

Dom Helder

Revista de Direito

ESCOLA SUPERIOR DOM HELDER CÂMARA

Reitor: Paulo Umberto Stumpf, SJ.

Vice-Reitor: Estevão D'Ávila de Freitas

EDITORA DOM HELDER

Coordenador de Editoria: José Adércio Leite Sampaio

Diretora Executiva: Beatriz Souza Costa

Endereço: R. Álvares Maciel, 628, B. Santa Efigênia, CEP: 30150-250 – Belo Horizonte-MG.

Tel.: (31) 2125-8836. E-mail: revistadomhelder@domhelder.edu.br**Editora Chefe:**

Beatriz Souza Costa

Editores Adjuntos:

Anacélia Santos Rocha

Franclim Jorge Sobral de Brito

Secretários de Edição:

Cristialan Belça da Silva

Rafael Faber Fernandes

Revisão de originais:

Lígia Costa

Editoração, arte-final e capa:

Rômulo Garcias

Periodicidade: semestral**Versão Eletrônica:**<http://www.domhelder.edu.br/revista/index.php/dhrevistadedireito>**Ficha catalográfica**

D666 Dom Helder Revista de Direito
v. 1, 2019. Belo Horizonte: Escola Superior Dom
Helder Câmara, 2019.

v. 4, n. 8, Jan./Jun. 2021. (Ed. Dom Helder)

ISSN 2596-0601 (Eletrônico)

1. Direito – periódicos, 2. Escola Superior Dom Helder Câmara
I. Título.

CDU 34 (05)
CDD 340.05

Bibliotecário responsável: Anderson Roberto de Rezende CRB6 - 3094

**Revista dos Cursos de Graduação e Pós-Graduação
(Lato Sensu e Stricto Sensu) da Escola Superior Dom Helder Câmara**

EXPEDIENTE

Editora Chefe: Beatriz Souza Costa

Conselho Editorial

Prof.ª. Dra. Ana Elisa Liberatore Silva Bechara – Universidade de São Paulo (São Paulo, SP), Brasil.
Prof. Dr. Délton Winter de Carvalho – Universidade do Vale do Rio dos Sinos (São Leopoldo, RS), Brasil.
Prof. Dr. Felipe Chiarello de Souza Pinto – Universidade Presbiteriana Mackenzie (São Paulo, SP), Brasil.
Prof.ª. Dra. Helena Regina Lobo da Costa – Universidade de São Paulo (São Paulo, SP), Brasil.
Prof.ª. Dra. Liziane Paixão Oliveira – Universidade Tiradentes (Aracaju, SE), Brasil.
Prof.ª. Dra. Mariana Ribeiro Santiago – Universidade de Marília (Marília, SP), Brasil.
Prof.ª. Dra. Raquel Cavalcanti Ramos Machado – Universidade Federal do Ceará (Fortaleza, CE), Brasil.
Prof. Dr. Valmir Cesar Pozzetti – Universidade do Estado do Amazonas (Manaus, AM) e Universidade Federal do Amazonas (Manaus, AM), Brasil.
Prof. Dr. Wagner de Oliveira Rodrigues – Universidade Estadual de Santa Cruz (Ilhéus, BA), Brasil.

Conselho Avaliador

Adriane Medianeira Toaldo – Universidade Luterana do Brasil (ULBRA) – Santa Maria-RS, Brasil.
Álisson José Maia Melo – Centro Universitário 7 de Setembro (UNI7) – Fortaleza-CE, Brasil.
Camila Barreto Pinto Silva – Universidade Metropolitana de Santos (UNIMES) – Santos-SP, Brasil.
Carlos Alberto Lunelli – Universidade de Caxias do Sul (UCS) – Caxias do Sul-RS, Brasil.
Daiana Fagundes dos Santos Carboni – Universidade de Coimbra (UC) – Coimbra, Portugal.
Davi Jose de Souza da Silva – Estácio Castanhal (Estácio) – Apeú-PA, Brasil.
Deilton Brasil – Universidade de Itaúna (UIT) – Itaúna-MG, Brasil.
Denise Bittencourt Friedrich – Universidade de Santa Cruz do Sul (UNISC) – Santa Cruz do Sul-RS, Brasil.
Fulvia Helena de Gioia – Faculdade de Direito da Universidade Presbiteriana Mackenzie (Mackenzie) – São Paulo-SP, Brasil.
Helton Carlos Praia de Lima – Centro Universitário de Ensino Superior do Amazonas (CIESA) – Manaus-AM, Brasil.
Irineu Francisco Barreto Junior – Faculdades Metropolitanas Unidas (FMU) – São Paulo-SP, Brasil.
José Claudio Junqueira Ribeiro – Universidade FUMEC – Belo Horizonte-MG, Brasil.
Leila Maria da Juda Bijos – Universidade Federal da Paraíba (UFPB) – João Pessoa-PB, Brasil.
Letícia Virginia Leidens Miriam Olivia Knopik Ferraz – Pontifícia Universidade Católica do Paraná (PUC-PR) – Curitiba-PR, Brasil.
Roberto Correia da Silva Gomes Caldas – Centro Universitário das Faculdades Metropolitanas Unidas – (FMU) – São Paulo-SP, Brasil.
Rubia Silene Ferreira – Centro Universitário do Norte (UNINORTE), Manaus-AM, Brasil.

Sumário

- 6** APRESENTAÇÃO
- 9** IRDR COMO PROCEDIMENTO-MODELO:
A DESSUBJETIVAÇÃO DAS DEMANDAS REPETITIVAS
Diogenes Baleeiro Neto
Paula R. Estevam Ferreira
- 39** MINERAÇÃO EM UNIDADES DE CONSERVAÇÃO NO BRASIL: ENTRE
DISCUSSÕES E POSSIBILIDADES
Felipe Pires M. de Brito
- 59** SUSTENTABILIDADE ADMINISTRATIVA COMO METANORMA: O
DILEMA QUE ENVOLVE O AUXÍLIO-TRANSPORTE NO SERVIÇO
PÚBLICO MILITAR FEDERAL
Magno Federici Gomes
Matheus Henrique de Souza
- 83** DA INSUFICIÊNCIA DE FUNDAMENTAÇÃO DO STF PARA EFEITOS
PROSPECTIVOS DA INCONSTITUCIONALIDADE DE BENEFÍCIOS
FISCAIS IRREGULARES DE ICMS
Rafael Gonçalves de Lima
- 105** AS RECENTES MODIFICAÇÕES NA POLÍTICA MIGRATÓRIA
BRASILEIRA: UMA ANÁLISE DA SITUAÇÃO DOS IMIGRANTES
SEGUNDO A NOVA LEI DE MIGRAÇÃO E O ESTATUTO DO
ESTRANGEIRO
Roberto de Almeida Luquini
Kállytha Stefany de Oliveira
- 127** DO JUIZ DAS GARANTIAS COMO INSTRUMENTO
PARA ASSEGURAR A IMPARCIALIDADE
Danilo Henrique Nunes
Afonso Gonçalves Dias Neto
Lucas Souza Lehfeld
- 153** PERFIL DA AÇÃO CIVIL PÚBLICA
Felipe Bizinoto Soares de Pádua

APRESENTAÇÃO

É com grande e renovado prazer que apresentamos mais um número da *Dom Helder Revista de Direito*, o primeiro de 2021. Nossa revista cumpre mais uma vez com seu ofício ao publicar artigos com temas na linha de pesquisa interdisciplinar “Justiça, Estado e Cidadania nas Sociedades Contemporâneas”.

A presente edição inicia com o artigo desenvolvido pelos autores Diógenes Baleeiro Neto e Paula R. Estevam Ferreira, ambos provenientes da Escola Superior Dom Helder Câmara (ESDHC). No trabalho, intitulado “IRDR como procedimento-modelo: a dessubjetivação das demandas repetitivas”, os autores, de forma precisa, conceituam o que seja o instituto, assim como sua natureza jurídica.

Pensando na vertente de proteção ambiental, no que se refere objetivamente à Lei n. 9.985/00, que trata das Unidades de Conservação da Natureza, Felipe Pires M. de Brito, da Faculdade de Direito de Lisboa (FDUL), disserta sobre a possibilidade da ocorrência de mineração nessas UCs, tendo em vista que elas são áreas prioritárias em proteção da biodiversidade brasileira.

De outro giro, Magno Federici Gomes (ESDHC) e Matheus Henrique de Souza da (PUC-MINAS) discorrem sobre o princípio do desenvolvimento sustentável como metanorma, no intuito de avaliar a possibilidade de pagamento do auxílio-transporte aos militares que se deslocam em veículos próprios de casa para o trabalho, e vice-versa.

Com o artigo intitulado “Da insuficiência de fundamentação do STF para efeitos prospectivos da inconstitucionalidade de benefícios fiscal irregulares de ICMS”, Rafael G. de Lima, procedente do Centro de Estudos em Direito e Negócios (CEDIN), traz à baila um problema interessante e demonstra a inconstitucionalidade de leis estaduais que concederam o benefício fiscal de ICMS com a ausência de convênio interestadual. Portanto, fica patente que existe inconstitucionalidade a ser dirimida.

Por sua vez, e com uma visão internacionalista, Roberto de A. Luquini e Kállytha Stefany de Oliveira, originários da Universidade Federal de Viçosa (UFV), pesquisam sobre o grande aumento dos fluxos migratórios no cenário internacional. Esse problema tem gerado grandes repercussões tanto no Direito das gentes quanto no Direito interno dos Estados nacionais. É assunto complexo que várias nações têm enfrentado, e de difícil resolução. Nessa perspectiva, os autores abordam a Lei n. 13.445/2017 (Lei de Migração), a qual representa um novo paradigma para a construção de uma sociedade mais justa, mais inclusiva e protetiva dos direitos humanos.

Não poderia ficar de fora desta edição o Direito Penal. A partir desse ponto de vista, Danilo Henrique Nunes, Lucas de Souza Lehfeld, ambos da Universidade de Ribeirão Preto (UNAERP), e Afonso G. Dias Neto, oriundo do Centro Universitário Estácio de Sá, exploram as mudanças que traçam os contornos do pacote anticrime e, de modo específico, sobre a parcialidade dos juízes que atuam nas fases pré-processual e processual do processo penal.

Felipe Bizinoto S. de Pádua, da Faculdade de Direito de S. Bernardo do Campo (FDSBC), propõe uma reflexão no que tange à Ação Civil Pública (ACP). Delineia, portanto, o perfil da ACP a partir de exposições em graus. Logo, permeia, nesses graus, a complexidade social, os efeitos no Direito, a qualificação como um remédio constitucional e, por fim, os aspectos processuais.

A Dom Helder Revista de Direito agradece a todos(as) os(as) autores(as) supracitados(as), e aos(as) pareceristas que, gentilmente, dedicam um trabalho anônimo de vital importância para a sobrevivência de todas as revistas científicas do Brasil, devendo, nesse sentido, ser reconhecidos(as)/valorizados(as) pelo trabalho desenvolvido pela CAPES.

Beatriz Souza Costa

Editora da Dom Helder Revista de Direito

Professora da Graduação e do Programa de Pós-Graduação em Direito Ambiental
e Desenvolvimento Sustentável da Dom Helder Escola de Direito

IRDR COMO PROCEDIMENTO-MODELO: A DESSUBJETIVAÇÃO DAS DEMANDAS REPETITIVAS

Diogenes Baleeiro Neto¹

Escola Superior Dom Helder Câmara (ESDHC)

Paula R. Estevam Ferreira²

Escola Superior Dom Helder Câmara (ESDHC)

Artigo recebido em: 19/02/2021.

Artigo aceito em: 15/06/2021.

Resumo

Este artigo propõe-se a identificar a natureza jurídica do Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas (IRDR) brasileiro, de modo a estabilizar o entendimento quanto à formação de um precedente a partir da seleção e resolução de um caso concreto específico (causa-piloto), assemelhado ao método dos recursos repetitivos, ou por meio de procedimento autônomo e desvinculado da demanda judicializada (procedimento-modelo). O estudo foi desenvolvido a partir de uma confrontação entre o Direito Processual Civil brasileiro e o alemão, identificando-se o conceito, a origem

histórica e a sistematização do sistema de precedentes no CPC/2015. Conclui-se, ao final, que, apesar de inúmeras falhas e omissões legislativas, o IRDR, como mecanismo dotado de efeitos vinculantes, visa a solução do problema da dispersão jurisprudencial enfrentada pelo Poder Judiciário, sendo, assim um método distinto dos anteriormente previstos no Direito brasileiro para elucidação de conflitos individuais e subjetivos.

Palavras-chave: *common law*; demandas repetitivas; objetividade; precedente; procedimento-modelo.

¹ Mestre em Direito Ambiental pela ESDHC. Especialista em Direito Processual pela Universidade Estadual de Montes Claros (UNIMONTES). Professor adjunto da ESDHC. Procurador do Estado de Minas Gerais. ORCID: <https://orcid.org/0000-0001-9325-0364> / e-mail: dbneto18@gmail.com.

² Graduada em Direito pela ESDHC. ORCID: <https://orcid.org/0000-0001-9251-6167> / e-mail: paulafestevam@hotmail.com

IRDR AS MODEL PROCEDURE: THE DESUBJECTIVATION OF REPETITIVE DEMANDS

Abstract

The present work aims to identify the legal nature of the Brazilian Repetitive Demand Resolution Incident (IRDR), in order to stabilize the understanding regarding the formation of a precedent based on the selection and resolution of a specific concrete case (pilot cause), similar to the method of repetitive appeals, or through an autonomous procedure and disconnected from the judicialized demand (model procedure). The study was developed from a confrontation between Brazilian and German Civil Procedure Law, identifying the concept, the historical origin and the systematization

of the precedent system in CPC / 2015. It is concluded, in the end, that, despite numerous legislative flaws and omissions, the IRDR, as a mechanism with binding effects, aims at solving the problem of jurisprudential dispersion faced by the Judiciary, thus being a method different from those previously provided for in the Brazilian law to elucidate individual and subjective conflicts.

Keywords: *common law; model procedure; objectivity; precedent; repetitive demands.*

Introdução

O Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas (IRDR), técnica inovadora prevista entre os artigos 976 e 987 do novo Código de Processo Civil brasileiro (CPC, 2015), emergiu diante do cenário de instabilidade jurídica decorrente da ineficácia percebida no trato da litigiosidade repetitiva, decorrente de uma das principais características das normas do Processo Civil: a rigidez formal voltada para a solução de conflitos puramente individuais justificada no paradigma liberal de litígio

Vem se percebendo, desde o pós-Segunda Guerra, o acirramento de litígios permeados por novas peculiaridades, seguidos por um movimento de judicialização massiva, que acabou por transformar a postura adotada até então pelo Poder Judiciário, que vem, assim, buscando prestar não uma justiça necessariamente qualitativa, mas principalmente quantitativa.

Com o passar dos anos, percebeu-se que o tratamento dos litígios por meio das técnicas processuais preexistentes no Direito brasileiro não se revelava eficiente, principalmente no que tange aos conflitos marcados pelo signo da repetitividade, tutelados, num primeiro momento, pela técnica processual coletiva. Diante dos resultados infrutíferos obtidos, da sobrecarga e do descrédito dos serviços judiciários, além do tratamento anti-isonômico em relação às questões jurídicas análogas, atinou-se então para a necessidade de se buscar técnicas hábeis para lidar com a repetição dos litígios.

Uma das soluções encontradas mais recentemente foi a previsão do IRDR, incidente processual que tem seus traços de formação vinculados ao sistema *common law* e, de forma imediata, ao procedimento alemão *Musterverfahren*.

Apesar de sua origem, o IRDR sofreu mudanças substanciais no percurso legislativo trilhado até a promulgação do CPC/2015, o que acabou resultando em um distanciamento de sua origem, dificultando a abordagem doutrinária a respeito do tema.

A principal dessas dificuldades, objeto do presente trabalho, consiste em definir se o IRDR encontra melhor explicação no sistema denominado causa-piloto, em que o tribunal seleciona um caso específico, com seu posterior julgamento e definição da tese a ser seguida por todos os outros casos idênticos; ou no procedimento-modelo, em que um incidente é instaurado com o objetivo exclusivo de fixar uma tese em abstrato, não adentrando na análise subjetiva de nenhum conflito em especial, dando ao incidente uma feição objetiva.

O primeiro capítulo traz, a partir de análise histórica e descritiva, a estreita relação do sistema de precedentes com o regime do *common law* e o modo como

eles se comportam em um ordenamento jurídico com características herdadas do *civil law*. São ali exploradas as técnicas processuais do CPC/73 e de leis esparsas, demonstrando-se que estas falharam no tratamento do fenômeno das demandas repetitivas e que, por outro lado, influenciaram o sistema jurídico brasileiro atual, inspirado, todavia, no modelo alemão (*Musterverfahren*).

O segundo capítulo é voltado especificamente ao IRDR e à diferenciação entre os seus possíveis formatos: o da causa-piloto e do o procedimento-modelo, bem como as implicações de cada um deles. O último, por fim, dedica-se à apresentação dos fundamentos mais aptos a explicar a natureza do IRDR, demonstrando a configuração objetiva do incidente.

Adianta-se que, para a realização desta pesquisa foi utilizado, quanto ao método, o hipotético-dedutivo, valendo-se de uma abordagem qualitativa de pesquisa, tecnicamente bibliográfica e documental, com consulta a obras de importantes processualistas, bem como a consulta à lei e à jurisprudência. O estudo foi desenvolvido à luz da vertente jurídico-dogmática, através do qual se identificou o percurso do sistema de precedentes até a sua sistematização no atual CPC.

1 O sistema de formação de precedentes obrigatórios

O sistema de precedentes previsto no CPC/2015 intentou corrigir desacertos no tratamento das decisões oriundas de instâncias superiores capazes de obstaculizar o alcance da garantia da estabilidade decisória. Tal sistema atribui aos juízes e tribunais o dever de observar os acórdãos proferidos em IRDR (art. 927, III, CPC/2015), consagrando assim a decisão colegiada proferida no referido incidente em um verdadeiro padrão decisório, concebido como um mecanismo voltado à redução da sobrecarga do Poder Judiciário, problema não resolvido pelos métodos de solução de conflitos anteriores ao CPC/2015.

Dados fornecidos pelo CNJ³ apontam, inclusive, uma expansão de 31,9% nos índices de litigiosidade no período abrangido pelos anos de 2009 a 2017. Os motivos para a expansão são explicados por Sofia Temer: a “concentração demográfica nos centros urbanos, a globalização, a distribuição seriada de produtos, a universalização do acesso a serviços e sua precarização e a virtualização das relações jurídicas” (TEMER, 2017, p. 31). Esses são vistos como fatores hábeis para ilustrar a propensão à massificação e homogeneização das relações jurídicas, dos vínculos sociais e, conseqüentemente, dos conflitos levados ao Judiciário.

Acrescenta-se a essa lista outros fatores não elencados pela autora, como a atuação por vezes inadequada de alguns dos colegitimados à ação civil pública

em relação à proteção dos direitos individuais homogêneos, assim como entendimentos restritivos do Supremo Tribunal Federal (STF) a respeito da legitimidade do Ministério Público, consolidados, por exemplo, no julgamento do REExt n. 195.056-1/PR⁴, além do comportamento de certos litigantes habituais (*repeat players*).

1.1 Os precedentes vinculantes e sua intrínseca relação com o sistema *common law*

A abordagem da temática dos precedentes desperta a discussão a respeito da tradição histórica do *common law*, sistema em que a imagem de integridade, coerência e estabilidade do ordenamento jurídico é notavelmente ligada ao caráter normativo da atuação judicial (TEMER, 2017).

O advento do *common law* encontra-se ligado a uma necessidade de ordem prática do direito inglês, vez que, em virtude da restrição legislativa, os advogados possuíam o ônus de recordar os juízes de casos semelhantes julgados anteriormente (ATAÍDE JR., 2014). Nesse cenário, consolidou-se a regra segundo a qual decidindo o juiz uma causa, em todas as futuras que lhe forem similares se aplicaria igual decisão, o que acabou definindo a expressão *treat equal cases alike* (MANCUSO, 2019).

O *civil law*, no entanto, partiu de premissas completamente distintas para a concretização e formação dos próprios pilares. Com distinta tradição romanística, refletiu como fonte precípua dos direitos e obrigações a “norma legal (geral, abstrata, impessoal, de obrigatoriedade a todos imposta)” (MANCUSO, 2019, p. 84), compelindo os magistrados às suas disposições “sob o pressuposto de que a lei seria unívoca e que dela decorreria a certeza do direito” (TEMER, 2017, p. 202).

Contudo, os sistemas não permaneceram os mesmos após séculos de transformações históricas, sociais e culturais. Essas alterações prejudicaram as premissas distintivas, ocasionando um verdadeiro diálogo entre eles, tanto que, na contemporaneidade, não se pode lhes asseverar a integridade e impermeabilidade depois de tantos intercâmbios realizados. As circunstâncias políticas e culturais acabaram por resultar na formação de institutos e conceitos teóricos próprios de cada um dos sistemas.

Aliás, é clara a maneira distinta com que o positivismo incidiu sobre eles, perceptível até mesmo pela forte atuação criativa do magistrado no *common law* (*judge-made law*), por força de sua ampla capacidade performática quando comparada ao seu desempenho no sistema *civil law*, limitado à mecânica aplicação

⁴ Discussão sobre a atuação do Ministério Público e a ausência de legitimidade extraordinária para aforar ação civil pública na defesa de direitos individuais disponíveis, o que, pela lógica, acarreta a propositura de diversas ações.

da lei, nessas ocasiões vulgarmente alcunhado de juiz boca-de-lei (*jude bouche de la loi*) (MARINONI, 2011). A influência da *civil law* no Direito brasileiro, inclusive, sempre foi fator capaz de justificar constantes descon siderações e resistências quanto à previsão de um sistema de precedentes vinculantes.

Por outro lado, em razão da trajetória inglesa do *common law* ter buscado maior racionalidade e padronização das decisões, esse sistema possui maior abertura para a atuação judiciária quanto à criatividade na interpretação legislativa e, em razão disso, gera levantamentos relevantes a respeito dos graus, limites substanciais e aceitabilidades da criação do direito como obra dos tribunais. Sobre o tema, assevera Mauro Cappelletti:

[...] o reconhecimento de que é intrínseco em todo ato de interpretação certo grau de criatividade [...] não deve ser confundido com a afirmação de total liberdade do intérprete. Discricionariedade não quer dizer necessariamente arbitrariedade, e o juiz, embora inevitavelmente criador do direito, não é necessariamente um criador completamente livre de vínculos (CAPPELLETTI, 1999, p. 23).

Para Theodoro Jr. *et al.* (2016), o “desafogamento” dos órgãos judiciais não garante que a aplicação do Direito se torne qualitativamente melhor. Sob sua perspectiva, no Brasil, em um viés diametralmente oposto ao dos ordenamentos que seguem a tradição da *common law*, a utilização dos precedentes na aplicação do direito é fruto de uma matriz ideológica neoliberal, privilegiadora da padronização superficial e da sumarização da cognição, isto é, de uma justiça de eficácia tão somente quantitativa, de números, longe do diálogo e padrões constitucionais. Isso acabou por fomentar interpretações teratológicas, consideradas “fruto da ignorância ou inaceitável arbítrio” (ZANETI JR., 2016, p. 412), contrárias ao que se espera de um sistema que se pretende harmônico e consentâneo com os ideais de democracia e segurança jurídica. Esse fenômeno foi então intitulado de “hiperintegração do Direito”.

Frisa-se que os mecanismos de padronização dos julgamentos, decorrentes desse sistema, não conseguem garantir sozinhos a redução do número de ações. Por tal razão, faz-se necessário que eles sejam acompanhados de uma visão mais panorâmica e dialógica, com a garantia da participação de todos interessados e consequente ampliação de conhecimento empírico do funcionamento da justiça brasileira (THEODORO JR. *et al.*, 2016).

Embora tenha o legislador, numa tentativa de internalizar o cumprimento dos precedentes, moldado o art. 926 do CPC/2015 nos traços do *common law*,

houve de igual maneira, influência do *stare decisis*, conceito que não tem raízes naquele sistema que, “derivado dos costumes gerais que determinavam o comportamento dos *Englishmen*, existiu, por vários séculos, sem *stare decisis* e *rule of precedent*” (MARINONI, 2011, p. 33).

Na concepção de Marinoni (2011), apesar de os precedentes terem sido essenciais para a evolução do *common law*, o *stare decisis* (eficácia vinculativa) tem supedâneo na ideia de igualdade, previsibilidade e estabilidade da ordem jurídica. Nessa lógica, vincular *stare decisis* ao *common law* é equivocado, pois o primeiro surgiu quando o segundo já se encontrava consolidado (ATAÍDE JR., 2014).

Por conseguinte, é fundamental identificar as bases do *common law*, tanto para que se consolide um sistema jurisprudencial apreciador da racionalidade quanto para que sejam corrigidos os desvios no tratamento das decisões geradoras de instabilidade nos tribunais, as quais são, desde o *stare decisis*, rechaçadas.

Esse objetivo foi traçado a partir do momento de consagração dos mecanismos vinculantes no CPC/2015 para o perfazimento de coerência, integridade (VIANA; NUNES, 2018) e universalidade das decisões, vez que os juízes frequentemente abdicavam da aplicação das decisões anteriores por mera conveniência, ensejando subjetivismos e contradições principalmente em tribunais, nos quais muitos órgãos fracionários (sessão, câmara, turma, etc.) decidiam em contraste com as decisões anteriores ao mesmo tempo (contrastos sincrônicos) ou tempos distintos (diacrônicos) (ZANETI JR., 2016).

Apesar da facilidade proporcionada pela mudança de paradigma ocasionada pela adoção do modelo de precedentes vinculantes, ela não deve ser encarada como uma forma de desonerar o magistrado da obediência à lei, mas como um método de cingir a discricionariedade da autoridade judicial à interpretação das previsões legais. Há de se ter sempre a consciência de que as decisões terão eficácia expandida, além da contenção da autonomia da atividade jurisdicional nas fronteiras do Estado democrático.

1.2 O sistema brasileiro de precedentes e a sua inspiração no modelo alemão

A litigiosidade seriada é considerada um dos principais problemas para a adequada prestação jurisdicional no país. Parcela significativa dos processos atualmente em curso perante o Poder Judiciário envolve a resolução de questões comuns, uma vez que a sociedade atualmente é capaz de gerar conflitos de caráter massificados, e o processo civil individual (símbolo do CPC/73) não possui melhores ferramentas para solucionar esse tipo de litígio por meio de uma

pluralidade de demandas fragmentadas (ROQUE, 2019).

O modelo alemão de processo, a partir das observações feitas por Mancuso (2019), é avesso à solução conjunta de conflitos, pois não enxerga a possibilidade de progresso social via ações coletivas e de massa. O paradigma liberal de litígio influenciou não apenas o modelo alemão, como também o brasileiro, pois ambos os sistemas demonstraram, ao longo do desenvolvimento histórico-jurídico, imensa predileção pela solução de conflitos bilaterais, ignorando que a multiplicação dessas demandas é fator capaz de dificultar a sua solução (MANCUSO, 2019). Essa compreensão encontrava justificativa na tradicional vinculação de ambos ao sistema *civil law* (CAVALCANTI, 2014).

Reitera-se que as alterações promovidas no CPC/2015, segundo Mancuso (2019), concentraram-se nos princípios facilitadores da racionalização e da eficiência da prestação jurisdicional, de modo a evitar a dispersão excessiva de jurisprudência e a proporcionar maior isonomia e segurança jurídica. Nessa esteira, alguns instrumentos relevantes foram previstos no CPC/2015, dentre eles evidenciou-se o IRDR, com notável inspiração no instituto alemão intitulado *Musterverfahren*⁵.

Vale observar que a busca do sistema brasileiro por uma efetividade normativa não convive pacificamente com a tolerância acrítica da estruturação das técnicas de julgamento em larga escala pautando-se apenas em uma suposta identidade de casos. Isso porque o cenário que se apresenta no Brasil é de um sistema com inúmeros problemas operacionais de aplicação, em que prevalece uma preocupação evidente com um ideal de justiça focado em metas estatísticas e não com a prestação jurisdicional justa e efetiva. Contudo, na lição de Theodoro Jr. *et al.* (2016, p. 378), “não se pode negligenciar a aplicação coerente dos direitos fundamentais dos cidadãos sob argumentos econômicos e funcionais”.

Atualmente, a ciência processual lida com três tipos de litigiosidade:

[...] a) individual ou de varejo: sobre a qual o estudo e dogmática foram tradicionalmente desenvolvidos, envolvendo alegações de lesões e ameaças a direito isoladas; b) a litigiosidade coletiva: envolvendo direitos coletivos, difusos e individuais homogêneos, nos quais se utilizam, v.g., procedimentos coletivos representativos, normalmente patrocinados por legitimados extraordinários (órgão de execução do MP, associações representativas etc.) mediante as *Class Actions*, *Defendant Class Actions*, *Verbandsklage* etc. e que padecem de enormes problemas de sub-representação de todos os grupos afetados [...]; e c) em massa, repetitiva ou de alta intensidade: embasadas prioritariamente em direitos individuais homogêneos que dão margem à propositura de

⁵ *Musterverfahren* em português significa procedimento-modelo.

ações individuais repetitivas ou seriais, que possuem como base pretensões isomórficas, com especificidades, mas que apresentam questões (jurídicas e/ou fáticas) comuns para a resolução da causa [...] (THEODORO JR. *et al.*, 2016, p. 378-379).

É perceptível a inadequação dos mecanismos processuais coletivos para tutelar os conflitos contemporâneos marcados pelo signo da repetitividade, diante da ausência de um caráter uniformizador da jurisprudência oriunda desse tipo de litígio (CAVALCANTI, 2014). Em outras palavras, o microsistema processual coletivo não elimina o risco de uma prestação jurisdicional díspar em casos idênticos, configurando uma afronta aos princípios da isonomia (NERY JR., 2010) e o da segurança jurídica, necessários ao desenvolvimento das relações sociais (MARINONI, 2011).

As ações coletivas não devem ser destinadas à tutela desse tipo de litigância. Isso porque a expressão “direitos coletivos”, apesar de adotada para tratar de um gênero uno, contempla tanto situações em que “o objeto do litígio é de fato transindividual e indivisível, como situações em que os interesses conflituosos têm características individuais e assumem feição coletiva por envolverem uma pluralidade de envolvidos em similar situação” (TEMER, 2017, p. 44).

O IRDR, a seu turno, não é técnica processual coletiva. No seu âmbito não existe necessariamente uma coletivização, isto é, uma junção de situações concretas para julgamento único, mas uma abstração em relação aos casos concretos para fixação de uma decisão padrão a partir da extração de um fato-tipo, nos moldes de uma projeção (TEMER, 2017).

O fator responsável por classificar a demanda como repetitiva, a justificar a instauração do IRDR, seria a presença de questões de direito material ou processual comuns, ainda que não reproduzam nenhuma parcela considerável do conflito subjetivo levada ao judiciário para ser resolvida, mesmo não havendo, enfim, envolvimento de demandas homogêneas. É impositiva, portanto, a concepção de complementaridade entre esses sistemas, principalmente em relação à tutela coletiva para “resolver questões comuns que não se enquadrem na definição de direitos difusos, coletivo *stricto sensu* ou individuais homogêneos” (ROQUE, 2019, p. 837).

Em relação aos instrumentos processuais de tutela coletiva, tem-se como exemplos a ação popular (Lei 4.717/65), a ação civil pública (Lei 7.347/85) e a ação coletiva do Código de Defesa do Consumidor (CDC), as quais foram se desenvolvendo de forma concomitante no século passado (ROQUE, 2019).

Do ponto de vista de Roque (2019, p. 834), “nenhuma dessas iniciativas, contudo, logrou êxito em debelar a crise numérica de processos no Poder Judiciário

brasileiro” por possuírem abrangência limitada, mostrando uma verdadeira inaptidão para lidarem com este tipo de questão.

A mesma justificativa se aplica a outros instrumentos já consolidados, os quais possuem maior similitude com o IRDR:

[...] (i) julgamento em bloco, por amostragem, de RE's e RESp's repetitivos (CPC, art. 1.036 e §1º, art. 1.039 e parágrafo único); (ii) suspensão de liminares, “para evitar grave lesão à ordem, à saúde, à segurança e à economia públicas” – Lei 8.437/92 [...] (iii) pedido de uniformização de interpretação da lei federal no âmbito dos Juizados Federais – Lei 10.259/2001 [...] (iv) avaliação, pelo STF, da repercussão geral da questão constitucional – CF, §3º do art. 102; CPC, art. 1.035 e §1º; § único do art. 1.039; (v) julgamento antecipadíssimo do mérito de demandas isomórficas, com base em precedente do Juízo (CPC/1973, art. 285-A); (vi) improcedência liminar do pedido que se revela contrário a certos produtos judiciais otimizados (CPC, art. 332 [...]); (vii) competência do tribunal *a quo* [...] art. 1.030 do CPC para: “I – negar provimento [...] a recurso especial interposto contra acórdão que esteja em conformidade com entendimento do Supremo Tribunal Federal ou Superior Tribunal de Justiça [...] exarado no regime de julgamento de recursos repetitivos” [...]; (viii) competência do relator, nos tribunais, para, em decisão agravável, prover ou desprover recurso a partir do contraste com certos padrões decisórios [...] (MANCUSO, 2019, p. 229-230).

Afirma Stürner⁶ (2011) que processos de massa são capazes de superlotar a justiça com ações individuais. Consequentemente, a necessidade de transformar o direito jurisprudencial em um verdadeiro sistema de precedentes fez surgirem novas técnicas capazes de solucionar questões controvertidas de forma concentrada em um ou alguns julgamentos, aplicando posteriormente os fundamentos jurídicos determinantes oriundos da decisão aos casos seriados (TEMER, 2017).

Como já se afirmou, o ingresso do IRDR no Direito Processual brasileiro ocorreu por inspiração no modelo alemão. Por tal razão, é inevitável promover uma análise acerca das fontes materiais, bastante semelhantes às brasileiras, que levaram a Alemanha a adotar uma técnica diferenciada nos traços do *Musterverfahren*.

6 O autor, na obra aqui analisada, faz uma análise comparativa entre o processo civil alemão e o brasileiro, fundamental para análise das fontes materiais precursoras do procedimento alemão e o IRDR), encontrando pontos convergentes principalmente em relação à ineficiência dos métodos tradicionais coletivos para o tratamento das demandas repetitivas.

1.2.2 O *Musterverfahren* e o incidente de resolução de demandas repetitivas

Stürner (2011) afirma que o direito alemão se moveu – ao contrário do que ocorreu com alguns países europeus – com muita cautela na reação legislativa rumo às tutelas de interesse público e coletivo. Isso porque a Alemanha, até certa época, obteve resultados positivos oriundos do modelo bilateral de litígio quando comparados aos obtidos em outros países, o que se decorria da conduta diretiva processual do magistrado alemão, baseada em uma orientação exclusivamente dialógica.

Entretanto, este cenário sofreu alterações no ano de 1991, quando o ordenamento jurídico alemão introduziu no Código de Justiça Administrativa (*VwGO*)⁷ uma espécie de procedimento-modelo:

[...] um expediente incidental com a pretensão de estabelecer, a partir do julgamento de uma causa-modelo, um padrão decisório, de acordo com o qual todos os demais casos repetitivos seriam posteriormente examinados e julgados. Era, como se pensou, a solução mais adequada, dentro dos parâmetros da ordem processual alemã, vinculada ao *civil law* (NUNES, 2015).

Em breve análise histórica, Cavalcanti (2014) relata que, passados alguns anos, o referido procedimento-modelo teve sua área de abrangência alargada em virtude de um acontecimento envolvendo o mercado mobiliário⁸. Em resposta, o legislador alemão editou a *KapMuG*⁹, em 2005, prevendo de maneira temporária¹⁰ o cabimento do incidente para resolução dos conflitos judiciais decorrentes deste episódio.

O procedimento delineado pela *KapMuG*, de maneira assemelhada ao que hoje se prevê em relação ao IRDR brasileiro, possuía três fases distintas: a primeira delas seria a de eleição da causa representante; seguida pela fase do processamento da demanda no tribunal; e, ao final, a fase de julgamento pelo órgão jurisdicional de todas as outras causas que estiveram sobrestadas mediante a aplicação da decisão modelo (NUNES, 2015). Todavia, apesar da inspiração, existem algumas

7 A regulação do instituto se deu pela inserção do art. 93, no Código de Justiça Administrativa (*VwGO*).

8 O caso *Telekom* ocorreu no final da década de 90 e início dos anos 2000, quando a empresa *Deutsche Telekom* (DT) dispôs informações falsas a respeito de suas ações na Bolsa de Valores de Frankfurt, fazendo com que vários acionistas sofressem graves prejuízos econômicos, resultando na propositura de cerca de 13 mil ações individuais no tribunal de primeira instância (*Landesgericht*) de Frankfurt e paralisação da Câmara de Direito Comercial.

9 Lei de Introdução do Procedimento-Modelo para os Investidores em Mercado de Capitais.

10 A lei entrou em vigor 01.11.2005, com previsão de término de vigência em 01.11.2010. A vigência temporária foi reconsiderada, resultando na posterior incorporação da técnica ao *ZPO*.

importantes diferenças entre o *Musterverfahren* e o IRDR.

A principal delas diz respeito à abrangência do instituto alemão em relação às matérias de fato e direito, enquanto o incidente brasileiro limita-se somente à matéria de direito (976, I) (MANCUSO, 2019). A propósito, em interpretação ao art. 976, I do CPC, o Enunciado n. 88, do FPPC¹¹, sugere não existir “limitação de matérias de direito passíveis de gerar a instauração do incidente de resolução de demandas” (FPPC, 2017).

Temer (2017) explica, contudo, que o processamento do IRDR no Brasil, apesar das pontuais diferenças, também possui três fases: instauração ou admissão (compreendendo os atos preparatórios ao debate e fixação da tese, com a admissão do incidente e delimitação do objeto); a de afetação e instrução (balizamento da estrutura subjetiva e a apresentação de argumentos e elementos para fixação da tese); e, por último, a de julgamento (oportunidade em que serão analisadas a decisão, sua recorribilidade e efeitos).

A dinâmica do processamento é, pontualmente, questão controvertida na doutrina. As lacunas percebidas em lei foram fatores que resultaram na abertura de brechas a interpretações conflitantes a respeito do que o IRDR julgará e sobre sua própria natureza cognitiva.

2 Distinção entre os sistemas de resolução de casos repetitivos

A definição do sistema de resolução de casos repetitivos adotada no Brasil é uma das temáticas mais dissonantes entre os processualistas. Isso se deve às alterações das versões do Código apresentadas durante a tramitação do projeto de lei no legislativo. Assim, extirpar tais divergências, a fim de definir, por exemplo, o método adequado para o processamento do IRDR é crucial para o delineamento da sua própria natureza, e, por conseguinte, da sua legitimação, das consequências do abandono ou da desistência, da natureza da decisão proferida, assim como seus efeitos (MENDES; TEMER, 2015).

2.1 A causa-piloto

Didier Jr. e Cunha (2017) afirmam haver dois sistemas para o tratamento dos casos seriados: o da causa-piloto e o do procedimento-modelo. O primeiro deles pode ser classificado a partir da escolha de casos representativos pelo órgão jurisdicional, que o analisará por completo, “inclusive quanto às demais questões

¹¹ Fórum Permanente de Processualistas Civis.

não suscetíveis de tratamento comum” (ROQUE, 2019, p. 838), servindo o caso concreto de paradigma (*leading case*) e de base para formação de uma *ratio decidendi* (TEMER, 2017).

Percebe-se, nesse sistema, além da forte propensão à apreciação do conflito subjetivo que orientou a instauração do incidente (TEMER, 2017), uma unidade cognitiva, vez que o “mesmo órgão que aprecia a questão comum julga o processo originário” (CABRAL, 2014, p. 2), permitindo que se resolvam os demais casos pela multiplicação da decisão, a qual terá caráter de precedente.

Essa espécie de “julgamento por amostragem” manifesta ainda incisiva aproximação com o modelo tradicional adotado no Brasil para os recursos repetitivos, “jungidos a decidir a lide, por força dos efeitos devolutivo e translativo” dos apelos (MANCUSO, 2019, p. 88). É também identificado em outros países, como na Inglaterra, com as Ordens de Litígio em Grupo (*Group Litigation Order*), e no austríaco *Pilotverfahren* (ROQUE, 2019).

Para Cabral (2014), na triagem do caso representativo da controvérsia, quando as partes (autora ou ré) forem as responsáveis pelo requerimento do incidente, elas não poderão escolher as amostras, mas apenas suscitar a sua instauração. O mesmo não ocorrerá na circunstância de litigância habitual, pois, pela lógica, litigantes habituais participam de vários processos sobre a mesma matéria jurídica, podendo optar por qual processo o IRDR será deflagrado, escolhendo um litígio melhor instruído que seja capaz de ser a base para o procedimento. Igualmente quando o requerente for o Ministério Público ou quando o incidente for instaurado por iniciativa dos órgãos jurisdicionais.

Dois vetores básicos guiam a escolha da causa-piloto. O primeiro é a amplitude do contraditório (critério objetivo), em que se levará em conta parâmetros como a completude da discussão; a qualidade e a diversidade da argumentação; o respeito à garantia do contraditório efetivo; a existência de restrições à cognição e à prova, etc. O segundo é pautado em aspectos subjetivos, abrangendo dois tópicos: a pluralidade e a representatividade dos sujeitos do processo originário (CABRAL, 2014).

Ressalta-se que, pelo fato de a causa-piloto se encontrar adstrita ao julgamento de uma pretensão subjetiva, a escolha de um ou mais processos para afetação atribuirá grandes prerrogativas aos sujeitos do processo originário no próprio incidente, o que se percebe, por exemplo, na distribuição do tempo para manifestação na sessão de julgamento, devendo as partes e os demais interessados compartilharem do mesmo prazo (CABRAL, 2014).

2.2 O procedimento-modelo

Por outro lado, o procedimento-modelo é concebido como aquele instaurado com o escopo exclusivo de fixar tese jurídica, a qual dispensará a análise de aspectos subjetivos da causa a ser julgada, pautando-se nessa dessubjetivação para a formação de um modelo que representará a controvérsia, a ser estabelecido para a formação de um precedente para aplicação nos demais casos que com ele guardem semelhança.

