível em: <https://www.ietf.org/rfc/rfc3227.txt>. Acesso em: 19 ago. 2020.

KIST, Dário José. *A prova digital no processo penal*. Leme-SP: JH Mizuno, 2019.

NATIONAL INSTITUTE OF STANDARDS AND TECHNOLOGY. *Guide to integrating forensic techniques into incident response*. NIST Special Publication 800-86. Gaithersburg: NIST, 2006. Disponível em: <https://csrc.nist.gov/publications/detail/sp/800-86/final>. Acesso em: 18 ago. 2020.

PRADO, Geraldo. *A cadeia de custódia de prova no processo penal*. São Paulo: Marcial Pons, 2019.

VIANNA, Túlio; MACHADO, Felipe. *Crimes informáticos: conforme a Lei nº 12.737/2012*. Belo Horizonte: Fórum, 2013.

VIEIRA, Thiago. *Aspectos técnicos e jurídicos da prova digital no processo penal*. 2019. Disponível em: <https://medium.com/@tocvieira/aspectos-t%C3%A9cnicos-e-jur%C3%ADdicos-da-prova-digital-no-processo-penal-aa22ef05fb30>. Acesso em: 30 mar. 2021.

Apêndice I • Manutenção da cadeia de custódia de computadores e dispositivos de armazenamento

<p>Exemplos de ativos</p>	<p>Desktops, notebooks, Hard Drive Disks, Solid State Drives, cartões de memória e pendrives.</p>
<p>Premissa</p>	<ul style="list-style-type: none"> • O dispositivo encontrava-se desligado (não energizado) no momento do primeiro contato com o agente. • O dispositivo em questão foi alvo de execução de busca e apreensão.

<p>Reconhecimento</p>	
<p>Ação</p>	<p>Fundamentação</p>
<p>Reconhecer e identificar elementos como de potencial interesse para a produção de prova pericial.</p>	<ul style="list-style-type: none"> a) CPP, art. 158-B, I. b) NBR ISO/IEC 27037/2013, item 5.4.2. c) NIST Special Publication 800-86, item 3.1.1.

Isolamento	
Ação	Fundamentação
<p>Isolar e preservar o ambiente imediato, mediato e relacionado ao vestígio e local de crime. Atentar-se ao fato de que os equipamentos podem conter vestígios físicos que podem ser de interesse ou exigir cuidados de manipulação, tais como impressões digitais, resíduos orgânicos (cabelo, pele, sangue etc.) ou outros materiais contaminantes.</p>	<p>a) CPP, art. 158-B, II.</p> <p>b) NBR ISO/IEC 27037/2013, item 6.2.1.</p> <p>c) Procedimento Operacional Padrão – MJSP, POP n. 3.1, item 4.1.</p>
<p>Questionar os prováveis proprietários do dispositivo sobre possíveis senhas de descrição e, caso elas sejam fornecidas, registrá-las em documento.</p>	<p>a) Sugestão do autor.</p>
<p>Remover possível fonte de alimentação conectada ao dispositivo.</p>	<p>a) NBR ISO/IEC 27037/2013, item 7.1.2.2.</p>
<p>Etiquetar, desconectar e proteger todos os cabos e portas do dispositivo.</p>	<p>a) NBR ISO/IEC 27037/2013, item 7.1.2.2.</p>

Fixação	
Ação	Fundamentação
<p>Descrever detalhadamente, em documento, o dispositivo encontrado no local da operação. Convém registrar, minimamente, os seguintes pontos:</p> <ul style="list-style-type: none"> • data e hora da operação; • localização do ativo no ambiente; • identificação dos envolvidos na operação, inclusive as testemunhas; • indicação do provável proprietário do dispositivo; • descrição do ativo, contemplando, marca, modelo, número de série, cor e aparente estado de conservação. 	<p>a) CPP, art. 158-B, III.</p> <p>b) RFC 3227, item 3.2.</p>