Depara-se com este mesmo raciocínio no procedimento-modelo alemão, no qual o IRDR foi explicitamente inspirado, e também com certas especificidades encontradas no sistema brasileiro de controle abstrato de constitucionalidade. A respeito deste último, a similitude ocorre na medida em que o IRDR se apropria de sinais objetivos próprios do controle responsável por resguardar a integridade do ordenamento jurídico, e não por tutelar “diretamente uma ou algumas relações jurídicas substanciais” (TEMER, 2017, p. 83).

Nos juízos abstratos de constitucionalidade, a lei é analisada “em tese”, totalmente desvinculada das questões intersubjetivas, pois, embora haja controvérsia, não há lide em sua concepção tradicional, tanto que, nas decisões proferidas em tal sistema serão estas dotadas de eficácia *erga omnes* necessária à manutenção da coerência e integridade (TEMER, 2017).

Voltados os olhos para o IRDR, em se considerando que o seu processamento se dá pela sistemática do “procedimento-modelo”, fica claro que o seu objetivo seria o de fixar um único entendimento sobre questão de direito, sendo esta a real justificativa de seu desprendimento em relação à pretensão subjetiva envolvida, numa espécie de objetivação e abstração “de modo a representar fidedignamente a controvérsia, para que o tribunal possa analisar a maior amplitude de fundamentos” (TEMER, 2017, p. 80) e só assim possa definir a *ratio decidendi*.

Anunciar tal aproximação não significa dizer, contudo, que o IRDR terá sua formação independente de um caso concreto, pois fazendo jus à sua condição de incidente, ele só poderá ter seu advento “a partir” de um caso (TEMER, 2017).

Cabe frisar que a fixação de tese jurídica no julgamento do IRDR não partirá de absoluta desconsideração das circunstâncias fáticas, isto é, de uma completa abstração da realidade. O que ocorrerá, com precisão, será a pressuposição e generalização pelo tribunal de maneira a considerar “uma situação fática padrão para decidir sobre o texto do qual se extrai a norma, seu sentido e alcance” (TEMER, 2017, p. 73), emanando daí um “fato-tipo”, que “pode ser identificado como um “modelo resultante da ordenação de dados da realidade concreta segundo padrões de semelhança” (TEMER, 2017, p. 74), até porque não haverá tese sem fatos.

O procedimento-modelo opera na seguinte lógica: havendo uma questão comum de direito efetivamente repetida em vários processos, tanto individuais como coletivos, o incidente “poderá ser instaurado, para que, a partir de um ou mais processo(s), seja formado um ‘modelo’ do conflito repetitivo” (MENDES; TEMER, 2015, p. 4), a fim de que a questão jurídica controversa seja levada à apreciação dos respectivos tribunais.

Feita a ressalva, os tribunais, ao procederem aos julgamentos para a definição da tese jurídica aplicável aos casos homogêneos, deverão “ouvir amplamente todos os interessados, para que profira decisão completa, que sirva como padrão decisório para os casos repetitivos” (MENDES; TEMER, 2015, p. 4).

Por questão de segurança jurídica, devem ficar, nesse período, sobrestados todos os processos que versem sobre igual matéria, até que haja definição da tese jurídica. Ao final, após o julgamento, “compreendidos os eventuais recursos, a tese jurídica firmada no incidente será aplicável aos processos em curso e aos seguintes, até que haja superação ou revisão” (MENDES; TEMER, 2015, p. 4). Neste sentido, quando um órgão define e julga as questões comuns objeto do incidente, outro julgará o processo originário, atentando-se para todas as suas especificidades, tendo sempre como premissa a decisão obrigatória prévia proferida (TEMER, 2017).

Baseando-se na clara influência do controle de constitucionalidade abstrato, contempla-se, num contexto geral, gradativa movimentação do processo tradicional em direção à desvinculação de julgamento de conflitos estritamente subjetivos. Isto ocorre em virtude da capacidade das decisões proferidas nesse regime, via de regra, assumirem eficácias mais abrangentes, ou seja, ultrapassem as fronteiras estabelecidas entre os sujeitos da causa em apreço e os problemas vivenciados pelo Poder Judiciário relacionados ao número de ações individuais dotadas de efeito *inter partes*.

A despeito do pensamento de que a mera objetivação (ou dessubjetivação) do processo não é capaz de, por si só, gerar decisões com eficácia vinculativa (TEMER, 2017), o oposto ocorre com o IRDR, que possui caráter de precedente vinculante graças à previsão do art. 927, CPC. Considera-se ser exatamente este o correto raciocínio a ser adotado para a compreensão da natureza cognitiva do incidente e do seu real desígnio.

3 A natureza jurídica do IRDR

Impende destacar que a definição da natureza jurídica do IRDR é de fundamental importância para que se possa conferir tratamento procedimental

uniforme nos tribunais brasileiros. Para tanto, é necessário que sua dogmática seja coerente com seus atributos diferenciados, como visto no tópico precedente.

As previsões normativas a respeito desse instrumento processual estão contidas no denominado “microsistema de solução de casos repetitivos”, sendo a ele aplicadas, em caso de omissão, e subsidiariamente, as disposições reguladoras dos recursos extraordinário e especial repetitivos. É verdade que os dispositivos responsáveis pela sistematização do IRDR possuem sobressalentes lacunas e, talvez, a subsidiariedade seja fator capaz de induzir a uma inevitável aproximação ao tradicional sistema da causa-piloto atinente aos recursos repetitivos.

De um lado, alguns autores abraçam o sistema da causa-piloto como sendo a melhor forma de processamento das demandas repetitivas. Dentre eles, destaca-se Antonio de Passo Cabral, que afirma que, embora tenha sido o panorama de ensaio do IRDR, no Congresso Nacional, claramente o de procedimento-modelo, em virtude da posterior inserção do art. 978, parágrafo único, pelo Senado Federal, autorizando, além do julgamento do incidente, a fixação da tese jurídica, o julgamento do “recurso, a remessa necessária ou o processo de competência originária de onde se originou o incidente” (BRASIL, 2015) – este cenário sofreu alterações.

Para o autor, o permissivo foi favorável à concepção de unidade cognitiva do incidente em relação à pretensão individual, em vista da clara manifestação legislativa ao julgamento conjunto de ambos pelo respectivo tribunal, sendo o suficiente para assentar o IRDR como causa-piloto (CABRAL, 2015).

Outrossim, arrimando-se nas interpretações do art. 978, Freddie Didier Jr. e Leonardo Carneiro da Cunha afirmam que, mesmo na ausência do referido dispositivo no CPC, o modelo eleito pelo ordenamento brasileiro ainda assim seria o da causa-piloto, pelo fato de não ser possível ocorrer a instauração do IRDR sem uma causa inicial tramitando no tribunal, pois caso contrário “não se teria um incidente, mas um processo originário, com transferência ao tribunal de parte da cognição que deveria ser realizada pelos juízes de primeira instância” (DIDIER JR.; CUNHA, 2017, p. 679).

Ainda, para legitimar o posicionamento, certificam ter o legislador ordinário apenas competência para “criar incidentes processuais para causas originárias e recursais que tramitem nos tribunais” (DIDIER JR.; CUNHA, 2017, p. 679), não lhe cabendo criar propriamente a competência originária para os tribunais, visto que todas as competências dos Tribunais Regionais Federais encontram-se definidas no art. 108 da Constituição Federal, enquanto as dos tribunais estaduais, conforme art. 125, §1º da mesma Carta, serão definidas pelas Constituições Estaduais.

Procedendo-se a uma análise jurisprudencial no Tribunal de Justiça de Minas Gerais (TJMG), em voto proferido pelo desembargador Renato Dresch em IRDR suscitado em processamento de apelação interposta contra sentença que rejeitou embargos à execução ajuizados contra o Ministério Público de Minas Gerais, em que se discutia a exigibilidade de multa prevista em Termo de Ajuste de Conduta (TAC) após a edição do Código Florestal de 2012, exteriorizou-se o caráter condicionante do requisito de causa pendente em tribunal para decisão positiva de admissibilidade do incidente (TJMG – IRDR – Cv 1.0016.12.003371-3/005, Relator(a): Des.(a) Wander Marotta, 1ª Seção Cível, julgamento em 18/08/2017, publicação da súmula em 24/08/2017).

O entendimento foi acompanhado ainda, no mesmo julgamento, pela desembargadora Teresa Cristina Peixoto, que afirmou em seu voto explicitamente a importância da seleção de processos representativos da controvérsia a fim de se enriquecer o debate da matéria ainda não pacificada:

Contudo, conforme já me manifestei em outras oportunidades, cabe ao Relator, em verificando a existência de outras questões controvertidas relacionadas à mesma questão, **ampliar o debate, avocando um ou mais processos pilotos que permitam a abrangência de novas teses relacionadas ao mesmo tema [...]** Portanto, a meu sentir, poderíamos ampliar o debate, avocando o em. Relator do presente IRDR **um ou mais processos que tratam de matéria, que ainda é controvertida nesta Corte e, principalmente, em primeiro grau:** dispensa ou não de averbação no registro imobiliário da área de reserva legal, após a edição da Lei Federal n. 12.651/12, no caso de o proprietário do imóvel ter ou não efetuado o registro da área de reserva legal no Cadastro Ambiental Rural – CAR, mesmo havendo determinação judicial que o obrigue (TJMG – IRDR – Cv 1.0016.12.003371-3/005, Relator(a): Des.(a) Wander Marotta, 1ª Seção Cível, julgamento em 18/08/2017, publicação da súmula em 24/08/2017) (grifo nosso).

Didier Jr. e Cunha (2017) reconhecem a assunção dos aspectos do procedimento-modelo posteriormente pelo IRDR. A exceção a esta regra ocorrerá apenas nas hipóteses de desistência ou abandono da demanda afetada para julgamento (art. 976, §1º). Os autores afirmam haver a formação paralela de um procedimento ao lado do originário como corolário da seleção de um caso para julgamento, isto é, haverá o procedimento principal destinado a resolver a questão individual (processo originário ou o recurso) e o procedimento incidental de definição do

precedente, sendo que este último não admite desistência e terá prosseguimento até a definição da tese, supondo uma natureza híbrida nessas especificidades.

De forma antagônica, defendendo o sistema do procedimento-modelo, apontam-se processualistas como Sofia Temer, Dierle Nunes, Aurélio Viana e Andre Vasconcelos Roque. De acordo com a linha doutrinária por eles abraçada, o IRDR não se enquadra de forma consentânea com um modelo enviesado à resolução de uma demanda subjetiva, o que se afere a partir do próprio panorama de dimensionamento da litigiosidade repetitiva.

Afirmam, dentre outros argumentos, que, embora tenham sido alteradas as versões apresentadas durante a tramitação do projeto, algumas características adotadas pelo próprio Código mostram-se aptas a apontar a sua inclinação por esse sistema (MENDES; TEMER, 2015).

A primeira delas diz respeito à legitimação do Ministério Público para prosseguimento do incidente nos cenários de abandono ou desistência da causa (art. 976, §1º). Os próprios autores que conferem natureza mista ao incidente reconhecem a ocorrência de existência paralela de dois procedimentos: um destinado a resolver questão subjetiva da parte e outro que persistirá para que ao final seja definida a tese jurídica.

Vê-se que o sistema da causa-piloto, em decorrência da retirada da parte, não consegue se sustentar. Caso fosse o verdadeiro objetivo do incidente solucionar conflito subjetivo, estaria aquele prejudicado, pois não haveria a partir daí, qualquer causa a ser apreciada, resistindo apenas a questão pontual de direito. Por esse motivo, considera-se no mínimo forçoso admitir essa apriorística unidade cognitiva para que somente depois, como exceção a esta regra, houvesse a admissão dos aspectos do procedimento-modelo a fim de levar as questões de direito a julgamento posterior.

Apesar de ser essencial para a compreensão do caráter autônomo do IRDR e o seu eventual prosseguimento, o argumento anterior não se revela suficiente para a afirmação de sua natureza, uma vez que “regra semelhante vigora para os recursos especial e extraordinário repetitivos (art. 998, parágrafo único) e não se duvida que estes sejam exemplo de causa piloto” (ROQUE, 2019, p. 839).

Não obstante, aqueles que defendem os contornos do procedimento-modelo firmam-se precipuamente na ideia exteriorizada pelo art. 976, I, que prevê o IRDR apenas para a resolução de controvérsias jurídicas homogêneas, podendo ser este o principal elemento a corroborar tal concepção. A expressa delimitação feita pelo Código possibilita a adstrição dos traços da cognição e a inibição do julgamento da demanda (TEMER, 2017), “ficando a análise de fatos e provas sob a competência do juízo de aplicação (art. 985, I)” (ROQUE, 2019, p. 840).

Sabe-se que fato e norma são dois aspectos de um só fenômeno e que a tentativa de os distanciar pode causar artificialidade no caráter do julgado. Entretanto, o IRDR é um instituto que opera enfaticamente nessa lógica, visando a cisão cognitiva, para que assim possa se ocupar apenas com as questões de direito surgidas nos processos repetitivos. Dizer isso não significa afirmar que o tribunal deve desconsiderar por completo as circunstâncias de fato, mas apenas que se ocupará em definir a compreensão do alcance dos textos normativos, levando em conta uma categoria fática pressuposta (TEMER, 2017).

É verdade que o IRDR deve ser instaurado a partir de alguns casos concretos. Contudo, apesar de tais casos servirem como substrato, existe uma espécie de fragmentação essencial para a excelência da cognição, que resultará sempre no perigo de vinculação excessiva às peculiaridades de cada caso e risco de perda do propósito do incidente – a formação de tese como padrão decisório (TEMER, 2017).

Toma-se, a título de exemplo, voto emitido em acórdão que julgou IRDR inicialmente instaurado por pedido formulado pela Cia. de Saneamento de Minas Gerais (COPASA), no bojo de apelação que informava a divergência de entendimento entre as Câmaras do Tribunal de Justiça em casos idênticos, relativos à possibilidade ou não de presunção do dano moral, decorrente de um evento ímpar, o aparecimento de cadáver em decomposição dentro do reservatório da COPASA do Município de São Francisco/MG. O voto vencido, proferido pelo desembargador Alberto Vilas Boas, lastreava-se na inviabilidade de discussão de especificidades fáticas em sede de IRDR:

Não quero [...] dizer que a solução por mim proposta seja a mais tecnicamente perfeita, mas serve para ilustrar que **o reconhecimento do dano moral implica em saber quais eram os fatos antecedentes e posteriores** ao encontro do cadáver no reservatório de água [...] é preciso ponderar que **em situação fática supostamente caracterizadora do dano moral não se pode dispensar a avaliação das particularidades de cada caso concreto** [...] será preciso que a parte exerça adequadamente seu ônus probatório para demonstrar e constatar não somente o fato, mas a lesão a um direito da personalidade ou a um direito fundamental [...] Logo, a conclusão que encontro [...] é aquela segundo a qual [...] não existe somente questão de direito para legitimar a instauração do IRDR, haja vista que saber se há ou não dano moral presumido está atrelado a minúcias fáticas que não são próprias desta modalidade de incidente. Fundado nessas razões, inadmito o incidente, data venia. (TJMG – IRDR – Cv

1.0611.14.002814-7/003, Relator(a): Des.(a) Albergaria Costa, 1ª Seção Cível, julgamento em 24/05/2019, publicação da súmula em 30/05/2019) (grifo nosso).

Há de se observar, ainda, o que dispõe o art. 977, III, CPC, que legitima tanto o Ministério Público, quanto a Defensoria Pública para requerer a instauração do incidente. O permissivo “parece reforçar que se trata de um sistema de procedimento-modelo, pois tais entes não necessariamente serão partes nas causas que originaram o IRDR” (ROQUE, 2019, p. 840).

Outra questão controversa pertinente à legitimidade estipulada pelo art. 977 é aquela concernente à instauração *ex officio* do incidente pelo juiz em primeiro grau. Os opositores sustentam no dispositivo (art. 977, I) sua tese de afronta à expressão utilizada no artigo anterior (art. 976, I), ou seja, “efetiva repetição de processos” (BRASIL, 2015), o que faria com que o IRDR assumisse características de um incidente preventivo, quando, na verdade, o correto seria a sua instauração ocorrer somente após a efetiva repetição de processos. A discussão abre caminho para outro ponto inquietante: o da necessidade de processo pendente no tribunal para admissão do IRDR. Antecipa-se que se tratam de teses desarrazoadas e, por isto, não devem prosperar pelas ponderações feitas adiante.

O requisito estabelecido no inciso I do art. 976 não é desrespeitado, vez que o referido artigo não menciona a imprescindibilidade de repetição de decisões de mérito sobre a questão, mas apenas a indispensabilidade de efetiva repetição de demandas, o que poderá ocorrer inclusive sem que haja alguma causa pendente em segundo grau. Além do mais, a atribuição conferida ao juiz de primeiro grau pelo art. 977, I, é elementar para que este observe, com certa proximidade, a efetiva repetição das questões jurídicas apresentadas inicialmente ao judiciário (TEMER, 2017).

Para os que defendem a necessidade de processo em trâmite no tribunal, como no art. 978 do CPC, deve-se considerar a concreta possibilidade de se ter causa pendente em instância superior sem efetiva repetição e ausência de decisões prévias, quando se estiver diante, por exemplo, de processos de competência originária (TEMER, 2017). Para muitos, como Roque (2019, p. 844), “a regra do art. 978, parágrafo único não passa de hipótese específica de prevenção, a ser aplicada quando o IRDR se originar de causa pendente no tribunal”, ou seja, quando de fato o processo estiver em “curso no tribunal por ocasião da deflagração do IRDR, o que nem sempre ocorrerá” (ROQUE, 2019, p. 844).

Arrimou-se nesse posicionamento, o desembargador Afrânio Vilela (TJMG), relator do IRDR instaurado por juiz da comarca de Pouso Alegre nos autos de ação de obrigação de fazer cumulada com cobrança em desfavor do município, tendo

como objeto a existência ou não do direito de equiparação dos vencimentos dos servidores públicos do executivo municipal com os servidores do legislativo local:

Não fosse isso, referida exigência não se compatibiliza com a legitimidade atribuída ao juiz singular para suscitar o incidente, o que é expressamente assegurado pelo inciso I, do artigo 976 do CPC [...]. Concluo, portanto, que a melhor interpretação a ser atribuída ao parágrafo único do artigo 978 do CPC, que retrata harmonia com os demais dispositivos que compõem o sistema e, inclusive, com a proposta encerrada no anteprojeto do referido codex, **é no sentido de que o parágrafo único do artigo 978 do CPC não condiciona a admissibilidade do IRDR à existência de causa pendente de apreciação no Tribunal, de competência originária ou recursal, eis que aludido dispositivo constitui mera regra de prevenção a ser observada para os casos em que o incidente é instaurado a partir de processo já em curso na segunda instância,** situação em que o mesmo órgão encarregado do julgamento do incidente também apreciará o recurso, a remessa necessária ou o processo originário, de modo a resguardar a aplicação da tese firmada ao caso concreto (causa-modelo) (TJMG – IRDR – Cv 1.0000.18.015868-5/001, Relator(a): Des.(a) Afrânio Vilela, 1ª Seção Cível, julgamento em 05/10/2018, publicação da súmula em 07/11/2018) (grifo nosso).

No âmbito do STJ, a ministra Nancy Andrighi, divergindo do posicionamento do ministro Paulo de Tarso Sanseverino, na 3ª turma, rechaçou tese da causa-piloto ao decidir pela inadmissão, em virtude da ausência de reprodução de controvérsia em número significativo, asseverando a incontestável inquietude do tema também na instância superior.

Há ainda quem defenda a inconstitucionalidade formal do art. 978, parágrafo único, CPC, “que é justamente o que embasa – sob a perspectiva legal – a restrição à instauração a partir de processos no primeiro grau” (MENDES; TEMER, 2015, p. 8-9), na medida em que, ao menos aparentemente, o dispositivo limita o incidente aos casos em que há um procedimento em curso no Tribunal.

A controvérsia a respeito da constitucionalidade é apontada por não haver correspondente do mesmo parágrafo na versão originária aprovada no Senado e, sequer na oriunda da Câmara dos Deputados, a casa revisora. O art. 65, parágrafo único, da CF/88 retrata que, no processo legislativo, “após a revisão do projeto, este retorna à casa iniciadora, que não pode inovar no conteúdo da lei sem que haja nova análise e aprovação pela casa revisora” (MENDES; TEMER, 2015, p. 9).

No âmbito do STF, em 2017, a então Presidente ministra Cármen Lúcia, após requerimento da União autuado em PET n. 7.001/RS, referente a IRDR deflagrado no Tribunal Regional Federal da 4ª Região pelo juízo da 1ª Vara Federal de Novo Hamburgo/RS, suspendeu em esfera nacional as decisões de mérito que envolvessem a interpretação do art. 158, inciso I, da CF/88 que discutissem a distribuição de receitas arrecadadas a título de Imposto de Renda Retido na Fonte (IRRF) (STF, 2018).

Na decisão de suspensão, a ministra dissertou a respeito das origens do incidente, ressaltando a sua proximidade com o procedimento-modelo alemão. Sobressai-se um importante trecho, no qual defende os contornos objetivos do procedimento-modelo:

Esse instrumento processual compõe o denominado ‘microsistema de solução de casos repetitivos’, **cuja eficácia está fundada na observância do assentado no caso-modelo**, pelo que se tem afirmado a valorização do precedente com o advento do Código Processual de 2015, aproximando nosso sistema jurídico, de tradição romano-germânica (*civil law*), do *common law* anglo-saxônico, com o propósito de fomentar a segurança jurídica e a igualdade de tratamento entre os jurisdicionados (STF – SIRDR – PET 7.001/RS, Presidente: Min. Cármen Lúcia, julgamento 15 de dezembro de 2017, publicação DJe em 01 de fevereiro de 2018) (grifo nosso).

Finalmente, diante da robustez dos argumentos apresentados, o enquadramento do incidente na esfera do procedimento-modelo corrobora a sua própria existência como mecanismo voltado, desde sua origem, para a solução da litigiosidade repetitiva, ante à inaptidão da sistemática da causa-piloto para tal fim, em vista de esta última não ater-se à análise dos verdadeiros fundamentos e interesses abordados na discussão para julgamento e consequente formação de uma tese jurídica adaptável a todos os outros casos.

O IRDR aflorou no ordenamento jurídico brasileiro não para ser mais um instrumento de resolução individual de conflitos, mas para tratar do tema da dispersão jurisprudencial por meio de suas técnicas diferenciadas. Ao defini-lo como pertencente à tutela do direito objetivo, isto é, aquela desvinculada da obrigatoriedade de elucidação da pretensão subjetiva, “não parece possível continuar empregando todos os institutos tradicionalmente desenhados para o processo que visa diretamente a solução de lides” (MENDES; TEMER, 2015, p. 9).

Após a constatação de que a padronização das relações jurídicas possuía relação direta com o expressivo e crescente número de processos judiciais, iniciou-se o percurso rumo à dessubjetivação do processo tradicional. Em outras palavras, apostou-se numa espécie de abstração para que tutelas mais abrangentes e eficazes na formação de padrões decisórios vinculantes fossem alcançadas, garantindo assim a integridade, a uniformização e a estabilidade da jurisprudência.

O fato de ter sido designado como “incidente” já assevera tal insinuação, uma vez que, a partir de sua instauração, cria-se no âmbito processual um espaço alheio a toda subjetividade, com o intuito de se resolver a questão jurídica controvertida propriamente dita, resultando, em seguida, na aplicação da tese ao julgamento do caso. Ainda, para Mendes e Temer (2015), a cisão cognitiva e o julgamento abstrato acabam por definir a autonomia do instituto, precipuamente quando verificadas as já abordadas eventualidades de desistência ou abandono pela parte, lembrando que, nessas ocasiões, o incidente continuará a tramitar sob a titularidade do Ministério Público (art. 976, §2º), de forma totalmente independente daquelas.

A possibilidade, determinada em lei, de assunção da titularidade por referido órgão pode ser interpretada como aspecto diferenciador do procedimento principal originário em relação ao incidental, sendo esse último eficaz na geração de um espaço de macrorresolução da questão, afetando inúmeros outros casos semelhantes, sendo, por este motivo, impraticável a desistência pela vontade individual ou simplesmente o seu abandono (MENDES; TEMER, 2015). Este raciocínio contextual é o mesmo que se aplica à previsão de vedação de “desistência nos processos de controle de constitucionalidade – marcadamente objetivos – a teor do art. 5.º da Lei 9.868/99¹²” (MENDES; TEMER, 2015, p. 5).

Oportunamente, destaca-se o voto do desembargador Afrânio Vilela no IRDR reportado supra, cujo objeto era equiparação de vencimentos referente a servidores públicos:

Não obstante, diante da literalidade da norma estampada no parágrafo único do artigo 978 do CPC, conclui, em princípio, tratar-se de requisito de admissibilidade do incidente, entendimento que vinha adotando até então perante esta 1ª seção cível, por considerar que, ao revés da adoção de um sistema de procedimento-modelo, então idealizado, o legislador teria optado pelo sistema de causa-piloto, no qual se exige a seleção de um caso concreto para aplicação da tese a ser observada nos demais processos versando sobre a mesma questão de direito [...] Contudo, essa compreensão parece não se harmonizar

12 Lei que dispõe sobre o processo e julgamento da ação direta de inconstitucionalidade e da ação declaratória de constitucionalidade no STF.

com o decote do texto então atribuído ao §2º do artigo 988 do Projeto da Câmara dos Deputados, conforme acima registrado. **Destoa, ainda, da previsão contida no §1º do artigo 976, no sentido de que “a desistência ou o abandono do processo não impede o exame de mérito do incidente”** (TJMG – IRDR – Cv 1.0000.18.015868-5/001, Relator(a): Des.(a) Afrânio Vilela, 1ª Seção Cível, julgamento em 05/10/2018, publicação da súmula em 07/11/2018) (grifo nosso).

Há de se considerar, ainda, a possibilidade de provocação da instauração do incidente pelos órgãos do Ministério Público e da Defensoria Pública, diante do que prevê o art. 977, III, CPC. São pertinentes, a respeito, algumas ponderações feitas por Aluisio Gonçalves de Castro Mendes e Sofia Temer no que diz respeito ao impedimento, em procedimento subjetivo, de tais órgãos intervirem sem terem formulado pretensão no processo originário (individual ou coletivo) e não serem partes do conflito judicializado.

Entretanto, a legitimação desses entes encontra sede justamente na existência de “separação entre o julgamento da tese, em controle abstrato (para a qual são legitimados, em razão do interesse coletivo) e o posterior julgamento da causa (no qual há apenas o interesse subjetivo da parte originária)” (MENDES, TEMER, 2015, p. 5), revestindo de prescindibilidade o fato de as partes serem as mesmas do processo originário. É exatamente neste ponto que os propósitos do controle abstrato e do IRDR convergem entre si:

Afinal, o controle abstrato destina-se precipuamente a manter a higidez e coerência da ordem jurídica considerada sob o aspecto objetivo, sem vinculação imediata e necessária com a existência de lide, contraposição de vontades ou lesão a algum interesse subjetivo de determinada pessoa (MENDES; TEMER, 2015, p. 5).

A objetividade também encontra respaldo em art. 976, I, CPC, que restringe o incidente às discussões unicamente de direito. Essa delimitação legal é responsável por fazer com que questões jurídicas heterogêneas e fáticas e, por consequência, também a inteireza da pretensão dos autores dos processos dos quais se originaram o IRDR, não sejam apreciadas no seu bojo, tendo em vista que apenas a definição de questões jurídicas serão objeto de discussão (MENDES; TEMER, 2015).

Ademais, o art. 987, §1º do Código estabelece que do acórdão que decidir o mérito do IRDR caberão os recursos especial e extraordinário, a depender do caso. Ambos serão dotados de efeito suspensivo e, no caso específico do recurso extraordinário, de repercussão geral. Para alguns autores, a repercussão geral e o efeito

suspensivo ocorrerão sem qualquer ressalva em vista de o acórdão se limitar à definição da tese jurídica geral, “sem apreciação das questões específicas envolvidas no caso representativo que foi selecionado” (ROQUE, 2019, p. 840), assumindo contornos dissonantes da repercussão geral atinente ao recurso extraordinário em razão de tal requisito ser presumido para o IRDR no cerne do próprio artigo.

Considerações finais

A abordagem aqui adotada consistiu, inicialmente, em apontar a familiaridade do IRDR com a tradição histórica do *common law*, embora o sistema jurídico brasileiro possua predecessores civilísticos e codicísticos.

Em um segundo momento, realizando confrontação entre as duas formas de processamento do incidente, foi identificado o alinhamento do sistema brasileiro ao do procedimento-modelo, tal qual o paradigma alemão do qual se originou. A tese é reforçada expressamente pela exigência, como requisito de admissibilidade do incidente, de questões apenas de direito, levando a crer que essas devem ser estritamente de caráter homogêneo para que se reste garantida a segurança jurídica e a não vinculação às questões subjetivas da lide, que serão apreciadas pelo órgão jurisdicional originário, exprimindo assim uma fragmentação cognitiva. Além disso, há de se considerar que a indicação legal do juízo de primeiro grau como legitimado para a instauração de ofício do IRDR reforça a desnecessidade de uma causa pendente em 2ª instância para a deflagração do incidente.

Por outro lado, a legitimação do Ministério Público e da Defensoria Pública para provocar a instauração do incidente demonstra a característica objetiva do procedimento, vez que esses órgãos podem não ser partes da demanda originária. Enfim, todas as reflexões realizadas no decorrer do trabalho, para além de simplesmente defender a tese do procedimento-modelo, demonstram a sua perfeita conformação objetiva, diferindo o IRDR dos mecanismos destinados à tutela de conflitos estritamente subjetivos.

Referências

ATAÍDE JR., J. R. O princípio da inércia argumentativa diante de um sistema de precedentes em formação no direito brasileiro. *Revista de Processo*, São Paulo, ano 39, v. 229, p. 377-401, mar. 2014. Disponível em: http://www.academia.edu/14873680/O_princ%C3%ADpio_da_in%C3%A9rcia_argumentativa_diante_de_um_sistema_de_precedentes_em_forma%C3%A7%C3%A3o_no_direito_brasileiro. Acesso em: 16 set. 2019.

BRASIL. *Lei n. 13.105, de 16 de março de 2015*. Código de Processo Civil. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm. Acesso em: 21 ago. 2019.

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. *Demandas repetitivas*. Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/pesquisas-judiciarias/demandas-repetitivas>. Acesso em: 18 set. 2019.

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. *Justiça em Números 2018: ano-base 2017*. Brasília. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/contendo/arquivo/2018/08/44b7368ec6f888b383f6c3de40c32167.pdf>. Acesso em: 18 set. 2019.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Petição 11.838/MS. *Diário de Justiça*. Brasília, 10 set. 2019. Disponível em: https://processo.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num_registro=201603303056&dt_publicacao=10/09/2019. Acesso em: 05 nov. 2019.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Petição 7.001/RS. Decisão Monocrática. Presidente: Cármen Lúcia. *Diário de Justiça*. Brasília, 01 fev. 2018. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5182347>. Acesso em: 11 nov. 2019.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Petição 8.245/AM. Decisão Monocrática. Presidente: Dias Toffoli. *Diário de Justiça*. Brasília, 15 out. 2019. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5720457>. Acesso em: 05 nov. 2019.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Presidente do STF determina suspensão da análise de mérito de processos sobre repartição de receitas de IRRF. *Notícias STF*, 05 fev. 2018. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=368693>. Acesso em: 11 nov. 2019.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário 195.056-1/PR. *Diário de Justiça*. Brasília, 17 nov. 2003. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=234291>. Acesso em: 17 dez. 2019.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Súmula 203. *Diário de Justiça*. Brasília, 03 jun. 2002. Disponível em: https://ww2.stj.jus.br/docs_internet/revista/electronica/stj-revista-sumulas-2010_15_capSumula203alteradapdf.pdf. Acesso em: 27 out. 2019.

CABRAL, A. P. A escolha da causa-piloto nos incidentes de resolução de processos repetitivos. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 231, p. 201-223, maio

2014. Disponível em: https://edisciplinas.usp.br/pluginfile.php/1271204/mod_resource/content/1/Antonio%20do%20Passo%20Cabral%20-%20Escolha%20da%20causa-piloto%20nos%20incidentes%20de%20resolucao%20de%20processos%20repetitivos.pdf. Acesso em: 3 nov. 2019.

CABRAL, A. P. Comentários aos arts. 976 a 987. In: CABRAL, A. P.; CRAMER, R. *Comentários ao novo Código de Processo Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2015.

CAPPELLETTI, M. *Juízes legisladores?* Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 1999.

CAVALCANTI, M. A. Mecanismos de resolução de demandas repetitivas no direito estrangeiro: um estudo sobre o procedimento-modelo alemão e as ordens de litígios em grupo inglesas. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 238, p. 333, dez. 2014. Disponível em: <http://www.bvr.com.br/abdpro/wp-content/uploads/2016/03/MECANISMOS-DE-RESOLUCAO-DE-DEMANDAS-REPETITIVAS-NO-DIREITO-ESTRANGEIRO.pdf>. Acesso em: 14 set. 2019.

DIDIER JR., F.; CUNHA, L. C. *Curso de Direito Processual Civil: o processo civil nos tribunais, recursos, ações de competência originária de tribunal e querela nullitatis, incidentes de competência originária de tribunal*. v. 3. 14. ed. reform. Salvador: JusPodivm, 2017.

FPPC – FÓRUM PERMANENTE DE PROCESSUALISTAS CIVIS. *Enunciados do Fórum Permanente de Processualistas Civis*. Florianópolis, 2017. Disponível em: <https://institudoc.com.br/wp-content/uploads/2017/06/FPPC-Carta-de-Florianopolis.pdf>. Acesso em: 26 out. 2019.

MANCUSO, R. C. *Incidente de resolução de demandas repetitivas*. 2. ed. rev. ampl. e atual. Salvador: JusPodivm, 2019.

MARINONI, L. G. *Precedentes obrigatórios*. 2. ed. São Paulo: RT, 2011.

MENDES, A. C.; TEMER, S. O incidente de resolução de demandas repetitivas do novo Código de processo civil. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 243, p. 283-331, maio 2015. Disponível em: http://www.amatra1.org.br/material/Texto_referencia_ALUISIO.pdf. Acesso em: 3 nov. 2019.

MINAS GERAIS. Tribunal de Justiça. *Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas 1.0016.12.003371-3/005*. Acórdão. Relator: Wander Marotta. Belo Horizonte, 24 ago. 2017. Disponível em: <https://www5.tjmg.jus.br/jurisprudencia/pesquisaNumeroCNJEspelhoAcordao.do?&numeroRegistro=1&totalLinhas=2&paginaNumero=1&linhasPorPagina=1&numeroUnico=1.0016.12.003371-3/005&pesquisaNumeroCNJ=Pesquisar&>. Acesso em: 17 nov. 2019.

MINAS GERAIS. Tribunal de Justiça. *Incidente de Resolução de Demandas*

Repetitivas 1.0105.16.000562-2/004. Acórdão. Relator: Amauri Pinto Ferreira. Belo Horizonte, 13 set. 2018. Disponível em: <https://www5.tjmg.jus.br/jurisprudencia/pesquisaPalavrasEspelhoAcordao.do?paginaNumero=1&linhasPorPagina=1&numeroRegistro=1&totalLinhas=3&palavras=Samarco&pesquisarPor=acordao&orderByData=2&listaRelator=0-8870&referenciaLegislativa=Clique%20na%20lupa%20para%20pesquisar%20as%20refer%EAncias%20cadastradas...&pesquisaPalavras=Pesquisar&listaClasse=600&>. Acesso em: 17 nov. 2019.

MINAS GERAIS. Tribunal de Justiça. *Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas 1.0611.14.002814-7/003*. Acórdão. Relatora: Albergaria Costa. Belo Horizonte, 30 maio 2019. Disponível em: <https://www5.tjmg.jus.br/jurisprudencia/pesquisaNumeroCNJEspelhoAcordao.do?numeroRegistro=1&totalLinhas=1&linhasPorPagina=10&numeroUnico=1.0611.14.002814-7%2F003&pesquisaNumeroCNJ=Pesquisar>. Acesso em: 17 nov. 2019.

NERY JR., N. *Princípios do processo na Constituição Federal*: processo civil, penal e administrativo. 10. ed. ampl. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

NUNES, D. O IRDR do Novo CPC: este “estranho” que merece ser compreendido. *Justificando*, 18 fev. 2015. Disponível em: <http://www.justificando.com/2015/02/18/o-irdr-novo-cpc-este-estranho-que-merece-ser-compreendido/>. Acesso em: 16 set. 2019.

ROQUE, A. V. Do incidente de resolução de demandas repetitivas. In: GAJARDONI, F. F. *et al. Execução e recursos*: comentários ao CPC 2015. Rio de Janeiro: Forense, 2019.

STÜRNER, R. Sobre as reformas recentes no direito alemão e alguns pontos em comum com o projeto brasileiro para um novo Código de Processo Civil. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 193, p. 355-372, mar. 2011. Disponível em: <https://revistadostribunais.com.br/maf/app/resultList/document?&src=rl&srguid=i0ad82d9a000016d3a98134d3bacf1cf&docguid=Ic6730720659311e0bd4c-0000855dd350&hitguid=Ic6730720659311e0bd4c0000855dd350&spos=5&e-pos=5&td=17&context=38&crumb-action=append&crumb-label=Documento&isDocFG=false&isFromMultiSumm=&startChunk=1&endChunk=1>. Acesso em: 16 set. 2019.

TEMER, S. *Incidente de resolução de demandas repetitivas*. 2. ed., rev. atual. e ampl. Salvador: JusPodivm, 2017.

THEODORO JR., H. *et al. Novo CPC*: fundamentos e sistematização. 3. ed. rev.,

atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2016.

VIANA, A.; NUNES, D. *Precedentes: a mutação do ônus argumentativo*. Rio de Janeiro: Forense, 2018.

ZANETI JR., H. Comentários aos arts. 926 a 928. *In: CABRAL, A. P.; CRAMER, R. Comentários ao novo Código de Processo Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2015.

ZANETI JR., H. Precedentes normativos formalmente vinculantes. *In: DIDIER JR., F. et al. (coords.). Precedentes*. Salvador: JusPodivm, 2016. (Coleção Grandes Temas do Novo CPC, v. 3).

MINERAÇÃO EM UNIDADES DE CONSERVAÇÃO NO BRASIL: ENTRE DISCUSSÕES E POSSIBILIDADES

Felipe Pires M. de Brito¹

Faculdade de Direito de Lisboa (FDUL)

Artigo recebido em: 21/04/2021.

Artigo aceito em: 29/06/2021.

Resumo

O presente artigo aborda o tema da mineração em Unidades de Conservação sob a perspectiva do ordenamento jurídico brasileiro. Este está na ordem do dia de tribunais por conta de litígios e decisões judiciais do parlamento, através de debates e proposições legislativas e, por consequência, em noticiários jornalísticos diversos. Isso porque a atividade minerária é responsável por alto grau de degradação ambiental, que, em tese, seria incompatível com as características e objetivos das Unidades de Conservação, na medida em que configuram áreas de especial proteção ao meio ambiente. Ocorre, contudo, que a legislação divide as Unidades de Conservação em tipos diferentes (UCs de Proteção in-

tegral e UCs de Usos Sustentável), os quais devem ser analisados em separado para verificar a compatibilização com a mineração. Nessa medida, o trabalho avalia tais questões através de pesquisa bibliográfica e interpretação da legislação brasileira vigente sobre preservação ambiental e observou que as UCs de Proteção Integral e parte das UCs de Uso Sustentável (Reserva de Desenvolvimento Sustentável, Reserva Extrativista, Reserva Particular do Patrimônio Natural e Floresta Nacional) não se coadunam com atividades minerárias.

Palavras-chave: desenvolvimento sustentável; mineração; unidades de conservação; proteção ambiental.

¹ Mestre em Ciências Jurídico-Ambientais pela Faculdade de Direito de Lisboa (FDUL). Especialista em Direito Ambiental Brasileiro pela Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro (PUC-RIO). Especialista em Direito Ambiental pela Universidade Federal do Paraná (UFPR). Especialista em Direito e Estado pela Universidade Cândido Mendes (UCAM) e LLM em Direito do Estado e da Regulação pela Fundação Getúlio Vargas do Rio de Janeiro (FGV-RJ) e Pós-graduando em Direito Minerário pelo Centro de Direito e Negócios (CEDIN). Membro da Comissão de Direito Ambiental da OAB/RJ, da Comissão de Direito de Energia da OAB/MG, da União Brasileira de Advogados Ambientais (UBAA), da Rede de Ação Política pela Sustentabilidade (RAPS) e do Apoio Jurídico Especializado da PFE ICMBio. ORCID: <https://orcid.org/0000-0002-2071-0611> / e-mail: felipepiresmb@gmail.com

MINING IN THE BRAZILIAN CONSERVATION UNITS: BETWEEN DISCUSSIONS AND POSSIBILITIES

Abstract

This article addresses the issue of mining in Conservation Units from the perspective of the Brazilian legal system. The topic is on the agenda of the courts due to litigation and judicial decisions of the parliament through debates and legislative proposals and, consequently, in various mass media. This is because the mining activity is responsible for a high degree of environmental degradation, which, in theory, would be incompatible with the characteristics and objectives of the Conservation Units, as they constitute areas of special protection for the environment. So, the legislation divides the Conservation Units into different types (Integral Protection Conservation Units and Sustainable Use Conservation Units), which

must be analyzed separately to verify their compatibility with mining. To that extent, the work evaluates such issues through bibliographic research and interpretation of current Brazilian legislation on environmental preservation and noted that the Full Protection Conservation Units and part of the Sustainable Use Conservation Units (Sustainable Development Reserve, Extractive Reserve, Private Natural Heritage Reserve and National Forest) are not consistent with mining activities.

Keywords: *conservation units; environmental protection; mining; sustainable development.*

Introdução

A atividade de mineração é um importante vetor econômico brasileiro, mas, por outro lado, possui alto grau de impacto ambiental, que deve ser mitigado por aqueles que a exercem mediante instrumentos como o Plano de Recuperação de Áreas Degradadas (PRADs), além do necessário respeito ao sistema jurídico de proteção ambiental brasileiro.

Nessa linha, o presente trabalho aborda a (in)compatibilidade da mineração em Unidades de Conservação (UCs) por se tratar de áreas de especial relevância ambiental estipuladas pela legislação brasileira, em especial a Lei n. 9.985/2000 (Lei do SNUC). Para tanto, a análise deve ser cingida em dois grandes grupos de UCs (Proteção Integral e Uso Sustentável) por conta das características de cada um. Isso porque as UCs de Proteção Integral são mais restritivas na preservação da natureza e as UCs de Uso Sustentável buscam compatibilizar a conservação ambiental com o uso antrópico sustentável. Nota-se que a discussão perfaz, em plano de fundo, o equilíbrio entre o desenvolvimento econômico e a proteção ao meio ambiente.