Coleta	
Ação	Fundamentação
<p>Recolher o dispositivo que será submetido à análise pericial. Adicionalmente, é importante que o agente responsável por essa ação colete qualquer material que possa estar relacionado a potencial informação, por exemplo: papel com senhas registradas, carregadores, conectores e adaptadores de conexão.</p>	<p>a) CPP, art. 158-B, IV.</p> <p>b) CPP, art. 158-C.</p> <p>c) NBR ISO/IEC 27037/2013, item 5.4.3.</p>

Acondicionamento	
Ação	Fundamentação
Acondicionar o dispositivo em embalagem para proteção contra impactos físicos e eletromagnéticos.	a) CPP, art. 158-D, § 2º.
<p>Acondicionar individualmente o dispositivo em sacola plástica transparente inviolável, numerada e com identificação da instituição. Convém registrar nessa sacola, minimamente, os seguintes pontos:</p> <ul style="list-style-type: none"> • data e hora da ação; • descrição sucinta do ativo apreendido; • nome e assinatura do responsável pelo acondicionamento. <p>Por fim, a sacola deve ser lacrada.</p>	<p>a) CPP, art. 158-B, V.</p> <p>b) CPP, art. 158-D.</p> <p>c) CPP, art. 158-D, § 1º.</p> <p>d) CPP, art. 158-D, § 3º.</p> <p>e) CPP, art. 158-D, § 4º.</p> <p>f) CPP, art. 158-D, § 5º.</p> <p>g) NBR ISO/IEC 27037/2013, item 5.4.5.</p> <p>h) NBR ISO/IEC 27037/2013, item 6.9.3.</p>

Transporte	
Ação	Fundamentação
Transportar o dispositivo à Central de Custódia da força da lei.	<p>a) CPP, art. 158-B, VI.</p> <p>b) NBR ISO/IEC 27037/2013, item 6.9.4.</p>

Recebimento	
Ação	Fundamentação
<p>Transferir formalmente a posse do dispositivo, por exemplo, à Central de Custódia. Convém que o documento de registro contemple, minimamente, os seguintes pontos:</p> <ul style="list-style-type: none"> • número do procedimento relacionado à apreensão do dispositivo; • unidade da força da lei relacionada; • local de origem do dispositivo; • identificação do responsável pela entrega do dispositivo; • identificação do responsável pelo recebimento do dispositivo. 	<p>a) CPP, art. 158-B, VII.</p>

Processamento	
Ação	Fundamentação
<p>Identificar o dispositivo. Essa identificação deve conter, minimamente: marca, modelo, número de série, cor, registro fotográfico e aparente estado de conservação.</p>	<p>a) Procedimento Operacional Padrão – MJSP, POP n. 3.1, item 4.1.</p>

Processamento	
Ação	Fundamentação
<p>Executar a duplicação do dispositivo de armazenamento e documentar as atividades, os métodos e as ferramentas utilizadas. Sugere-se a utilização de arquivo imagem para armazenamento da duplicação forense.</p> <p>Observação 1: Convém utilizar ferramentas e técnicas forenses com vistas à execução da duplicação do dispositivo de armazenamento sem adulteração do dispositivo questionado.</p> <p>Observação 2: Nos termos da NBR ISO 27037:2013, essa ação descrita é denominada como aquisição.</p> <p>Observação 3: Convém calcular e registrar no laudo técnico o valor <i>hash</i> SHA-256, ou SHA-512, do arquivo imagem gerado a partir do dispositivo questionado (<i>vide</i> observação 1).</p>	<p>a) CPP, art. 158-B, VIII.</p> <p>b) NBR ISO/IEC 27037/2013, item 5.4.4.</p> <p>c) NIST Special Publication 800-86, item 3.1.2.</p> <p>d) Procedimento Operacional Padrão – MJSP, POP n. 3.1, item 4.2.</p>
<p>Realizar o processamento de dados necessários à análise a partir da imagem coletada. Essa etapa pode envolver, por exemplo, a recuperação dos arquivos apagados, a checagem de assinatura de arquivos, a categorização e a indexação dos dados.</p>	<p>a) CPP, art. 158-B, VIII.</p> <p>b) NIST Special Publication 800-86, item 3.2.</p> <p>c) Procedimento Operacional Padrão – MJSP, POP n. 3.1, item 4.3.</p>