Parte-se, nessas perspectivas, da hipótese de que as UCs de Proteção Integral são incompatíveis com as atividades minerárias e, noutro sentido, as UCs de Uso Sustentável teriam essa viabilidade por conta das características de cada grupo de Unidades de Conservação presentes na Lei n. 9.985/2000 (Lei do SNUC – Sistema Nacional de Unidades de Conservação da Natureza). Para tanto, o trabalho utiliza o método dedutivo através da análise de pesquisas bibliográficas e pareceres jurídicos, que abordam o assunto. Assim, divide-se em três partes.

Na primeira, discorre-se sobre a conceituação, as características e os tipos de Unidades de Conservação no Brasil, especialmente no que definido pela Lei n. 9.985/2000 (Lei do SNUC). Nesse ponto, torna-se necessária a exposição das características, tipologias e os objetivos das Unidades de Conservações. Na segunda parte, os temas das Unidades de Conservação e da mineração passam a ser verificados de maneira simultânea para análise da viabilidade e, em caso positivo, em quais tipos seriam possíveis o exercício de tais atividades. Demonstra-se, pois, a relevância econômica da atividade minerária e, por outro lado, ambiental das UCs. Na terceira parte, o caso das Florestas Nacionais e mineração é especificamente avaliado mediante contraposição de distintos argumentos doutrinários e interpretação tanto da legislação vigente sobre o tema, como dos objetivos desse tipo de UC.

O tema estudado é de suma importância para a gestão pública ambiental e preservação ao meio ambiente em território brasileiro, visto que é preciso estipular linhas mais precisas para definir quais tipos de UCs devem ser objeto de rigorosa

fiscalização ambiental pelos órgãos responsáveis. Trata-se, dessa maneira, de contribuir para o debate sobre uma maior segurança jurídica em relação ao tema, visto que, se permanecer impreciso pode causar significativos prejuízos ambientais no Brasil.

1 Unidade de conservação

Por conta da relevância ambiental, a legislação brasileira estipula que determinados espaços devem ser especialmente protegidos e, desse modo, é vedada “qualquer utilização que comprometa a integridade dos atributos que justifiquem sua proteção” (art. 225, § 1º, III. Constituição da República Federativa do Brasil, 1988). Entre estes, destacam-se as Unidades de Conservação, as quais são caracterizadas pela Lei n. 9.985 (Lei do SNUC) como espaços territoriais e seus recursos ambientais, “incluindo as águas jurisdicionais, com características naturais relevantes, legalmente instituído pelo Poder Público, com objetivos de conservação e limites definidos, sob regime especial de administração, ao qual se aplicam garantias adequadas de proteção” (art. 2º da Lei n. 9.985/2000).

Além disso, cada unidade da Federação (União, Estados, Municípios e Distrito Federal) deve criar, planejar e realizar a gestão de UCs em seus respectivos territórios para proteção ambiental, o que, por vezes, acaba sendo responsável por conflitos federativos que devem ser superados e resolvidos em prol da melhor proteção ao meio ambiente e dos ditames normativos-constitucionais.

Nesse quadro normativo-constitucional, Antônio Herman Benjamin descreve os objetivos das Unidades de Conservação (BENJAMIN, 2001, p. 11):

O primeiro objetivo – certamente o mais relevante e primordial – é o de proteção da natureza, em um dado território, pela conservação de suas características peculiares. Nenhum organismo pode sobreviver se seu habitat for destruído ou seriamente degradado, degradação esta que, não raro, é bastante sutil, com pequenas alterações no meio ambiente acarretando efeitos deletérios surpreendentes e graves. Conservar, em tal sentido, significa sustentar *in situ* populações viáveis das espécies nativas, representar, no conjunto nacional das Unidades de Conservação, todos os tipos de ecossistemas, manter os processos evolucionários e ecológicos (por exemplo, os distúrbios naturais, o ciclo hidrológico e de nutrientes), dentre outros aspectos. O segundo objetivo, gozo público, tem na visitação e atividades de lazer seus melhores exemplos, tão ressaltadas em modalidades como os Parques. A

pesquisa científica está na base de diversos tipos de Unidades de Conservação, como na Estação Ecológica e na Reserva de Fauna. Finalmente, usos econômicos sustentáveis vêm bem representados em certos tipos de Unidades de Conservação, como na Floresta Nacional, na Reserva Extrativista, na APA e na Reserva de Desenvolvimento Sustentável.

Diante disso, é possível extrair que, por um lado, as Unidades de Conservação objetivam a proteção ambiental com conservação da natureza em um território específico e, por outro, visam regulamentar a relação homem-natureza com o uso econômico e sustentável de recursos naturais. Trata-se, nesses termos, de ampla discussão legislativa no processo que resultou na promulgação da Lei do SNUC, em que dois grupos eram predominantes: os socioambientalistas, os quais defendiam a aplicação do conceito de preservação e os conservacionistas, que buscavam interferência antrópica mínima através da ideia de conservação (GUIMARÃES, 2012, p. 327-328). Nicolao Dino, ao discorrer sobre o assunto, explica (COSTA NETO, 2003, p. 203):

Na acepção comum, os termos conservação e preservação se equivalem. No campo do Direito Ambiental, contudo, tem-se buscado estabelecer uma distinção, reservando-se para a segunda expressão um sentido mais rígido de proteção. Assim, enquanto o regime de preservação permanente pressupõe a manutenção da integralidade e perenidade dos recursos ambientais, sem a possibilidade de exploração econômica direta, o regime de conservação pressupõe utilização racional, manejo.

Com efeito, as duas ideias acabaram sendo positivamente contempladas na Lei do SNUC, na medida em que a legislação dispôs sobre UCs de Proteção Integral com o objetivo de “preservar a natureza, sendo admitido apenas o uso indireto dos seus recursos naturais” (art. 7º, § 1º – Lei n. 9.985/2000) e UC de Uso Sustentável, que visam “compatibilizar a conservação da natureza com o uso sustentável de parcela dos seus recursos naturais” (art. 7º, § 2º – Lei n. 9.985/2000). Além disso, a referida norma subdividiu o grupo das UCs de Proteção Integral em Estação Ecológica; Reserva Biológica; Parque Nacional; Monumento Natural; Refúgio de Vida Silvestre (art. 8º, I a V – Lei n. 9.985/2000) e o de UCs de Uso Sustentável que estão divididos em Área de Proteção Ambiental; Área de Relevante Interesse Ecológico; Floresta Nacional; Reserva Extrativista; Reserva de Fauna; Reserva de Desenvolvimento Sustentável; e Reserva Particular do Patrimônio Natural (art. 14, I a VII – Lei n. 9.985/2000).

Há, portanto, no sistema normativo brasileiro, vasta opção para as unidades federativas instituírem a categoria e os tipos de UCs de acordo com a necessidade do território a ser protegido, com base em critérios como localização, extensão territorial, “a existência de alta diversidade de espécies e habitats, elevado endemismo, alta sensibilidade à pressão humana e elevado nível de stress” (BENJAMIN, 2001, p. 14). Em alguns casos, a defesa do meio ambiente deve estar mais alinhada à preservação, ao optar por um dos tipos acima descritos de UCs de proteção integral e, noutro sentido, estará vinculada à ideia de conservação com a escolha de algum das UCs de uso sustentável. Ressalta-se, aqui, que a forma de Unidade de Conservação escolhida (por ex. Parque Nacional, Área de Proteção Ambiental ou Reserva Extrativista) é determinante na análise sobre a possibilidade (ou não) de atividades de mineração pela natureza de cada uma delas (MENDES, 2017, p. 86-90).

Realça-se, ainda, que não basta a mera criação de Unidade de Conservação para atingir os objetivos estabelecidos pelo texto constitucional no dever do Poder Público de defender e preservar o meio ambiente ecologicamente equilibrado para presentes e futuras gerações (art. 225, *caput* – CRFB/88), mas também exercer uma gestão ambiental eficiente dessas áreas a serem protegidas, ou seja, com a efetiva implantação das Unidades de Conservação (AZEVEDO, 2018, p. 544). A advertência se torna elementar quando se verifica um cenário no Brasil em que, por vezes, o simples ato de criação de UCs não está conectado com ações para zelar pela integridade físico-ecológica das áreas protegidas (por ex. ausência do plano de manejo) e, nesse sentido, geram o que pode ser chamado figurativamente de “Unidades de Conservação de Papel” (EUSTÁQUIO, 2015, p. 01-03).

Vê-se, pois, que as UCs possuem amparo normativo-constitucional e dividem-se em UCs de Proteção Integral e UCs de Uso Sustentável e prescindem de ações concretas para efetivar a preservação ambiental no Brasil.

2 Mineração em unidade de conservação

A mineração, ou seja, a atividade de pesquisa, a descoberta e a transformação de recursos minerais em benefícios socioeconômicos (FREIRE, 2012, p. 01-06), é um importante vetor econômico brasileiro, na medida em que percorreu anos da história do país, desempenhando relevante papel na Balança Comercial, além de contribuir com a geração de empregos, com o desenvolvimento regional, com a diminuição de desigualdades, com o aumento da qualidade de vida da população e a concretização de direitos fundamentais. Prova disso, o texto constitucional brasileiro previu a atividade minerária como de utilidade pública.

Desde o século XVII, início do primeiro *gold rush* brasileiro (WANDERLEY, 2019, p. 113), a busca por pedras preciosas foi responsável por ocupações de regiões como o Vale do Ouro Preto, em Minas Gerais (JESUS, 2018, p. 13-32) e, mais recentemente, na Serra Pelada, interior do Pará (MOURA, 2008, p. 30-60). No campo jurídico, a mineração também foi prevista em normas, ao longo dos anos, como as Ordenações Manuelinas e Filipinas, as sucessivas Constituições e o Código de Mineração com distintos tratamentos, os quais podem ser agrupados, cronologicamente como sistema domínial; sistema fundiário ou de acesso e o atual sistema de concessão previsto na CRFB/88.

Apesar de tamanha importância na seara econômica, torna-se imprescindível avaliar a possibilidade ou não do exercício da atividade de mineração em UCs, que, como visto, possuem relevante papel na defesa do meio ambiente no Brasil. Ora, a própria CRFB/88 aponta a necessidade de realização de Plano de Recuperação de Áreas Degradadas (PRADs) no art. 225, § 2º, o que demonstra a preocupação dos constituintes com o potencial lesivo da atividade ao meio ambiente.

Nessa medida, o debate passa pela avaliação prévia do arcabouço normativo-constitucional brasileiro, das modalidades, dos tipos e das características das UCs e, para tanto, cumpre segmentar as questões, ou seja, tratar de maneira separada as UCs de Proteção Integral, mais restritivas, das UCs de Uso Sustentável. Isso porque a chave para as reflexões aqui demonstradas se relaciona com a própria essência e características dos tipos de UCs, institutos jurídicos de proteção ambiental.

Sob o prisma das UCs de Proteção Integral, cumpre salientar que significa a instituição de espaços protegidos para “manutenção dos ecossistemas livres de alterações causadas por interferência humana”, com objetivo de preservar a natureza através do uso indireto de recursos naturais (art. 2º, VI e art. 7º, § 1º – Lei n. 9.985/2000). Assim sendo, a legislação veda o uso de tais áreas de proteção ambiental integral para fins de consumo, coleta ou destruição (art. 2º, IX, da Lei n. 9.985/2000). Pauta-se, nesse sentido, pela ideia já demonstrada anteriormente da preservação, o que afasta de plano a possibilidade de exercício das atividades minerárias nesses territórios (LEÃO, 2016, p. 96-139).

Já no caso das UCs de uso sustentável, o cenário muda. Nessas áreas, o legislador dispôs como objetivo a compatibilização da conservação da natureza com o uso sustentável de parcela dos recursos naturais, mesmo que seja imperiosa a análise sobre a perenidade de tais recursos, dos processos ecológicos e da busca por formas socialmente justas e economicamente viáveis (art. 2º, VII e X, art. 7º, II e § 2º – Lei n. 9.985/2000).

Dessa maneira, ao contrário das UCs de Proteção Integral, a legislação permite expressamente o uso direto de parte dos recursos naturais, sendo o que

“envolve coleta e uso, comercial ou não, dos recursos naturais” (art. 2º, X, e art. 7º, § 2º – Lei n. 9.985/2000) e, nesse patamar, poderia *a priori* ser viável a atividade de mineração, ressalvado o caso da Reserva Extrativista, posto ter vedação expressa (art. 18, § 6º – Lei n. 9.985/2000). Esse é o entendimento, por exemplo, de William Freire, que compreende em interpretação *a contrario sensu* que o legislador não quis ampliar restrições perante às atividades minerárias para as demais formas de UCs de Uso Sustentável que, então, seriam permitidas (DNPM, 2010).

Discorda-se, contudo, em parte, das considerações extraídas da interpretação *a contrario sensu* do dispositivo, que veda apenas a mineração em Reserva Extrativista, posto compreender ser necessário um cotejamento entre cada tipo de UC de Uso Sustentável com as respectivas funções, características e determinações legais. Propõe-se, pois, avaliar caso a caso dos tipos de UCs de Uso Sustentável, exceto Reserva Extrativista, para apontar a possibilidade ou não de realização de atividades minerárias (Área de Proteção Ambiental, Área de Relevante Interesse Ecológico, Reserva de Fauna, Reserva de Desenvolvimento Sustentável e Reserva Particular do Patrimônio Natural e Floresta Nacional).

No caso das Áreas de Proteção Ambiental (APA), tipo de UC menos restritiva, não proíbe, em tese, a atividade de mineração. De acordo com o art. 15, *caput*, da Lei n. 9.985/2000, as APAs são caracterizadas por extensas áreas, “com um certo grau de ocupação humana, dotada de atributos abióticos, bióticos, estéticos ou culturais especialmente importantes para a qualidade de vida e o bem-estar das populações humanas, e tem como objetivos básicos proteger a diversidade biológica, disciplinar o processo de ocupação e assegurar a sustentabilidade do uso dos recursos naturais”. Isso posto, é viável a mineração em APAs, desde que observado o zoneamento estabelecido no Plano de Manejo da UC em questão.

As ARIEs são aquelas “de pequena extensão, com pouca ou nenhuma ocupação humana, com características naturais extraordinárias ou que abrigam exemplares raros da biota regional” (art. 16, *caput* – Lei n. 9.985/2000) e, desse modo, “tem como objetivo manter os ecossistemas naturais de importância regional ou local e regular o uso admissível dessas áreas, de modo a compatibilizá-lo com os objetivos de conservação da natureza” (art. 16, *caput* – Lei n. 9.985/2000). O termo “uso admissível” remete à interpretação de possibilidade, em tese, de mineração em ARIEs, desde que, como nas APAs, sejam respeitados os zoneamentos previstos nos Planos de Manejo e, em cada caso, os licenciamentos ambientais (MAIA NETO, 2010, p. 01-05).

Já as Reservas de Fauna (RFs), são caracterizadas por constituírem “área natural com populações animais de espécies nativas, terrestres ou aquáticas, residentes ou migratórias, adequadas para estudos técnico-científicos sobre o

manejo econômico sustentável de recursos faunísticos” (art. 19, *caput* – Lei n. 9.985/2000). Cumpre observar que a legislação proíbe taxativamente a caça amadorística ou profissional em RFs (art. 19, § 3º – Lei n. 9.985/2000), como no caso da Reserva Extrativista (art. 18, § 6º – Lei n. 9.985/2000), mas, ao contrário daquele dispositivo, é silente sobre atividades de mineração. Por tais parâmetros, nota-se a possibilidade também de realização de mineração em RFs com respeito à legislação em vigor, e sem prejuízo do objetivo central desses tipos de UC: os estudos técnico-científicos sobre animais.

Adiante, a Reserva de Desenvolvimento Sustentável (RD) representa “área natural que abriga populações tradicionais, cuja existência baseia-se em sistemas sustentáveis de exploração dos recursos naturais, desenvolvidos ao longo de gerações e adaptados às condições ecológicas locais e que desempenham um papel fundamental na proteção da natureza e na manutenção da diversidade biológica” (art. 20, *caput* – Lei n. 9.985/2000). Vislumbra-se incompatibilidade da mineração com as RDs, mesmo para populações tradicionais, na medida em que se pretende a exploração dos recursos naturais com proteção da natureza e da diversidade biológica, em prol desses grupos de habitantes.

As Reservas Particular do Patrimônio Natural (RPPNs), são “área privada, gravada com perpetuidade, com o objetivo de conservar a diversidade biológica” (art. 21, *caput* – Lei n. 9.985/2000). Cumpre advertir que no texto original da Lei n. 9.985/2000 existia o art. 21, III, que apontava que “a extração de recursos naturais, exceto madeira, que não coloque em risco as espécies ou os ecossistemas que justificaram a criação da unidade”. No entanto, segundo dispositivo em questão foi vetado, apresentou-se a seguinte justificativa (BRASIL, 2000):

O comando inserto na disposição, ao permitir a extração de recursos naturais em Reservas Particulares do Patrimônio Natural, com a única exceção aos recursos madeireiros, desvirtua completamente os objetivos dessa unidade de conservação, como, também, dos propósitos do seu instituidor. Por outro lado, tal permissão alcançaria a extração de minérios em área isenta de ITR e, certamente, o titular da extração, em tese, estaria amparado pelo benefício.

Logo, a justificativa do veto presidencial combinada com a exclusão do inciso permissivo indica a impossibilidade de atividades minerárias em RPPNs. Como ilustração, registra-se a existência de algumas proposições legislativas sobre o tema das UCs e mineração em diversos sentidos (prós e contras). Segundo o Projeto de Lei da Câmara Federal n. 10874/2018, propõe-se “a mineração em uma faixa de dez quilômetros no entorno de unidades de conservação”, mas obteve decisão

contrária na Comissão de Minas e Energia da Casa Legislativa. Em outro texto, o Projeto de Lei n. 3682/2012, já arquivado, pretendia-se a inclusão de um dispositivo na Lei n. 9.985/2000, que indicasse que “nas unidades de conservação onde a mineração é proibida, a mineração poderá ser feita em até 10% (dez por cento) da área da unidade, desde que a empresa mineradora adquira e doe ao órgão ambiental competente uma área com o dobro da área concedida para a mineração” (BRASIL, 2012). A questão sobre a proibição expressa nas Reservas Extrativistas do art. 18, § 6º da Lei n. 9.985/2000 também tramita no Congresso, visto que o Projeto de Lei n. 5822/2019 visa alterá-lo com a seguinte redação: “são proibidas a exploração de recursos minerais e a caça amadorística ou profissional, excetuando-se as lavras garimpeiras de pequeno porte, individuais ou de cooperativas, desde que sejam previstas no Plano de Manejo aprovado pelo seu Conselho Deliberativo” (BRASIL, 2019). Desse modo, as propostas legislativas acima elencadas demonstram que a matéria está na ordem do dia do Congresso Nacional mediante a relevância do tema, mesmo que não introduzidas no ordenamento jurídico brasileiro.

Mediante o exposto sobre o sistema jurídico-normativo vigente sobre UCs e mineração, é possível afastar a possibilidade para UCs de Proteção Integral. No que concerne às UCs de Uso Sustentável, *data vênica* a posições contrárias, estão restritas às Áreas de Proteção Ambiental, às Áreas de Relevante Interesse Ecológico, às Reservas de Fauna e às Florestas Nacionais.

3 A (im)possibilidade de mineração em Florestas Nacionais

Os casos sobre mineração em Florestas Nacionais são os mais controversos, o que justifica a abordagem de maneira apartada no presente tópico. Assim, cumpre mencionar que as Florestas Nacionais são UCs de Uso Sustentável, caracterizadas como “área[s] com cobertura florestal de espécies predominantemente nativas e tem como objetivo básico o uso múltiplo sustentável dos recursos florestais e a pesquisa científica, com ênfase em métodos para exploração sustentável de florestas nativas”, nas quais serão permitidas visitação pública e pesquisa, desde que sigam os ditames estabelecidos em normas sobre o assunto (art. 14, III e art. 17, *caput*, § 1º ao 6º – Lei n. 9.985/2000).

Nesse sentido, Márcia Leuzinger considera que deveriam ser criadas para servir como grandes laboratórios geridos pelo Poder Público, com o intuito de desenvolver métodos que permitam aos habitantes das florestas utilizar, de maneira sustentável, os recursos naturais e, desse modo, com o menor impacto ambiental possível (LEUZINGER, 2009, p. 147-148). Com tais características acima, a

Lei do SNUC não tratou sobre a possibilidade do exercício de atividades mineiras em Florestas Nacionais, conforme, aliás, foi indicado pelo legislador através da expressa vedação no caso das Reservas Extrativistas (art. 18, § 6º – Lei n. 9.985/2000). Assim, instaurou-se controvérsia sobre a questão, posto ser defendido por alguns um silêncio eloquente, ou seja, não se previu de maneira intencional que a atividade seja permitida, ou, em sentido oposto, a omissão não inviabiliza a interpretação de incompatibilidade entre Florestas Nacionais e mineração.

Abarca o primeiro entendimento, a possibilidade de mineração em Florestas Nacionais, a conclusão do Parecer n. 525/2010/FM/PROGE/DNPM do Departamento Nacional de Produção Mineral (DNPM, 2010). No documento, o DNPM, ao citar William Freire, aponta que “se o legislador pretendesse limitar a exploração dos recursos minerais em todas as UCs de Uso Sustentável, tê-lo-ia feito expressamente, tal qual o fez com as Reservas Extrativistas” (DNPM, 2010). Adere, pois, à interpretação de que a legislação teria permitido a atividade minerária em todas as UCs de Uso Sustentável, ressalvada a exceção expressa da Reserva Extrativista (art. 18, § 6º – Lei n. 9.985/2000), conforme se extrai da transcrição abaixo (DNPM, 2010):

24. A única exceção apontada pelo referido parecer é a Reserva Extrativista – RESEX. Apesar de corresponder a uma categoria de UC de Uso Sustentável, a realização de atividade de extração mineral nas RESEX não é admitida em razão de expressa vedação legal. Segundo o art. 18, § 6º, Lei n. 9.985/2000, “são proibidas a exploração de recursos e a caça amadorísticas ou profissional” nessa categoria de UC. 25. Por argumentação *contrarii sensu*, a vedação legal expressa à mineração em RESEX confirma a possibilidade dessa atividade nas demais UCs de uso sustentável. (...)

30. Em síntese, diante do exposto acima, concluímos que *a priori* a mineração é admitida nas UCs de uso sustentável, com exceção das RESEX e das RPPN, onde não se tolera a execução de tal atividade.

Noutro polo, o Parecer n. 0639/2013/AGU/PGF/PFE-ICMBio do Instituto Chico Mendes de Conservação da Biodiversidade (BRASIL, 2013b), após analisar a questão da mineração em Florestas Nacionais, entendeu no sentido diametralmente inverso. Dispôs que “não se pode admitir que uma interpretação *a contrario sensu*, restrinja o evidente sentido de proteção ambiental existente na lei – como valor que confere harmonia a seu conteúdo –, de forma a permitir uma atividade danosa apenas porque não foi expressamente vedada” (BRASIL, 2013b). E reforça (BRASIL, 2013b):

15. Ademais, a interpretação sugerida levaria a absurdos: basta verificar que o mesmo art. 18, § 6º, veda a caça amadorística e profissional, previsão inexistente nas Florestas Nacionais e em todas as demais categorias de unidade, salvo a Reserva Fauna (art. 19, § 3º). Ora, pela interpretação *a contrariu sensu*, seria admitida a caça na maior parte das unidades de conservação, algo manifestamente contrário aos fins do SNUC. 16. Dessa forma, resta evidente que – após o advento do SNUC – novos atos de afetação apenas podem se dirigir aos fins previstos na lei, dentre os quais não se encontra a mineração.

Diante das controvérsias acima citadas e após avaliação de argumentos favoráveis e contrários sobre mineração em Florestas Nacionais do DNPM e ICMBio, a Advocacia Geral da União (AGU), através do Parecer n. 21/2014/DEPCONSUS/PGF/AGU, buscou uma interpretação sistemática perante a CRFB/88 e do ordenamento jurídico brasileiro como um todo. Nesse patamar, conclui (BRASIL, 2014a):

16. A circunstância de não estar expressamente proibida na Lei do SNUC a mineração nas Florestas Nacionais, que poderia levar ao entendimento de ser possível a realização de tal atividade, acaba por conflitar com o princípio da legalidade, de observância obrigatória para toda administração (art. 37 *caput*, da CF), já que é cediço que a administração só pode fazer aquilo que é permitido. 17. Nessa linha, na medida em que o legislador outorgou apenas os dois objetivos já citados às Florestas Nacionais, com a devida vênica daqueles que pensam ao contrário, não há espaço legal para que se possa introduzir um outro objetivo ou admitir-se atividade que não se encaixe dentro dos objetivos previstos na Lei do SNUC. (...) 21. Portanto, da interpretação sistemática da Constituição Federal com a Lei 9.985, de 18 de julho de 2000, é possível chegar à conclusão de que não é possível a realização de mineração nas Florestas Nacionais após o incremento no mundo jurídico da Lei 9.985, de 18 de julho de 2000.

Em 2019, o Ministério de Minas e Energia (MME) recomendou revisão do referido Parecer n. 21/2014/DEPCONSUS/PGF/AGU por conta dos impactos em requerimento minerários. Tal posicionamento foi realizado através da Nota Técnica n. 63/2019/DDSM/SGM, que concluiu pela permissibilidade da mineração em Florestas Nacionais (BRASIL, 2019). Mesmo ao compreender a consistência dos argumentos do DNPM e do MME por conta da interpretação *a*

contrario sensu do apontamento expresso da Lei do SNUC sobre a vedação das atividades minerária em Reservas Extrativistas e omissão sobre as demais UCs de Uso Sustentável, considera-se, aqui, pertinente o entendimento do ICMBio cancelado pela solução de controvérsias da AGU acima descritas. Isso porque inexistente compatibilização, conforme Parecer n. 21/2014/DEPCONSUS/PGF/AGU, com os ditames constitucionais e legais das características das Florestas Nacionais, que são “cobertura florestal de espécies predominantemente nativas e tem como objetivo básico o uso múltiplo sustentável dos recursos florestais e a pesquisa científica, com ênfase em métodos para exploração sustentável de florestas nativas” (art. 17, *caput* – Lei n. 9.985/2000).

Em sequência do Parecer n. 21/2014/DEPCONSUS/PGF/AGU, a Procuradoria Especializada do Instituto Chico Mendes de Conservação da Biodiversidade acabou por consolidar a interpretação “pela não possibilidade de mineração em Florestas Nacionais, após o advento da Lei n. 9.985/2000”, além de não ter “que se falar que o advento da Lei do SNUC incide sobre UCs anteriormente criadas, de forma a vedar e exploração mineral, então permitida” (BRASIL, 2021). Esse também é o entendimento adotado no presente artigo.

Nota-se que as conclusões não reduzem a relevância da mineração no cenário econômico nacional, que, como visto em tópicos anteriores, ultrapassa vários momentos da história brasileira, sendo atualmente responsável por parte significativa no Produto Interno Bruto (PIB), aproximadamente 4% deste, e faturamento, em 2019, em torno de 153,4 bilhões de reais. Todavia, após o advento da Lei n. 9.985/2000 fica impossibilitado o exercício da mineração em Florestas Nacionais por interpretação lógica e sistemática de todo o arcabouço jurídico brasileiro de proteção ambiental.

Apesar do entendimento exposto acima, a situação permanece controvertida. Cumpre assinalar que alguns Planos de Manejo como a Flonas de Itaituba I e Itaituba II, Flona de Crepori e a Flona de Carajás (BRASIL, 1998) tratam sobre mineração, o que demonstra a relevância de se estabelecer bases mais concretas sobre a impossibilidade de mineração em Flonas para o efetivo exercício da fiscalização ambiental pelos órgãos competentes.

Superado esse ponto, cabe avaliar a situação das Florestas Nacionais sob a égide de legislação anterior à Lei n. 9.985/2000 sobre SNUC. Nessas situações, é preciso avaliar se o plano de manejo retratava e regulamentava a mineração no interior da respectiva UC. Antes da Lei n. 9.985/2000, o Decreto n. 1.298/1994, no art. 6º, *caput*, previa a possibilidade de mineração em Florestas Nacionais e, diante disso, por conta da regência de legislação anterior, a situação se inverte,

visto ser necessário o respeito princípio *tempus regit actum* e a segurança jurídica.

Pelo exposto, entende-se que a mineração após o advento da Lei n. 9.985/2000 é incompatível com as características das Florestas Nacionais e, nessa medida, a interpretação da expressão “usos múltiplos” não deve ser tão alargada. Noutra via, reconhece-se a possibilidade de permanência das atividades de mineração com amparo em atos anteriores à Lei n. 9.985/2000 pela irretroatividade dos efeitos legislativos.

Conclusão

Ao realçar as características das UCs, importante instrumento previsto pela legislação brasileira para proteção ao meio ambiente, o presente artigo buscou verificar a compatibilidade com a atividade de mineração, que, por essência, possui alto potencial de impactos ambientais.

Nesse quadro, percorreu-se as características de cada tipo de UC presente na Lei n. 9.985/2000 (Lei do SNUC) para a avaliação. Isso porque a legislação referida faz a seguinte divisão: UCs de Proteção Integral (Estação Ecológica, Reserva Biológica, Parque Nacional, Monumento Natural e Refúgio de Vida Silvestre) e UCs de Uso Sustentável (Área de Proteção Ambiental, Área de Relevante Interesse Ecológico, Floresta Nacional, Reserva Extrativista, Reserva de Fauna, Reserva de Desenvolvimento Sustentável e Reserva Particular do Patrimônio Natural).

Partia-se, pois, da hipótese de que as UCs de Proteção Integral, mais restritivas, eram incompatíveis com a mineração e nas UCs de Uso Sustentável a atividade era permitida. Porém, ao longo do processo de pesquisa a questão foi sendo relativizada, visto que mesmo alguns tipos de UCs de Uso Sustentável são incompatíveis com a mineração. Nessa feita, conclui-se que sob a regência da Lei n. 9.985/2000 são vedadas atividades de mineração em todas as UCs de Proteção Integral (nas Estações Ecológicas, nas Reservas Biológicas, nos Parques Nacionais, nos Monumentos Naturais e nos Refúgios de Vida Silvestre) e em parte das UCs de Uso Sustentável (nas Reservas Extrativistas, nas Reservas de Desenvolvimento Sustentável, nas Reservas Particulares do Patrimônio Natural e nas Florestas Nacionais).

Verificou-se que o caso das Florestas Nacionais é o mais controvertido na doutrina, o que justificou uma abordagem em separado. Afastou-se, contudo, uma interpretação mais alargada do termo “usos múltiplos sustentáveis” presente no art. 17 da Lei n. 9.985/2000 para abranger a mineração. Nesse tanto, compreendeu-se que não cabe mineração em Florestas Nacionais sob a regência da Lei n. 9.985/2000 e que apenas devem ser permitidas caso pautadas em atos normativos

anteriores ao marco legal das UCs.

Nesses termos, o artigo pretendeu contribuir com o tema da relação mineração e proteção ambiental mediante a perspectiva das Unidades de Conservação no Brasil. Mesmo que o tema não tenha sido esgotado, propôs parâmetros concretos para compreensão sobre em quais tipos de UCs podem ser realizadas atividades minerárias, por conta das características estipuladas pelo sistema legislativo brasileiro.

Referências

ARAÚJO, L. S.; MORAIS, C. S. Rigidez locacional e os impactos socioeconômicos e ambientais da Mina de Brucutu no Município de Barão de Cocais-MG. *Revista Engenharia de Interesse Social*, João Monlevade, v. 1, n. 1, 2016. Disponível em: <https://revista.uemg.br/index.php/reis/issue/view/107>. Acesso em: 28 jun. 2021.

ATAÍDE, P. *Direito Minerário*. 2 ed. Salvador: JusPodivm, 2019.

AZEVEDO, E. M. Unidades de conservação da natureza: elementos jurídicos e dificuldades para sua efetivação. In: NOGUEIRA, L. F. V.; LEVATE, L. G. *Direito Ambiental e Urbanístico*. v. 2. Belo Horizonte: D'Plácido, 2018.

BARBOSA, A. R. Breve panorama da legislação minerária. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, n. 197, p. 64-73, jul./set. 1994.

BENJAMIN, A. H. O regime brasileiro de unidades de conservação. *Revista de Direito Ambiental*, São Paulo, v. 20. jan./mar. 2001.

BENJAMIN, A. H. Introdução à lei do sistema nacional de unidades de conservação. In: BENJAMIN, A. H. *Direito Ambiental das áreas protegidas – o regime jurídico das unidades de conservação*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2001.

BRASIL. Advocacia-Geral da União. *Parecer AGU/RB n. 02/97*. Brasília, DF: Advocacia-Geral da União, 21 ago. 1997.

BRASIL, Advocacia-Geral da União. *Parecer n. 0148/2013/AGU/PGF/PFE-ICM-BIO-SEDE*. Brasília, DF: de 07 mar. 2013a.

BRASIL. Advocacia-Geral da União. *Parecer n. 0639/2013/AGU/PGF/PFE-ICM-BIO*. Brasília, DF: Advocacia-Geral da União, 18 out. 2013b.

BRASIL. Advocacia-Geral da União. *Parecer n. 21/2014/DEPCONSUI/PGF/AGU*. Brasília, DF: Advocacia-Geral da União, 23 abr. 2014a.

BRASIL. Advocacia-Geral da União. *Parecer n. 00026/2014/DEPCONSUI/PGF/AGU*. Brasília, DF: Advocacia-Geral da União, 27 out. 2014b.

BRASIL. Advocacia-Geral da União. *Parecer n. 00017/2016/DEPCONSUI/PGF/AGU*. Brasília, DF: Advocacia-Geral da União, de 20 maio 2016a.

BRASIL. Advocacia-Geral da União. *Parecer n. 66/2016/PFE-ICMBIO-CR8/PGF/AGU*. Brasília, DF: Advocacia-Geral da União, 31 out. 2016b.

BRASIL. Advocacia-Geral da União. *Parecer n. 00012/2018/SEPFE-CR4/PFE-ICMBIO/PGF/AGU*. Brasília, DF: Advocacia-Geral da União, 21 mar. 2018a.

BRASIL. Advocacia-Geral da União. *Parecer n. 00026/2018/SEPFE-CR4/PFE-ICMBIO/PGF/AGU*. Brasília, DF: Advocacia-Geral da União, 6 ago. 2018b.

BRASIL. Advocacia-Geral da União. *Parecer n. 00027/2021/CPAR/PFE-ICMBIO/PGF/AGU*. Brasília, DF: Advocacia-Geral da União, 25 fev. 2021.

BRASIL. [Constituição (1988)]. *Constituição da República Federativa do Brasil*. Brasília, DF: Presidência da República, [2016]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 28 jun. 2021.

BRASIL. *Decreto n. 1.298, de 27 de outubro de 1994*. Aprova o Regulamento das Florestas Nacionais, e dá outras providências. Brasília, DF: Casa Civil, 1994. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/D1298.htm. Acesso em: 28 jun. 2021.

BRASIL. *Lei n. 9.985, de 18 de julho de 2000*. Regulamenta o art. 225, § 1º, incisos I, II, III e VII da Constituição Federal, institui o Sistema Nacional de Unidades de Conservação da Natureza e dá outras providências. Brasília, DF: Casa Civil, 2020. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19985.htm. Acesso em: 28 jun. 2021.

BRASIL. *Mensagem Presidencial n. 967, de 18 de julho de 2000*. Brasília, DF: Diário Oficial da União, 19 jul. 2000.

BRASIL, Ministério de Minas e Energia. *Nota Técnica n. 63/2019/DDSM/SGM*. Brasília, DF: MME, 2019. Disponível em: <https://observatoriodamineracao.com.br/wp-content/uploads/2021/01/Nota-Tecnica-63-2019-DDSM-SGM.pdf>. Acesso em: 28 jun. 2021.

BRASIL. *Projeto de Lei n. 3682, de 12 de abril de 2012*. Dispõe sobre mineração em unidades de conservação. Brasília, DF: Câmara dos Deputados, 2012. Disponível em: <https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idPro>

posicao=541161. Acesso em: 28 jun. 2021.

BRASIL. *Projeto de Lei n. 10874, de 16 de outubro de 2018*. Proíbe a mineração em faixa de dez quilômetros no entorno de unidades de conservação. Brasília, DF: Câmara dos Deputados, 2018. Disponível em: <https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=2184271>. Acesso em: 28 jun. 2021.

BRASIL. *Projeto de Lei n. 5822, de 05 de novembro de 2019*. Acrescenta redação à Lei n. 9.985, de 18 de julho de 2000, para viabilizar o licenciamento ambiental de lavras garimpeiras de pequeno porte em Unidades de Conservação de Uso Sustentável do tipo Floresta Nacional. Brasília, DF: Câmara dos Deputados, 2019. Disponível em <https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=2228130>. Acesso em: 18 jun. 2021.

CARACTERÍSTICAS DA MINERAÇÃO e seus reflexos no Direito Minerário. *William Freire Advogados Associados*, jan. 2012. Disponível em <https://williamfreire.com.br/publicacoes/artigos/caracteristicas-da-mineracao-e-seus-reflexos-no-direito-minerario/>. Acesso em: 18 jun. 2021.

CARVALHO, D. W. O que devemos urgentemente aprender com o novel Direito dos Desastres. *Revista Consultor Jurídico*, jan. 2019. Disponível em <https://www.conjur.com.br/2019-jan-29/delton-winter-devemos-aprender-direito-desastres>. Acesso em: 31 mar. 2021.

CARVALHO, D. E. DAMACENA, F. D. L. *Direito dos Desastres*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013.

COSTA NETO, N. D. C. *Proteção jurídica do meio ambiente – I Florestas*. Belo Horizonte: Del Rey, 2003.

COSTA NETO, N. D. C. Conflito de interesses na criação de unidades de conservação e repartição de competências. *Revista de Direito Ambiental*, São Paulo, v. 70. abr./jun. 2013.

DEPARTAMENTO NACIONAL DE PRODUÇÃO MINERAL. *Parecer n. 145/2006-CCE-JMO*, de 14 de junho de 2006. Brasília, DF: DNPM, 2006.

DEPARTAMENTO NACIONAL DE PRODUÇÃO MINERAL. *Parecer n. 500/2009/HP/PROGE/DNPM*, de 19 de novembro de 2009. Brasília, DNPM, 2009.

DEPARTAMENTO NACIONAL DE PRODUÇÃO MINERAL. *Parecer n. 525/2010/FM/PROGE/DNPM*, de 16 de dezembro de 2010. Brasília, DNPM, 2010.

DOCE, N. A busca por ouro na Amazônia: garimpeiros buscam ouro em minas ilegais na Amazônia e deixam rastro de contaminação e danos ambientais. *UOL Notícias*. Disponível em <https://www.uol/noticias/especiais/garimpo-ilegal-na-amazonia.htm#a-busca-por-ouro-na-amazonia>. Acesso em: 18 jun. 2021.

EUSTÁQUIO, L. Os parques de papel e o compromisso estatal de zelar pela integridade físico-ecológica das unidades de conservação. *Migalhas*, 29 maio 2015. Disponível em <https://www.migalhas.com.br/depeso/221195/os-parques-de-papel-e-o-compromisso-estatal-de-zelar-pela-integridade-fisico-ecologica-das-unidades-de-conservacao>. Acesso em: 18 jun. 2021.

FARBER, D. Disaster Law and emerging issues in Brazil. *Revista de Estudos Constitucionais, Hermenêutica e Teoria do Direito*, São Leopoldo, v. 4, n.1, p. 2-15 jan./jun. 2012.

FEIGELSON, B. É preciso conciliar desenvolvimento sustentável com projetos de mineração. *Revista Consultor Jurídico*, dez. 2017. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2017-dez-05/bruno-feigelson-preciso-conciliar-protecao-ambiental-mineracao>. Acesso em: 18 jun. 2021.

FREIRE, W. *Código de mineração anotado*. 5. ed. rev., atual. e ampl. Belo Horizonte: Mandamentos, 2010.

FREITAS, V. P. Direito dos Desastres chega ao Brasil e reclama especialistas. *Revista Consultor Jurídico*, set. 2017. Disponível em <https://www.conjur.com.br/2017-set-24/segunda-leitura-direito-desastres-chega-brasil-reclama-especialistas>. Acesso em: 18 jun. 2021.

GUIMARÃES, V. T. Aspectos Gerais do Sistema Nacional de Unidades de Conservação – SNUC. In: AHMED, F.; COUTINHO, R. *Curso de Direito Ambiental*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2012.

ICMBIO – INSTITUTO CHICO MENDES DE CONSERVAÇÃO DA BIODIVERSIDADE. Plano de Manejo da Floresta Nacional de Itaituba I e Itaituba II. Itaituba, ICMBio, 2014. Disponível em https://www.icmbio.gov.br/portal/images/stories/docs-planos-de-manejo/flona_itaitubaIeII_pm_v1-1.pdf. Acesso em 31 mar. 2021.

JESUS, N. M. Bandeiras e bandeirantes nas Minas do Cuiabá: pacto político, apaziguamento e conflitos (1719-1727). In: ROIZ, D. S.; ARAKAKI, S; ZIMMERMANN, T. R. *Os bandeirantes e a historiografia brasileira: questões e debates contemporâneos*. São Paulo: Milfontes, 2018.

LEÃO, A. R. R. *A mineração em unidades de conservação federais a partir da Lei 9.985/2000*. Dissertação (Mestrado em Direito e Políticas Públicas) – Programa de Pós-graduação em Direito, UniCEUB, Brasília, 2016. Disponível em: <https://repositorio.uniceub.br/jspui/bitstream/235/12264/1/61400874.pdf>. Acesso em: 28 jun. 2021.

LEUZINGER, M. D. *Natureza e cultura: unidades de conservação de proteção integral e populações tradicionais residentes*. Curitiba: Letra da Lei, 2009.

MAIA NETO, G. A. Área circundante e zona de amortecimento das unidades de conservação da natureza. Institutos jurídicos distintos? *Jus Navigandi*, Teresina, ano 15, n. 2518, 2010. Disponível em: <http://jus.com.br/artigos/14899/area-circundante-e-zona-de-amortecimento-das-unidades-de-conservacao-da-natureza>. Acesso em: 28 jun. 2021.

MENDES, C. B. L. *Mineração em unidades de conservação no estado de Minas Gerais*. Dissertação (Mestrado em Engenharia Florestal) – Programa de Pós-graduação em Engenharia Florestal, Universidade Federal de Lavras, Lavras, 2017. Disponível em: <http://repositorio.ufla.br/jspui/handle/1/12647>. Acesso em: 28 jun. 2021.

MOURA, S. T. *Serra Pelada: experiência, memórias e disputas*. Dissertação (Mestrado em História) – Programa de Estudos Pós-Graduados em História, Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2008. Disponível em: <https://sapientia.pucsp.br/handle/handle/13071>. Acesso em: 28 jun. 2021.

THOMÉ, R. A função socioambiental da CFEM: compensação financeira por exploração de recursos minerais. *Revista de Direito Ambiental*, São Paulo, v. 55, jul./set. 2009.

TRINDADE, A. D. C. A obtenção de direitos minerários segundo o regime da prioridade: reflexões para sua adequada compreensão. In: FERRARA, M. *et al. Estudos de Direito Minerário*. Belo Horizonte: Fórum, 2012.

WANDERLEY, L. J. Corrida do ouro, garimpo e fronteira mineral na Amazônia. *Revista Sapiência: Sociedade, Saberes e Práticas Educacionais*, Iporá, v. 8, n. 2, 2019.

SUSTENTABILIDADE ADMINISTRATIVA COMO METANORMA: O DILEMA QUE ENVOLVE O AUXÍLIO-TRANSPORTE NO SERVIÇO PÚBLICO MILITAR FEDERAL¹

Magno Federici Gomes

Escola Superior Dom Helder Câmara (ESDHC)²

Matheus Henrique de Souza

Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais (PUC-MINAS)³

Artigo recebido em: 12/03/2021.

Artigo aceito em: 18/06/2021.

Resumo

Este artigo estabelece o princípio do Desenvolvimento Sustentável como metanorma, no intuito de avaliar a possibilidade de pagamento do auxílio-transporte aos militares que se deslocam de veículos próprios de casa para o trabalho, e vice-versa. Sob esse enfoque, objetivou-se oferecer uma nova perspectiva sobre a questão, qual seja: enquanto a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça (STJ) viabilizou o pagamento do auxílio nessas condições, órgãos das Forças Armadas

consolidaram entendimento de que o pagamento somente seria devido nos deslocamentos que utilizavam o transporte coletivo público. Como metodologia foi utilizada a investigação bibliográfica da doutrina especializada que conceitua o princípio em destaque; também foram analisadas as principais leis e normas que regulamentam o auxílio-transporte. Ao usar esse método foi possível estabelecer argumentações profundas, especialmente sobre os aspectos econômico,

1 Trabalho financiado pelo Projeto FAPEMIG n. 22869, resultante dos Grupos de Pesquisas (CNPQ): Regulação Ambiental da Atividade Econômica Sustentável (REGA), NEGESP, Metamorfose Jurídica e CEDIS (FCT-PT).

2 Estágio pós-doutoral em Direito Público e Educação pela Universidade Nova de Lisboa (Bolsa CAPES/BEX 3642/07-0). Estágios pós-doutorais em Direito Civil e Processual Civil, Doutor em Direito e Mestre em Direito Processual pela Universidad de Deusto (Bolsa da Cátedra UNESCO e do Gobierno Vasco-Espanha). Mestre em Educação pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais (PUC-MINAS). Professor do Doutorado e do Mestrado Acadêmico em Direito Ambiental e Desenvolvimento Sustentável na ESDHC. Professor titular licenciado da Faculdade de Direito Arnaldo Janssen. Advogado sócio do Escritório Moraes & Federici Advocacia Associada. Líder do Grupo de Pesquisa Responsabilidade Civil e Processo Ambiental (RECIPRO)/CNPQ-BRA e integrante dos grupos: Centro de Investigação & Desenvolvimento sobre Direito e Sociedade (CEDIS)/FCT-PT, Núcleo de Estudos sobre Gestão de Políticas Públicas (NEGESP)/CNPQ-BRA e Metamorfose Jurídica/CNPQ-BRA. ORCID: <http://orcid.org/0000-0002-4711-5310> / e-mail: magnofederici@gmail.com

3 Bacharel em Direito pela PUC-MINAS. E-mail: sgtmhenrique@gmail.com

ambiental e social que circundam o pagamento do auxílio-transporte. Ao fim, foi possível concluir que o posicionamento que mais se adequa aos preceitos de justiça social é o de conferir o pagamento do auxílio-transporte aos militares federais, ainda que

eles se desloquem para o trabalho utilizando veículos particulares.

Palavras-chave: agentes públicos federais; auxílio-transporte; desenvolvimento sustentável; militares federais; veículos próprios.

ADMINISTRATIVE SUSTAINABILITY AS METANORM: THE DILEMMA INVOLVING THE TRANSPORTATION ASSISTANCE IN THE FEDERAL MILITARY PUBLIC SERVICE

Abstract

This paper establishes the principle of Sustainable Development as a metanorm, in order to assess the possibility of paying the transportation assistance to military personnel who move on their own vehicles from home to work, and vice versa. Under this focus, the objective was to offer a new perspective on the issue: while the STJ's jurisprudence enabled the payment of the assistance in these conditions, the Armed Forces' organs consolidated the understanding that the payment would only be due in the travels that used public collective transport. As a methodology, was used the bibliographic investigation of the specialized doctrine that conceptualizes the highlighted principle; the main laws

and regulations that deal about transportation assistance were also analyzed. It was possible to establish profound arguments especially on the economic, environmental and social aspects surrounding the payment of the assistance, using this method. In the end, it was possible to conclude that the position that best fits the precepts of social justice is to confer the payment of the transportation assistance to the federal military, even if they travel to work using private vehicles.

Keywords: *federal military; federal public agents; own vehicles; sustainable development; transport aid.*

Introdução

A redação dada ao art. 1º da Medida Provisória (MP) n. 2.165-36/01⁴ possibilita duas interpretações diametralmente opostas atingidas com o uso de métodos interpretativos semelhantes. De um lado, o Poder Executivo Federal, em especial o Exército Brasileiro, em interpretação textual léxica, defende que não é devido auxílio-transporte ao servidor que se desloca da residência para o trabalho, e vice-versa, utilizando veículo próprio. De outro lado, o Superior Tribunal de Justiça (STJ), em interpretação textual teleológica, pacificou jurisprudência no sentido de que o pagamento do auxílio-transporte nas condições supramencionadas é devido.

Nesse sentido, o tema deste trabalho é a utilização do princípio do Desenvolvimento Sustentável como metanorma para analisar o art. 1º da MP n. 2.165-36, de 23 de agosto de 2001, e verificar qual interpretação melhor se amolda aos interesses do Estado brasileiro. O princípio em destaque permite uma avaliação direcionada à sociedade, quando eleva valores que são imprescindíveis para o convívio social harmônico. Assim, será possível construir uma linha de raciocínio coerente sobre o problema em epígrafe, sem pretender que seja a única forma de analisar o dilema.

A preocupação com o desenvolvimento sustentável, mais próxima do Direito Ambiental, irradia para todos os ramos do Direito, porque se caracteriza por uma preocupação geral com o comportamento das pessoas e as ações adotados pelo Estado, no intuito de preservar o meio ambiente para as gerações futuras e de buscar a equidade social, sem deixar de lado o desenvolvimento econômico. É necessário que essa preocupação seja abrangente para que seja efetiva.

Em virtude disso, o Estado brasileiro, mais do que qualquer particular, deve atuar sempre tendo em vista o desenvolvimento sustentável. Além de agir dessa maneira, aquele deve se esforçar para garantir que assim também atuem os particulares, os quais, no mais das vezes, desenvolvem um comportamento focado em preocupações individuais.

Uma das preocupações que surge para o Estado em decorrência desse princípio é a busca para garantir o direito fundamental à boa administração pública. Para tanto, o Estado deve envidar esforços para uma gestão que priorize a coletividade, em detrimento dos individualismos; sopesar os benefícios e os custos de cada decisão; abandonar as ingerências com o Erário; e priorizar as políticas

⁴ “Art. 1º. “Fica instituído o Auxílio-Transporte em pecúnia, pago pela União, de natureza jurídica indenizatória, destinado ao custeio parcial das despesas realizadas com transporte coletivo municipal, intermunicipal ou interestadual pelos militares, servidores e empregados públicos da Administração Federal direta, autárquica e fundacional da União, nos deslocamentos de suas residências para os locais de trabalho e vice-versa, excetuadas aquelas realizadas nos deslocamentos em intervalos para repouso ou alimentação, durante a jornada de trabalho, e aquelas efetuadas com transportes seletivos ou especiais” (BRASIL, 2001).

públicas que garantam o pleno exercício dos direitos sociais.

Essa lógica de balancear custos e benefícios de uma decisão se encaixa perfeitamente na resolução do problema em epígrafe, pois a administração pública está diante de uma decisão que impactará a sociedade, de um jeito ou de outro. Existem pontos positivos e negativos a ser debatidos sobre ambas as interpretações. Além disso, alguns argumentos se destacam quando analisados sobre a ótica do desenvolvimento sustentável.

Assim, o objetivo do presente artigo é analisar os custos e benefícios da adoção, ou não, da jurisprudência consolidada no STJ sobre o auxílio-transporte para servidores públicos. No estudo que norteou a redação deste trabalho, e que motivou a confecção de outros dois artigos científicos diferentes, foi possível concluir que apenas uma análise de técnica legislativa e interpretativa não permite verificar qual dos dois posicionamentos está correto. Existe uma lacuna no art. 1º da MP n. 2.165-36/01 que o STJ e os órgãos do Poder Executivo Federal preencheram com interpretações textuais distintas: teleológica e textual, respectivamente.

Nesse contexto, surge a importância deste trabalho. Somente analisando as consequências práticas de cada um dos posicionamentos, com especial atenção para as dimensões da sustentabilidade, será possível indicar aquele que apresenta a melhor solução para o problema em questão. Dito isso, vale pontuar que o problema destrinchado neste trabalho é a impossibilidade de resolver o conflito de interpretações entre os órgãos supramencionados somente através de uma análise teórica, com os métodos tradicionais de interpretação.

Para atingir o objetivo proposto, foi utilizada a metodologia da pesquisa teórico-documental, com técnica dedutiva, em fontes bibliográficas. Para tanto, as conclusões extraídas nos outros dois artigos científicos foram reinterpretadas à luz do desenvolvimento sustentável. Isso somente foi possível analisando os artigos científicos anteriores com enfoque no próprio desenvolvimento sustentável e em suas dimensões principais, quais sejam, a equidade social, o desenvolvimento econômico e a proteção ambiental.

Utilizando-se dessa metodologia, um artigo científico norteou a redação do trabalho, caracterizando-se como o seu marco teórico. Tal artigo foi redigido por Gomes e Ferreira (2017), tratando sobre a dimensão jurídico-política da sustentabilidade.

Tendo como base esse artigo norteador e outras obras, verificou-se a necessidade de dividir o presente estudo em quatro partes. Na primeira, serão apresentados o Desenvolvimento Sustentável e a sua relação com o tema em pauta, e as partes seguintes detalham as discussões práticas sobre o tema, com enfoque em cada uma das dimensões do Desenvolvimento Sustentável.

1 O desenvolvimento sustentável

Cumpra destacar, desde já, que o princípio em epígrafe exerce, neste trabalho, a função de metanorma. Esclarecendo esse conceito, Novelino (2016, p. 132) ensina que as metanormas são normas utilizadas na interpretação e aplicação de outras normas. Diante desse conceito, percebe-se que o Princípio do Desenvolvimento Sustentável pretende selecionar qual a melhor das duas interpretações já apresentadas (função heurística), buscando justificar a melhor opção para atender aos fins a que se propõe o Poder Executivo Federal (função de racionalização).

Entendendo a função de metanorma do princípio em destaque, o enfoque deste artigo será nas dimensões do Princípio do Desenvolvimento Sustentável. Para isso, o aprofundamento em seu conceito é necessário; bem como entender a relevância que as suas dimensões possuem para aproximar a técnica jurídica dos casos concretos. Somente com essa transição da abstração para a realidade social será possível concluir qual das duas interpretações estudadas melhor se amolda aos fins que busca a Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.

Silva (2015, p. 58) afirma que o desenvolvimento sustentável busca a conjugação entre o crescimento econômico, a preservação ambiental e a equidade social. Isso implica em uma maior preocupação com os recursos das gerações futuras, tal como se preocupa com os recursos para as gerações presentes.

Na Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, o Princípio do Desenvolvimento Sustentável surge da interpretação integral do art. 170⁵. Embora não haja correspondência expressa para esse princípio, percebe-se que os fins que a sustentabilidade busca articular estão materializados nos incisos desse dispositivo constitucional.

Na questão proposta no presente trabalho, é possível verificar que as três dimensões mais destacadas desse princípio estão envolvidas. Isso porque uma adesão integral à orientação jurisprudencial pode significar um aumento considerável no orçamento público, haja vista que diversos agentes públicos que hoje supostamente não se enquadram no rol de pagamento do auxílio-transporte, passarão a figurar como credores desse direito. Também pode implicar em um aumento na poluição, decorrente da maior utilização de transporte particular em detrimento do transporte público.

5 “Art. 170. A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios: I – soberania nacional; II – propriedade privada; III – função social da propriedade; IV – livre concorrência; V – defesa do consumidor; VI – defesa do meio ambiente, inclusive mediante tratamento diferenciado conforme o impacto ambiental dos produtos e serviços e de seus processos de elaboração e prestação; VII – redução das desigualdades regionais e sociais; VIII – busca do pleno emprego; IX – tratamento favorecido para as empresas de pequeno porte constituídas sob as leis brasileiras e que tenham sua sede e administração no País. Parágrafo único. É assegurado a todos o livre exercício de qualquer atividade econômica, independentemente de autorização de órgãos públicos, salvo nos casos previstos em lei” (BRASIL, 1988).

Apesar disso, as questões econômica e ambiental não podem ser analisadas isoladamente, porque os agentes públicos têm sido colocados em condições de desigualdade financeira em virtude das restrições do auxílio-transporte. Além disso, quando o Estado se propõe a contratar servidores, precisa planejar os possíveis gastos que serão originados dessa contratação, não podendo se esquivar de pagá-los *a posteriori* alegando que ocasionarão grande ônus no orçamento público.

Assim, percebe-se que, no problema em epígrafe, ao menos a dimensão do crescimento econômico e da equidade social estão em aparente conflito. Esse conflito carece de aprofundamento mais relevante, que será realizado mais adiante. Vale destacar, porém, que essas três dimensões não são as únicas a serem levadas em conta nesta análise. As outras duas dimensões adotadas mais recentemente pela doutrina, quais sejam, a dimensão ética e a dimensão jurídico-política, também foram levadas em consideração.

Ao se perpassar rapidamente a doutrina estrangeira que trata sobre o tema, é possível perceber que o Princípio do Desenvolvimento Sustentável está previsto de maneira parecida no texto constitucional português. Canotilho (2010, p. 7) demonstra que diversas passagens da Carta Magna portuguesa e de legislações esparsas foram permeadas pelo Princípio do Desenvolvimento Sustentável. Percebe-se também que os ensinamentos de Canotilho (2010, p. 9) estão alinhados com os de Silva (2015, p. 58), no sentido de que o desenvolvimento sustentável possui três enfoques.

Verifica-se, portanto, uma coerência na doutrina estrangeira quanto à existência de três dimensões do princípio em pauta. Apesar disso, a doutrina mais atualizada tem defendido que existem ao menos mais duas dimensões que precisam ser consideradas, no que diz respeito ao Princípio do Desenvolvimento Sustentável.

Gomes e Ferreira (2017, p. 94), por exemplo, são defensores da expansão das dimensões do desenvolvimento sustentável. Os autores apresentam a existência de uma dimensão ética, como sendo a quarta dimensão, e defendem a existência de uma quinta dimensão, qual seja, a jurídico-política.

Os autores esclarecem que a sustentabilidade, em sua dimensão jurídico-política, aponta para a preocupação com o desenvolvimento sustentável dos povos e a garantia dos seus direitos fundamentais. Esse desenvolvimento sustentável extrapola a preocupação com o meio ambiente, irradiando sobre várias perspectivas do ideal de desenvolvimento.

Dentre os direitos que estão pretendidos dentro dessa dimensão jurídico-política, está o direito fundamental à boa administração pública. Esse é um direito conferido à população, de exigir que os representantes do Estado, inclusive os

administradores públicos, atuem em prol da coletividade, sem individualismos⁶.

Nesse sentido, destaca-se principalmente o cuidado com o Erário, o que, por sua vez, implica no condicionamento dos gastos para aquilo que é realmente necessário. Isso não significa necessariamente dizer que os agentes públicos devem viver à beira da miséria, em prol de servir o Estado a qualquer custo, até porque isso poderia caracterizar o locupletamento ilícito do Poder Público.

Ainda assim, os órgãos da administração pública devem dedicar especial atenção para evitar a concessão e manutenção de privilégios, especialmente para os seus funcionários, pois existem diversos direitos previstos na Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 que ainda não foram garantidos pelo Estado. Muitos deles, inclusive, carecem de recursos financeiros para o seu pleno desenvolvimento.

Diante do exposto, mister se faz passar à análise das perspectivas que se iluminaram na explicação supra.

2 Dimensão da equidade social aplicada ao conflito em estudo

Para iniciar as discussões, é preciso conceituar a dimensão social do Princípio do Desenvolvimento Sustentável. Para tanto, vale recorrer à produção científica sobre o tema, nos seguintes termos:

A dimensão social da sustentabilidade enfatiza uma necessária e indispensável preocupação com o ser humano e sua qualidade de bem-estar, pois existe uma íntima relação entre a qualidade de vida do ser humano e a qualidade do meio ambiente, uma vez que são conceitos indissociáveis (GOMES; FERREIRA, 2017, p. 95).

Essa dimensão social é complexa, pois impele a pensar na sociedade de duas perspectivas diferentes. Em um primeiro momento, o grupo social que ocupa determinado ambiente é uno, devendo se submeter às mesmas regras que visam à preservação do ambiente, sob pena de que os esforços de alguns sejam anulados pelos atentados de outros. Apesar disso, não é possível esquecer a perspectiva de que a sociedade é composta por um universo de individualidades que se contrastam para constituir uma força social maior.

Com essa complexidade, vê-se que a atividade do Estado para atender os interesses coletivos é difícil. Especialmente em uma realidade social em que

⁶ Para analisar a relação entre as políticas públicas e os objetivos do desenvolvimento sustentável, ver: Gomes e Ferreira (2018, p. 155-178).

normalmente os interesses das classes sociais se contrapõem. Por isso, cresce de importância a busca por critérios objetivos que aproximem as classes sociais, evitando as mazelas que invariavelmente surgem de uma desigualdade social exacerbada.

Dessa maneira, em todas as decisões adotadas pelo Estado, é preciso que sejam avaliados os impactos na sociedade como um todo e nos grupos sociais específicos, porque nem todos os grupos sociais ou indivíduos experimentarão as atuações do Estado da mesma maneira, já que, naturalmente ocupam lugares sociais distintos. Diante dessa perspectiva, o presente trabalho buscará analisar os impactos da majoração do rol de beneficiários do auxílio-transporte de forma ampla, visualizando os interesses de segmentos sociais distintos.

Aqui, dois grandes grupos sociais se contrapõem em interesses. De um lado, estão todos aqueles inseridos no escopo da MP n. 2.165-36/01, que são potenciais beneficiários do auxílio-transporte. Do outro lado está o resto da população brasileira, que não se beneficia diretamente da percepção dos valores de auxílio-transporte e que indiretamente contribui, através da carga tributária, com esses pagamentos. É preciso atingir ambos os grupos na discussão sobre a equidade social.

2.1 A perspectiva dos potenciais beneficiários do auxílio-transporte

O primeiro grupo social que se destaca nessa análise é o grupo de militares, servidores e empregados públicos do Poder Executivo Federal. Mais especificamente, quando são potenciais beneficiários do auxílio-transporte, ou seja, deslocam-se diariamente de casa para o trabalho, e vice-versa, utilizando os mais variados meios de transporte. Todavia, esse grupo social é composto somente por aqueles que não fazem esse deslocamento por meio de transporte coletivo, porque são os diretamente interessados na mudança de interpretação da MP em estudo por parte da Administração Pública Federal.

A discussão aqui buscada perpassa, primeiramente, pela natureza constitucional do transporte. Bonizzato e Bonizzato (2016, p. 343) defendem que o Direito ao Transporte é fundamental nas relações sociais, especialmente naquelas estabelecidas em áreas urbanas. Em virtude disso, defendem a importância da inserção desse direito no rol dos direitos sociais positivados no art. 6º da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, o que foi feito por intermédio da Emenda Constitucional n. 90/15, bem como as possíveis implicações futuras dessa modificação constitucional.

Quando os autores supracitados tratam sobre o direito ao transporte, não é

possível estabelecer um paralelo direto com o direito ao auxílio-transporte, pois o direito constitucional diz respeito à obrigação do Estado de oferecer condições para que as pessoas se desloquem de um local a outro, especialmente em meios urbanos mais complexos, nos quais o deslocamento sem meios de transporte é praticamente inviável. Todavia, o Estado pode fornecer esse transporte de várias formas, inclusive estruturando uma rede de transporte público adequado, ainda que oneroso.

Interessante notar que Bonizzato e Bonizzato (2016, p. 356) afirmam que o acesso ao transporte é precário, de tal maneira que se tornou comum adotar formas alternativas de prestação desse serviço, como as vans, moto-táxis e as caronas onerosas coordenadas por aplicativos de celular. Diante dessa variedade de possibilidades, mister se faz questionar se é razoável a limitação realizada pelos órgãos do Poder Executivo Federal, ao considerar, na MP em estudo, que apenas alguns transportes ensejam o direito ao respectivo auxílio.

Existe uma multiplicidade significativa de meios de transporte disponíveis para o usuário, com os preços mais variados. O ponto principal dessa constatação é que essa multiplicidade de meios de transporte surgiu principalmente diante da falha do Estado em fornecer serviços de transporte públicos de qualidade ou em preços acessíveis à população de baixa renda, conforme indica Lemos (2010). Diante desse contexto, quando somente se paga o auxílio-transporte a quem se desloca de transporte coletivo, obriga-se o servidor a abdicar de outros meios que são mais céleres, menos onerosos e/ou pouco precários.

Bonizzato e Bonizzato (2016, p. 358) indicam que a doutrina nomeou a Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 como norma programática. Isso se dá em virtude da impossibilidade de que ela concretize os direitos sociais que positiva, de maneira que se mostra apenas como uma ordem de planejamento do Estado para concretização futura. Por isso os autores questionam as teorias reducionistas do ativismo judicial, em face da crescente necessidade de transcender a mera existência da norma e buscar a sua validade.

Essa crítica se relaciona com a limitação no pagamento do auxílio-transporte. A jurisprudência do STJ discutida neste trabalho beira o ativismo judicial, posto que vai além do que a norma diz, embora não contrarie uma vedação expressa. Ainda assim, é importante se perguntar se diante da ineficiência do Estado em prestar o transporte público de qualidade ou a baixos custos, o Poder Judiciário não deveria adotar postura mais ativa, a fim de perseguir os ideais de justiça positivados na Carta Magna. Vale lembrar que a interpretação do Poder Executivo Federal também extrapola o texto da MP n. 2.165-36/01, porque cria uma vedação que não está expressa.

Ao analisar o contexto fático que envolve a questão do auxílio-transporte, é possível afirmar que a MP n. 2.165-36/01 é válida, vez que perfeitamente elaborada. Esta é eficaz, na maior parte dos casos, no sentido de que já produz efeitos no plano da realidade. Todavia, ineficaz para um grupo de pessoas, haja vista que não atende aos anseios daqueles que vislumbram o transporte em veículo próprio como o mais adequado.

Os autores do artigo científico em pauta nesta subseção direcionam a discussão para o dever do Estado de garantir que todos os cidadãos tenham acesso ao transporte. Não entram na discussão, portanto, quem deve custear a utilização desse transporte.

Neste trabalho, a discussão paira sobre um direito que é adjacente ao direito fundamental ao transporte. Aqui, discute-se o direito do agente público federal de ser indenizado por parte dos gastos que tem com o transporte que se destina ao trabalho. Ainda assim, não é possível afirmar que as discussões supra são inadequadas.

Diante do exposto, a questão que se coloca é se a previsão constitucional do direito ao transporte significa necessariamente que todos os trabalhadores têm o direito à indenização pelo transporte realizado para deslocar-se ao trabalho. Ao que tudo indica, o direito à indenização pelo transporte faz parte do direito fundamental ao transporte, haja vista ser razoável acreditar que sem esse auxílio, boa parte da renda do trabalhador seria comprometida somente com os deslocamentos para o trabalho.

Por isso é possível afirmar que esse direito social pode irradiar sobre a MP em estudo, no sentido de garantir uma interpretação mais ampla do que a interpretação léxica do seu art. 1º tem permitido, porque o direito ao transporte, agora materializado como direito social na CF/88, faz crescer a preocupação de que todos tenham acesso a esse direito da mesma forma, se nas mesmas condições estiverem.

Sobre isso, mister se faz destacar que a restrição à interpretação em pauta pode gerar uma situação de disparidade entre agentes públicos que se encontram nas mesmas condições. Para melhor esclarecer esse argumento, é importante materializá-lo no seguinte exemplo: dois militares, vizinhos, deslocam-se todos os dias de sua residência até o quartel e retornam no final do dia; um deles vai de veículo particular e o outro de ônibus municipal.

No exemplo acima, é difícil mensurar os gastos dos personagens, ou afirmar qual dos dois gasta mais, porque isso depende de vários fatores. Cada veículo têm uma média de gastos por quilometragem rodada, enquanto o valor da passagem de ônibus é uma constante atualizada de tempos em tempos.

É incontestável, porém, que ambos os personagens do exemplo acima

possuem um gasto monetário significativo nesse transporte. Se esse gasto ultrapassa os seis por cento do seu soldo, ambos são iguais enquanto potenciais credores de uma indenização pelo seu transporte.

Ainda sobre o exemplo citado, um dos militares deverá arcar com o transporte utilizando o valor da sua remuneração; o outro receberá um valor para arcar com boa parte dos gastos com esse transporte. Ao final dessa operação, o valor que sobra é significativamente menor para um, do que para o outro. É razoável pensar ainda que, em alguns casos, o agente público não utiliza o transporte público pela inexistência de linhas que passem em horário compatível com a chegada no trabalho; ou, em outros casos, pela diferença no tempo de deslocamento ser tão significativa, que se torna excessivamente dispendioso utilizar o transporte público.

Embora hipotético, esse exemplo pode traduzir a realidade do Poder Executivo Federal como um todo. Sendo mais ambicioso, esse exemplo pode traduzir a realidade dos trabalhadores em geral. Essa afirmação se torna crível diante da percepção da amplitude da discussão e pela vasta jurisprudência sobre o assunto, tanto na Justiça Federal quanto na Justiça Comum Estadual e na Justiça do Trabalho.

Outro argumento, esse mais específico à vida na caserna, precisa ser trabalhado no que diz respeito à equidade social. O Exército Brasileiro cultua uma série de valores militares a serem internalizados pelo militar, quando nas relações intramuros. Esses valores foram positivados na Portaria n. 012 – Estado Maior do Exército (EME), de 29 de janeiro de 2014. Dentre esses valores, alguns merecem destaque: a fé na missão do Exército, o amor à profissão e o espírito de corpo.

Esses valores dependem de uma relação pacífica e harmoniosa entre os integrantes da força e os seus colegas, ou entre aqueles e a própria instituição. Todavia, não é isso que geralmente ocorre em uma ação judicial, quando o militar e o Exército Brasileiro são colocados em polos distintos da relação processual. Portanto, surge uma postura beligerante de um para com o outro, às vezes até mesmo entre os próprios integrantes da força.

Assim, verifica-se que a contradição existente entre Administração Pública e jurisprudência pode atingir as relações sociais dos militares de várias formas. A princípio, prejudicam o seu deslocamento de/para o trabalho. Daí decorre que o militar vai se deslocar por meios de transporte precários ou extremamente demorados ou vai optar por meios privados e enfrentar uma defasagem salarial significativa, em comparação a seus colegas nas mesmas condições, que se deslocam por meios coletivos.

Por fim, se insatisfeito ficar, deverá ingressar com ação judicial, cujo processamento pode prejudicar os valores que são tão importantes para o bom cumprimento das missões do Exército Brasileiro, ou para a persecução da boa

administração pública, no caso dos servidores públicos. É possível até dizer que esses valores cultivados na caserna são importantes em qualquer relação profissional.

2.2 A perspectiva daqueles que não se inserem no rol de potenciais beneficiários do auxílio-transporte concedido aos servidores e militares do Poder Executivo Federal

Não é possível, nesse ponto, aderir ao senso comum e estabelecer críticas que não se amoldam à realidade do ordenamento jurídico. A carga tributária brasileira já está estipulada e a realidade que se coloca é que o Estado arrecada um determinado valor e deve empregar esse valor da melhor maneira possível.

Ao empregar o dinheiro público, os administradores não podem deixar de planejar a remuneração dos agentes públicos, os quais personificam a atuação do Estado. Junto da remuneração propriamente dita, naturalmente estão colocadas as verbas auxiliares, como o auxílio-transporte, cuja origem deriva da legislação.

Dessa forma, o interesse da população em geral está no sentido de que o serviço público decorra de previsão expressa na legislação e que eventuais abrangências na interpretação da legislação estejam alinhadas com a função social do Estado. Com isso, será possível que o serviço público seja prestado em melhores condições, garantindo-se dignidade aos agentes públicos na busca efetiva dos valores estabelecidos na Lei n. 13.460, de 26 de junho de 2017. Além disso, deve-se afastar a incidência de privilégio que usurpam as finalidades do Estado.

No caso da ampliação do pagamento do auxílio-transporte, não é possível afirmar que serão concedidos privilégios aos agentes públicos. Para entender essa negativa, é preciso compreender que não são todos os servidores públicos ou militares que fazem jus à percepção do benefício. Para isso, é preciso entender o cálculo que é feito para se chegar ao valor do auxílio-transporte.

Como já foi dito, o auxílio-transporte visa o custeio parcial das despesas gastas com o transporte relacionado à ida e volta do trabalho. É parcial, pois somente será remunerada a despesa que ultrapassar seis por cento do soldo, no caso do militar. A parcela básica mensal da remuneração e dos proventos do militar é chamada de soldo, que aumenta à medida que aumenta a graduação do militar, conforme estipula o inciso I do art. 1º combinado com o inciso I do art. 3º da MP n. 2.215-10, de 31 de agosto de 2001⁷.

Para efetivar esse custeio parcial, o cálculo do auxílio-transporte é feito da seguinte maneira: é estabelecida a base de cálculo do auxílio, multiplicando-se o valor diário gasto com o transporte coletivo por vinte e dois (que é a média de dias trabalhados no mês); depois, desse valor, subtrai-se seis por cento do soldo do

militar; por fim, são subtraídos os valores das despesas a anular, que são referentes aos dias que o militar, por qualquer motivo, não efetivou o deslocamento previsto. O valor diário gasto com o transporte é extraído do valor das passagens dos transportes coletivos que são utilizadas no trajeto.

Desse cálculo, é possível extrair que quanto maior a graduação do militar, maior será o seu soldo e, por consequência, maior será o desconto de seis por cento no seu auxílio-transporte. Chega um ponto em que o desconto de seis por cento iguala ou supera o valor devido de auxílio-transporte. Isso significa dizer que o militar não terá direito ao auxílio-transporte, porque suas despesas com transporte foram menores do que seis por cento do seu soldo.

Na prática, o cálculo apresentado significa que o auxílio-transporte é recebido majoritariamente por sargentos, cabos e soldados. Isso, pois são os militares de menor graduação no Exército Brasileiro, o que implica que também são os militares cujo soldo é o menor. É raro um oficial do Exército Brasileiro receber auxílio-transporte. Para que essas exceções aconteçam, o oficial deve residir a uma distância exorbitante do quartel, de forma que os valores das passagens, quando somados, superam o valor de seis por cento do seu soldo.

Vale ressaltar que o mesmo raciocínio pode ser aplicado aos demais servidores empregados do Poder Executivo Federal. Isso, pois a legislação aplicável é a mesma e nessas instituições também existe uma hierarquização salarial que é estruturada em uma base de cálculo fixa, que também serve de base de cálculo para o auxílio-transporte. O mesmo acontece inclusive nas relações de trabalho celetistas.

Por essa realidade fática, não é possível dizer que a ampliação do auxílio-transporte é um privilégio. Os agentes públicos que usufruem do auxílio-transporte são aqueles que realmente necessitam deste e para os quais o gasto com o transporte compromete parcela essencial de sua remuneração. Especialmente em grandes cidades, como é o caso de Belo Horizonte (MG), os gastos com o transporte podem comprometer grande parcela da remuneração.

Aqueles que pleiteiam a expansão do auxílio-transporte para o uso de veículos próprios também estão inseridos nessa categoria de defasagem salarial. Por isso, a não percepção do auxílio-transporte impacta muito na vida daqueles que se deslocam de carros particulares, por exemplo, e têm que arcar com os ônus da propriedade de um veículo. Ou mesmo para os que não possuem carro e precisam utilizar caronas coordenadas por aplicativos de celular com frequência, em função da dificuldade no acesso ao transporte coletivo.

Diante disso, é possível assinalar que de acordo com as preocupações gerais da sociedade, o auxílio-transporte não se amolda nas características de privilégio, sendo necessário para efetivar a prestação do serviço público ou militar. De fato,

representa um valor que garante a dignidade do agente público e, por ter previsão legal expressa, se mostra como um direito que não pode ser abandonado ou restringido. Essas mesmas conclusões irradiam para as relações de trabalho celetista.

Assim, a aparente impressão de que os interesses desse grupo social são conflitantes com os do grupo anterior não se sustenta diante de análise mais profunda. O auxílio-transporte é fundamental para o funcionamento da máquina pública e só é conferido àqueles que dele realmente necessitam.

3 Dimensão do crescimento econômico aplicada ao conflito em estudo

Para viabilizar uma discussão mais próxima do conceito dessa dimensão do princípio do Desenvolvimento Sustentável, é importante trazer o conceito fidedigno dela, conforme se segue:

Na dimensão econômica da sustentabilidade verifica-se que no conceito de desenvolvimento sustentável o prisma do fator econômico jamais pode ser tratado com indiferença ou ser deixado de lado, pois é a partir de uma economia saudável e responsável, que será possível a geração de igualdades sociais, com o pleno desenvolvimento sustentável nos padrões da sustentabilidade (GOMES; FERREIRA, 2017, p. 95).

Nesse prisma, é inarredável o entendimento de que também o Estado se envolve em uma preocupação com o desenvolvimento econômico saudável. É um grande gestor de recursos financeiros e naturais e, por isso, precisa se preocupar em gerir esses recursos da forma mais adequada. Em outras palavras, adequar o desenvolvimento econômico, sempre desejável, à preservação ambiental e ao combate às mazelas sociais que geralmente derivam do desenvolvimento econômico em uma economia capitalista.

Para atingir esses valores, em intersecção com o tema deste trabalho, é preciso entender o impacto econômico que daí pode advir. A abrangência na interpretação do art. 1º da MP n. 2.165-36/01 tem um resultado imediato: a necessidade de que a União Federal empregue mais recursos para pagar a maior demanda por auxílio-transporte que irá surgir.

O tamanho desse déficit é difícil de mensurar, porque depende muito do interesse daqueles que ainda não percebem o auxílio em se manifestarem. Além disso, não é viável acreditar que atualmente o Poder Executivo Federal é unísono em vedar o pagamento do auxílio-transporte àqueles que se deslocam com veículo

próprio, já que é muito natural temer o acionamento judicial quando já está pacificado que o agente público vencerá na lide.

Por isso, é possível que já existam agentes públicos do Poder Executivo Federal percebendo o auxílio-transporte mesmo que se deslocando de veículo próprio. Se assim for, havendo pacificação do tema no sentido da jurisprudência do STJ, o aumento do ônus no orçamento público não será tão significativo quanto seria se ninguém que se desloca de veículo próprio estivesse percebendo o valor do auxílio-transporte.

Apesar disso, é inquestionável que o orçamento público federal sofrerá com o alargamento do pagamento do auxílio-transporte. Se houvesse uma leniência generalizada em aplicar as recomendações da Orientação Normativa n. 4, não haveria ações judiciais para contestá-la. Se existe contestação judicial, significa que em menor ou em maior medida, as restrições ao pagamento do auxílio-transporte estão acontecendo.

É preciso também analisar a questão econômica por outro prisma. Se já ficou pacificado um determinado entendimento jurisprudencial de tribunal superior, é razoável entender que a maior parte das ações que ingressarem em órgão jurisdicional pugnando essa mesma matéria serão providas. As que não obtiverem provimento, somente podem ser obstadas por entraves processuais. Ou seja, o processo judicial nesse caso somente posterga a obrigação devida.

Além disso, é preciso entender que o acesso à jurisdição não é gratuito. Prova disso é o próprio instituto da “justiça gratuita”, que quando concedido, exige a parte no processo de custear as despesas elencadas no rol do art. 98 do CPC/15. Essa gratuidade de justiça, porém, não pode ser aproveitada pela União Federal, que, de maneira direta ou indireta, arcará com os custos de um trâmite processual.

Mais do que isso, se a União for sucumbente, deverá arcar com alguns ônus de sucumbência que são inarredáveis, porque são pagos à parte vencedora no processo, como os honorários advocatícios da parte vencedora. Ou seja, a União Federal será obrigada a retornar o pagamento do auxílio (indenizando o período no qual ele ficou suspenso), além de pagar as despesas judiciais, devidamente corrigidas monetariamente eventualmente acrescidas de juros de mora.

Nesse contexto, se todos os agentes públicos federais ingressarem na justiça pleiteando a regularização da concessão do auxílio-transporte, posto que utilizam veículos próprios no deslocamento e a União Federal for sucumbente, se não em todas, na maioria dessas ações, duas consequências são iminentes: o abarrotamento do Poder Judiciário com infindáveis demandas sobre o tema; e um problema futuro de arcar com um valor maior de despesas, do que deveria ser arcado se o direito fosse garantido no âmbito da Administração Pública.

Não é tão fácil acreditar que todas essas pessoas atingirão a percepção de que são titulares de um direito, mas que precisam recorrer ao Poder Judiciário para tê-lo reconhecido. Isso, porém, não extrai o valor dos argumentos suscitados com essa possibilidade.

Os argumentos são de que é muito mais oneroso financeiramente para a União Federal arcar com os ônus de sucumbência do que garantir o auxílio-transporte nos moldes do entendimento jurisprudencial; e é muito mais trabalhoso, tanto para o Poder Judiciário, quanto para os órgãos do Poder Executivo que representam a União Federal em juízo, trabalhar com todas as demandas sobre uma causa cuja resolução poderia ser mais simples.

Para encerrar, é preciso estabelecer um contraponto. Pode-se pensar que existe uma margem de vantagem econômica em esperar que todos esses militares e servidores públicos recorram ao Poder Judiciário para auferir um direito incontestado, porque nem todos terão o conhecimento da existência do direito; alguns dos que tiverem conhecimento não terão disposição para enfrentar um desgastante e demorado processo judicial; e dos que se dispuserem ao processo judicial, alguns se perderão nas questões processuais e nunca serão capazes de atingir uma decisão de mérito; os poucos que conseguirem o trânsito em julgado da ação, só vão receber muito no futuro, por meio de precatórios, quando o Estado puder pagar.

É uma percepção que não pode prosperar. Fosse o particular a adotar essa prática, estaria agindo em desconformidade com a ética e atentando contra os principais valores prezados no Estado Democrático de Direito. Para o Estado, além das agressões anteriores, contar com o insucesso judicial dos litigantes é completamente inadmissível, porque contraria os próprios fundamentos da existência do Estado moderno e contemporâneo. Fundamentos esses que foram construídos por mais de quinhentos anos, desde Maquiavel e Hobbes, recebendo novos contornos com os contratualistas iluministas e aprimorados desde então. Isso porque o Estado criou uma relação muito estreita com os seus militares, servidores e empregados, ao usurpar sua força de trabalho em prol da materialização de uma ideia, qual seja, a manutenção da existência de um ente despersonalizado, como é o caso da União Federal. Se existe uma contrapartida remuneratória, mesmo que em caráter de indenização, o Estado precisa arcar com ela e se planejar para a sua existência antes do ingresso do agente no serviço ou emprego público.

Todo militar, servidor e empregado público federal é um beneficiário em potencial do auxílio-transporte, de maneira que nada justifica a falta de planejamento orçamentário específico anterior à contratação.

4 Dimensão da proteção ambiental aplicada ao conflito em estudo

Nos moldes realizados nos capítulos anteriores, mister se faz transcrever o conceito dessa dimensão do princípio do Desenvolvimento Econômico, para, partindo dele, estabelecer as discussões cabíveis:

No aspecto da dimensão ambiental da sustentabilidade, é inegociável a premissa de que o meio ambiente equilibrado à sadia qualidade de vida para as presentes e futuras gerações, deve ser devidamente preservado e protegido, sob pena de a natureza não suportar mais a vida humana na Terra (GOMES; FERREIRA, 2017, p. 95).

Para que o Estado garanta ao cidadão o direito à boa administração pública, é imprescindível que esteja preocupado com a proteção ambiental. Os atos administrativos devem ser direcionados para a preocupação com as gerações futuras, não só com a geração atual.

Preservar o ambiente, porém, tornou-se tarefa difícil a partir da Revolução Industrial, em virtude das relações predatórias que o ser humano estabeleceu com o ambiente. Desse modo, tornou-se função do Estado intermediar as relações que prejudiquem o ambiente, para atenuar ou extinguir os seus efeitos danosos.

No caso em questão, o argumento desfavorável ao deslocamento em veículo próprio muito se relaciona com a proteção ambiental, pois o entendimento que vigora é de que o setor de transportes é o que mais causa impactos na qualidade do ar, conforme afirmou o Ministério do Meio Ambiente (2010). Os meios de transporte, cada um em seu grau, danificam o ambiente por meio da emissão de gases poluentes, que são resultado da combustão que aciona o motor desses veículos.

Diante dessa realidade, é possível entender que quanto maior o número de veículos transitando diariamente, maior será o dano causado à qualidade do ar e, conseqüentemente, ao meio ambiente. Por isso é preciso repensar a mobilidade urbana com o intuito de atenuar os impactos causados pelo setor de transportes ao meio ambiente.