Processamento	
Ação	Fundamentação
Analisar os dados apresentados na busca da resposta ao quesito formulado pelo demandante.	a) CPP, art. 158-B, VIII. b) NIST Special Publication 800-86, item 3.3. c) Procedimento Operacional Padrão – MJSP, POP n. 3.1, item 4.4.
Formalizar o exame pericial mediante, por exemplo, laudo técnico.	a) CPP, art. 158-B, VIII. b) NIST Special Publication 800-86, item 3.4. c) Procedimento Operacional Padrão – MJSP, POP n. 3.1, item 4.5.

Armazenamento	
Ação	Fundamentação
Armazenar o dispositivo em local adequado, por exemplo, na Central de Custódia. Um local adequado deve contemplar, minimamente: <ul style="list-style-type: none"> • registros de entrada e saída de vestígios, incluindo data, hora e responsável pela ação; • acesso restrito e controlado a pessoas autorizadas. 	a) CPP, art. 158-B, IX. b) CPP, art. 158-E, § 1º. c) CPP, art. 158-E, § 2º. d) CPP, art. 158-E, § 3º. e) CPP, art. 158-E, § 4º. f) CPP, art. 158-F. g) NBR ISO/IEC 27037/2013, item 5.4.5.

Descarte	
Ação	Fundamentação
Liberação do equipamento, respeitando a legislação vigente e, quando pertinente, mediante autorização judicial.	a) CPP, art. 158-B, IX.

Apêndice II • Manutenção da cadeia de custódia de dispositivos móveis

Exemplos de ativos	Smartphones e tablets.
Premissa	<ul style="list-style-type: none"> • O dispositivo encontrava-se desligado (não energizado) no momento do primeiro contato com o agente. • O dispositivo em questão foi alvo de execução de busca e apreensão.

Reconhecimento	
Ação	Fundamentação
Reconhecer e identificar elementos como de potencial interesse para a produção de prova pericial.	a) CPP, art. 158-B, I. b) NBR ISO/IEC 27037/2013, item 5.4.2. c) NIST Special Publication 800-101 r 1, item 4.1.

Isolamento	
Ação	Fundamentação
Isolar e preservar o ambiente imediato, mediato e relacionado ao vestígio e local de crime. Atentar-se para o fato de que os equipamentos podem conter vestígios físicos que podem ser de interesse ou exigir cuidados de manipulação, tais como impressões digitais, resíduos orgânicos (cabelo, pele, sangue etc.) ou outros materiais contaminantes.	a) CPP, art. 158-B, II. b) NBR ISO/IEC 27037/2013, item 6.2.1. c) Procedimento Operacional Padrão – MJSP, POP n. 3.1, item 4.1.

Isolamento	
Ação	Fundamentação
Remover o cartão SIM, caso esteja presente no equipamento, ou ativar o “modo avião”.	a) Procedimento Operacional Padrão – MJSP, POP n. 3.2, item 4.1. b) NIST Special Publication 800-101 r 1, item 4.3.
Questionar os prováveis proprietários do dispositivo sobre possíveis senhas de descritografia ou bloqueio de tela. Caso elas sejam fornecidas, validá-las na prática e registrá-las em documento.	a) Sugestão do autor.
Verificar, se possível, a configuração dos aplicativos de mensageria acerca da função “duplo fator de autenticação” e desativá-la, caso esteja ativada.	a) Sugestão do autor.