Nesse aspecto, uma das principais medidas defendidas para reduzir os impactos ambientais do setor de transportes é o desestímulo ao transporte motorizado, conforme afirmam Barczak e Faria (2012, p. 16). Seguindo essa linha de pensamento, é importante ampliar o uso dos meios coletivos de transporte, porque eles reduzem a necessidade de que muitos outros veículos particulares estejam em circulação.

Barczak e Duarte (2012, p. 15) ainda sugerem, em simetria com o princípio

do usuário-pagador oriundo do Direito Ambiental, que sejam adotadas medidas mitigadoras econômico-fiscais e financeiras, porque entendem que a preferência pelo transporte particular deriva principalmente do seu baixo custo em relação ao transporte coletivo. Assim, aqueles que optarem pelo transporte particular deveriam arcar de forma mais significativa pela poluição do que os que se deslocam em veículos coletivos.

Os argumentos dos autores são inatacáveis. De fato, o Estado precisa intervir na forma como as pessoas se deslocam, em respeito às gerações futuras. Apesar disso, cercear o direito ao auxílio-transporte não é uma medida adequada para atingir os fins propostos, porque viola preceitos básicos da equidade social que são intocáveis, conforme se passa a expor.

No trabalho escrito por Barczak e Duarte (2012) estão dispostas cinco categorias de medidas mitigadoras dos impactos ambientais do transporte. São elas: medidas econômico-fiscais e financeiras; medidas regulatórias; medidas de informação e comunicação; medidas de planejamento e desenho urbano; e medidas tecnológicas. Restringir o pagamento do auxílio-transporte poderia se enquadrar, como já dito, na primeira medida citada.

Todavia, quando os autores passam a descrever as medidas que penalizam o transporte motorizado individual, citam “os impostos ou taxas sobre combustíveis, as taxas de registro e licenciamento de veículos, os impostos sobre a circulação de veículos, a taxa para circulação viária (como pedágio urbano), e as taxas de congestionamento e sobre estacionamentos públicos” (BARCZAK; DUARTE, 2012, p. 15).

Analisando as medidas supramencionadas, percebe-se que se trata de tributos que, em sua maioria, já são pagos por quem possui veículo particular. Além disso, essa tributação tem a possibilidade de ser cobrada de forma isonômica e respeitando a capacidade contributiva dos proprietários de veículos automotores. O mesmo não se observa no cerceamento ao acesso do auxílio-transporte, o que, como já foi discutido, incide sobre quem é menos remunerado pelo seu trabalho e ainda favorece uma grande discrepância salarial entre trabalhadores que se encontram em condições sociais similares.

O que se defende, portanto, não é que o uso do transporte particular não deva ser mitigado. Diferente disso, é possível apreender que os esforços para ampliação do uso do transporte coletivo devem ser feitos de forma responsável e respeitando os princípios do Direito Tributário ou a competência dos órgãos públicos que podem interferir na mobilidade urbana.

O Exército Brasileiro, por exemplo, não pode pretender interferir na mobilidade urbana cerceando parcela remuneratória devida aos seus militares. Em

nome dessa preocupação, pode adotar outras estratégias pautadas pelo “incentivo” e não pelo “cerceamento” ou “imposição”. Por isso, pensando especificamente no Exército Brasileiro, outras medidas podem ser adotadas para mitigar o impacto do transporte particular dos seus militares.

Pode a Força Armada, por exemplo, incentivar que o militar se desloque de carona com outros colegas de trabalho, atenuando os efeitos do maior número de veículos transitando diariamente. Logicamente, outras questões precisam ser enfrentadas quando se incentiva a carona. Por exemplo, é preciso avaliar se algum dos envolvidos na carona faria jus a receber o auxílio-transporte. Logicamente, essa resposta varia de acordo com a modalidade de carona: se o proprietário do veículo recebe algum valor das suas caronas ou se oferece a carona gratuitamente.

Vale lembrar que segundo o STJ, apenas o motorista do veículo faria jus à recepção do auxílio-transporte, mesmo que recebesse alguma ajuda financeira dos seus colegas e, conseqüentemente, tivesse os gastos com esse transporte atenuados, ou suprimidos. Diante dessa dificuldade em abarcar todas as hipóteses de maneira adequada, o Exército Brasileiro chegou a mencionar, em um de seus pareceres, que o transporte particular suscita muitas irregularidades, motivo pelo qual deve ser desaconselhado.

É lícito pensar que o sistema de caronas atenua os efeitos ambientais causados pelo deslocamento de múltiplos veículos, embora não de modo tão significativo quanto o transporte coletivo. Ainda assim, é um esforço positivo na busca pela proteção ambiental, desde que sejam remunerados aqueles que efetivamente suportam as despesas com o deslocamento em valor maior do que seis por cento do seu soldo.

Outra sugestão que se mostra válida, no âmbito do Exército Brasileiro, seria condicionar os processos de seleção de militares temporários que prestam o serviço militar obrigatório à proximidade entre o local onde residem e o local de trabalho. Com isso reduzem um potencial gasto com auxílio-transporte e uma maior emissão contínua de gases poluentes quando comparados a esse militar optar por se deslocar de veículo particular. Além disso, não infringem a igualdade de oportunidades inerente aos concursos públicos, vez que essa medida se limita ao serviço militar obrigatório.

É evidente que as medidas defendidas neste artigo não são tão eficientes quanto aquelas apresentadas nos estudos em questão. É preciso lembrar, porém, que a busca pela proteção ambiental também precisa se amoldar ao desenvolvimento econômico e, principalmente, à equidade social. No caso em pauta, cercar o pagamento do auxílio-transporte pode trazer impactos sociais tão ou mais graves do que os impactos ambientais.

A conclusão que se pode chegar do que foi exposto é que o transporte veicular de forma geral é danoso para o ambiente. Existem, inclusive, impostos e taxas que desestimulam o deslocamento em veículos de pequeno porte. Todavia, cercear o auxílio-transporte não é uma medida lícita para atingir os fins de proteção ambientais pretendidos no controle do tráfego de veículos.

Por isso, o Estado brasileiro precisa estudar outras formas de ampliar o uso de transporte coletivo ou de desestimular o uso de transporte automotor, que não seja por meio da imposição de condutas que atentem somente contra a parcela de menor remuneração dentro de um grupo social. Vale lembrar, como já foi dito, que o cerceamento do auxílio-transporte impõe uma restrição financeira que atinge majoritariamente as classes de menor remuneração dentro da máquina pública.

Considerações finais

Em face ao exposto neste artigo, foi possível extrair, da análise feita sob a ótica do princípio do Desenvolvimento Sustentável, que é mais viável que o Poder Executivo Federal adote a jurisprudência do STJ. Essa jurisprudência permite que os administradores públicos abandonem a interpretação léxica do art. 1º da MP n. 2.165-36/01, para se vincular à interpretação teleológica do Poder Judiciário. Assim, mostra-se lícito que os agentes públicos que se deslocam de veículo próprio, e não coletivo, recebam o auxílio-transporte.

A dificuldade em se adotar a jurisprudência do STJ (que não está consolidada em súmula vinculante) no âmbito administrativo foi discutida em outro artigo científico desenvolvido sobre este tema. Em resumo, essa situação só é possível ao adotar o princípio da juridicidade administrativa em detrimento do princípio da legalidade estrita na Administração Pública. Com isso, as fontes que fundamentam as decisões administrativas são ampliadas, especialmente quando da existência de lacuna na legislação, como é o caso em epígrafe.

Na perspectiva da equidade social, verificou-se a disparidade social causada pela interpretação léxica, que foi destacada em face do Direito de todos os cidadãos ao transporte. Ao se analisar a perspectiva econômica, foi possível perceber que a redução dos gastos com o cerceamento do direito ao transporte é uma falácia, vez que, diante de jurisprudência consolidada, esses ônus financeiros estão sendo postergados para serem pagos com ônus sucumbenciais, ainda mais caros do que antes.

Ainda foi analisada a perspectiva ambiental. Nessa dimensão ficou claro que a mobilidade urbana é uma das maiores preocupações no que diz respeito à proteção ambiental. De fato, o deslocamento em veículos de pequeno porte é mais

danoso ao ambiente do que o deslocamento em veículos coletivos. Por isso, as formas de atenuar esses impactos devem respeitar o poder econômico dos cidadãos e a desigualdade social que se camufla por detrás da forma como é calculado o pagamento do auxílio-transporte.

Limitar o pagamento do auxílio-transporte é uma estratégia que ataca apenas pessoas de menor poder aquisitivo e gera uma desigualdade de tratamento para os que se encontram em igualdade de condições. Por isso, ainda que possa ser efetiva no combate à poluição atmosférica, não se amolda aos preceitos de justiça social tão caros no Estado Democrático de Direito.

Vale destacar que neste estudo não se defende que a ampliação do rol de beneficiários do auxílio-transporte implique em uma mudança na base de cálculo desse auxílio, porque a legislação analisada não permite entender que o órgão público deva calcular o auxílio com base nos exatos custos que o agente público tem com o deslocamento em veículo particular, e não coletivo. Vale lembrar que os gastos com transporte próprio do agente dependem de inúmeras variáveis e alguns ônus que são específicos daqueles que causam maior índice de poluição. Por isso, envidar esforços para calcular os gastos com transporte particular pode fazer com que a máquina pública arque com custos que deveriam ser imputados somente ao trabalhador, por ter optado por um meio de transporte mais poluente.

Além disso, o art. 6 da MP n. 2.165-36/01⁸ estabelece a presunção de veracidade das alegações do agente público quanto aos valores do transporte que utiliza. Portanto, a discricionariedade em vincular o pagamento do auxílio aos gastos reais com o transporte particular é maior. Além disso, quando a base de cálculo deixa de ser constante e passar a se flexibilizar diante da imprecisão das despesas com transporte particular, aumenta-se a possibilidade de adimplementos irregulares.

O valor dos transportes coletivos é constante. O valor da passagem de ônibus é tabelada e facilmente verificável junto às empresas que prestam este serviço de transporte. Resta à administração pública apurar, quando houver suspeitas, se o agente público realmente reside no local alegado e se o transporte é realmente oferecido pela empresa de ônibus nos moldes do que afirmou o agente público. Essa verificação é bem mais simples.

Como já foi dito, é muito difícil estabelecer o exato valor que o agente público gasta com o transporte diário, pois alguns valores que não são tão corriqueiros devem entrar na balança e se confundem com deslocamentos de outras naturezas que são realizados. A critério de exemplo, quando troca-se o óleo

8 "Art. 6º A concessão do Auxílio-Transporte far-se-á mediante declaração firmada pelo militar, servidor ou empregado na qual ateste a realização das despesas com transporte nos termos do art. 1º. § 1º Presumir-se-ão verdadeiras as informações constantes da declaração de que trata este artigo, sem prejuízo da apuração de responsabilidades administrativa, civil e penal. § 2º A declaração deverá ser atualizada pelo militar, servidor ou empregado sempre que ocorrer alteração das circunstâncias que fundamentam a concessão do benefício" (BRASIL, 2001).

do motor do carro, o agente público teria que definir quanto daquele valor é relativo à quilometragem rodada para ir e voltar do trabalho e quanto se refere aos outros deslocamentos que fez, como, por exemplo, para o dentista, para o lazer e para a faculdade.

Por isso é que não se pode confundir a forma como é calculado o auxílio-transporte e o modo como o agente público realmente se desloca. Estabelecer o valor das passagens de ônibus como base para o cálculo é buscar uma segurança jurídica que não se pode atingir na busca pelos valores gastos com o transporte próprio dos agentes públicos.

Essa percepção garante também maior aproximação ao princípio da isonomia, quando os valores de auxílio-transporte são calculados com relação à distância percorrida, medida de acordo com a quantidade de transporte coletivo necessária para o deslocamento. Dessa forma, defende-se que o auxílio-transporte continue sendo calculado com base no deslocamento em transporte coletivo.

Referências

BARCZAK, R.; DUARTE, F. Impactos ambientais da mobilidade urbana: cinco categorias de medidas mitigadoras. *Revista Brasileira de Gestão Urbana*, Curitiba, v. 4, n. 1, p. 13-32, jan./jun. 2012. Disponível em: <https://periodicos.pucpr.br/index.php/Urbe/article/view/5470>. Acesso em: 3 ago. 2019.

BONIZZATO, L.; BONIZZATO, A. R. D. A Emenda Constitucional n. 90 e possíveis desdobramentos sobre o direito social ao transporte em ambientes artificiais brasileiros. *Revista Veredas do Direito*, Belo Horizonte, v. 13, n. 27, p. 341-369, set/dez. 2016. Disponível em: <http://dx.doi.org/10.18623/rvd.v13i27.911>. Acesso em: 22 abr. 2019.

BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil*. Brasília, DF: Senado Federal, 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm. Acesso em: 26 maio 2019.

BRASIL. Medida Provisória n. 2.165-36, de 23 de agosto de 2001. Institui o Auxílio-Transporte, dispõe sobre o pagamento dos militares e dos servidores do Poder Executivo Federal, inclusive de suas autarquias, fundações, empresas públicas e sociedades de economia mista, e dá outras providências. *Diário Oficial da União*, Brasília, 23 ago. 2001. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/MPV/2165-36.htm. Acesso em: 21 maio 2019.

BRASIL. Medida Provisória n. 2.215-10, de 31 de agosto de 2001. Dispõe sobre

a reestruturação da remuneração dos militares das Forças Armadas, altera as Leis nos 3.765, de 4 de maio de 1960, e 6.880, de 9 de dezembro de 1980, e dá outras providências. *Diário Oficial da União*, Brasília, 1 set. 2001. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/mpv/2215-10.htm. Acesso em: 21 maio 2019.

CANOTILHO, J. J. G. O princípio da sustentabilidade como princípio estruturante do Direito Constitucional. *Revista de Estudos Politécnicos*, Barcelos, v. 8, n. 13, p. 7-18, jun. 2010. Disponível em: <http://www.scielo.mec.pt/pdf/tek/n13/n13a02.pdf>. Acesso em: 22 abr. 2019.

GOMES, M. F.; FERREIRA, L. J. A dimensão jurídico-política da sustentabilidade e o direito fundamental à razoável duração do procedimento. *Revista do Direito*, Santa Cruz do Sul, v. 2, n. 52, p. 93-111, maio/set. 2017. Disponível em: <http://dx.doi.org/10.17058/rdunisc.v2i52.8864>. Acesso em: 22 abr. 2019.

GOMES, M. F.; FERREIRA, L. J. Políticas públicas e os objetivos do desenvolvimento sustentável. *Revista Direito e Desenvolvimento*, João Pessoa, v. 9, n. 2, p. 155-178, ago./dez. 2018. Disponível em: <https://doi.org/10.25246/direitoedesenvolvimento.v9i2.667>. Acesso em: 17 dez. 2019.

LEMOS, J. F. *Poluição veicular: avaliação dos impactos e benefícios ambientais com a renovação da frota veicular leve na cidade de São Paulo*. 2010. 133f. Dissertação (Mestrado) – Programa Interunidades de Pós-graduação em Energia, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2010. Disponível em: <http://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/86/86131/tde-20082010-200639/pt-br.php>. Acesso em: 3 ago. 2019.

MINISTÉRIO DO MEIO AMBIENTE. Setor de transporte é o que causa mais impacto na qualidade do ar. *Ministério do Meio Ambiente*, Brasília, 23 mar. 2010. Disponível em: <https://www.gov.br/mma/pt-br/noticias/setor-de-transporte-e-o-que-causa-mais-impactos-na-qualidade-do-ar>. Acesso em: 3 ago. 2019.

NOVELINO, M. *Curso de direito constitucional*. 11. ed. Salvador: Jus Podivm, 2016.

SILVA, R. F. T. *Manual de direito ambiental*. 5. ed. Salvador: Jus Podivm, 2015.

DA INSUFICIÊNCIA DE FUNDAMENTAÇÃO DO STF PARA EFEITOS PROSPECTIVOS DA INCONSTITUCIONALIDADE DE BENEFÍCIOS FISCAIS IRREGULARES DE ICMS

Rafael Gonçalves de Lima

Centro de Estudos em Direito e Negócios (CEDIN)¹

Artigo recebido em: 31/01/2021.

Artigo aceito em: 14/06/2021.

Resumo

O objetivo do presente trabalho foi analisar – de modo exemplificativo – utilizando do método indutivo de pesquisa –, decisões da Suprema Corte que modularam os efeitos de decisões que declararam a inconstitucionalidade de leis estaduais que concederam benefício fiscal de ICMS com a ausência de convênio interestadual. Com isso, foi possível demonstrar que tais decisões judiciais no âmbito da Suprema Corte carecem da devida fundamentação no que tange à limitação dos efeitos temporais, de modo que se mostra incons-

titucional a mera citação da segurança jurídica ou do excepcional interesse social. Assim, concluiu-se que é necessário trazer argumentos mais fundamentados, de modo claro e padronizado (na medida do possível), uma vez que a modulação dos efeitos temporais é mecanismo excepcional no ordenamento jurídico, em nome da segurança jurídica.

Palavras-chave: efeitos temporais; inconstitucionalidade; modulação; segurança jurídica.

¹ Pós-graduando em Direito Internacional pelo Centro de Estudos em Direito e Negócios (CEDIN). Especialista em Direito Tributário pelo Centro de Estudos em Direito e Negócios (CEDIN). Graduado em Direito pela Escola Superior Dom Helder Câmara (ESDHC). Foi membro do Grupo de Pesquisa “Direito Internacional dos Recursos Naturais - DIRNAT” da Escola Superior Dom Helder Câmara (ESDHC). Exerce função na Diretoria de Gestão de Compras e Licitações (DGCL) do Ministério Público de Minas Gerais. Foi estagiário do Ministério Público do Trabalho, lotado no 24º Ofício Geral da PRT3. Possui experiência profissional na área contábil, mais direcionada às linhas trabalhista e previdenciária. ORCID: <https://orcid.org/0000-0002-1863-7611> / e-mail: rafagoncalvesdelima@hotmail.com

THE INSUFFICIENCY OF FOUNDATION OF STF FOR PROSPECTIVE EFFECTS OF THE INCONSTITUTIONALITY OF ICMS IRREGULAR FISCAL BENEFITS

Abstract

The objective of this work was to analyze – exemplary – (through the inductive research method), Supreme Court decisions which modulated the effects of decisions that declared unconstitutional state laws that granted tax incentive on I.C.M.S. without interstate agreement. Thereby, it was possible to evince that such Supreme Court decisions lack the proper reasoning regarding the temporal effects limitation, so that becomes

unconstitutional the mere mention of legal certainty or exceptional social interest. Thus, it turns out that it is necessary to bring more substantiated arguments, in a clear and standardized way (as far as possible), whereas the temporal effects modulation is an exceptional mechanism in legal system, considering legal certainty.

Keywords: *legal certainty; modulation. temporal effects; unconstitutionality.*

Introdução

Compreende-se que o controle de constitucionalidade constitui premissa necessária para entender o funcionamento do ordenamento jurídico. E no que tange especificamente ao Direito Tributário, é de suma importância a harmonia das normas infraconstitucionais com a Constituição da República de 1988, uma vez que o tributo constitui grande receita aos cofres públicos. Assim, já foram tomadas decisões na Suprema Corte que consideraram inconstitucionais as normas estaduais que concederam unilateralmente benefícios fiscais no âmbito do ICMS, pois evadas de vícios, haja vista que careceram de convênio interestadual no Conselho Nacional de Política Fazendária (CONFAZ). Isso posto, a Suprema Corte, em determinadas situações, modulou os efeitos temporais das decisões, de modo a não retroagir desde a origem da norma estadual, sob argumento de resguardar determinados princípios de Direito. Contudo, a fundamentação de tais modulações nem sempre atendeu aos ditames constitucionais para fins de fundamentação, conforme será demonstrado adiante.

1 Breves considerações sobre o controle de constitucionalidade brasileiro

É inegável a relevância da Constituição em nosso ordenamento jurídico, uma vez que ela ilumina todas as demais normas e atos do poder público. Nesse sentido, e considerando a teoria pura do direito capitaneada por Hans Kelsen, ao defender que as demais normas derivam seu fundamento de validade da lei maior, esse status superior foi validado pela doutrina de princípio da supremacia constitucional.

Sendo assim, torna-se necessário um sistema eficaz que avalie a compatibilidade entre as normas infraconstitucionais e a norma constitucional, a fim de que possa ser mantida a harmonia do ordenamento jurídico brasileiro, e privilegiada, em todos os momentos, a Constituição, como norma fundamental.

Em decorrência do princípio da supremacia constitucional, advém o controle de constitucionalidade, que, conforme leciona Barroso (2009), é parte integrante da jurisdição constitucional.

Outrossim, interessante trazer ao debate as acepções de Bonavides (1999) que atribui à superioridade da norma constitucional o fato dela advir do poder constituinte, em face dos poderes constituídos. E, considerando que as constituições rígidas demandam um procedimento solene de revisão – diverso das normas infraconstitucionais –, não há como negar o fenômeno da supremacia

constitucional, formando verdadeira hierarquia no arcabouço normativo.

Ao tratar do controle de constitucionalidade, Bulos leciona que

[...] o fundamento basilar do controle de constitucionalidade é a proteção dos direitos e garantias fundamentais, porque existe uma tábua de valores na sociedade que deve ser preservada das injunções estritamente políticas, das decisões que contrariam a legitimidade democrática, dos conchavos que deturpam as conquistas alcançadas no longo e tormentoso processo de elaboração originária da constituição. Daí o combate a atos inconstitucionais do Poder Público, mediante controle de constitucionalidade (BULOS, 2017, p. 177).

Assim, *prima facie*, ao declarar a inconstitucionalidade de determinada norma, estaria o Poder Judiciário agindo em defesa da hierarquia das normas constitucionais.

Conforme defendido pela doutrina constitucionalista a que se teve acesso neste trabalho, o controle de constitucionalidade brasileiro, levando em consideração os órgãos responsáveis, é misto, híbrido e eclético, pois se apresenta dividido em controle político e controle jurisdicional. O primeiro é exercido pelos poderes Legislativo e Executivo, em algumas situações delimitadas pela Constituição da República de 1988. Já o segundo se subdivide em controles difuso e concentrado.

No controle de constitucionalidade difuso há a aplicação pelos órgãos jurisdicionais competentes, do direito ao caso concreto. Oriundo do sistema norte-americano, do julgamento do famoso caso *Marbury versus Madison*, o controle difuso é percebido constantemente em nosso cotidiano. Ao lecionar as contribuições do sistema de controle de constitucionalidade americano, Bulos (2017, p.178) aponta que “[...] qualquer juiz pode averiguar a alegação de inconstitucionalidade, diante do caso concreto, na via de defesa ou de exceção”, e que “a fiscalização da constitucionalidade é necessária quando, no curso de qualquer ação judicial, uma das partes pretende aplicar a lei, mas a outra defende-se dessa pretensão” .

Ao revés, o controle de constitucionalidade concentrado, de fato concentra em um único Tribunal Constitucional a interpretação conforme a constituição, pois atua em via abstrata, com foco na norma ou ato impugnados, afastados da justiça no caso concreto. Assim, é possível afirmar que na Constituição da República de 1988 fora atribuído reforço ao controle concentrado, uma vez que no seu art. 103 são arrolados os legitimados a requerer tal controle por meio do Supremo Tribunal Federal (STF).

Nesse contexto, em que pese Carvalho (2013), por exemplo, defender a inércia de norma concebida inconstitucional, pois impotente na produção de quaisquer efeitos, é possível perceber, diante de casos concretos, que as consequências

poderão ser desastrosas enquanto ela estiver disponível no ordenamento jurídico. Com efeito, no que tange ao controle concentrado, que será o foco de estudo no presente trabalho, é necessário abordar os efeitos das decisões exaradas neste âmbito.

Os efeitos das decisões no controle concentrado são gerais (*erga omnes*), pois não existiram litigantes com direitos contrapostos em determinado caso concreto (art. 102, §2º, da Constituição da República de 1988); vinculantes, pois tal decisão vincula os magistrados no julgamento de casos concretos, e a Administração Pública em seus atos (art. 102, §2º, da Constituição da República de 1988); retroativos (*ex tunc, ab initio, ex origine*), destarte a norma impugnada tornar-se sem efeito, desde a raiz (origem); ou prospectivos (*ex nunc, pro futuro, a posteriori*), amparados na Lei n. 9.868/1999 e praticados em alguns momentos pelo STF, conforme exemplificado adiante neste trabalho.

1.1 Da modulação dos efeitos temporais das decisões no controle concentrado de constitucionalidade

Depreende-se do art. 27 da Lei n. 9.868/1999 (BRASIL, 1999), que dispõe sobre o processo e julgamento da ação direta de inconstitucionalidade e da ação declaratória de constitucionalidade perante o STF – duas das ações reservadas pelo ordenamento jurídico ao controle concentrado, sendo a primeira analisada por amostragem adiante –, que a regra é a retroatividade na declaração de inconstitucionalidade de lei ou ato normativo. Todavia, por motivos de segurança jurídica ou de excepcional interesse social, poderá o STF (BRASIL, 1999), “por maioria de dois terços de seus membros, restringir os efeitos daquela declaração ou decidir que ela só tenha eficácia a partir de seu trânsito em julgado ou de outro momento que venha a ser fixado”, o que é conhecido pela jurisprudência e doutrina a que se teve acesso como a modulação dos efeitos temporais ou declaração de inconstitucionalidade com eficácia restritiva e limitativa. Portanto, na acepção de Carvalho (2013) conclui-se que a regra ao exarar decisões judiciais é atribuir o efeito *ex tunc* – declarando a inconstitucionalidade desde a criação da norma –, porém circunstâncias atípicas possibilitam à Suprema Corte atribuir efeito *ex nunc* – pró-futuro.

Por se tratar de decisão judicial, é imprescindível a fundamentação jurídica adequada quando conceder ou negar a modulação dos efeitos temporais, uma vez que estarão consignadas na decisão as circunstâncias excepcionais e extraordinárias que ensejaram a mitigação dos efeitos da decisão no tempo. Ademais, sabe-se que a decisão oriunda do STF em sede do controle concentrado de constitucionalidade deve ser submetida ao art. 93, inciso IX da Constituição da República de 1988, ou seja, carece da devida fundamentação.

Dessa maneira, Abboud (2018) defende que além da fundamentação da decisão judicial (art. 93, inciso IX da Constituição da República de 1988) é imprescindível que o STF aponte os direitos fundamentais em debate que em determinada oportunidade foram protegidos pela limitação dos efeitos temporais. Tal registro pelo STF é primordial, pois a referida limitação tende a ser positiva em proteger determinados direitos fundamentais em detrimento de outros (que não terão essa mesma sorte).

Carvalho (2013) e Bulos (2017) entendem que a modulação dos efeitos temporais deve ser medida excepcional, a fim de não desvirtuar a sistemática do controle de constitucionalidade. Para o último doutrinador, tal limitação (defendida por ele como princípio), permite ao STF, *in verbis*:

[...] dosar os efeitos retroativos (*ex tunc*) da decisão abstrata de normas; manipular os efeitos gerais (*erga omnes*) da decisão abstrata, limitando-lhe os efeitos temporais. Em vez de nulificar, *ex origine*, todos os atos praticados com base na lei declarada inconstitucional, o tribunal confere à sentença eficácia *ex nunc*. Como tais efeitos voltam-se para o futuro, não é possível haver retroatividade nem repristinação; – fazer uma ponderação entre as normas declaradas inconstitucionais e as normas constitucionais aferidoras de *valores supremos*, tais como a moralidade, a boa-fé, a coisa julgada, a razoabilidade, a irredutibilidade de vencimentos, a proibição do enriquecimento ilícito, a primazia dos valores decorrentes da cláusula do devido processo legal etc.; e driblar as consequências gravosas de um nocivo formalismo cego (BULOS, 2017, p. 214).

Com efeito, não é possível invocar a modulação dos efeitos temporais de modo irrestrito, por tratar-se de circunstância excepcional, uma vez que enseja evidenciar e fundamentar grave risco à segurança jurídica ou às questões de relevante interesse social.

Isso posto, a modulação dos efeitos temporais é medida que se impõe, a fim de evitar-se o caos jurídico. Abboud (2018, p. 629) reforça que “a modulação de efeitos deve ser admitida, objetivando possibilitar a preservação do sistema constitucional”, por considerar que “a declaração de desconformidade com a Constituição, com efeitos *ex tunc*, pode gerar situações de inconstitucionalidade mais danosas e graves que a própria inconstitucionalidade contida da lei” (2018, p. 629), maculando assim os princípios da segurança jurídica e da boa-fé objetiva.

Nessa linha de raciocínio, insta trazer sucintas considerações delimitadas pelo doutrinador Barroso (2009) sobre a argumentação jurídica. Argumentar é

expor determinada concepção, que deve ser seguida de teses que contribuam para sua defesa. Assim, expor argumentos e fundamentá-los é elemento imprescindível nas decisões judiciais. Ora, como saber se determinada decisão judicial é legítima e controlável sem poder constatar a linha de raciocínio conduzida pelo magistrado?

Aduz Cavalcante (2018) que restringe os efeitos temporais das decisões judiciais em matéria tributária é tema muito sensível e sem consenso na doutrina e jurisprudência, por tratar-se de causas que geralmente envolvem grandes vultos e podem acarretar diversas consequências aos polos da relação jurídico-tributária. Com efeito, podemos destacar que a modulação dos efeitos temporais tem criado relevo nos últimos tempos em que o STF tem incluído em pauta assuntos importantes no âmbito do Direito Tributário, e até mesmo fixando diversas teses de repercussão geral que sequer possuem previsão de julgamento.

De modo exemplificativo, no bojo do Recurso Extraordinário (RE) 574706, com repercussão geral reconhecida, o STF considerou inconstitucional a inclusão do ICMS na base de cálculo do PIS/COFINS. Contudo, nada fora consignado sobre a modulação de efeitos temporais. Ora, se tal decisão produzisse seu efeito natural, retroagiria para abarcar os recolhimentos pretéritos realizados pelos contribuintes, podendo ocasionar prejuízos aos cofres públicos em casos de restituição. O portal do STF, em notícia publicada em 15 de março de 2017, registrou:

Quanto à eventual modulação dos efeitos da decisão, a ministra Cármen Lúcia explicou que não consta no processo nenhum pleito nesse sentido, e a solicitação somente teria sido feita da tribuna do STF pela Procuradoria da Fazenda Nacional. Não havendo requerimento nos autos, não se vota modulação, esclareceu a relatora. Contudo, ela destacou que o Tribunal pode vir a enfrentar o tema em embargos de declaração interpostos com essa finalidade e trazendo elementos para a análise (SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, 2019).

Cabe destacar que tal demanda, até o momento da produção deste trabalho, está pendente de julgamento pelo STF.

De outro lado, em artigo jurídico tratando sobre a modulação dos efeitos temporais em decisões do STF em matéria tributária, Andrade apontou determinados exemplos que nos demonstram falta de padronização dos critérios de fundamentação da Suprema Corte, além da parcimônia no debate.

Isso posto, cabe registrar, a seguir, a vertente defendida por Abboud:

A modulação não pode ser utilizada de forma discricionária, posto que ela consiste em decisão judicial, logo, precisa atender ao

disposto no inciso IX do art. 93 da Constituição Federal. Em outros termos, **se a modulação de efeitos tiver como base tão somente os argumentos de risco econômico em benefício do Poder Público, essa decisão será nula porquanto carecedora de fundamentação.** [...] A modulação não pode ser realizada com base em argumentos consequencialistas como a preservação da higidez das finanças do Estado (ABBOUD, 2018, p. 640-643, grifo nosso).

Entende-se a delicadeza e seriedade do STF em atribuir efeitos prospectivos às suas decisões judiciais, pois foge-se, nesse caso, da regra geral. Logo, não basta a mera justificativa de cunho econômico-financeiro, conforme também defende Vasques (2013), sendo necessário aprofundar a discussão em tal perspectiva.

Diante do exposto, espera-se da Suprema Corte a apresentação de argumentos defendendo (ou até mesmo indeferindo) a limitação dos efeitos temporais de decisão judicial, em fundamentação exaustiva, de modo a buscar critérios claros e livres de aparente parcimônia nas razões de decidir.

1.2 Das razões de segurança jurídica ou de excepcional interesse social

Considerando que a Lei n. 9.868/1999 (BRASIL, 1999) possibilita a restrição dos efeitos temporais das decisões em sede de ADI por razões de segurança jurídica ou de excepcional interesse social, insta traçar breves apontamentos sobre ambos.

A segurança jurídica pode ser percebida como um mecanismo que preserva a estabilidade das relações jurídicas. Tanto é que na Constituição da República de 1988 (BRASIL, 1988) pode-se destacar o art. 5º, inciso XXXVI, que veda ao legislador o prejuízo ao direito adquirido, ao ato jurídico perfeito e à coisa julgada. E no ordenamento jurídico é possível perceber manifestações direcionadas ao administrador e ao intérprete no que se refere à preservação da segurança jurídica.

Nessa acepção, Ávila (2019, p. 19) leciona que é possível perceber a segurança jurídica “quando o indivíduo conhece e compreende o conteúdo do Direito, quando tem assegurados no presente os direitos que conquistou no passado e quando pode razoavelmente calcular as consequências que serão aplicadas no futuro relativamente aos atos que praticar no presente”. Outrossim, defende o doutrinador que quando não é garantido ao indivíduo que confie nas consequências advindas das previsões normativas viola-se a sua liberdade, uma vez que deixa de ser tratado com dignidade e passa a ser objeto. Nesse sentido:

[...] um Direito que é constantemente alterado, em suas previsões ou em suas consequências, ao sabor das circunstâncias do momento e dos interesses em jogo, resulta inacessível e incompreensível a seus destinatários. [...] Logo se percebe que as condições essenciais do Estado de Direito constituem precisamente as condições essenciais para a preservação e a promoção de uma vida digna e livre: o Direito deve ser conhecido, compreendido, estável, não contraditório, igualitário, prospectivo e efetivo; deve permitir ao indivíduo ter plena capacidade de viver o presente e conceber o futuro com liberdade – numa palavra: ser de fato, e não apenas verbalmente, tratado como um sujeito e um fim em si mesmo, nunca como simples objeto ou meio a serviço de outros fins, repita-se, por melhores e mais majestosos que estes possam ser (ÁVILA, 2019, p. 15-19).

Em vias conclusivas, utilizando das palavras de Abboud (2018, p. 652),

[...] a segurança jurídica constitui parâmetro constitucional para a limitação dos efeitos da decisão de inconstitucionalidade sempre que os efeitos retroativos possam acarretar lesão aos interesses/direitos dos cidadãos que tinham expectativa de terem suas relações jurídicas regulamentadas pela lei revogada.

E no tocante às razões de interesse social, pode-se afirmar que são questões atreladas aos direitos fundamentais da sociedade, que quando entram em rota de colisão com a inconstitucionalidade que está a se declarar, ensejará a limitação dos efeitos temporais.

Isso posto, vale destacar a diferença existente entre interesse público e interesse social, sendo apenas este último privilegiado pelo legislador ordinário. Assim sendo, justificativas como a manutenção da arrecadação, garantia dos poderes fiscalizatórios, rombo aos cofres públicos etc., não poderão fundamentar de maneira uníssona a modulação dos efeitos temporais das decisões do STF.

Nesse cenário, e ainda valendo-se das valiosas lições de Abboud:

[...] a expressão *preservação de excepcional interesse social*, deve ser interpretada conforme a Constituição, objetivando garantir que a modulação de efeitos seja utilizada como instrumento para preservação de direitos fundamentais do cidadão. Ademais, fica vedada qualquer modulação com base em interesse público posto que a própria lei destacou a admissibilidade da limitação de efeitos unicamente em prol do interesse social. [...] Ao

refutarmos a utilização dos argumentos consequentialistas, não se está aqui refutando a necessidade de o STF preocupar-se com as consequências sociais e econômicas de suas decisões. Todavia, essa preocupação não pode consistir na motivação de sua decisão e, principalmente, ela não pode ser usada para afastar a questão jurídico-constitucional que incidiria no caso. Ou seja, as consequências da decisão não podem consistir em subterfúgio para o STF afastar-se da legalidade vigente ao proferir decisões com modulação de efeitos. [...] Vale dizer, é vedado ao STF realizar a modulação de efeitos com base em argumentos vagos e imprecisos ou com o intuito de privilegiar o Poder Público (ABBOUD, 2018, p. 642-648).

Portanto, não basta ao STF, somente restringir os efeitos temporais das declarações de inconstitucionalidade, mas necessariamente fundamentar as razões justificadoras atinentes à segurança jurídica e à manutenção do interesse social.

2 Da necessidade de convênio interestadual para a concessão de benefícios fiscais no âmbito do ICMS

Dispõe o art. 155, inciso XII, alínea “g” da Constituição da República de 1988, *in verbis*:

Art. 155. Compete aos Estados e ao Distrito Federal instituir impostos sobre: II – operações relativas à circulação de mercadorias e sobre prestações de serviços de transporte interestadual e intermunicipal e de comunicação, ainda que as operações e as prestações se iniciem no exterior; § 2º O imposto previsto no inciso II atenderá ao seguinte: XII – cabe à lei complementar: g) regular a forma como, mediante deliberação dos Estados e do Distrito Federal, isenções, incentivos e benefícios fiscais serão concedidos e revogados (BRASIL, 1988).

Por conseguinte, estabelece a Lei Complementar n. 24/1975, recepcionada pela ordem constitucional vigente que, *in verbis*:

Art. 1º – As isenções do imposto sobre operações relativas à circulação de mercadorias serão concedidas ou revogadas nos termos de convênios celebrados e ratificados pelos Estados e pelo Distrito Federal, segundo esta Lei. [...] Art. 2º – Os convênios a que alude o art. 1º, serão celebrados em reuniões para as quais

tenham sido convocados representantes de todos os Estados e do Distrito Federal, sob a presidência de representantes do Governo federal. [...] § 2º – A concessão de benefícios dependerá sempre de decisão unânime dos Estados representados; a sua revogação total ou parcial dependerá de aprovação de quatro quintos, pelo menos, dos representantes presentes. Art. 4º – Dentro do prazo de 15 (quinze) dias contados da publicação dos convênios no Diário Oficial da União, e independentemente de qualquer outra comunicação, o Poder Executivo de cada Unidade da Federação publicará decreto ratificando ou não os convênios celebrados, considerando-se ratificação tácita dos convênios a falta de manifestação no prazo assinalado neste artigo (BRASIL, 1975).

Isso posto, acentuam-se dois pontos que são debatidos na doutrina, a saber: (i) a necessidade de decisão unânime dos Estados representados (ou seja, mais rígido que o quórum da maioria) no âmbito do Conselho Nacional de Política Fazendária (CONFAZ); e (ii) a ratificação do convênio pelos Estados e pelo Distrito Federal. Pressupõe-se que tais medidas sejam salutares para evitar a guerra fiscal, e por conseguinte manter intacto o federalismo que é um dos pilares do nosso Estado Democrático de Direito. Com efeito, reiterando com as lições de Carrazza, *in verbis*:

A Constituição exige que todos os Estados-membros da Federação, bem assim o Distrito Federal, se coloquem de acordo, mediante convênio, para que as isenções de ICMS surjam ou venham abolidas. Este ditame visa evitar a “guerra fiscal” entre as diversas regiões do País, que são muito díspares, já que, algumas, são industrializadas, outras não; poucas são prósperas; a maioria, nem tanto. Só o consenso entre todas as pessoas políticas interessadas – consubstanciado no convênio –, abre caminho à outorga ou retirada de isenções de ICMS (CARRAZZA, 2010, p. 933).

Considerando que o CONFAZ não é órgão legislativo, e o que é produzido pelas unidades federadas é apenas uma deliberação, é necessária a ratificação por meio da Assembleia Legislativa ou, no caso do Distrito Federal, por sua Câmara Legislativa. Há polêmica doutrinária sobre qual seria o meio adequado para a ratificação de convênios (decreto legislativo ou lei estadual/distrital), dada a péssima redação do art. 4º da Lei Complementar n. 24/1975, já aqui reproduzida.

Pois bem. Descarta-se a possibilidade do decreto executivo – aquele tendente a conceder fiel execução à lei (competência atribuída ao presidente da República no art. 84, inciso IV, da Constituição da República de 1988) –, uma vez que não há lei para se executar, e sim convênio firmado entre as unidades federadas. No

presente trabalho, filia-se à necessidade do decreto legislativo, norma oriunda do devido processo legislativo (art. 59, inciso IV da Constituição da República de 1988).

Schoueri (2018), apoiado em Roque Antonio Carrazza, leciona que a diferença entre a lei estadual e o processo legislativo estaria apenas na anuência do chefe do Executivo, que no primeiro meio o sanciona e o promulga, diferente do segundo. Contudo, no convênio encontra-se consubstanciado o voto do Chefe do Executivo, formalidade já suficiente para que se possa aceitar o decreto legislativo também como o meio adequado para a ratificação de convênios.

Nas palavras de Carrazza:

[...] para que as isenções de ICMS surjam validamente, é preciso que os Estados e o Distrito Federal celebrem entre si *convênios*, que, ao depois, para se transformarem em *Direito interno* de cada uma destas pessoas políticas, deverão ser por ela ratificados. O instrumento idôneo da ratificação, longe de ser o decreto do Governador, é o decreto legislativo (estadual ou distrital, conforme o caso). [...] Observamos, ainda, que é preciso que todos os Estados e o Distrito Federal ratifiquem o convênio para que a isenção em tela nasça. Reforçando a ideia, se uma única destas entidades tributantes deixar de fazê-lo, o benefício não surgirá (CARRAZZA, 2010, p. 933-934).

Feitas tais considerações, no próximo tópico serão apresentadas, sob o método da amostragem – uma vez que é impossível ventilar todas no presente trabalho –, as discussões no âmbito de duas ações diretas de inconstitucionalidade que discutiram a inconstitucionalidade de benefícios fiscais em desrespeito aos ditames estabelecidos no art. 155, inciso XII, alínea “g” da Constituição da República de 1988 *c/c* a Lei Complementar n. 24/1975, mais precisamente na fundamentação e debate adotados pela Suprema Corte para decretar a modulação dos efeitos temporais destas decisões.