Fixação	
Ação	Fundamentação
<p>Descrever, em documento, detalhadamente o dispositivo encontrado no local da operação. Convém registrar, minimamente, os seguintes pontos:</p> <ul style="list-style-type: none"> • data e hora da operação; • localização do ativo no ambiente; • identificação dos envolvidos na operação, inclusive as testemunhas; • indicação do provável proprietário do dispositivo; • descrição do ativo, contemplando marca, modelo, número de série, cor e aparente estado de conservação. 	a) CPP, art. 158-B, III. b) RFC 3227, item 3.2. c) NIST Special Publication 800-101 r 1, item 4.2.

Coleta	
Ação	Fundamentação
<p>Recolher o dispositivo que será submetido à análise pericial. Adicionalmente, é importante que o agente responsável por essa ação colete qualquer material que possa estar relacionado a potencial informação, por exemplo: papel com senhas registradas, carregadores, conectores e adaptadores de conexão.</p>	<p>a) CPP, art. 158-B, IV. b) CPP, art. 158-C. c) NBR ISO/IEC 27037/2013, item 5.4.3.</p>

Acondicionamento	
Ação	Fundamentação
<p>Acondicionar individualmente o dispositivo em sacola plástica transparente inviolável, numerada e com identificação da instituição. Convém registrar nessa sacola, minimamente, os seguintes pontos:</p> <ul style="list-style-type: none"> • data e hora da ação; • descrição sucinta do ativo apreendido; • nome e assinatura do responsável pelo acondicionamento. <p>Por fim, a sacola deve ser lacrada.</p>	<p>a) CPP, art. 158-B, V. b) CPP, art. 158-D. c) CPP, art. 158-D, § 1º. d) CPP, art. 158-D, § 3º. e) CPP, art. 158-D, § 4º. f) CPP, art. 158-D, § 5º. g) NBR ISO/IEC 27037/2013, item 5.4.5. h) NBR ISO/IEC 27037/2013, item 6.9.3.</p>

Transporte	
Ação	Fundamentação
Transportar o dispositivo à Central de Custódia da força da lei.	a) CPP, art. 158-B, VI. b) NBR ISO/IEC 27037/2013, item 6.9.4. c) NIST Special Publication 800-101 r 1, item 4.4.

Recebimento	
Ação	Fundamentação
<p>Transferir formalmente a posse do dispositivo, por exemplo, à Central de Custódia. Convém que o documento de registro contemple, minimamente, os seguintes pontos:</p> <ul style="list-style-type: none"> • número do procedimento relacionado à apreensão do dispositivo; • unidade da força da lei relacionada; • local de origem do dispositivo; • identificação do responsável pela entrega do dispositivo; • identificação do responsável pelo recebimento do dispositivo. 	a) CPP, art. 158-B, VII.

Processamento	
Ação	Fundamentação
Identificar o dispositivo. Essa identificação deve conter, minimamente: marca, modelo, número de série, cor, registro fotográfico, ICCID, ³⁴ IMEI, ³⁵ IMSI, ³⁶ MSISDN ³⁷ e aparente estado de conservação.	a) Procedimento Operacional Padrão – MJSP, POP n. 3.2, item 4.1. b) NIST Special Publication 800-101 r 1, item 5.1.
Carregar a bateria do dispositivo.	a) Procedimento Operacional Padrão – MJSP, POP n. 3.2, item 4.1.
Remover o cartão SIM, caso ainda esteja presente no equipamento.	a) Procedimento Operacional Padrão – MJSP, POP n. 3.2, item 4.1. b) NIST Special Publication 800-101 r 1, item 4.3.
Clonar ou extrair os dados do cartão SIM, caso esteja disponível.	a) CPP, art. 158-B, VIII. b) Procedimento Operacional Padrão – MJSP, POP n. 3.2, item 4.1.

³⁴ *Integrated Circuit Chip Card Identification* é o número identificador único e global do cartão SIM.

³⁵ *International Mobile Equipment Identity* é o número de identificação único e global do equipamento de telefonia.