3 Efeitos prospectivos em duas ADI que declararam a inconstitucionalidade de leis estaduais sobre benefício fiscal do ICMS

3.1 ADI 4.481/PR

Na ação direta de inconstitucionalidade n. 4.481/PR, ajuizada pela Confederação Nacional da Indústria, teve o intuito de atacar, dentre outros, dispositivos da

Lei paranaense n. 14.985 de 06 de janeiro de 2006 que possibilitava o pagamento parcelado em 1/48 avos de mercadorias/bens importados e desembaraçados no Estado desde que destinados ao ativo permanente; e escrituração de créditos na conta gráfica do estabelecimento importador em algumas hipóteses descritas no referido diploma. O debate instaurou-se em sessão plenária de 11 de março de 2015, ou seja, a norma produziu efeitos por aproximadamente 9 anos.

Pois bem. Foram trazidas as razões do relator ministro Luís Roberto Barroso de que a concessão unilateral pelas unidades federadas de benefícios fiscais deflagra a guerra fiscal, por atrair empreendimentos e capital para o Estado concedente em detrimento dos demais. Assim, considerou que a concessão de benefícios fiscais, via parcelamento ou com redução do valor do tributo a pagar, sem anuência do convênio interestadual afronta o art. 155, § 2º, XII, g, da CR/1988, conforme já decidiu a Suprema Corte em outras ADIs.

No que se refere à modulação de efeitos temporais da decisão, o ministro relator sugeriu, *in verbis*:

[...] Não gera grande surpresa a decisão ora proferida, no sentido da inconstitucionalidade da lei estadual. Por outro lado, a norma em exame vigorou por oito anos, com presunção de constitucionalidade, de modo que a **atribuição de efeitos retroativos à declaração de inconstitucionalidade geraria um grande impacto e um impacto injusto para os contribuintes**. [...] Observo, por fim, que a modulação, no presente caso, decorre de um juízo de ponderação que não envolve o assim chamado princípio da supremacia da Constituição. A supremacia da Constituição é pressuposto do sistema de controle da constitucionalidade e, por consequência, é imponderável. **A ponderação ocorre entre a disposição constitucional tida por violada e os princípios da boa-fé e da segurança jurídica. Pelas razões já expostas, entendendo que devem prevalecer os últimos princípios**, atribuindo-se eficácia a esta decisão a partir da data desta sessão (BRASIL, 2015, grifo nosso).

Nesse aspecto, o ministro relator praticou, com excelência, o lecionado por Bulos (2017, p. 215) de que “a nulidade só deve ser afastada se for possível demonstrar, com base numa ponderação concreta, que a declaração de inconstitucionalidade, em seu sentido clássico, sacrificará a segurança jurídica [...]”. Assim, a modulação de efeitos *in casu* foi defendida tendo em vista os princípios da boa-fé e da segurança jurídica, embasados no art. 27 da Lei n. 9.868/1999.

Interessante destacar que no ministro Joaquim Barbosa, à época relator, aplicou *in casu* a técnica do art. 12 da Lei n. 9.868/1999 que, em caso de pedido

de medida cautelar, poderá o feito ser submetido diretamente ao Tribunal para julgamento definitivo, em virtude da relevância da matéria e de especial significado para a ordem social e a segurança jurídica. Assim, consta do debate dos Ministros que a ADI demorou mais que o normal para ser julgada em virtude de tal ocorrência, sendo mais um motivo a se pensar a modulação dos efeitos temporais da decisão, uma vez que não houve pronunciamento em sede cautelar.

Pois bem. Prossegue o ministro relator justificando, com excelência, a necessidade da modulação dos efeitos temporais, nos seguintes termos:

[...] longe de querer fazer a opção que estimule um comportamento de infração à Constituição, a verdade é que esta lei vigorou por oito anos, portanto, os jurisdicionados e os contribuintes que cumpriram a lei, até porque, enquanto não declarada inconstitucional, vigia o mandamento da sua presunção de constitucionalidade, eu penso que desfazer retroativamente todos esses anos de benefícios seria de um impacto talvez imprevisível e possivelmente injusto em relação, pelo menos, às partes privadas que cumpriram a lei tal como ela foi posta. [...] Qual é a ponderação que se faz? É a ponderação entre a regra da Constituição que foi violada, a que exige a observância de um rito específico, e, do outro lado, a segurança jurídica, a boa-fé, a estabilidade das relações que já se constituíram. Portanto, não se excepciona a incidência da Constituição, na verdade, ponderam-se dois mandamentos constitucionais. Não é o princípio da supremacia da Constituição que está sendo ponderado, o princípio da supremacia da Constituição é imponderável, ele é o pilar do sistema, o que nós estamos fazendo é, dentro da Constituição, ponderando dois valores ou dois dispositivos que têm assento constitucional. E, nestas circunstâncias, eu estarei privilegiando, ao modular, o mandamento da segurança jurídica e da boa-fé, que, a meu ver, milita em favor sobretudo das partes privadas que cumpriram as regras dessa lei (BRASIL, 2015, grifo nosso).

Em seguida, a discussão instaurou-se sobre qual seria o marco temporal para a modulação de efeitos, a saber: a data do julgamento, ou a data da publicação da ata do julgamento, ou a data da audiência/sessão do julgamento, ou a data da publicação do acórdão? A maioria dos debatedores entenderam que o ideal como marco temporal é a data do julgamento, pois é amplamente conhecida e evita-se que outros contribuintes possam utilizar indevidamente o benefício fiscal declarado inconstitucional enquanto aguarda-se a concretização de algum procedimento formal (ata do julgamento).

Em viés contrário à maioria, o ministro Marco Aurélio argumentou, *in verbis*:

Presidente, o pano de fundo é estreme de dúvidas: a guerra fiscal. O que havia quando da edição da lei? Jurisprudência pacificada do Supremo sobre a inviabilidade de outorga de benefício fiscal, sem o convênio previsto na Carta da República. Mas, não vinga no Brasil o império da lei [...]. Está ficando muito fácil editar diplomas legais à margem da Constituição Federal, porque depois, em passo seguinte, há o concerto do Supremo; mas concerto não com “s”, o concerto com “c”. Dá-se, naquele período, o dito pelo não dito, **salva-se a lei em detrimento da Carta da República**, como se esta tivesse ficado em suspenso no período, não vigorasse no território nacional. **E me assusta muito que se vem, passo a passo, generalizando o instituto da modulação** [...]. Fico a imaginar em que caso se deixará de modular a decisão, se, num caso em que houve o desrespeito flagrante, frontal à Constituição, mais do que isso, a reiterados pronunciamentos do Supremo, é implementada a modulação. [...] Não modulo, Presidente (BRASIL, 2015, grifo nosso).

Guarda razões os argumentos do ministro Marco Aurélio, pois limitar os efeitos da decisão também seria possibilitar a edição de leis estaduais concedendo benefício fiscal de ICMS sem convênio interestadual, pois posteriormente estarão protegidos pela decisão da Suprema Corte, violando assim a boa-fé objetiva. Com efeito, a recíproca é verdadeira, e nesse mesmo aspecto, Abboud afirma que

[...] não pode o Pretório Excelso, em especial no que se refere às questões tributárias, modular efeitos, porque eventualmente sua decisão poderia acarretar consequências econômicas negativas ao erário. [...] Se o STF julgasse um tributo inconstitucional e, em seguida, modulasse os efeitos (*ex nunc*), essa decisão seria contrária à boa-fé objetiva porque, em outras palavras, estaria autorizando o Poder Público a praticar ato ilícito (instituir tributo inconstitucional), porque tudo que ele conseguisse auferir com a cobrança do tributo ilegal nunca precisaria ser restituída; ou seja, o STF não pode em suas decisões corroborar e legitimar uma prática ilícita e desleal do Poder Público. Desse modo, reafirmamos nosso posicionamento contrário à modulação de efeitos quando o tributo é declarado inconstitucional, porque essa decisão se tiver seus efeitos limitados, favorecerá a má

conduta da Administração, algo contrário à boa-fé objetiva e a todos os demais princípios elencados no art. 37 da CF/1988, que vinculam indiscutivelmente o Poder Público (ABBOUD, 2018, p. 656-658)².

Todavia, insta destacar que no atual sistema tributário em que sobrevivemos – diante da complexidade que se constituiu – é impossível ao contribuinte acompanhar criteriosamente a jurisprudência e o entendimento das decisões em âmbito administrativo, até mesmo porque, em dado período de tempo, tendem a mudar, considerando aspectos temporais, fáticos e contextuais. Até mesmo considerando que as normas são presumidamente constitucionais, pois promulgadas em viés democrático, com a participação dos representantes do povo e resultado do devido processo legislativo.

Diante do exposto, do extrato de ata consignou-se o julgamento parcialmente procedente do pedido da ADI, por unanimidade, considerando a inconstitucionalidade do benefício fiscal. E concernente à modulação, sem ressalvas ou incrementos dos outros ministros, por maioria, decidiu-se pela produção de eficácia da decisão a partir da sessão plenária.

3.2 ADI 2.663/RS

Trata-se de ação direta de inconstitucionalidade ajuizada pelo governador do Estado do Rio Grande do Sul, com pedido de medida cautelar, que impugnava, dentre outros, o dispositivo da Lei n. 11.743 de 05 de março de 2002 do Estado do Rio Grande do Sul que previa dedução de 50% do valor de bolsa concedida, no montante do ICMS da empresa que a financiasse aos professores que necessitam de complemento na formação pedagógica, sob argumento de que violava o art. 155, § 2º, XII, “g”, da Constituição da República. *In casu* também fora aplicada a técnica do art. 12 da Lei n. 9.868/1999, pelo ministro Nelson Jobim (relator à época), havendo assim submissão direta da ação ao Tribunal para julgamento definitivo.

Submetida à sessão plenária de 08 de março de 2017, e sendo a ação direta de relatoria do eminente ministro Luiz Fux, o voto é embalado por noções gerais do federalismo, no sentido de que o pluralismo político permite a atuação livre dos Estados, porém, no âmbito do ICMS há uma limitação constitucional a fim de preservar o equilíbrio horizontal na tributação, evitando-se a guerra fiscal, uma vez que o ICMS é tributo fonte de grande parte dos recursos dos Estados. Outrossim, o ministro arrolou julgados da Suprema Corte uníssomos no tocante

² Nesse mesmo sentido defende o professor Humberto Ávila, em diversos momentos de sua obra constante das referências do presente trabalho.

à inconstitucionalidade das leis estaduais que desatendem o convênio estadual na concessão de benefícios fiscais de ICMS. No que se refere à limitação dos efeitos da decisão, de forma simplória, consignou, *in verbis*:

Por fim, mercê das razões de segurança jurídica dos contribuintes alcançados pelas normas ora analisadas, proponho que sejam modulados os efeitos da decisão de inconstitucionalidade do art. 3º da norma impugnada, conferindo-lhes efeitos *ex nunc*, nos termos do art. 27 da Lei n. 9.868/99, a contar da publicação da ata do presente julgamento (BRASIL, 2017).

Em um primeiro momento, *data máxima venia* de maneira equivocada, foi ventilado no debate, por alguns dos ministros, uma simpatia pelo estabelecido pela Lei n. 11.743 de 05 de março de 2002 do Estado do Rio Grande do Sul, de forma que não se tratava de benefício fiscal propriamente dito, e sim de incentivo para o financiamento da classe dos professores, cogitando excepcionar a jurisprudência já consolidada pela Corte. Nesse sentido, o seguinte trecho do ministro Marco Aurélio:

Não se trata de guerra fiscal, mas de simples contrapartida, de simples incentivo a concessão de bolsa. A iniciativa privada adentra campo que poderia estar ocupado pelo próprio Estado: o alusivo ao aprimoramento da classe sacrificada a que me referi – dos professores. É preciso acordar um dia para a necessidade de culto à educação. Julgo improcedente o pedido formalizado pelo Governador do Estado do Rio Grande do Sul na inicial desta ação direta de inconstitucionalidade (BRASIL, 2017).

Concernente à limitação dos efeitos da decisão, de forma breve e desacompanhado das considerações dos demais, o ministro Luís Roberto Barroso pronunciou-se nos seguintes termos:

Portanto, Presidente, ainda que tenha simpatia pela lei, acho que é um risco abriremos essa fresta numa jurisprudência consolidada. Por essa razão, ligeiramente a contragosto, eu estou acompanhando a declaração de inconstitucionalidade deste art. 3º. Apenas com uma ressalva, que me parece natural – **é uma lei que está vigendo há 15 anos e não é uma inconstitucionalidade chapada –, portanto, eu não acho que quem tenha se beneficiado possa ser compelido a devolver dinheiro ou a pagar tributo. Portanto, a minha decisão é com efeitos prospectivos** (BRASIL, 2017, grifo nosso).

Do extrato de ata foi possível constatar o julgamento parcialmente procedente do pedido da ADI, considerando inconstitucional o benefício fiscal concedido, com efeito *ex nunc*, a partir da publicação da ata de julgamento. Com efeito, é possível perceber que nesta ação também não foram debatidas, de modo detalhado, as razões justificadoras para a modulação dos efeitos temporais da decisão.

Nesse ponto, Abboud (2018, p. 636), ao lecionar sobre a modulação dos efeitos temporais, entende que “toda decisão que realize o controle de constitucionalidade, juntamente com a modulação de efeitos, deverá obrigatoriamente, em sua fundamentação, indicar em que medida e em quais direitos fundamentais essa limitação de efeitos pretende tutelar”.

Por conseguinte, não bastaria apenas a menção da proteção à segurança jurídica com vistas à modular os efeitos temporais da referida decisão, esperando ademais da Suprema Corte, ou seja, apontando em quais medidas a não restrição de efeitos atacaria o sentimento de estabilidade que o contribuinte possui com o ordenamento jurídico, além de averiguar a crítica aventada pelo eminente ministro Marco Aurélio na ADI 4.481/PR (detalhada no item 3.1 do presente trabalho), isto é, continuar a aplicar a técnica excepcional da Lei n. 9.868/1999 poderia ensejar novos benefícios fiscais sem anuência do convênio interestadual.

Considerações finais

Diante do exposto, percebe-se que tem sido utilizado, como argumento para a modulação dos efeitos temporais das ações apresentadas neste trabalho, apenas a alegação do resguardo à segurança jurídica aliado ao lapso temporal de produção de efeitos de norma inconstitucional, por violação do art. 155, § 2º, XII, “g”, da Constituição da República.

Difunde-se a presunção de constitucionalidade das normas e, aliado à complexidade do sistema tributário, é normal que o contribuinte se utilize de benefícios fiscais concedidos por normas oriundas das unidades federadas, embasado também pela boa-fé objetiva, presumindo-se a conduta proba do poder público. Por conseguinte, instaura-se a eterna discussão, pois há de um lado a astuciosa norma da unidade federada que concede benefícios fiscais sem observar as formalidades necessárias (em nome da guerra fiscal), e de outro lado o resguardo à segurança jurídica do contribuinte que utilizou da determinada norma no presente, e provisionou as consequências que lhe seriam apresentadas.

Ora, defendeu-se no presente trabalho que a limitação dos efeitos temporais é mecanismo autorizado pelo legislador em hipóteses excepcionais e extraordinárias, uma vez que contraria a sistemática do controle de constitucionalidade.

Assim, a referida modulação faz-se poderosa e imprescindível para que sejam resguardados os valores mínimos de um Estado de Direito, devendo ser tratada, *data máxima venia*, com mais asseio pela nossa Suprema Corte. Contudo, destaca-se que a utilização de tal mecanismo em todas as situações possíveis tende a afetar a supremacia constitucional, pois mesmo que a inconstitucionalidade seja chapada, a Suprema Corte é a guardiã da lei maior.

Diante do exposto, é imprescindível que o acórdão da Suprema Corte seja consubstanciado em detalhada fundamentação e exaustivo debate sobre as razões de segurança jurídica e de interesse social que ensejam a modulação dos efeitos temporais de suas decisões que declararam a inconstitucionalidade de leis estaduais que concederam benefício fiscal de ICMS com a ausência de convênio interestadual. Pois, é mandamento constitucional a fundamentação das decisões judiciais, conforme preceitua a melhor doutrina a que se teve acesso, e por tratar-se de tema que reflete na guerra fiscal entre os Estados da federação provocada no âmbito do ICMS.

Referências

ABBOUD, G. *Processo constitucional brasileiro*. 2a ed. rev., atual, e ampl. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2018.

ANDRADE, F. M. *A (in)aplicação dos efeitos prospectivos na jurisprudência do STF em matéria tributária*. Disponível em: <http://www-old.andrade.adv.br/site/LinkClick.aspx?fileticket=SO9cKiaBATk%3D&tabid=80&language=pt-BR>. Acesso em: 16 mar. 2021.

ÁVILA, H. *Constituição, liberdade e interpretação*. São Paulo: Malheiros, 2019.

BARROSO, L. R. *Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo*. São Paulo: Saraiva, 2009.

BONAVIDES, P. *Curso de direito constitucional*. 8a ed. rev., atual., e ampl. São Paulo: Malheiros, 1999.

BULOS, U. L. *Direito constitucional ao alcance de todos*. 7a ed. rev. e atual. até a Emenda Constitucional n. 95, de 15-12-2016, e os últimos julgados do Supremo Tribunal Federal. São Paulo: Saraiva, 2017.

BRASIL. [Constituição (1988)] *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Brasília, DF: Presidência da República, [2021]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 25 dez. 2019.

BRASIL. *Lei Complementar n. 24, de 7 de janeiro de 1975*. Dispõe sobre os convênios para a concessão de isenções do imposto sobre operações relativas à circulação de mercadorias, e dá outras providências. 07 de janeiro de 1975. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/LCP/Lcp24.htm. Acesso em: 25 dez. 2019.

BRASIL. *Lei n. 9.868, de 10 de novembro de 1999*. Dispõe sobre o processo e julgamento da ação direta de inconstitucionalidade e da ação declaratória de constitucionalidade perante o Supremo Tribunal Federal. 10 de novembro de 1999. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9868.htm. Acesso em: 25 dez. 2019.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação direta de inconstitucionalidade 4.481 Paraná. Relator: Min. Roberto Barroso. *Diário de Justiça Eletrônico*. Brasília, 19 de maio de 2015. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=306842598&ext=.pdf>. Acesso em 01 jan. 2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação direta de inconstitucionalidade 2.663 Rio Grande do Sul. Relator: Min. Luiz Fux. *Diário de Justiça Eletrônico*. Brasília, 29 de maio de 2017. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=311896171&ext=.pdf>. Acesso em 01 jan. 2020.

CARRAZZA, R. A. *Curso de direito constitucional tributário*. 26ª ed. rev., ampl. e atual. até a Emenda Constitucional n. 64/2010. São Paulo: Malheiros.

CARVALHO, K. G. *Direito constitucional: teoria do estado e da constituição*. Vol. 1. 20ª ed. rev., atual., e ampl. Belo Horizonte: Del Rey, 2013.

CAVALCANTE, D. L. Reflexões sobre a modulação dos efeitos das decisões do STF em matéria tributária. *Revista do Programa de Pós-graduação em Direito UFC*. Fortaleza, v. 38, n.1, p. 379-390, jan./jun. 2018. Disponível em: <http://www.periodicos.ufc.br/nomos/article/view/32678/73327>. Acesso em: 16 mar. 2021.

INCLUSÃO DO ICMS na base de cálculo do PIS/Cofins é inconstitucional. *Supremo Tribunal Federal (STF)*. 15 mar. 2017. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=338378>. Acesso em: 25 dez. 2019.

PARANÁ. Assembleia Legislativa. *Lei n. 14.985, de 06 de janeiro de 2006*. Dispõe sobre benefício de suspensão do pagamento do ICMS devido nas operações que especifica a estabelecimento industrial paranaense nas importações por aeroportos e portos de Paranaguá e Antonina. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=789758>. Acesso em: 14 abril 2021.

RIO GRANDE DO SUL. Assembleia Legislativa. *Lei n. 11.743, de 5 de março de 2002*. (publicada no DOE n. 043, de 6 de março de 2002). Assegura prestação de serviço e possibilita incentivo a empresas que financiem bolsas de estudo aos professores que necessitam completar a formação pedagógica. Disponível em: <http://www.al.rs.gov.br/filerepository/repLegis/arquivos/11.743.pdf>. Acesso em: 14 abril 2021.

SCHOUERI, L. E. *Direito Tributário*. 8. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018.

VASQUES, A. C. B. Segurança jurídica e modulação de efeitos da declaração de inconstitucionalidade: especificidades em matéria tributária. *Revista da PGFN*, Brasília, DF, v. 3, n. 1, p. 79-100, jan./jul. 2013. Disponível em: <https://www.gov.br/pgfn/pt-br/central-de-conteudo/publicacoes/revista-pgfn/ano-iii-numero-5-2013/d5.pdf>. Acesso em: 16 mar. 2021.

AS RECENTES MODIFICAÇÕES NA POLÍTICA MIGRATÓRIA BRASILEIRA: UMA ANÁLISE DA SITUAÇÃO DOS IMIGRANTES SEGUNDO A NOVA LEI DE MIGRAÇÃO E O ESTATUTO DO ESTRANGEIRO

Roberto de Almeida Luquini¹
Universidade Federal de Viçosa (UFV)

Kálytha Stefany de Oliveira²
Universidade Federal de Viçosa (UFV)

Artigo recebido em: 18/03/2021.

Artigo aceito em: 18/06/2021.

Resumo

O grande aumento dos fluxos migratórios no cenário internacional gera grandes repercussões tanto no direito das gentes, quanto no direito interno dos Estados nacionais. Diante desse cenário, o Estado brasileiro, em conformidade com os princípios de dignidade da pessoa humana e de prevalência dos direitos humanos, edita a nova Lei de Migração (Lei n. 13.445/2017), a qual representa um novo paradigma para a construção de uma sociedade mais justa, mais inclusiva e protetiva dos direitos humanos. O presente artigo utiliza o método dedutivo e busca realizar uma análise da situação dos imigrantes frente ao referido diploma legal e ao antigo Estatuto do Estrangeiro (Lei n. 6.815/1980), de forma a demonstrar

os avanços alcançados pela nova lei quanto à política migratória brasileira. Por meio de um exame histórico-normativo, ficará evidenciada a mudança de paradigma do tratamento conferido aos imigrantes pela nova lei, que tem um caráter vanguardista, pois deixa de considerá-los uma ameaça à segurança nacional e passa a vê-los como sujeitos de direitos. Aos imigrantes passa a ser aplicado o princípio da isonomia, sendo tratados em pé de igualdade com os nacionais, com a garantia de diversas prerrogativas anteriormente só concedidas a esses.

Palavras-chave: leis e princípios; movimentos migratórios; proteção aos imigrantes.

¹ Doutor em Direito e Relações Internacionais pela Universitat de València. Bacharel em Direito pela Universidade Federal de Juiz de Fora (UFJF). Professor associado IV do Departamento de Direito da UFV. ORCID: <https://orcid.org/0000-0003-3777-2189> / e-mail: robertoluquini@ufv.br

² Acadêmica do curso de Direito da UFV. Bolsista do Programa de Iniciação Científica (PIBIC) do CNPq. E-mail: kallytha.oliveira@ufv.br

RECENT CHANGES IN BRAZILIAN MIGRATION POLICY: AN ANALYSIS OF THE SITUATION OF IMMIGRANTS ACCORDING TO THE NEW MIGRATION LAW AND THE FOREIGNER STATUTE

Abstract

The great increase in migratory flows in the international scenario generates great repercussions both in the jus gentium and in the domestic law of the national States. In view of this scenario, the Brazilian State, in accordance with the principles of human dignity and the prevalence of human rights, edits the new Migration Law (Law 13,445/2017), which represents a new paradigm for building a society fairer, more inclusive and protective of human rights. This article uses the deductive method and seeks to carry out an analysis of the situation of the immigrant in relation to the aforementioned legal diploma and the old Foreigner Statute (Law 6.815 / 1980), in order to demonstrate the advances achieved by the new

law regarding Brazilian migration policy. Through a historical-normative analysis, the paradigm shift in the treatment given to immigrants will be evidenced by the new law, which has an avant-garde character, as it no longer considers them a threat to national security and starts to see them as subjects of rights. The principle of equality is applied to immigrants, being treated on an equal footing with nationals, with the guarantee of several prerogatives previously granted only to the latter.

Keywords: *laws and principles; migration movements; protection for immigrants.*

Introdução

A questão migratória é um dos temas mais relevantes atualmente nos cenários internacional e nacional para os Estados. Os fluxos migratórios têm ocorrido de forma cada vez mais intensa, seja por motivos de guerras civis, problemas étnicos, religiosos, por problemas ambientais ou mesmo por impossibilidade de perspectivas melhores de vida.

A Organização Internacional para as Migrações publicou em 27 de novembro do último ano o Relatório Mundial sobre Migrações (OIM, 2020), o qual demonstra que o número de pessoas deslocadas de seus países de origem tem aumentado significativamente nas últimas décadas. O documento ressalta que a migração internacional não é uniforme ao redor do mundo, sendo fortemente influenciada por fatores econômicos, geográficos e demográficos.

O Relatório estima que haja cerca de 252 milhões de migrantes internacionais em todo o mundo. Apesar de ser uma porcentagem muito pequena da população mundial (cerca de 3,5%), a proporção de migrantes internacionais já ultrapassa as projeções feitas para o ano de 2050, as quais estimavam 2,6% da população como migrantes. Dos migrantes internacionais, cerca de 25,9 milhões são refugiados, sendo que mais da metade (52%) dessa população tem menos de 18 anos de idade. Segundo o Relatório Mundial sobre Migrações 2020, expedido pela Organização Internacional para as Migrações, o número de apátridas também é gravemente expressivo: cerca de 3,9 milhões em todo o mundo.

Da análise dos dados do Relatório da OIM, depreende-se a importância do estudo, da análise e do acompanhamento da evolução dos fluxos migratórios, os quais figuram um dos principais problemas contemporâneos da sociedade internacional. Deve-se considerar, portanto, que a migração, apesar de sempre ter sido um elemento básico da condição humana, atualmente, reflete fatores individuais e coletivos que se relacionam com o Estado e com a própria ideia de soberania. Dessa forma, a questão migratória ultrapassa a transferência de uma pessoa de uma comunidade para outra, abarcando todo o processo de inclusão e inserção dos migrantes em outra comunidade política, com diferentes atividades econômicas, políticas, sociais e culturais.

Assim, torna-se necessária a participação conjunta e harmônica dos Estados nacionais e da sociedade internacional na regulamentação da migração, a fim de que a questão migratória seja encarada por um viés humanitário, considerando as especificidades dos diferentes indivíduos que são levados, pelas mais diversas razões, a se deslocar de seu país de origem.

A partir do processo de universalização dos direitos humanos operado no

pós-guerra, buscou-se a criação de um sistema de tratados e convenções que buscassem garantir e fortalecer a concretização desses direitos. Nesse sentido, merecem destaque a Declaração Universal dos Direitos Humanos (ONU, 1948), que afirma a dignidade inerente a toda pessoa humana, assim como a indivisibilidade dos direitos humanos, a Declaração do Direito ao Desenvolvimento (ONU, 1986), o Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos (ONU, 1966a), o Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais (ONU, 1966b). Em consonância com essa nova tendência mundial, a Constituição de 1988 firmou, como um dos fundamentos da República Federativa do Brasil, o princípio da dignidade da pessoa humana, além de consagrar como um dos objetivos da república a construção de uma sociedade livre, justa e solidária. Além disso, o país ratificou diversos instrumentos internacionais de proteção aos direitos humanos, como a Convenção Americana sobre Direitos Humanos (OEA, 1969), além da Convenção relativa ao Estatuto dos Refugiados (ONU, 1951) e seu respectivo Protocolo (ONU, 1967).

Logo, diante da promulgação da Constituição de 1988 e da ratificação dos tratados internacionais, urgia a necessidade de uma lei que regulasse a questão migratória no Brasil e que estivesse em consonância com os princípios inscritos na carta constitucional. Isso porque, até a promulgação da nova Lei de Migração, a situação jurídica dos estrangeiros no Brasil era regulada pela Lei n. 6.815/80, o Estatuto do Estrangeiro (BRASIL, 1980), o qual foi concebido no período histórico brasileiro de ditadura militar e cuja perspectiva partia da defesa da segurança nacional. Tratava-se, dessa forma, de uma lei com viés discriminatório, que se tornou obsoleta a partir da promulgação da Constituição de 1988.

Em virtude disso, foram travados diversos debates a respeito da necessidade de uma lei que regulasse a questão dos migrantes no Brasil. Mas, apenas no ano de 2013 foi instaurada pelo Ministério da Justiça uma comissão formada por juristas e especialistas na área de migração para elaborar uma proposta de Anteprojeto de lei de migrações e promoção dos direitos dos migrantes no Brasil, o que culminou na promulgação da Lei n. 13.445, em 24 de maio de 2017, completamente concebida de acordo com os princípios da Constituição de 1988.

Logo, nota-se que a transição do Estatuto do Estrangeiro para a Lei de Migração demonstra a passagem entre um modelo de política migratória baseado na lógica de segurança nacional para um modelo que preza pela proteção dos direitos humanos.

Assim, o presente artigo utiliza o método dedutivo e busca realizar uma análise da situação dos imigrantes, considerando o Estatuto do Estrangeiro e a nova Lei de Migração, a fim de demonstrar a mudança paradigmática no tratamento

que lhes é reconhecido na legislação e na sociedade brasileiras. Primeiramente, serão abordadas as diferenças principiológicas entre os diplomas normativos, correlacionando os princípios adotados por cada uma das leis com o contexto histórico-político vivenciado pelo país. Em seguida, serão analisadas as diferenças entre os direitos e garantias dos migrantes de acordo com o Estatuto do Estrangeiro e com a Lei de Migração. Por fim, levantar-se-ão as perspectivas acerca da questão migratória no Brasil a partir da promulgação da Lei n. 13.445/2017.

1 A principiologia da Lei de Migração e do Estatuto do Estrangeiro: a mudança paradigmática da figura do imigrante na legislação brasileira

Os fluxos migratórios internacionais normalmente se relacionam com os problemas sociais e políticos internos. Situações como conflitos armados, crise econômica, catástrofes ambientais ou infraestrutura precária levam a um grande aumento dos fluxos migratórios. Nestes casos, trata-se de migrações forçadas, que ocorrem quando não há o elemento volitivo do migrante devido a situações exteriores ao indivíduo. A migração forçada clássica é o refúgio, que consiste na saída de pessoas de seu país de origem devido a fundado temor de perseguição ou por grave e generalizada violação de direitos humanos. Mas, além dos refugiados, também são migrantes forçados os deslocados internos por questões de conflitos armados, desastres ambientais ou violações de direitos humanos (JUBILUT, 2010).

É interessante considerar que tanto a imigração quanto a emigração apresentam pontos positivos e negativos aos países. Como efeitos positivos das migrações, pode-se citar a ocupação e a exploração econômica de vazios demográficos, a obtenção de trabalhadores em setores em que há carência de mão de obra, o aumento de contribuintes do sistema previdenciário e a expansão do mercado interno de consumo. Por outro lado, o grande fluxo migratório pode gerar consequências negativas, como a concorrência com o trabalhador nacional, a sobrecarga dos serviços públicos e a instabilidade político-institucional.

Assim, é normal que, em períodos de tensão, os governos adotem políticas migratórias mais rígidas, causando, simultaneamente, uma crise nos países receptores e o agravamento dos problemas nos locais de saída. A questão migratória, portanto, é muito complexa (NUNES, 2018).

No Estado brasileiro, desde as primeiras fases de crescimento dos fluxos migratórios, buscou-se construir um modelo de Estado pautado no fortalecimento de uma identidade nacional, mão de obra agrícola e a ocupação de terras vazias. Isso evidencia que, desde os primórdios, a questão migratória no Brasil foi tratada por uma lógica utilitarista.

Um exemplo dessa política migratória reside na promulgação do Decreto n.1.641, de 07 de janeiro de 1907, conhecido como a Lei dos Indesejáveis, que tinha por objetivo expulsar estrangeiros cuja presença não fosse compatível com os interesses nacionais. Como se depreende do art. 1º da referida lei:

Art. 1º – O estrangeiro que, por qualquer motivo, comprometer a segurança nacional ou a tranquilidade pública pode ser expulso de parte ou de todo o território nacional. Art. 2º — São também causas bastantes para a expulsão:

- 1ª. a condenação ou processo pelos tribunais estrangeiros por crimes ou delitos de natureza comum;
- 2ª. duas condenações, pelo menos, pelos tribunais brasileiros, por crimes ou delitos de natureza comum;
- 3ª. a vagabundagem, a mendicidade e o lenocínio competentemente verificados (BRASIL, 1907).

Na lógica utilitarista, os estrangeiros eram tratados como possíveis ameaças à segurança e ao desenvolvimento nacional. Essa política de imigração evidenciava um projeto de desumanização do imigrante, que passava a ser reduzido a um objeto, que deveria ter características tais que interessassem à nação.

Com a ditadura militar e a implantação da doutrina da segurança nacional, a questão migratória passou a ser tratada de forma ainda mais restritiva. Os estrangeiros eram considerados possíveis ameaças à ordem e ao desenvolvimento do país, motivo pelo qual buscava-se proteger o Estado, e não a pessoa do imigrante (FAGUNDES; SPAREMBERGER; LOCH, 2018).

Em decorrência disso, o antigo Estatuto do Estrangeiro tinha como princípios da política migratória brasileira: a segurança nacional, a organização institucional, os interesses políticos, socioeconômicos e culturais do Brasil e a defesa do trabalhador nacional³. Nota-se, claramente, a influência do contexto político em que se encontrava o Brasil quando da publicação do Estatuto do Estrangeiro, com a “segurança nacional” sendo o princípio motor de toda a política migratória (NUNES, 2018).

Percebe-se, assim, o anacronismo do Estatuto do Estrangeiro que permaneceu em vigor após o período de redemocratização e a aprovação da Constituição de 1988, mesmo estando calcado na necessidade de segurança nacional que vigorava durante o Regime Militar, destoando da nova mentalidade protetiva de direitos e garantias fundamentais trazida pela carta constitucional.

Por outro lado, a Lei de Migração representou um grande avanço quanto às questões migratórias no Brasil. Agora em consonância com a Constituição e com

³ Art. 2º Na aplicação desta Lei atender-se-á precipuamente à segurança nacional, à organização institucional, aos interesses políticos, socioeconômicos e culturais do Brasil, bem assim à defesa do trabalhador nacional.

os fundamentos da República, o novo instrumento normativo enfatiza a garantia dos direitos humanos dos migrantes (OLIVEIRA, 2017).

A partir do enfoque dos direitos humanos, a Lei n. 13.445/17 apresenta um rol muito amplo de princípios e diretrizes. Tais princípios foram a síntese de políticas que já vinham sendo adotadas no Brasil nos últimos anos, como por exemplo, os institutos da acolhida humanitária e da reunião familiar (NUNES, 2018).

Os princípios e diretrizes da Lei de Migração estão dispostos no art. 3º:

Art. 3º A política migratória brasileira rege-se pelos seguintes princípios e diretrizes:

I – universalidade, indivisibilidade e interdependência dos direitos humanos; II – repúdio e prevenção à xenofobia, ao racismo e a quaisquer formas de discriminação; III – não criminalização da migração; IV – não discriminação em razão dos critérios ou dos procedimentos pelos quais a pessoa foi admitida em território nacional; V – promoção de entrada regular e de regularização documental; VI – acolhida humanitária; VII – desenvolvimento econômico, turístico, social, cultural, esportivo, científico e tecnológico do Brasil; VIII – garantia do direito à reunião familiar; IX – igualdade de tratamento e de oportunidade ao migrante e a seus familiares; X – inclusão social, laboral e produtiva do migrante por meio de políticas públicas; XI – acesso igualitário e livre do migrante a serviços, programas e benefícios sociais, bens públicos, educação, assistência jurídica integral pública, trabalho, moradia, serviço bancário e seguridade social; XII – promoção e difusão de direitos, liberdades, garantias e obrigações do migrante; XIII – diálogo social na formulação, na execução e na avaliação de políticas migratórias e promoção da participação cidadã do migrante; XIV – fortalecimento da integração econômica, política, social e cultural dos povos da América Latina, mediante constituição de espaços de cidadania e de livre circulação de pessoas; XV – cooperação internacional com Estados de origem, de trânsito e de destino de movimentos migratórios, a fim de garantir efetiva proteção aos direitos humanos do migrante; XVI – integração e desenvolvimento das regiões de fronteira e articulação de políticas públicas regionais capazes de garantir efetividade aos direitos do residente fronteiriço; XVII – proteção integral e atenção ao superior interesse da criança e do adolescente migrante; XVIII – observância ao disposto em tratado; XIX – proteção ao

brasileiro no exterior; XX – migração e desenvolvimento humano no local de origem, como direitos inalienáveis de todas as pessoas; XXI – promoção do reconhecimento acadêmico e do exercício profissional no Brasil, nos termos da lei; e XXII – repúdio a práticas de expulsão ou de deportação coletivas (BRASIL, 2017a).

Entre os princípios asseverados pelo diploma, tem especial importância o princípio da não discriminação. Nota-se que, em virtude desse princípio, que é também norma de *jus cogens*, estendem-se aos estrangeiros os mesmos direitos de que gozam os cidadãos brasileiros, sendo vedada qualquer forma de discriminação quanto à sua religião ou país de origem (CHIARETTI; SEVERO, 2018).

Destaca-se, também, o princípio da não criminalização da migração. Isto significa que os imigrantes indocumentados não podem ser presos unicamente por sua situação migratória. Logo, estabelece a nova Lei que eventuais deportações deverão ser precedidas de notificação pessoal do migrante para que regularize sua situação documental, estando resguardado seu direito à livre circulação em território nacional durante o período, em conformidade com o artigo 50 do diploma:

Art. 50. A deportação é medida decorrente de procedimento administrativo que consiste na retirada compulsória de pessoa que se encontre em situação migratória irregular em território nacional.

§ 1º A deportação será precedida de notificação pessoal ao deportando, da qual constem, expressamente, as irregularidades verificadas e prazo para a regularização não inferior a 60 (sessenta) dias, podendo ser prorrogado, por igual período, por despacho fundamentado e mediante compromisso de a pessoa manter atualizadas suas informações domiciliares (BRASIL, 2017a).

Outro princípio de destaque na interpretação da nova política migratória brasileira é o princípio da igualdade, que assegura igualdade de tratamento entre brasileiros e estrangeiros residentes no país, sendo aplicável também no caso dos imigrantes indocumentados, ampliando o disposto no caput do art. 5º da Constituição Federal⁴, que estabelece igualdade de direitos entre brasileiros e estrangeiros residentes no país (CHIARETTI; SEVERO, 2018).

A Lei n. 13.445/17 representou, dessa forma, uma grande mudança paradigmática em relação ao Estatuto do Estrangeiro, principalmente ao consagrar os princípios da universalidade, indivisibilidade e interdependência dos direitos humanos; o repúdio à xenofobia, ao racismo e a quaisquer formas de 4 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 [...].

discriminação; e a não discriminação em razão dos critérios ou dos procedimentos pelos quais a pessoa foi admitida em território nacional (GUERRA, 2017a).

Pode-se inferir que os princípios da nova Lei de Migração são a “pedra de toque” de toda essa mudança de paradigma em relação ao Estatuto do Estrangeiro. A visão humanitária da lei acerca da questão migratória só se deu a partir da escolha de seus princípios, e são exatamente estes princípios que vão contribuir para a efetivação da proteção dos direitos humanos dos migrantes no território brasileiro.

2 Os direitos e garantias dos migrantes à luz da nova Lei de Migração

A universalização dos direitos humanos é um processo recente na história, que surgiu em decorrência das atrocidades cometidas durante o nazismo no século XX. Enquanto a Segunda Guerra Mundial representou um movimento de ruptura com os direitos humanos, por meio da negação do valor da pessoa humana enquanto sujeito de direitos, o pós-guerra buscou a sua reconstrução. Assim, a internacionalização dos direitos humanos foi um movimento em que se percebeu que a proteção dos direitos humanos não deve ser reduzida ao âmbito de um Estado nacional, mas deve ser vista como uma questão de relevância para toda a sociedade internacional (PIOVESAN, 2013).

Nas últimas décadas o Direito Internacional tem buscado assegurar aos indivíduos mais vulneráveis o pleno exercício dos seus direitos fundamentais. Essa preocupação com a dignidade humana é constatada no Preâmbulo da Carta da Organização das Nações Unidas:

[...] a fé nos direitos fundamentais do homem, na dignidade e no valor do ser humano, na igualdade de direito dos homens e das mulheres, assim como das nações grandes e pequenas, e estabelecer condições sob as quais a justiça e o respeito às obrigações decorrentes de tratados e de outras fontes do direito internacional possam ser mantidos (ONU, 1945).

Essa evolução do Direito Internacional moderno com o fortalecimento da proteção da dignidade da pessoa humana confluiu também na produção de normas internacionais relativas à mobilidade das pessoas⁵, a fim de solucionar os problemas relativos aos direitos dos estrangeiros. Nesses casos, cabe aos Estados cumprir seus compromissos internacionais, uma vez que foram assumidos por convenção, buscando adequar sua política migratória aos princípios do direito

⁵ Destacam-se a Convenção relativa ao Estatuto dos Refugiados de 1951, a Convenção sobre o Estatuto dos Apátridas de 1960 e Convenção sobre a proteção dos Direitos de Todos os Trabalhadores Migrantes e suas famílias de 1990.

internacional (BICHARA, 2016).

No Brasil, o antigo Estatuto do Estrangeiro não regulava propriamente a questão imigratória, apenas orientava a política nacional referente ao ingresso e à saída de estrangeiros no país. O foco era a proteção dos trabalhadores nacionais e a garantia de segurança nacional, como já foi ressaltado anteriormente. A Lei n. 6.815/80 não estabelecia direitos aos estrangeiros, apenas limitava-se a regular a sua entrada, saída, expulsão e extradição (CULPI, 2017).

Assim, o Estatuto do Estrangeiro priorizava a segurança nacional, os interesses socioeconômicos do Estado brasileiro e o trabalhador nacional. O próprio termo estrangeiro fazia referência ao indivíduo que é natural de outro país, que não faz parte do grupo, de forma que ao adotar a terminologia do migrante, a nova lei traz a ideia de que o indivíduo não nacional não é um estranho, um forasteiro (GUERRA, 2017b), mas um indivíduo que deve ser incluído socialmente.

Essa mudança de nomenclatura trazida pela nova Lei de Migração é destacada por diversos pesquisadores⁶ como sendo uma das mais importantes inovações quanto à mudança de paradigma operada na transição do Estatuto de Estrangeiro para a Lei n. 13.445/2017:

Ao estabelecer uma tipologia jurídica do *migrante*, a Lei n. 13.445, de 24 de maio de 2017 regulamentada pelo Decreto n. 9.199, de 20 de novembro de 2017 abandona o conceito de *estrangeiro* (do latim *extraneus*, com sentido comum de alheio, esquivo, estranho ou impróprio), não apenas de conotação pejorativa em nossa cultura, mas também juridicamente consagrado na lei vigente como um sujeito de segunda classe, privado, sem justificação plausível num regime democrático, de parcela significativa dos direitos atribuídos aos nacionais (BRASIL, 2018, p. 765).

É importante destacar que o documento de identificação dos migrantes foi modificado pela nova Lei de Migração. O novo diploma estabelece que o documento deixa de ser denominado como Registro Nacional de Estrangeiro para se chamar Registro Nacional Migratório⁷. Além disso, é assegurada a isenção de taxas

6 Sidney Guerra (2017a) destaca que a mudança na conceituação do termo estrangeiro para migrante carrega uma grande carga axiológica, uma vez que o termo estrangeiro denota a um indivíduo nacional de outro país, um indivíduo que pertence a outro grupo. Nada obstante, a figura do migrante segue a política de consagração e proteção dos direitos humanos porque faz com que o indivíduo não nacional não seja entendido e tratado como alguém estranho ao local em que se encontra, como um forasteiro. Simone Batista e Luci Mendes Bonini (2017) aduzem que a substituição do Estatuto do Estrangeiro pela nova Lei de Migração demonstra também o abandono de uma designação do passado, onde o estrangeiro era uma ameaça à segurança nacional, e o migrante é um sujeito de direito, que deixa de ser considerado um objeto.

7 Art. 117. O documento conhecido por Registro Nacional de Estrangeiro passa a ser denominado Registro Nacional Migratório.

e emolumentos para a concessão de vistos ou documentos de regularização dos migrantes que comprovem estar em situação de vulnerabilidade ou hipossuficiência econômica (BATISTA; BONINI, 2017).

O antigo diploma não estabelecia quais eram os direitos dos migrantes. Pelo contrário, a Lei n. 6.815/80 determinava que a entrada e saída de estrangeiros do país deveria ficar condicionada aos interesses nacionais, nos termos de seu artigo 1º: “Em tempo de paz, qualquer estrangeiro poderá, satisfeitas as condições desta Lei, entrar e permanecer no Brasil e dele sair, resguardados os interesses nacionais” (BRASIL, 1980).

Diferentemente, a Lei de Migração estabelece uma série de direitos e garantias aos migrantes. Como depreende Sidney Guerra:

Diante de um cenário obscuro, preocupante, tenso e indiferente pelo qual passa o mundo, com tantos conflitos e violações aos direitos humanos, o Estado brasileiro, que preconiza a dignidade da pessoa humana como princípio fundamental, bem como a prevalência dos direitos humanos, concebe a nova Lei de Migração em excelente hora, plenamente em consonância com o princípio da não indiferença, que se propõe a servir como axioma para a construção de uma sociedade que seja cada vez mais justa, inclusiva e protetiva dos direitos inerentes à pessoa humana (GUERRA, 2017b, p. 111).

Os direitos e garantias dos migrantes estão concentrados no art. 4º da nova Lei de Migração:

Art. 4º Ao migrante é garantida no território nacional, em condição de igualdade com os nacionais, a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, bem como são assegurados:

I – direitos e liberdades civis, sociais, culturais e econômicos; II – direito à liberdade de circulação em território nacional; III – direito à reunião familiar do migrante com seu cônjuge ou companheiro e seus filhos, familiares e dependentes; IV – medidas de proteção a vítimas e testemunhas de crimes e de violações de direitos; V – direito de transferir recursos decorrentes de sua renda e economias pessoais a outro país, observada a legislação aplicável; VI – direito de reunião para fins pacíficos; VII – direito de associação, inclusive sindical, para fins lícitos; VIII – acesso a serviços públicos de saúde e de assistência social e à previdência

social, nos termos da lei, sem discriminação em razão da nacionalidade e da condição migratória; IX – amplo acesso à justiça e à assistência jurídica integral gratuita aos que comprovarem insuficiência de recursos; X – direito à educação pública, vedada a discriminação em razão da nacionalidade e da condição migratória; XI – garantia de cumprimento de obrigações legais e contratuais trabalhistas e de aplicação das normas de proteção ao trabalhador, sem discriminação em razão da nacionalidade e da condição migratória; XII – isenção das taxas de que trata esta Lei, mediante declaração de hipossuficiência econômica, na forma de regulamento; XIII – direito de acesso à informação e garantia de confidencialidade quanto aos dados pessoais do migrante, nos termos da Lei n. 12.527, de 18 de novembro de 2011; XIV – direito a abertura de conta bancária; XV – direito de sair, de permanecer e de reingressar em território nacional, mesmo enquanto pendente pedido de autorização de residência, de prorrogação de estada ou de transformação de visto em autorização de residência; e XVI – direito do imigrante de ser informado sobre as garantias que lhe são asseguradas para fins de regularização migratória (BRASIL, 2017a).

A Lei de Migração é vanguardista porque aplica o princípio da igualdade ao tratar os imigrantes como sujeitos de direitos em pé de igualdade com os nacionais, garantindo-lhes diversas prerrogativas anteriormente só concedidas aos últimos.

Em consonância com a Constituição Federal, a Lei de Migração estende aos migrantes os direitos sociais previstos no art. 6º, como o direito à educação pública, o acesso a serviços públicos de saúde e à seguridade social, o direito ao trabalho, moradia e serviço bancário (BATISTA; BONINI, 2017). Quanto ao direito ao trabalho, este é garantido inclusive ao estrangeiro que tenha visto temporário⁸.

8 Art. 14. O visto temporário poderá ser concedido ao imigrante que venha ao Brasil com o intuito de estabelecer residência por tempo determinado e que se enquadre em pelo menos uma das seguintes hipóteses:

I – O visto temporário tenha como finalidade:

- a) pesquisa, ensino ou extensão acadêmica;
- b) tratamento de saúde;
- c) acolhida humanitária;
- d) estudo;
- e) trabalho;
- f) férias-trabalho;
- g) prática de atividade religiosa ou serviço voluntário;
- h) realização de investimento ou de atividade com relevância econômica, social, científica, tecnológica ou cultural;
- i) reunião familiar;
- j) atividades artísticas ou desportivas com contrato por prazo determinado;

É garantido também o direito de residência, que se estende também aos refugiados, asilados e apátridas, inclusive aos solicitantes que ainda não tiveram o pedido de refúgio ou asilo analisado.⁹

Assim, percebe-se que a nova lei brasileira, inspirada em princípios como o da não indiferença, começa a atribuir o valor e importância para aqueles que, por motivos diversos, tiveram de abandonar seu país de origem.

Em suma, com a nova Lei de Migração, o migrante deixa de ser considerado um assunto de segurança nacional para ser entendido como um tema de direitos humanos. A Lei dá ao migrante a oportunidade de ser incluído socialmente, e não apenas ter sua entrada admitida no país (GUERRA, 2017b).

3 As perspectivas quanto à proteção jurídica do imigrante no Brasil a partir da Lei n. 13.445/2017

O grande aumento dos fluxos migratórios no cenário internacional gera grandes repercussões tanto no direito das gentes quanto no direito interno dos Estados nacionais. Diante deste cenário, o Estado brasileiro, em conformidade com os princípios de dignidade da pessoa humana e de prevalência dos direitos humanos, edita a Nova Lei de Migração, a qual representa um novo paradigma para a construção de uma sociedade mais justa, mais inclusiva e protetiva dos direitos humanos.

Nas palavras de Guerra:

A nova lei de migração chegou para contribuir, não apenas para com aqueles que encontram-se fora de seu país de origem, mas também para o Estado brasileiro, que além de possibilitar o ingresso e acesso incondicional para os imigrantes, tornando-os visíveis, proporcionará, por meio da participação dos mesmos, maior crescimento e inserção do país no cenário internacional, sendo possível afirmar que a Lei n. 13.445/2017 foi bastante benéfica para todas as pessoas que se encontram na situação encampada pela lei, como também para o próprio Estado brasileiro (GUERRA, 2017a, p. 1.737).

Além do amplo rol de princípios e diretrizes e dos direitos e garantias elencados pela nova Lei de Migração, ressaltam-se, também, outras inovações importantes, notadamente por meio da institucionalização da política de vistos humanitários, a desburocratização do processo de regularização migratória e a não criminalização por razões migratórias.

⁹ Art. 30. § 4º O solicitante de refúgio, de asilo ou de proteção ao apátrida fará jus a autorização provisória de residência até a obtenção de resposta ao seu pedido.

Quanto à política de vistos humanitários, trata-se de uma via de proteção complementar ao refúgio. Nos termos da Lei n. 13.447/17, foi institucionalizado o visto temporário de acolhida humanitária, pelo qual pode ser concedida a nacionalidade a qualquer imigrante vindo de país em situação de grave e iminente instabilidade institucional, conflito armado, calamidade de grande proporção, de desastre ambiental ou de grave violação de direitos humanos ou de direito internacional humanitário¹⁰. O instituto é aplicável, portanto, aos migrantes forçados que não se enquadram nas hipóteses legais para reconhecimento do pedido de refúgio, garantindo também a sua proteção.

No tocante à regularização migratória, a nova Lei de Migração facilitou o processo de obtenção de documentos para legalização da situação do imigrante no país, o que se coaduna com o princípio da não criminalização da migração consagrado no art. 3º do diploma.

Certamente, com a nova Lei de Migração, o Brasil passa a ter uma das legislações mais modernas em relação à questão migratória, não obstante os vetos quanto ao seu projeto original, sendo que ao todo, foram dezoito vetos presidenciais, conforme consta na Mensagem n. 163, de 24 de maio de 2017, enviada pela Presidência da República à Presidência do Senado Federal.

Um dos vetos mais significativos foi o inciso I do parágrafo primeiro do artigo 1º, que tratava do conceito de migrante. O dispositivo definia migrante como “pessoa que se desloca de país ou região geográfica ao território de outro país ou região geográfica, incluindo o migrante, o emigrante, o residente fronteiriço e o apátrida”.

O referido inciso foi vetado pois estendia a todos os estrangeiros – abrangendo inclusive o estrangeiro com residência em país fronteiriço – igualdade com os nacionais, o que foi interpretado pela Presidência da República como sendo incongruente com o artigo 5º da Constituição Federal, que estabelece igualdade apenas entre brasileiros e estrangeiros residentes em território nacional.

Nota-se que o então presidente Michel Temer destacou a residência no Brasil como sendo um pressuposto para a igualdade de direitos com os nacionais. Ocorre que, diferentemente do que se afirma nas razões de veto, a igualdade entre os nacionais e estrangeiros não é “limitada” a alguma condição. Não apenas, essa “igualdade limitada” viola o *caput* do artigo 4º do próprio diploma normativo, que estabelece que “ao migrante é garantida no território nacional, em condição de igualdade com os nacionais, a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade” (VEDOVATO; ASSIS, 2018).

10 Art. 14, § 3º O visto temporário para acolhida humanitária poderá ser concedido ao apátrida ou ao nacional de qualquer país em situação de grave ou iminente instabilidade institucional, de conflito armado, de calamidade de grande proporção, de desastre ambiental ou de grave violação de direitos humanos ou de direito internacional humanitário, ou em outras hipóteses, na forma de regulamento.

Outro veto de extrema relevância foi quanto ao parágrafo único do art. 37 e o inciso IV do art. 40 da nova Lei de Migração:

Parágrafo único do art. 37 e inciso IV do art. 40

Parágrafo único. A concessão de visto ou de autorização de residência para fins de reunião familiar poderá ser estendida, por meio de ato fundamentado, a outras hipóteses de parentesco, dependência afetiva e fatores de sociabilidade.

IV – Seja criança ou adolescente que esteja acompanhado de responsável legal residente no País, desde que manifeste a intenção de requerer autorização de residência com base em reunião familiar;

Razão dos vetos

Os dispositivos poderiam possibilitar a entrada de crianças sem visto, acompanhada de representantes por fatores de sociabilidade ou responsável legal residente e, com isso, facilitar ou permitir situações propícias ao sequestro internacional de menores (BRASIL, 2017b).

Nas razões de veto, aduz-se que os dispositivos poderiam favorecer a entrada de crianças sem visto em território nacional, bem como facilitar situações propícias ao sequestro internacional de menores (BRASIL, 2017b). Além da explicação sobre o veto ser insuficiente, em virtude da ausência de explicação acerca de quais seriam essas situações propícias ao sequestro internacional de menores, não se pode considerar que, através dos referidos vetos, as crianças migrantes estarão mais protegidas. É evidente a importância de uma legislação eficiente contra o sequestro internacional de menores, mas essa proteção deve ser feita pelas vias adequadas (VEDOVATO; ASSIS, 2018).

Outrossim, ao vetar o dispositivo concernente à extensão do instituto da reunião familiar a outras hipóteses de parentesco, evidencia-se a visão do Presidente quanto a um padrão de família eurocêntrico, que não se coaduna com a proteção aos direitos humanos almejada pelo diploma, principalmente se considerarmos os migrantes forçados. A título de exemplo, Daniel Chiaretti e Severo citam as famílias muçulmanas e indígenas venezuelanas de diversas etnias que solicitam refúgio do Brasil, as quais não organizam sua família de acordo com o modelo monogâmico ocidental (CHIARETTI; SEVERO, 2019).

Nada obstante, um dos vetos mais preocupantes diz respeito ao artigo 44¹¹, que tratava das hipóteses de dispensa de visto, sob a seguinte justificativa: “O

¹¹ “Art. 44. O titular de visto ou a pessoa de nacionalidade beneficiária de tratado ou comunicação diplomática que acarrete dispensa de visto poderá adentrar o território nacional, ressalvadas as hipóteses impeditivas previstas nesta Seção.”

dispositivo fragiliza o exercício constitucional do Poder de Polícia brasileiro pelas instituições de natureza migratória, ao esvaziar indevidamente a discricionariedade para exercício da soberania nacional” (BRASIL, 2017b).

A problemática, neste ponto, reside na supracitada razão de veto, visto que evidencia um retorno ao paradigma da segurança nacional, ao demonstrar uma preocupação exacerbada com o exercício da soberania nacional, o que vai contra o próprio espírito da Lei de Migração e o paradigma da proteção dos direitos humanos estabelecido pelo diploma (VEDOVATO; ASSIS, 2018).

Outro veto que se destaca na Mensagem n. 163/2017 foi o do parágrafo 4º do artigo 113, que definia quem são os grupos vulneráveis de migrantes:

§ 4º São considerados grupos vulneráveis os solicitantes de refúgio, os requerentes de visto humanitário, as vítimas de tráfico de pessoas, as vítimas de trabalho escravo, os migrantes em cumprimento de pena ou que respondem criminalmente em liberdade e os menores desacompanhados.”

Razão do veto

O dispositivo apresenta impropriedade, ao arrolar indevidamente como integrante de grupo vulnerável, passível portanto de benefícios no âmbito da política migratória, os indivíduos que respondam criminalmente em liberdade (BRASIL, 2017b).

Nas razões de veto, justifica-se que os indivíduos que respondem criminalmente em liberdade não são grupo vulnerável, contudo, o veto retira a proteção de todos os outros grupos que eram definidos como vulneráveis, como os requerentes de visto humanitário e os solicitantes de refúgio. Logo, evidencia-se o presente veto também se opõe ao paradigma da proteção dos direitos humanos (VEDOVATO; ASSIS, 2018).

Mesmo com os vetos presidenciais, é certo que foram conquistados avanços fundamentais na proteção dos direitos humanos dos migrantes, por exemplo, garantindo o acesso a serviços públicos, o direito à reunião familiar, o repúdio à prática de expulsão ou deportação coletivas e o direito de associação sindical. Por outro lado, muitos direitos deixaram de ser regulamentados pelo novo diploma, como o direito de exercer cargo ou função pública.

Portanto, vê-se que muitos dos vetos demonstram-se diametralmente opostos à finalidade buscada pela nova Lei de Migração, evidenciando que, apesar de o país estar no caminho certo quanto a sua política migratória, ainda há um longo caminho a percorrer.

Certamente, são necessárias contínuas ações de grupos organizados da sociedade civil em conjunto com o poder público que visem a integração dos migrantes

na sociedade brasileira.

Entre as ações da sociedade civil para assistência dos imigrantes, destaca-se a atuação da Cáritas Brasileira, que atua na acolhida, integração e proteção de migrantes e refugiados, por meio de projetos em diversas cidades do Brasil. Dos diversos projetos realizados pela Cáritas, destaca-se o Programa de Atendimento a Refugiados e Solicitantes de Refúgio – PARES – da Cáritas Arquidiocesana do Rio de Janeiro, que trata-se de um dos principais meios de atendimento aos refugiados e solicitantes de refúgio que se estabelecem na capital, buscando sua inserção na sociedade brasileira por meio de uma equipe composta por advogados, assistentes sociais, psicólogos, pedagogos e voluntários (SILVA, 2018).

É importante destacar, também, a atuação da academia nas ações de proteção aos migrantes, apátridas e refugiados. Entre estas, tem importância essencial a Cátedra Sergio Vieira de Melo, criada pelo Agência da ONU para Refugiados (ACNUR) em 2003, com o objetivo de formar uma rede entre as universidades latino-americanas que desejavam contribuir no âmbito de pesquisa e ensino sobre refúgio e migração. No Brasil, 22 universidades integram a Cátedra Sergio Vieira de Melo, atuando em ensino, pesquisa e extensão em todas as regiões brasileiras. As atuações da CSVM em parceria com as universidades produzem resultados efetivos na sociedade brasileira. Exemplo dessa efetividade, é que o número de refugiados e solicitantes de refúgio matriculados nos institutos de ensino superior conveniados à Cátedra dobrou em 2019 em relação ao ano anterior¹², o que revela uma maior atuação no sentido de regulamentação do ingresso facilitado dessas pessoas (PACHIONI, 2019).

Conclusões

O Estatuto do Estrangeiro era o reflexo de um período obscuro da história política brasileira, em que o autoritarismo se sobrepunha à proteção dos direitos humanos. O migrante, ora denominado como estrangeiro, era tratado como um forasteiro, e toda a legislação migratória buscava proteger os interesses nacionais em relação à suposta ameaça à soberania que era direcionada aos imigrantes.

Deve-se ressaltar que a Lei n. 6.815/80 foi editada no período da ditadura militar, de forma que se valorizavam principalmente os aspectos relacionados à segurança nacional. Após 1988, a referida lei mostra-se contrária aos princípios norteadores da Constituição Federal, fazendo surgir a necessidade de produção de uma norma que retratasse a situação dos migrantes em consonância com os fundamentos da Carta Magna.

¹² Atualmente, cerca de 225 refugiados e solicitantes de refúgio são alunos nas universidades conveniadas à Cátedra Sergio Vieira de Melo, sendo que 117 ingressaram ao longo de 2019.

Nesse contexto, é concebida a nova Lei de Migração, que, agora em conformidade com os preceitos constitucionais, valoriza a dignidade da pessoa humana e a proteção dos direitos humanos. Com o surgimento da Nova Lei de Migração, a perspectiva adotada pelo Estatuto do Estrangeiro é alterada e os migrantes deixam de ser considerados um problema de segurança nacional. Eles passam a ser tratados sob a ótica dos direitos humanos, sendo reconhecidos como seres humanos que precisam ter seus direitos resguardados. Logo, o paradigma da segurança nacional é alterado pela perspectiva de proteção aos direitos humanos.

É evidente a importância da promulgação de uma lei que trate a questão migratória por uma perspectiva ligada à valorização dos direitos humanos. No entanto, é imprescindível buscar garantir que o conteúdo humanitário estabelecido pela nova Lei de Migração realmente se torne uma realidade concreta, através de um compromisso do poder público e de uma atuação conjunta desse com grupos organizados da sociedade no sentido de tornar efetivos os avanços trazidos pelo novo texto normativo.

Certamente, a efetividade na aplicação do novo diploma está diretamente relacionada à criação de políticas públicas, bem como de projetos sociais, voltados à integração político-social do imigrante na sociedade brasileira, os quais possibilitem que os direitos estabelecidos pela nova Lei de Migração sejam realmente exercidos pelos migrantes em todas as situações migratórias.

Com a nova Lei de Migração, muitos direitos foram conquistados. Agora, cabe ao poder público, em parceria com a sociedade civil, tornar efetiva a sua aplicação.

Referências

BATISTA, S.; BONINI, L. M. M. Lei de migração no Brasil à luz da crise humanitária no mundo. *Âmbito Jurídico*, São Paulo, ano XX, n.166, nov. 2017. Disponível em: <https://ambitojuridico.com.br/cadernos/direitos-humanos/lei-de-migracao-no-brasil-a-luz-da-crise-humanitaria-no-mundo/>. Acesso em: 8 fev. 2020.

BATISTA, V. O. O fluxo migratório mundial e o paradigma contemporâneo de segurança migratória. *Revista Versus*. Rio de Janeiro, v.3, p. 68-78, nov. 2009.

BICHARA, J. P. Anteprojeto de lei de migrações e promoção dos direitos dos migrantes no Brasil: o tratamento jurídico dos refugiados e apátridas. *Revista de Informação Legislativa*. Brasília, v. 53, n. 209, p. 7-30, jan./mar. 2016. Disponível em: <https://www2.senado.leg.br/bdsf/handle/id/519996>. Acesso em: 12 jan. 2020.

BRASIL, D. R. As dimensões políticas, sociais e econômicas da nova lei de migração brasileira e os direitos humanos em uma sociedade globalizada. *Revista Argumentum*. Marília, SP, v. 19, n. 3, p. 757-774, maio/set. 2018.

BRASIL. *Decreto n. 1.641*, de 07 de janeiro de 1907. Providência sobre a expulsão de estrangeiros do território nacional. Rio de Janeiro: Presidência da República, 1907. Disponível em: <https://www2.camara.leg.br/legin/fed/decret/1900-1909/decreto-1641-7-janeiro-1907-582166-publicacaooriginal-104906-pl.html>. Acesso em: 20 fev. 2020.

BRASIL. *Lei n. 6.815*, de 19 de agosto de 1980. Define a situação jurídica do estrangeiro no Brasil, cria o Conselho Nacional de Imigração. Brasília, DF: Presidência da República, 1980. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L6815.htm. Acesso em: 12 fev. 2020.

BRASIL. *Lei n. 13.445, de 24 de maio de 2017*. Institui a Lei de Migração. Brasília, DF: Presidência da República, 2017a. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2017/Lei/L13445.htm. Acesso em: 12 fev. 2020.

BRASIL. *Mensagem n. 163, de 24 de maio de 2017*. Brasília, DF: Presidência da República, 2017b. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2017/Msg/VEP-163.htm. Acesso em: 12 fev. 2020.

CHIARETTI, E.; SEVERO, F. G. *Comentários ao Estatuto dos Refugiados*. v. 2. Belo Horizonte: Cei, 2018.

CULPI, L. A. Nova Lei de Migrações Brasileira: Inspiração no Modelo da Lei Migratória Argentina? *NEPRI, Núcleo de Pesquisa em Relações Internacionais da Universidade Federal do Paraná (UFPR)*. Curitiba, 2017. Disponível em: http://www.humanas.ufpr.br/portal/nepri/files/2012/04/Nova-lei-de-migra%C3%A7%C3%B5es-brasileira_Inspira%C3%A7%C3%A3o-no-modelo-da-lei-argentina.pdf. Acesso em: 22 out. 2019.

FAGUNDES, L. M.; SPAREMBERGER, R. F. L.; LOCH, A. S. O utilitarismo na política migratória brasileira: a luta por direitos humanos dos migrantes. *Revista Direitos Culturais*. Santo Ângelo, RS, v. 13, n. 31, p. 355-377, dez. 2018. Disponível em: <http://srvapp2s.urisan.tche.br/seer/index.php/direitosculturais/article/view/2871>. Acesso em: 12 jan. 2020.

GUERRA, S. A nova lei de migração no Brasil: avanços e melhorias no campo dos direitos humanos. *Revista de Direito da Cidade*. Rio de Janeiro, vol. 9, n. 4, p. 1717-1737, 2017a. Disponível em: <http://dx.doi.org/10.12957/rdc.2017.28937>. Acesso em: 4 fev.2020.

GUERRA, S. Alguns aspectos sobre a situação jurídica do não nacional no Brasil: da Lei do Estrangeiro à nova Lei de Migração. *Revista Direito em Debate*. Ijuí, RS, v. 26, n. 47, pp. 90-112, 2017b.

JUBILUT, L. L. *et al.* A necessidade de proteção internacional no âmbito da migração. *Revista Direito GV*. São Paulo, v. 6, n. 1, p. 275-294, 2010.

NUNES, P. H. F. *Lei de Migração: no marco jurídico relativo ao fluxo transnacional de pessoas*. 2. ed. Goiânia: Edição do autor, 2018.

OEA – ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS. *Convenção Americana sobre Direitos Humanos*. 1969. Disponível em: https://www.cidh.oas.org/basicos/portugues/c.convencao_americana.htm. Acesso em: 14 mai. 2021.

OLIVEIRA, A. T. R. Nova lei brasileira de migração: avanços, desafios e ameaças. *Revista Brasileira de Estudos de População*, São Paulo, v. 34, n. 1, p. 171-179, jan./abril 2017. Disponível em: https://www.scielo.br/scielo.php?pid=S0102-30982017000100171&script=sci_arttext. Acesso em: 25 ago. 2019.

ONU – ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. *Carta da Organização das Nações Unidas*. 1945. Disponível em: <https://brasil.un.org/sites/default/files/2020-09/A-Carta-das-Nac%CC%A7o%CC%83es-Unidas.pdf>. Acesso em: 4 fev.2020.

ONU – ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. *Convenção relativa ao Estatuto dos Refugiados*. 1951. Disponível em: https://www.acnur.org/fileadmin/Documentos/portugues/BDL/Convencao_relativa_ao_Estatuto_dos_Refugiados.pdf. Acesso em: 14 mai. 2021.

ONU – ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. *Declaração do Direito ao Desenvolvimento*. 1986. Disponível em: <http://www.direitoshumanos.usp.br/index.php/Direito-ao-Desenvolvimento/declaracao-sobre-o-direito-ao-desenvolvimento.html>. Acesso em: 14 mai. 2021.

ONU – ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. *Declaração Universal dos Direitos Humanos*. 1948. Disponível em: <https://www.unicef.org/brazil/declaracao-universal-dos-direitos-humanos>. Acesso em: 14 mai. 2021.

ONU – ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. *Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos*. 1966a. Disponível em: <https://www.oas.org/dil/port/1966%20Pacto%20Internacional%20sobre%20Direitos%20Civis%20e%20Pol%C3%ADticos.pdf>. Acesso em: 14 mai. 2021.

ONU – ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. *Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais*. 1966b. Disponível em: <https://www.oas.org>

org/dil/port/1966%20Pacto%20Internacional%20sobre%20os%20Direitos%20Econ%C3%B3micos,%20Sociais%20e%20Culturais.pdf. Acesso em: 14 mai. 2021.

ONU – ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. *Protocolo relativo ao Estatuto dos Refugiados*. 1967. Disponível em: https://www.acnur.org/fileadmin/Documentos/portugues/BDL/Protocolo_de_1967_Relativo_ao_Estatuto_dos_Refugiados.pdf. Acesso em: 14 mai. 2021.

ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL PARA AS MIGRAÇÕES. *Relatório mundial sobre migrações 2020*. 2019 Disponível em: <https://publications.iom.int/books/world-migration-report-2020>. Acesso em; 2 fev. 2020.

PACHIONI, M. Dobra o número de pessoas refugiadas matriculadas em universidades brasileiras associadas ao ACNUR. *ACNUR BRASIL*, Rio de Janeiro, 2019. Disponível em: <https://www.acnur.org/portugues/2019/09/16/dobra-o-numero-de-pessoas-refugiadas-matriculadas-em-universidades-brasileiras-associadas-ao-acnur/>. Acesso em: 7 abr. 2020.

PIOVESAN, F. *Direitos humanos e o direito constitucional internacional*. 14. ed., rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2013.

SILVA, A. F. O acolhimento de migrantes sírios pela Igreja Católica no Rio de Janeiro. *Espacos Revista de Teologia e Cultura*, Rio de Janeiro, v. 26, n. 2, p. 325-332, 2018. Disponível em: <https://www.espacos.itesp.com.br/index.php/espacos/article/view/224/143>. Acesso em: 5 fev. 2020.

VEDOVATO, L. R.; ASSIS, A. E. S. Q. Os vetos à nova lei de migração brasileira: a interpretação como um passo necessário. In: BAENINGER, R. *et al.* (Org.). *Migrações Sul-Sul*. Campinas, SP: Unicamp/FADISP, 2018.

DO JUIZ DAS GARANTIAS COMO INSTRUMENTO PARA ASSEGURAR A IMPARCIALIDADE

Danilo Henrique Nunes¹

Universidade de Ribeirão Preto (UNAERP)

Afonso Gonçalves Dias Neto²

Centro Universitário Estácio de Ribeirão Preto (Estácio)

Lucas Souza Lehfel³

Universidade de Ribeirão Preto (UNAERP)

Artigo recebido em: 19/01/2021.

Artigo aceito em: 14/06/2021.

Resumo

O presente trabalho teve por objetivo explorar as mudanças que traçam os contornos do pacote anticrime e, de modo específico, a figura do juiz das garantias. Assim, tem-se como objetivo principal a análise da neutralidade e parcialidade dos magistrados que atuam na fase pré-processual e processual do processo penal e se o envolvimento com este trabalho pode acabar os influenciando. Para realizar o estudo foram utilizados os métodos de revisão

bibliográfica e o hipotético-dedutivo. Como resultado da pesquisa, entendemos que o aprimoramento do processo penal é essencial para a realização da justiça em nosso país, mediante a garantia dos direitos dos investigados e o combate da parcialidade.

Palavras-chave: garantias fundamentais; imparcialidade do juiz; juiz das garantias.

1 Doutorando em Direitos Coletivos e Cidadania pela UNAERP. Mestre em Direitos Coletivos e Cidadania pela UNAERP. Especialista em Direito Civil e Direito Processual Civil pelo Centro Universitário da Fundação Educacional de Barretos (UNIFEB). Especialista em Direito Constitucional Aplicado pela Faculdade de Direito Prof. Damásio de Jesus (FDDJ). Especialista em Didática do Ensino Superior pelo UNIFEB. Graduado em Direito pelo UNIFEB. Graduado em Jornalismo pela União das Faculdades dos Grandes Lagos (UNILAGO). Graduando em Pedagogia pela Universidade Virtual do Estado de São Paulo (UNIVESP). Professor nos cursos de graduação e pós-graduação da UNAERP. Advogado, jornalista e professor universitário. ORCID: <https://orcid.org/0000-0001-9162-3606> / e-mail: dhnunes@hotmail.com

2 Especialista em Direito Penal pelo Centro Universitário Estácio de Ribeirão Preto. Bacharel em Direito pelo Centro Universitário Estácio de Ribeirão Preto. Advogado. E-mail: afonsogdm_10@hotmail.com

3 Pós-Doutor em Direito pela Universidade de Coimbra (POR). Doutor em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC-SP). Mestre em Direito das Obrigações pela Universidade Estadual Paulista Júlio de Mesquita Filho (UNESP). Graduado em Direito pela Universidade de Ribeirão Preto (UNAERP) e em Ciências Contábeis pela Universidade de São Paulo (USP). Professor titular da UNAERP e do CBM. Coordenador do Curso de Direito do CBM. Professor do Centro Universitário da Fundação Educacional de Barretos (UNIFEB). Avaliador de cursos de Direito do Ministério da Educação. ORCID: <http://orcid.org/0000-0002-1021-0891> / E-mail: lehfeldrp@gmail.com

OF THE GUARANTEE JUDGE AS AN INSTRUMENT TO ENSURE IMPARTIALITY

Abstract

The present work aimed to explore the changes that outline the contours of the Anti-Crime Package, specifically the figure of the Guarantee Judge. Thus, the main objective was to analyze the neutrality and partiality of the magistrates who work in the pre-procedural and procedural phase of the criminal process and whether this work may end up influencing them. To carry out the study,

bibliographic review and hypothetical-deductive methods were used. As a result of the research, we understand that the improvement of the criminal process is essential for the realization of Justice in our country, by guaranteeing the rights of the investigated and fighting partiality.

Keywords: *fundamental warranties; guarantee judge; judge's impartiality.*

Introdução

Tem-se a análise da postura dos magistrados em suas decisões como objetivo macro do presente estudo, levantando a provável parcialidade do julgador que atua na fase preliminar do processo penal.

Quanto ao marco histórico-temporal, por alguns séculos os magistrados assumiram o papel de inquisidor, sendo que, em 1871, com a efetiva separação dos poderes, criou-se o inquérito policial atribuindo sua condução à autoridade policial, o que significou separar o magistrado do papel de investigador. Tal divisão foi mantida e definitivamente delineada pelo Código de Processo Penal (CPP), de 1941, vigente até os dias de hoje.

A implementação da Lei n. 13.964/19, conhecida como pacote anticrime, trouxe em seu conteúdo uma inovação ao nosso ordenamento jurídico, a figura do juiz das garantias, um magistrado atuante apenas na fase investigativa do processo.

A introdução da figura do juiz das garantias no cenário processual brasileiro teve como objetivo a salvaguarda dos direitos do investigado e a garantia da imparcialidade no momento do julgamento, já que a fase pré-processual e processual estariam a cargo de magistrados distintos.

Dessa forma, destaca-se o objetivo principal do artigo de elucidar questões específicas, como a importância da imparcialidade do órgão jurisdicional, a possibilidade de delimitar e aferir a quebra da imparcialidade em virtude da atuação na fase pré-processual penal, além de tratar sobre as hipóteses de contaminação subjetiva do magistrado na fase de investigação preliminar.

Diante de tais questionamentos imprescindíveis ao processo penal, tais indagações possuem resoluções no transcorrer do presente trabalho, que em um primeiro momento descreve os sistemas processuais penais e suas características, prosseguindo em seguida com a demonstração do conceito histórico ao redor da criação do juiz das garantias e a ocorrência de sua implementação ao redor do mundo, restando por fim, a análise da possível parcialidade dos órgãos julgadores no Brasil e a importância da criação de mecanismos no intuito de proteger os direitos individuais dos acusados, evidenciando e expressando a importância da imparcialidade do órgão jurisdicional. Para a pesquisa, foi utilizado o método hipotético-dedutivo e de revisão de literatura em recorrência à autores clássicos e contemporâneos, tal como reportagens, artigos científicos e periódicos.

Em face do exposto, apesar das dificuldades para implementar o juiz das garantias, visto o número de magistrados e a grande extensão territorial brasileira, essa figura se mostra como uma boa opção para consagração da imparcialidade no sistema processual penal brasileiro.

1 Noções gerais do pacote anticrime e o juiz das garantias

A Lei n. 13.964, de 24 de dezembro de 2019 aprovada pelo Congresso e sancionada pelo presidente da república Jair Messias Bolsonaro, popularmente chamada de pacote anticrime, entrou em vigor trazendo diversas alterações no CPP.

Nessa esteira, um dos pontos controversos do pacote anticrime é a implementação do juiz das garantias, considerando o fato de que em seu texto original, tal figura não existia, sendo somente inserido quando fora tramitar em meio ao Congresso Nacional.

A emenda, proposta pelos deputados Paulo Teixeira e Margarete Coelho, trouxe a função do garantidor, que visa resguardar os direitos fundamentais e controlar a legalidade dos atos praticados na fase investigativa do processo criminal.

Dessa forma, é previsto, nos termos da proposta legislativa, a divisão das fases processuais entre dois magistrados distintos, o primeiro atuando na fase pré-processual (investigativa) como garantidor dos direitos fundamentais e legais, e o segundo, operando como responsável por conduzir a instrução criminal e prolatar a sentença.

Ainda que tais alterações aparentem ser novidade em nosso ordenamento jurídico, esse assunto já foi discutido em outro momento da nossa linha do tempo processual. No ano de 2009, o assunto vinha sendo tratado no Senado Federal no Projeto de Lei 156/2009, de autoria do senador José Sarney, o projeto propunha diversas alterações no CPP.

Evidencia-se que o juiz das garantias sempre foi discutido na área acadêmica. Para Andrade (2020), com a atuação do magistrado na fase investigativa do processo, presume-se que ele desenvolva uma prévia concepção de culpa do acusado, sendo irrelevante a instrução criminal para a prolação da sentença.

Em conclusão, a figura do juiz das garantias serve como um mecanismo de prevenir a parcialidade dos magistrados que atuam na fase de investigação do processo.

1.1 Da estruturação teórica e legislativa do juiz das garantias no Brasil

No intuito de elucidar o tema do juiz das garantias, é necessário primeiramente retroceder no tempo e esclarecer como foram desenvolvidos os sistemas processuais brasileiros.

Nada obstante, com o intuito de explorar os sistemas processuais penais,

primeiramente é imprescindível precisar o significado de um sistema e sua função para o direito.

Como bem aduz Lopes Jr. (2019, p. 46-49) em sua obra, com as transições e mudanças desempenhadas pela sociedade, os modelos processuais foram se alterando, até por volta do século XII o sistema que prevaleceu foi o acusatório, sendo que a partir do século XIII o sistema inquisitório ganhou força e se manteve por um breve período.

Assim, observamos que o sistema processual é um conceito dinâmico, pois é variável de acordo com o contexto histórico-cultural em questão, bem como a posição jurisdicional seguida.

Nesse sentido, Rangel (2019, p. 121) define o sistema processual penal como sendo “o conjunto de princípios e regras constitucionais, de acordo com o momento político de cada estado, que estabelece as diretrizes a serem seguidas à aplicação do direito penal a cada caso concreto.”

Atualmente os sistemas processuais são classificados pela doutrina em inquisitório e acusatório, no entanto, alguns doutrinadores visualizam a figura de um terceiro sistema que seria a junção de aspectos dos sistemas inquisitório e acusatório, atualmente denominado como misto.

1.1.1 Do sistema processual inquisitório

O sistema inquisitório foi adotado por volta do século XVII pela igreja Católica Apostólica Romana, para combater a heresia e tudo que contrariasse a igreja, sendo tal modelo dispersado por toda Europa até o século XVIII.

Esse modelo de tribunal, conhecido como Tribunal do Santo Ofício, qual possuía caráter de instituição judicial, exercia as funções simultâneas de investigar, acusar, defender e julgar.

Uma das figuras primordiais era o Juiz Inquisidor, grande responsável por todo o processo, que foi definido por Lopes Jr. (2019, p. 45):

É da essência do sistema inquisitório a aglutinação de funções na mão do juiz e atribuição de poderes instrutórios ao julgador, senhor soberano do processo. Portanto, não há uma estrutura dialética e tampouco contraditória. Não existe imparcialidade, pois uma mesma pessoa (juiz ator) busca a prova (iniciativa e gestão) e decide a partir da prova que ela mesma produziu.

Típico dos sistemas ditatoriais, o sistema inquisitivo tinha condenações muito severas que contrariam atualmente um dos princípios norteadores do direito, o

da dignidade da pessoa humana.

Isso posto, devido ao grande poder do juiz inquisidor, esse arbitrava em condenar um acusado mediante simples prisão temporária ou até mesmo a penalidade de morte na fogueira, cujos acusados eram queimados em praça pública.

Segundo Rangel (2019, p. 122) “o próprio órgão que investiga é o mesmo que pune. No sistema inquisitivo, não há separação de funções, pois o juiz inicia a ação, defende o réu e, ao mesmo tempo, julga-o.”

Portando, percebemos que o sistema processual penal inquisitivo surgiu em decorrência do momento histórico que atingiu os países da Europa, sendo a igreja católica protagonista desse modelo, que de maneira autoritária e violenta impunha seus desejos.

Resta evidente que a utilização de qualquer sistema meramente parecido com o inquisitivo é um retrocesso processual gigantesco, incompatível com direitos e garantias constitucionais.

Recorda-se que com as mudanças introduzidas pelo artigo 3ºB do CPP em virtude da Lei n. 13.964/19, a fase pré-processual penal brasileira, antes classificada como inquisitória, foi consagrada em definitivo, como um sistema acusatório.

Assim, foi estabelecido que em todo processo penal figurará como protagonista em sua fase inicial o juiz garantidor, que veio para amparar e respeitar o devido processo legal, assegurando ao acusado o direito de um julgamento imparcial e digno.

1.1.2 Do sistema processual acusatório

Diferente do sistema inquisitivo, em que a figura protagonista do processo era o juiz inquisidor, o sistema acusatório é típico de um sistema democrático de direito, justificado pela descentralização do poder junto ao Estado.

Com origem no direito Romano e Grego, o modelo acusatório tinha suas particularidades. Rangel (2019, p. 125) discorre sobre as características do sistema em questão:

O sistema acusatório, antítese do inquisitivo, tem nítida separação de funções, ou seja, o juiz é órgão imparcial de aplicação da lei, que somente se manifesta quando devidamente provocado; o autor é quem faz a acusação (imputação penal + pedido), assumindo, segundo nossa posição (cf. item 1.7, supra), todo o ônus da acusação, e o réu exerce todos os direitos inerentes à sua personalidade, devendo defender-se utilizando todos os meios e

recursos inerentes à sua defesa. Assim, no sistema acusatório, cria-se o *actum trium personarum*, ou seja, o ato de três personagens: juiz, autor e réu. No sistema acusatório, o juiz não mais inicia, *ex officio*, a persecução penal *in iudicium*. Há um órgão próprio, criado pelo Estado, para propositura da ação. Na França, em fins do século XIV, surgiram *les procureurs du roi* (os procuradores do rei), dando origem ao Ministério Público. Assim, o titular da ação penal pública passou a ser o Ministério Público, afastando, por completo, o juiz da persecução penal.

Recorda-se que na Grécia antiga o juiz assumia somente a função de árbitro, conduzindo um tribunal que era previamente constituído para julgar a lide. Segundo Vélez Mariconde (1956, *apud* TOURINHO FILHO, 2010, p. 104), os juízes “punham-se na posição puramente passiva de árbitros de uma luta leal entre as partes; afinal, votavam sem deliberar. A decisão era tomada pela maioria de votos. Quando havia empate, o acusado era absolvido.”

Como visto, a atuação do juiz no modelo acusatório somente se dava a partir de sua provocação, não cabendo mais a instauração do processo de ofício como no modelo inquisitivo, sendo tal função designada a um órgão diverso ao do juiz, esse que figurava como garantidor, assim mantendo uma equidistância das partes durante o processo, podendo decidir de forma imparcial e com ética.