³⁶ *International Mobile Subscriber Identity* é um número de 15 dígitos que determina a identidade internacional da linha de telefonia/dados. Ele é formado pelos códigos MCC (*Mobile Country Code*) + MNC (*Mobile Network Code*) + MSIN (*Mobile Station Identification Number*).

³⁷ *Mobile Service ISDN Number* é o número provido pela operadora que representa o número discado associado ao assinante. Ele é formado pelos códigos CC (*Country Code*) + NDC (*National Destination Code*) + SN (*Subscriber Number*).

Processamento	
Ação	Fundamentação
<p>Realizar a extração dos dados do dispositivo em nível lógico, sistema de arquivos e (ou) físico.</p> <p>Observação 1: <i>A priori</i>, caso exista algum cartão de memória associado, ele deve estar inserido no dispositivo móvel no momento da extração dos dados.</p> <p>Observação 2: <i>A priori</i>, o equipamento deverá ser ligado para execução dessa extração. Portanto, é importante confirmar se o dispositivo encontra-se em “modo avião”.</p> <p>Observação 3: Convém registrar no laudo técnico o valor <i>hash</i> do arquivo imagem do dispositivo ou do relatório gerado pela ferramenta forense.</p> <p>Observação 4: A extração manual deve ser executada somente como última alternativa.</p>	<p>a) CPP, art. 158-B, VIII.</p> <p>b) Procedimento Operacional Padrão – MJSP, POP n. 3.2, itens 4.2 e 5.</p> <p>c) NIST Special Publication 800-101 r 1, item 5.3.</p>
<p>Realizar o processamento de dados necessários à análise a partir dos dados coletados. Essa etapa pode envolver, por exemplo, informações acerca do usuário, agenda de contatos, listas de chamadas, calendários, áudios, vídeos, registros de localização e aplicativos de mensageria.</p>	<p>a) CPP, art. 158-B, VIII.</p> <p>b) Procedimento Operacional Padrão – MJSP, POP n. 3.2, item 4.3.</p> <p>c) NIST Special Publication 800-101 r 1, item 6.1.</p>
<p>Analisar os dados apresentados na busca da resposta ao quesito formulado pelo demandante.</p>	<p>a) CPP, art. 158-B, VIII.</p> <p>b) Procedimento Operacional Padrão – MJSP, POP n. 3.2, item 4.3.</p>

Processamento	
Ação	Fundamentação
Formalizar o exame pericial mediante, por exemplo, laudo técnico.	a) CPP, art. 158-B, VIII. b) NIST Special Publication 800-101 r 1, item 7. c) Procedimento Operacional Padrão – MJSP, POP n. 3.4, item 4.4.

Armazenamento	
Ação	Fundamentação
Armazenar o dispositivo em local adequado, por exemplo, na Central de Custódia. Um local adequado deve contemplar, minimamente: <ul style="list-style-type: none"> • registros de entrada e saída de vestígios, incluindo data, hora e responsável pela ação; • acesso restrito e controlado a pessoas autorizadas. 	a) CPP, art. 158-B, IX. b) CPP, art. 158-E, § 1º. c) CPP, art. 158-E, § 2º. d) CPP, art. 158-E, § 3º. e) CPP, art. 158-E, § 4º. f) CPP, art. 158-F. g) NBR ISO/IEC 27037/2013, item 5.4.5.

Descarte	
Ação	Fundamentação
Liberação do equipamento, respeitando a legislação vigente e, quando pertinente, mediante autorização judicial.	a) CPP, art. 158-B, IX.

Apêndice III • Manutenção da cadeia de dados telemáticos oriundos de provedoras de serviço de aplicação na internet

<p>Exemplos de ativos</p>	<p>Arquivos com dados telemáticos que contemplem, por exemplo, <i>e-mails</i>, histórico de localização, <i>backup</i> de aplicação de smartphones e demais arquivos armazenados em nuvem.</p>
<p>Premissa</p>	<ul style="list-style-type: none"> • Os arquivos foram disponibilizados pela provedora de serviço de aplicação, mediante ordem judicial, via internet. Ou seja, não foram disponibilizadas pelas empresas mídias com esses arquivos.

<p>Reconhecimento</p>	
<p>Ação</p>	<p>Fundamentação</p>
<p>Reconhecer e identificar a forma de disponibilização dos arquivos por parte da provedora. Em regra, as empresas apresentam duas soluções: portal próprio para <i>download</i> ou disponibilização de <i>link</i> direto para <i>download</i> dos arquivos.</p>	<p>a) CPP, art. 158-B, I. b) NBR ISO/IEC 27037/2013, item 5.4.2. c) NIST Special Publication 800-06, item 3.1.1.</p>

Isolamento	
Ação	Fundamentação
Isolar os arquivos baixados com vistas a evitar adulterações e acessos indevidos.	a) CPP, art. 158-B, IV.

Fixação	
Ação	Fundamentação
<p>Descrever detalhadamente, em documento, as informações associadas aos dados disponibilizados. Convém registrar, minimamente, os seguintes pontos:</p> <ul style="list-style-type: none"> • data e hora da disponibilização dos arquivos por parte da provedora de aplicação; • forma de disponibilização dos arquivos; • identificação do caso perante a provedora de aplicação. 	<p>a) CPP, art. 158-B, III. b) RFC 3227, item 3.2.</p>

Coleta	
Ação	Fundamentação
Realizar o <i>download</i> dos arquivos disponibilizados, inclusive documentos informativos. Além disso, caso esteja disponível, registrar os valores <i>hashes</i> dos arquivos apresentados pela provedora de aplicação.	<p>a) CPP, art. 158-B, IV. b) CPP, art. 158-C. c) NBR ISO/IEC 27037/2013, item 5.4.3.</p>

Acondicionamento	
Ação	Fundamentação
Não se aplica.	-

Transporte	
Ação	Fundamentação
Não se aplica.	-

Recebimento	
Ação	Fundamentação
Não se aplica.	-

Processamento	
Ação	Fundamentação
Calcular os valores <i>hashes</i> dos arquivos coletados. Ademais, convém manter em local isolado os arquivos originais baixados perante a provedora de aplicação.	a) Sugestão do autor.
Executar, quando necessário, a descryptografia dos arquivos.	a) Sugestão do autor.

Processamento	
Ação	Fundamentação
Realizar o processamento de dados necessários à análise a partir da imagem coletada. Essa etapa pode envolver, por exemplo, a recuperação dos arquivos apagados, checagem de assinatura de arquivos, categorização e indexação dos dados.	a) CPP, art. 158-B, VIII. b) NIST Special Publication 800-06, item 3.2.
Analisar os dados apresentados na busca da resposta ao quesito formulado pelo demandante.	a) CPP, art. 158-B, VIII. b) NIST Special Publication 800-06, item 3.3.
Formalizar o exame pericial mediante, por exemplo, laudo técnico.	a) CPP, art. 158-B, VIII. b) NIST Special Publication 800-06, item 3.4.

Armazenamento	
Ação	Fundamentação
Armazenar os arquivos em sistema de armazenamento adequado. Esse ambiente deve contemplar, minimamente: <ul style="list-style-type: none"> • registros de acesso aos vestígios, incluindo data, hora e responsável pela ação; • acesso restrito e controlado a pessoas autorizadas. 	a) CPP, art. 158-B, IX. b) CPP, art. 158-E, § 1º. c) CPP, art. 158-E, § 2º. d) CPP, art. 158-E, § 3º. e) CPP, art. 158-E, § 4º. f) CPP, art. 158-F. g) NBR ISO/IEC 27037/2013, item 5.4.5.

Descarte	
Ação	Fundamentação
Exclusão definitiva dos arquivos, respeitando a legislação vigente e, quando pertinente, mediante autorização judicial.	a) CPP, art. 158-B, IX.