Conforme descrito acima, uma das características do sistema acusatório é a divisão das funções. Portanto, há existência de um órgão acusador diverso do juiz.

Devido as incongruências entre o CPP e a Constituição Federal, muitos doutrinadores discutem acerca do sistema penal adotado no Brasil.

Contribuindo com o aludido, Lima (2020, p. 44) disserta em sua obra que “esta mera separação das funções de acusar e julgar não basta para a caracterização do sistema acusatório, porquanto a imparcialidade do magistrado não estará resguardada enquanto o juiz não for estranho à atividade investigatória e instrutória.”

Ainda que o Brasil adote na fase preliminar um modelo inquisitivo, é discutida por alguns doutrinadores a adoção de um terceiro sistema, o misto.

1.1.3 Do sistema processual misto

O sistema processual misto teve como base o Código Napoleônico de 1808, nascendo das mudanças que o modelo inquisitório sofria na época. Segundo Lopes Jr. (2019, p. 49):

O chamado “Sistema Misto” nasce com o Código Napoleônico de 1808 e a divisão do processo em duas fases: fase pré-processual

e fase processual, sendo a primeira de caráter inquisitório e a segunda acusatória. É a definição geralmente feita do sistema brasileiro (misto), pois muitos entendem que o inquérito é inquisitório e a fase processual acusatória (pois o MP acusa).

Nesse sentido, Lima (2020, p. 45) aduz que a nomenclatura “mista” vem da adoção de duas fases processuais, a primeira conhecida como sistema inquisitório, faz parte da fase pré-processual, ou seja, o momento investigativo do processo, esse momento é conhecido por não existirem os princípios de publicidade, do contraditório ou da ampla defesa.

Ao contrário da primeira fase, a segunda fase, conhecida como modelo acusatório, possui todos os direitos fundamentais, sendo amparada pelos princípios de publicidade, da ampla defesa e do contraditório, entre outros direitos.

Consoante ao exposto, quanto as características próprias do sistema misto, Rangel (2019, p. 129, grifo nosso) leciona:

- a) a fase preliminar de investigação é levada a cabo, **em regra, por um magistrado que, com o auxílio da polícia de atividade judiciária**, pratica todos os atos inerentes à formação de um juízo prévio que autorize a acusação. Em alguns países, esta fase é chamada de “juizado de instrução” (v. g . Espanha e França). **Há nítida separação entre as funções de acusar e julgar, não havendo processo sem acusação (*nemo iudicio sine actore*);**
- b) na fase preliminar, o procedimento é secreto, escrito e o autor do fato é mero objeto de investigação, não havendo contraditório nem ampla defesa, face à influência do procedimento inquisitivo;
- c) a fase judicial é inaugurada com acusação penal feita, em regra, pelo Ministério Público, onde haverá um debate oral, público e contraditório, estabelecendo plena igualdade de direitos entre a acusação e a defesa;
- d) o acusado, na fase judicial, é sujeito de direitos e detentor de uma posição jurídica que lhe assegura o estado de inocência, devendo o órgão acusador demonstrar a sua culpa, através do devido processo legal, e destruir este estado. O ônus é todo e exclusivo do Ministério Público;
- e) o procedimento na fase judicial é contraditório, assegurada ao acusado a ampla defesa, garantida a publicidade dos atos processuais e regido pelo princípio da concentração, em que todos os atos são praticados em audiência.

Ainda, Rangel (2019, p. 130) entende “que o sistema misto (juizado de instrução), não obstante ser um avanço frente ao sistema inquisitivo, não é o melhor sistema, pois ainda mantém o juiz na colheita de provas, mesmo que na fase preliminar da acusação.”

No mesmo sentido para Lima (2020, p. 42, grifo nosso):

Essa concentração de poderes nas mãos do juiz compromete, invariavelmente, sua imparcialidade. Afinal, o juiz que atua como acusador fica ligado psicologicamente ao resultado da demanda, perdendo a objetividade e a imparcialidade no julgamento. Nesse sistema, não há falar em contraditório, o qual nem sequer seria concebível em virtude da falta de contraposição entre acusação e defesa. Ademais, geralmente o acusado permanecia encarcerado preventivamente, sendo mantido incomunicável.

Dessa forma, como explanado acima, a utilização do sistema misto processual pode contribuir para que exista erros. Isto posto, inconscientemente os magistrados possam tender a proferir sentenças imparciais, devido ao seu contato prévio com a fase investigativa do processo.

Como sabido, o inquérito policial somente gera atos investigativos. Atos esses que não são revestidos por contraditório ou ampla defesa, dessa forma, os atos investigativos devem ser limitados para que as provas sejam realizadas na fase processual do processo, evitando assim um prejulgamento do acusado e uma decisão errônea.

Como bem ressalta Nucci (2020, p. 114, grifo nosso):

O sistema adotado no Brasil era o misto; hoje, após a reforma realizada pela Lei 13.964/2019, é o acusatório mitigado. Na Constituição Federal de 1988, foram delineados vários princípios processuais penais, que apontam para um sistema acusatório; entretanto, como mencionado, indicam um sistema acusatório, mas não o impõem, pois quem cria, realmente, as regras processuais penais a seguir é o Código de Processo Penal.

Evidente que o sistema adotado no Brasil anterior a Lei n. 13.964/19 – momento da aprovação do pacote anticrime – era o misto, mas com a promulgação dos arts. 3ºB ao 3ºF e a adoção do juiz das garantias o sistema acusatório se consagra como modelo único adotado pelo CPP.

2 Comparativo do juiz das garantias brasileiro e estrangeiro

A figura do juiz das garantias não é inédita no direito estrangeiro, sendo já utilizada em alguns países da Europa, como Portugal, Itália e em nossos vizinhos Chile e Argentina. Com ideias semelhantes, todos possuem a mesma característica de utilizar um juiz que atuará exclusivamente na fase investigativa do processo.

Conforme os breves ensinamentos de Andrade (2020, p. 53-60), o anteprojeto do novo CPP que tramitava no ano de 2009, foi o início das discussões para implementar o juiz das garantias em nosso ordenamento jurídico, dessa forma, faz-se referência direta aos sistemas de quatro países da Europa, sendo eles: Portugal, Itália, Espanha e Alemanha.

Para entender melhor como é o funcionamento do juiz das garantias no continente Europeu e em nossos vizinhos sul-americanos é imprescindível tratar de alguns países que o adotaram como modelo.

2.1 Do método português

O novo CPP de Portugal entrou em vigor no ano de 1988, possuindo matriz nitidamente acusatória.

Lopes Jr. (2001, p. 235) descreve o CPP português como um modelo nitidamente influenciado por discussões em torno do CPP italiano.

O juiz em Portugal não é protagonista do processo, sendo o Ministério Público o verdadeiro protagonista.

Parafrazeando Lopes Jr. (2001, p. 237) os juízes portugueses são sempre divididos em dois, o primeiro conjunto, conhecido como juiz investigador atua na fase inicial do processo, mas possuem uma particularidade, nunca agem de ofício, sempre necessitam ser provocados pelo Ministério Público, polícia, sujeito passivo ou assistente de acusação.

No segundo conjunto, o juiz assume a função de garantista, possuindo o trabalho de verificar a legalidade, direitos fundamentais do acusado, sempre sendo sujeito a provocação das pessoas citadas acima.

Vislumbramos que o sistema português possui características de um sistema misto, mas com a possibilidade da atuação de um juiz garantista, juiz esse que devido ao envolvimento e por ter sua imparcialidade comprometida não realiza a pronúncia, isto é, a continuidade ou não do processo, cabendo essa tarefa a outro órgão.

2.2 Do método paraguaio

O CPP paraguaio entrou em vigor em março de 2000, após um período de transição.

Dentre as mudanças realizadas, uma das mais importantes foi a adoção do modelo acusatório, com a implementação do juiz das garantias.

Semelhante ao modelo implementado na Europa, a fase investigativa passou a ser de competência do Ministério Público em conjunto com polícia.

O juiz nesse sistema somente atua para controlar a forma de obtenção das provas, decidir medidas cautelares, além de possuir o poder do juízo de admissibilidade, podendo arquivar ou não o processo.

O juiz, no modelo adotado no Paraguai, possui um dos principais poderes, que é o de fazer ser cumpridas todas as garantias constitucionais do acusado.

Nesse sentido, Andrade (2020, p. 65):

Em suma, o CPP do Paraguai, em todos os demais procedimentos distintos do abreviado, elege o mesmo critério pregado pelo TEDH ao auferir a (im)possibilidade de o juiz da fase de investigação poder atuar na fase de julgamento, qual seja: analisou o mérito mais do que devia, então está fora!

Dessa forma, o juiz atuante na fase pré-processual no direito paraguaio, semelhante aos modelos adotados na Europa e no Chile, fica impossibilitado de exercer qualquer atividade na fase processual do processo. Isso tudo, com o fim de não existir parcialidade do juiz no momento de sua decisão final, ou seja, a sentença.

Nessa acepção, vale ressaltar a função do juiz garantidor possuinte da função de julgar, qual nos termos do CPP paraguaio, que revela:

Artículo 420⁴. ADMISIBILIDAD. Hasta la audiencia preliminar, se podrá proponer la aplicación del procedimiento abreviado cuando:

- 1) se trate de un hecho punible que tenga prevista una pena máxima inferior a cinco años, o una sanción no privativa de libertad;
- 2) el imputado admita el hecho que se le atribuye y consienta la

⁴ Artigo 420. ADMISIBILIDADE. Até a audiência preliminar, poderá ser proposta a aplicação do procedimento abreviado quando:

- 1) Tratando-se de ato punível com pena máxima inferior a cinco anos, ou pena não privativa de liberdade;
- 2) o acusado confessar o fato que lhe é atribuído e consentir com a aplicação deste procedimento;
- 3) o defensor prova, com a sua assinatura, que o acusado deu seu livre consentimento.

A existência de coacusados não impede a aplicação destas regras a qualquer deles (livre tradução do autor).

aplicación de este procedimiento; y,

3) el defensor acredite, con su firma, que el imputado ha prestado su consentimiento libremente.

La existencia de coimputados no impide la aplicación de estas reglas a alguno de ellos.

Como visto, o juiz das garantias possui competência para julgar caso ocorra o procedimento abreviado. Nesse sentido, Andrade (2020, p. 65) expressa:

O referido procedimento se destina aos ilícitos penais cuja pena seja inferior a cinco anos de prisão, ou cuja sanção não estabeleça privação de liberdade. Em tais hipóteses, o Ministério Público, em conjunto com o defensor e o investigado/acusado, poderão requerer, até o início da chamada audiência preliminar, a aplicação antecipada de pena, desde que haja a confissão por parte do sujeito passivo (art. 420 do CPP paraguaio). Logo, o juiz das garantias paraguaio pode condenar alguém, mesmo tendo participado da investigação. Por outro lado, não há como negar que, afora esse procedimento, nos demais o juiz das garantias estará impedido, por expressa determinação legal, de atuar como julgador do fato a que teve contato na fase de investigação.

Por fim, a implementação do *juez de garantías*, foi um mecanismo para evitar que ocorra a contaminação do magistrado atuante no processo, e reduzir a probabilidade de que sua convicção seja comprometida resultando na quebra de sua imparcialidade.

3 Da estruturação e da responsabilidade do juiz das garantias no Brasil

Impreterível exteriorizar, a princípio, a idealização de criação do juiz das garantias no ordenamento pátrio brasileiro e seu intuito meritório. Assim sendo, segundo Lima (2020, p. 114), a figura do juiz citado possuiu a tentativa de inclusão no processo penal brasileiro mediante a finalidade de ser o responsável por verificar a legalidade na fase pré-processual, atuando em conjuntura como garantista dos direitos constitucionais. Conforme já explicitado, o juiz das garantias foi criado à luz de sistemas processuais europeus e latinos.

Semelhante aos modelos implementados ao redor do mundo, o sistema adotado pelo Brasil, segundo Lima (2020 p. 114):

Consiste, pois, na outorga exclusiva, a um determinado órgão jurisdicional, da competência para o exercício da função de garantidor dos direitos fundamentais na fase investigatória da persecução penal, o qual ficará, na sequência, impedido de funcionar no processo judicial desse mesmo caso penal.

Podemos visualizar que existe um fracionamento nas responsabilidades dos juízes atuantes no processo penal, cada um com sua função delimitada. O juiz das garantias será o responsável pela fase investigativa e recebimento da denúncia, enquanto na etapa processual, a responsabilidade consistirá no juiz de julgamento.

Dessa forma, o juiz responsável pela instrução processual não receberá, nem se contaminará pelas provas produzidas na fase anterior, já que somente as provas irrepetíveis, medidas de obtenção e antecipação de provas serão encaminhadas para sua análise, assim não comprometendo sua imparcialidade.

Por fim, o juiz das garantias introduzido pela Lei n. 13.964/19, popularmente conhecido como pacote anticrime, trouxe uma inovação que se intenta aperfeiçoar a atuação jurisdicional criminal brasileira, evitando erros em razão da especialização da matéria.

3.1 Posição do juiz das garantias na investigação preliminar

Visando manter a lógica do sistema acusatório, a implementação do juiz das garantias coíbe a participação dos juízes de atuarem em tarefas investigativas.

Nesse sentido, Lima (2020, p. 131-132) discorre:

A atuação do juiz das garantias na fase investigatória deve se pautar por uma postura totalmente suprapartes – não no sentido de estar acima das partes, mas sim na ideia de que deve estar para além dos seus interesses –, de absoluto alheamento aos interesses do Estado na identificação de fontes de prova, agindo apenas diante de prévia provocação do Ministério Público, da Polícia ou do próprio ofendido (este, nos crimes de ação penal privada). Não deve ele, portanto, exercer qualquer atividade de orientação da investigação preliminar, nem tampouco presenciar a produção de eventuais elementos informativos, salvo, quando, logicamente, sua presença se revelar necessária, a exemplo do que ocorre diante da designação de audiência para a produção de provas antecipadas.

Assim, na fase preliminar do processo, as decisões proferidas pelo juiz das garantias não se vinculam o juiz da instrução e julgamento, que, após o recebimento da denúncia ou queixa, deverá reexaminar a necessidade das medidas cautelares, sendo os autos da investigação preliminar atrelados ao juiz das garantias, salvo as provas irrepetíveis.

Uma das principais responsabilidades do juiz das garantias é a sua atuação pela salvaguarda dos direitos individuais e pelo controle de legalidade da investigação preliminar, sempre exercendo seu poder de forma excepcional.

Nesse sentido, Lopes Jr. (2019, p. 142) aduz:

Isso porque o inquérito policial pode iniciar, desenvolver-se e ser concluído sem a intervenção do juiz. Ele não é um sujeito necessário na fase pré-processual e será chamado quando a excepcionalidade do ato exigir a autorização ou controle jurisdicional ou ainda quando o sujeito passivo estiver sofrendo restrições no seu direito de defesa, à prova, acesso aos autos etc., por parte do investigador.

Por fim, resta claro que o juiz das garantias somente exerce o papel de garantista na fase preliminar do processo, atuando de forma excepcional e quando provocado pelos órgãos e interessados competentes, ou seja, Ministério Público, polícia e as partes.

4 Da principiologia imparcialidade do juiz como base para a criação do juiz das garantias

A imparcialidade do juiz possui implicação direta na aplicação do direito à luz da busca pela verdade dos fatos e a consequente substituição de autonomia das partes em detrimento de seus direitos individuais, tendo em vista a norma penal coercitiva tipificada como crime no ordenamento pátrio, sendo dever do juiz, como representante do Estado, fazer valer a persecução penal da forma mais imparcial e equitativa possível.

Nesses termos, segundo Lopes Jr. (2019, p. 70) “a imparcialidade do órgão jurisdicional é um “princípio supremo do processo” e, como tal, imprescindível para o seu normal desenvolvimento e obtenção do reparto judicial justo.”

O princípio da imparcialidade foi considerado uma grande justificativa para a implantação do juiz das garantias. Com a separação dos poderes dos juízes o julgamento tornou-se muito mais imparcial.

Nesse sentido, Lima (2020, p. 115) disserta:

A inovação introduzida pela Lei n. 13.964/19 guarda relação, portanto, com o reconhecimento explícito, por parte da legislação processual penal, do entendimento de que não há condições mínimas de imparcialidade num processo penal que autoriza que o mesmo julgador que interveio na fase investigatória tenha competência, mais adiante, para apreciar o mérito da imputação, condenando ou absolvendo o acusado. Ou seja, diante de possíveis prejuízos causados à imparcialidade do magistrado decorrentes do contato que teve com os elementos informativos produzidos na investigação preliminar, e as tomadas de decisões que teve que fazer, decretando, por exemplo, medidas cautelares pessoais, o que se está a buscar com a nova figura do juiz das garantias é o seu afastamento definitivo da fase processual, preservando-se, assim, sua imparcialidade para o julgamento do feito sem quaisquer pré-julgamentos, para que possa, enfim, adentrar o julgamento do feito sem amarras que possam comprometer sua imparcialidade, deixando de ser, assim, um terceiro involuntariamente manipulado no processo. Trata-se, pois, de uma verdadeira espécie de blindagem da garantia da imparcialidade.

Nessa esteira, Zilli (2003, p. 140) explica:

Caracteriza-se pelo desinteresse subjetivo do juiz diante do caso posto a julgamento, ficando este impedido de servir aos interesses subjetivos de alguma das partes processuais. Deve, por consequência, atuar como um observador desapaixonado, exercendo o poder jurisdicional com isenção sem permitir que fatores alheios interfiram na condução da marcha processual e no conteúdo de sua decisão.

Dessa forma, estabelecendo o juiz das garantias para a fase investigativa e outro juiz para a fase processual, impede-se que este seja contaminado com as provas produzidas na fase pré-processual, e tenha a sua imparcialidade comprometida.

Podemos destacar que o doutrinador Carnelutti (2009, p. 23) entende que a imparcialidade humana é muito difícil de se atingir. Pode-se dizer que os juízes através de estudos psicológicos, antropológicos e sociológicos, podem buscar diminuir sua parcialidade, mas em razão da sua condição humana, aquela nunca será atingida por completo.

Assim, conforme visto, não podemos extinguir a parcialidade, mas podemos criar mecanismos para atenuá-la.

Diante o aludido, Ferrajoli (2002, p. 464) leciona:

Esses três perfis da imparcialidade do juiz requerem garantias orgânicas que consistem do mesmo modo em separações: a imparcialidade requer a separação institucional do juiz da acusação pública; a independência requer a sua separação institucional dos outros poderes do Estado e por outro lado a difusão da função judiciária entre sujeitos não dependentes um do outro; a naturalidade requer exclusivamente a sua separação de autoridades comissionadas ou delegadas de qualquer tipo e a predeterminação exclusivamente legal das suas competências. E supérfluo acrescentar, por fim, que a imparcialidade, além das garantias institucionais que a suportam, forma um hábito intelectual e moral, não diverso do que deve presidir qualquer forma de pesquisa e conhecimento.

Deste modo, entende-se que os três perfis falados por Ferrajoli são o princípio do juiz natural, imparcial e independente, princípios previstos na Constituição Federal e de caráter absoluto.

Ressalta-se que o Tribunal Europeu de Direitos Humanos (TEDH) já se manifestou sobre o tema, possuindo vários casos emblemáticos, como por exemplo, o caso *Piersack versus Bélgica* de 1982 e caso *Cubber versus Bélgica* de 1984.

Vejamos as palavras de Lopes Jr. (2019, p. 73):

Enfrentando esses resquícios inquisitórios, o Tribunal Europeu de Direitos Humanos (TEDH), especialmente nos casos *Piersack*, de 01/10/1982, e *De Cubber*, de 26/10/1984, consagrou o entendimento de que o juiz com poderes investigatórios é incompatível com a função de julgador. Ou seja, se o juiz lançou mão de seu poder investigatório na fase pré-processual, não poderá, na fase processual, ser o julgador. É uma violação do direito ao juiz imparcial consagrado no art. 6.1 do Convênio para a Proteção dos Direitos Humanos e das Liberdades Fundamentais, de 1950. Segundo o TEDH, a contaminação resultante dos “pré-juízos” conduz à falta de imparcialidade subjetiva ou objetiva.

Orientados por essas decisões, os doutrinadores garantistas e o próprio TEDH não aceitam o critério da prevenção como regra de competência, o qual antes da Lei 13.964/19 era o adotado no Brasil, isso porque, conforme visto, o magistrado que atua na fase investigativa se contamina, podendo ser imparcial em suas decisões na fase processual.

Em conformidade, explicita Lopes Jr. (2016, p. 64):

[...] partindo das decisões do Tribunal Europeu de Direitos Humanos (TEDH), a maior parte dos países europeus passou a considerar a prevenção como geradora de uma presunção absoluta de parcialidade. Isto é, o juiz preventivo tem sua imparcialidade comprometida e não pode participar do julgamento.

Logo, o TEDH cada vez mais amplifica a abrangência da teoria da aparência da imparcialidade e forma uma presunção de que a prevenção não deve ser uma regra de competência como no Brasil, mas muito pelo contrário, uma causa de exclusão da competência para garantia da imparcialidade.

Para Gomes Filho (2013, p. 32) a imparcialidade pode ser definida como:

[...] Um valor que se manifesta, sobretudo, no âmbito interno do processo, traduzindo a exigência de que na direção de toda a atividade processual o juiz se coloque sempre super partes, conduzindo-se como um terceiro desinteressado, acima, portanto, dos interesses em conflito.

O TEDH subdivide a imparcialidade entre subjetiva e objetiva, sendo a primeira, à luz da doutrina de Lima (2020, p. 121), deve ser:

[...] examinada no íntimo da convicção do magistrado, e visa evitar que o processo seja conduzido por alguém que já tenha formado uma convicção pessoal prévia acerca do objeto do julgamento, ou seja, pode ser traduzida na impossibilidade de o magistrado aderir às razões de uma das partes antes do momento processual estabelecido.

Contudo, examinar uma possível imparcialidade subjetiva é uma tarefa complexa, pois está relacionada ao vínculo do juiz com as partes, sendo essa imparcialidade presumida, devendo as partes demonstrarem sinais de que o magistrado está tratando o acusado de forma diferenciada.

Já a segunda, a imparcialidade objetiva é definida por Renato Brasileiro de Lima (2020, p. 121):

[...] é aferida a partir da postura da entidade julgadora, que não deverá deixar qualquer espaço de dúvida de que conduz o processo sem preterir uma parte à outra, ou seja, não basta ser imparcial, sendo indispensável que o juiz aparente tal imparcialidade.

Quanto ao trecho acima, considera-se que o juiz deverá conduzir o processo oferecendo garantias suficientes para que as partes não fiquem com dúvidas acerca de sua atuação.

Nesse sentido, segundo Ferrajoli (2006, *apud* LIMA FILHO, 2020, p. 104):

Portanto, mais do que um julgamento imparcial, há de se assegurar uma aparência de imparcialidade à atividade jurisdicional, já que a sua própria legitimidade depende, consoante leciona Ferrajoli, da confiança das partes e da sociedade na imparcialidade do magistrado, de modo que não se pode ter temor de que o julgamento esteja afeito a um juiz inimigo, ou, de qualquer modo, parcial.

Conforme já citado anteriormente, podemos destacar o julgamento do caso *Piersack versus Bélgica*, em que um promotor que atuou na fase investigativa do processo tornou-se juiz e julgou o fato por ele mesmo investigado.

Foi entendido pelo Tribunal que houve imparcialidade por parte do juiz, que segundo Badaró (2011, p. 346), fere a premissa de que “o exercício prévio no processo de determinadas funções processuais pode provocar dúvidas de parcialidade”.

Exercendo um papel antagônico, Andrade (2020, p. 31) acredita que no Brasil “os requisitos necessários para o recebimento da acusação não exigem uma análise profunda da possível culpabilidade do acusado, razão pela qual não há risco de formação de um pré-julgamento já na primeira intervenção no processo”.

Em mesmo entendimento, Andrade (2020) alega que os juízes brasileiros que realizam as decisões na fase pré-processual, como cautelares, possuem apenas um contato superficial aos elementos investigados. Ao contrário da fase processual, em que o juiz precisa possuir diversos elementos probatórios para a prolação da sentença. Dessa forma, as decisões iniciais nada influenciam, e nem contaminam os magistrados.

Por fim, não se espera que o juiz das garantias seja o protetor dos acusados, mas sim que aplique os preceitos legais e direitos individuais de cada sujeito.

4.1 Das hipóteses de contaminação dos magistrados diante de uma inimizade ou amizade

A imparcialidade é uma garantia processual de que o processo será justo, devendo o juiz colocar-se entre as partes e acima delas, sendo essa a primeira condição para que ele exerça sua função jurisdicional.

Diante do aludido, discorre Lopes Jr. (2019, p. 105), que a:

[...] gestão da prova deve estar nas mãos das partes (mais especificamente, a carga probatória está inteiramente nas mãos

do acusador), assegurando-se que o juiz não terá iniciativa probatória, mantendo-se assim suprapartes e preservando sua imparcialidade.

Considerando os recentes vazamentos de possíveis conversas entre procuradores da República e o juiz responsável pela operação Lava Jato, levantou-se ao questionamento por parte dos cidadãos sobre a imparcialidade dos magistrados brasileiros. Eles questionaram se realmente os juízes e procuradores são capazes de isolar o preconceito e executar o julgamento de forma imparcial.

A imparcialidade do juiz de que tratamos não é a mera técnica, e sim uma conduta ativa de compromisso do magistrado, em que a imparcialidade subjetiva ou objetiva deve estar a serviço de uma ética da humanização.

Nessa acepção, para Souza (2008, p. 59-65):

[...] a parcialidade positiva decorre tanto mais de uma dupla vertente, que exige um julgador sem inclinações pessoais em favor de uma das partes e, também, que leve em consideração as desigualdades sociais, culturais e econômicas das partes; que de uma mera colisão entre princípios da imparcialidade e igualdade.

É inevitável que eventual inimizade ou amizade entre procuradores, juízes e advogado possam contaminar a decisão do magistrado, podendo ensejar uma decisão tendenciosa, sendo inquestionável que haverá um prejuízo para as partes.

Ocorre que, a simples alegação de inimizade pelo advogado não gera a suspensão do juiz da ação sob julgamento.

Embora a legislação brasileira não preveja a hipótese de abstenção ou recusa do juiz em decorrência de amizade íntima ou inimizada, é evidente que será mais problemático o caso de inimizade existente, já que nessa hipótese o magistrado poderá criar mecanismos fraudulentos para dificultar a defesa do acusado.

Vejam a Lei n. 11.689/2008, qual impediu os magistrados, em plenário do júri, de realizarem a leitura do relatório da pronúncia, sendo que tal leitura muitas vezes acontecia de forma tendenciosa e acabava influenciando os jurados em suas decisões.

Nesses termos, Rangel (2019, p. 83) narra que vivenciou uma experiência incomum tratando-se de imparcialidade em plenário do júri, vejamos:

Participamos de um júri em que o magistrado, com desejo de ver o réu condenado, elaborou um relatório, à época em que o CPP permitia a leitura de relatório em plenário, utilizando palavras pejorativas, que não constavam dos autos, de forma a induzir os jurados a condenar o réu. A defesa protestou e requereu que se

constasse em ata, e, posteriormente, em grau de recurso defensivo, a condenação do réu foi anulada no tribunal.

Evidente que a leitura do relatório pelo juiz presidente do júri influencia os jurados. No entanto, antes da criação da Lei n. 11.689/2008, esse era um dos mecanismos dos magistrados para influenciar em condenações ou não de acusados em plenário.

A utilização de palavras pejorativas induz os jurados a interpretarem o caso de maneira diferente. Já com a leitura ficando a cargo dos próprios jurados, esses não são influenciados, assim, evitando parcialidade em seus votos.

4.2 Da imparcialidade dos juízes atuantes na fase pré-processual: uma antecipação da culpabilidade

Iniciar-se-á mediante as palavras de Pozzebon (2007, p. 174/175):

[...] todos os seres humanos, sem exceção, fazem uma leitura própria da sociedade em que vivem, com seus antagonismos, injustiças e costumes, e imprimem, às decisões que proferem, uma carga valorativa que expressa, justamente, esta leitura e, acima de tudo, o seu posicionamento crítico frente a ela. A figura do magistrado não é exceção.

Assim, toda pessoa interpreta a sociedade de uma forma, com os magistrados não é diferente, entretanto, os juízes, devido a sua posição, devem sempre atuar dentro dos limites legais e princípios constitucionais.

Em alguns casos, verifica-se que os magistrados se confundem com a acusação, antecipando a culpabilidade dos acusados, que, por diversas vezes, têm sua liberdade cerceada sem ao menos existir provas concretas dos crimes que lhes são imputados.

Através de prisões cautelares com fundamentos genéricos, muitas vezes tiradas de um banco de modelos, os magistrados fundamentam suas decisões com base em inquéritos sem ao menos dar a possibilidade de que o acusado se defenda.

No intuito de exemplificar o exposto, traz-se o caso do tráfico de drogas, em que muitas vezes o acusado é condenado com porções minúsculas de droga e é taxado como traficante. Diante o exposto, Semer (2019) instrui:

Enfim, os policiais são críveis, quando coerentes, são tolerados quando contraditórios e são auxiliados quando desmemoriados; não resta mais do que o mero aval policial para desencadear a perseguição e fixar bases para a condenação. Do outro lado,

o desprezo absoluto pela versão e testemunhos de defesa (repelidas em abstrato pela parcialidade) além de mecanismos que privilegiam a inversão do ônus probatório – como a necessidade do próprio réu de fazer a prova diabólica de que a droga apreendida consigo teria exclusivamente a finalidade de consumo.

Conforme visto, devido à dificuldade de se provar que a droga apreendida era para o consumo pessoal do acusado, esse acaba por ser preso preventivamente, impulsionando assim o encarceramento em massa e o empoderamento das facções criminosas, que se utilizam de falsas promessas para recrutar usuários. Conforme Semer (2019), “cerca de 89% dos processos se iniciam com a prisão em flagrante [...]. Pouco mais de 10% dos casos se iniciaram com investigações prévias, que levaram, por exemplo, a buscas e apreensões domiciliares ou interceptações telefônicas”.

Dessa forma, a adoção do juiz das garantias garante uma maior imparcialidade do juiz, visto que não será contaminado pelas narrativas obtidas no inquérito policial, bem como implementará de vez o modelo acusatório no sistema processual penal brasileiro.

5 Dos aspectos controversos à implantação do juiz das garantias

Conforme demonstrado, alguns doutrinadores veem a necessidade da implementação do juiz das garantias no Processo Penal do Brasil.

No entanto, alguns apontam por argumentos contrários à implementação do juiz das garantias no Brasil. Segundo o desembargador federal do Tribunal Regional Federal da 2ª Região, Abel Fernandes Gomes (2010, p. 102):

Contudo, com todo respeito aos argumentos que procuram sustentar a afirmação – até certo ponto preconceituosa – de que todo juiz que decide medidas provisórias estará contaminado para sempre por esse contexto decisório, tais assertivas não se revestem de nenhuma base científica. Do que se parte, para tais afirmações, por vezes, é de um juízo daquilo que se imagina difícil, possível, ou provável acontecer.

Dessa forma, o desembargador citado demonstra que a adoção da figura do juiz das garantias por si só não é o suficiente para evitar a contaminação de

magistrados em sua decisão, uma vez que o juiz que atuaria como garantidor, estaria propenso também em ser parcial, reforçando que tais assertivas não possuem respaldo científico para determinar ou não a contaminação do magistrado.

Um segundo argumento seria que o magistrado que realiza diligências na fase pré-processual como a constituição de provas, medidas cautelares e outros, seria suscetível a parcialidade, pois não as desqualificaria no momento de sua decisão.

Nesse sentido, Gomes (2010, p. 103) explicita:

É que, tecnicamente, o juiz, na fase pré-processual, apenas examina se as circunstâncias do pedido estão de acordo com a autorização legal e constitucional para atuação de meios de reunião de elementos e medidas mais incisivas nos direitos fundamentais do sujeito, mas não as executa ou desenvolve, nem apura o seu conteúdo material.

Em conformidade, entende Moraes (2010, p. 22):

[...] havia elementos para investigar e para acusar legitimamente uma pessoa, portanto, a tendência em condená-lo somente será revertida se ele (ou a sua Defesa) demonstrar que eu errei ou que desconhecia elementos a serem apresentados em juízo, caso contrário (caso não prove sua inocência, aqui está a presunção de culpa), será mantida a convicção que já possuo e já formei desde o início.

Assim, entendem os autores que o magistrado atuante na fase pré-processual não será contaminado pelas suas decisões anteriores, portanto, não comprometerá sua decisão final. Entendem ainda, que cabe aos defensores provarem a inocência do acusado.

5.1 Da questionada suspensão cautelar da eficácia do juiz das garantias

Deve-se destacar que após a promulgação da Lei 13.964/19, o ministro Dias Toffoli, no exercício de sua função como presidente do STF, manteve a implementação do juiz das garantias e fundamentou que não foi dado tempo hábil para a implementação do instituto, que até então era somente 30 dias. Assim, determinou a dilação do prazo para 180 dias.

No entanto, o ministro Luiz Fux, vice-presidente do Supremo Tribunal Federal, no dia 21 de janeiro de 2020, revogou a liminar concedida anteriormente pelo ministro Dias Toffoli. Dessa forma, suspendeu a implementação do juiz das garantias até que a decisão seja referendada no Plenário da Corte.

Em sua decisão, entendeu o ministro Luiz Fux (2020, ADI n. 6299 MC/DF):

Por sua vez, em uma primeira análise, a inconstitucionalidade material dos dispositivos 3º-B a 3º-F do Código de Processo Penal exsurge especialmente a partir de dois grupos de argumentos: a ausência de dotação orçamentária e estudos de impacto prévios para implementação da medida e o impacto da medida na eficiência dos mecanismos brasileiros de combate à criminalidade.

Sustentou o ministro que a implementação do juiz das garantias não passou por uma prévia pesquisa de viabilidade, podendo o poder judiciário não ter condições de arcar com os gastos que sua implementação traria, gastos esses não previstos na Lei Orçamentária Anual.

Novamente o ministro Luiz Fux (2020, ADI n. 6299 MC/DF) em sua decisão:

Concorde-se ou não com a adequação do juiz das garantias ao sistema processual brasileiro, o fato é que a criação de novos direitos e de novas políticas públicas gera custos ao Estado, os quais devem ser discutidos e sopesados pelo Poder Legislativo, considerados outros interesses e prioridades também salvaguardados pela Constituição.

Contrariando o ministro Luiz Fux, o presidente da câmara dos deputados, Rodrigo Maia, criticou-o durante uma sessão do plenário no dia 22 de janeiro de 2020, entendendo que a decisão sobre a suspensão do juiz das garantias foi “desnecessária e desrespeitosa”, sendo essa implementação “um dos mais importantes avanços que esta proposta teve não vindo do ministro da Justiça, mas veio da Câmara: é a existência de um juiz das garantias.”

Em face do exprimido, no dia 11 de setembro de 2020, o ministro Luiz Fux liberou as ações que contestam a implementação do juiz das garantias, sem definir a data para o julgamento das ações, restando sem resolução quanto à implementação ou não do juiz das garantias no ordenamento jurídico brasileiro.

Considerações finais

Estudou-se no presente trabalho, principalmente a função do juiz das garantias, que é uma figura que pretende separar a figura do juiz que atua na fase

investigativa daquele que instrui e julga o processo, prevenindo a parcialidade em seu julgamento.

Não obstante, com a criação de juízes especializados, cuja atuação esteja concentrada nos atos jurisdicionais e em decisões relativas ao inquérito policial, a imparcialidade é favorecida.

Ainda, visualizou-se que, com a introdução da Lei n. 13.964/19, o CPP consagrou-se de vez como modelo acusatório, tendo como consequência uma segurança aos direitos e garantias fundamentais dos cidadãos.

Analisou-se que o instituto do juiz das garantias, apesar de inédito em nosso país, já foi implantado em vários outros países, como Portugal e Paraguai, demonstrando bastante eficácia.

Assim, entendeu-se que o juiz que atua na fase investigativa do processo, tendo contato direto com provas, estaria propenso a ser contaminado pelos seus atos realizados anteriormente, o que dificultaria que sua decisão fosse proferida de maneira isenta e imparcial, trazendo prejuízos ao investigado.

Por meio deste estudo, foi possível concluir que o sistema é falho e passível de erros, sendo irracional e humano, podendo os magistrados contaminar-se, como qualquer ser humano. Assim, viu-se que, com a implementação do instituto do juiz das garantias, tais erros podem ser prevenidos e erradicados no sistema processual penal brasileiro.

Foi abordado que o juiz das garantias é um assunto polêmico, em que divergem opiniões, sendo que alguns doutrinadores acreditam que a adoção do instituto não é o suficiente para evitar a contaminação e parcialidade de magistrados em suas decisões, pois o juiz garantidor também poderia estar sujeito a tal falha.

Apesar das dificuldades de implantação do juiz das garantias, tendo em vista a grande extensão territorial e o imenso número de comarcas, a introdução dessa figura ao ordenamento jurídico se mostrou como boa opção para consagração da imparcialidade e do direito dos acusados.

Diante de todo o exposto, conclui-se que a implementação do juiz das garantias marcou a superação dos traços inquisitoriais em nosso ordenamento jurídico, adequando-se a atuação do juiz na fase de investigação à estrutura acusatória, tendo como objetivo tornar nosso processo cada vez mais democrático, imparcial e justo.

Referências

ANDRADE, M. F. *Juiz das garantias*. 3. ed. Curitiba: Juruá, 2020.

BADARÓ, G. H. R. I. *Direito ao julgamento por juiz imparcial: como assegurar*

a imparcialidade objetiva do juiz nos sistemas em que não há a função do juiz de garantias. *Falk e Maximo Advogados*, 2011. Disponível em: <http://www.badaroadvogados.com.br/gustavo-badaro-direito-ao-julgamento-por-juiz-imparcial-como-assegurar-a-imparcialidade-objetiva-no-juiz-nos-sistemas-em-que-nao-ha-a-funcao-do-juiz-de-garantias-ano-2011.html>. Acesso em: 8 abr. 2021.

BRASIL. Decreto-lei n. 3.689, de 3 de outubro de 1941. Código de Processo Penal. *Diário Oficial da União*. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689.htm#art810. Acesso em: 8 abr. 2021.

BRASIL. Lei n. 11.689 de 09 de junho de 2008. Altera dispositivos do Decreto-Lei no 3.689, de 3 de outubro de 1941 – Código de Processo Penal, relativos ao Tribunal do Júri, e dá outras providências. *Diário Oficial da União*. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2008/lei/111689.htm. Acesso em: 18 out. 2020.

BRASIL. Lei n. 13.964 de 24 de dezembro de 2019. Aperfeiçoa a legislação penal e processual penal. *Diário Oficial da União*. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2019/lei/L13964.htm. Acesso em: 18 out. 2020.

BRASIL. Projeto de Lei n. 156 do ano de 2009. Reforma o Código de Processo Penal. *Senado Federal*. Disponível em: <https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/90645>. Acesso em: 18 out. 2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade n.º 6.298 MC/DF. Direito administrativo e outras matérias de direito público. Garantias Constitucionais e outros. *Diário da Justiça n. 225*, Brasília, DF, 22 jan. 2020. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/aneexo/ADI6298.pdf>. Acesso em: 15 out. 2020.

CARNELUTTI, F. *As misérias do Processo Penal*. São Paulo: Pillares, 2009.

FERRAJOLI, L. *Direito e razão: teoria do garantismo penal*. 3 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

GOMES, A. F. “Juiz de garantias”: inconsistência científica; mera ideologia – como se só juiz já não fosse garantia. *Revista CEJ*, Brasília, Ano XIV, n. 51, 2010, p. 98-105. Disponível em: http://www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/documentacao_e_divulgacao/doc_biblioteca/bibli_servicos_produtos/bibli_informativo/bibli_inf_2006/Rev-CEJ_n%2051.10.pdf. Acesso em: 15 out. 2020.

- GOMES FILHO, A. M. A motivação das decisões penais. 2 ed. *Revista dos Tribunais*. São Paulo, 2013.
- LIMA, R. B. *Manual de processo penal*. Salvador: JusPodivm, 2020.
- LOPES JUNIOR, A. *Sistemas de Investigação Preliminar no Processo Penal*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001.
- LOPES JUNIOR, A. *Direito processual penal*. 16. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019.
- MORAES, M. Z. Quem tem medo do “juiz das garantias”? *Boletim do IBCCRIM*, São Paulo, v. 18, n. 344, ed. esp., p. 21-23, set. 2010.
- NUCCI, G. S. *Curso de direito processual penal*. 17. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2020.
- PARAGUAI. *Lei n. 1286, de 08 de julho de 1998*. Código de Processo Penal. Congreso de la nación paraguaya, 1998. Disponível em: <https://www.bacn.gov.py/leyes-paraguayas/203/ley-n-1286-codigo-procesal-penal>. Acesso em: 15 out. 2020.
- POZZEBON, F. D. A imparcialidade do juiz no processo penal brasileiro. *Revista da AJURIS*, Rio Grande do Sul, ano XXXIV, n. 108, p. 174-175, dez. 2007.
- RANGEL, P. *Direito Processual Penal*. 27. ed. São Paulo: Atlas, 2019.
- SEMER, M. O papel dos juízes no grande encarceramento: um estudo sobre sentenças de tráfico. *Revista Cult*, São Paulo, 06 maio 2019. Disponível em: <https://revistacult.uol.com.br/home/encarceramento-grande-juizes/>. Acesso em: 18 out. 2020.
- SOUZA, A. C. *A parcialidade positiva do juiz*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.
- TOURINHO FILHO, F. C. *Processo penal*. 32. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.
- ZILLI, M. A. C. A iniciativa instrutória do Juiz do Processo Penal. *Revista dos Tribunais*. São Paulo, 2003.

PERFIL DA AÇÃO CIVIL PÚBLICA

Felipe Bizinoto Soares de Pádua¹

Faculdade de Direito de São Bernardo do Campo (FDSBC)

Artigo recebido em: 06/01/2021.

Artigo aceito em: 14/06/2021.

Resumo

Este artigo visa expor um panorama amplo sobre a ação civil pública, traçando seu perfil a partir de exposição em graus. O primeiro grau diz respeito à hipercomplexidade social e seus efeitos no Direito, que busca meios que tratem casos similares de forma mais eficiente, por meio do processo coletivo. O segundo grau diz respeito à qualificação da ação civil pública (ACP) como um remédio constitucional, pois é meio constitucionalmente previsto para tutela de posições jurídicas fundamentais transindividuais. O terceiro grau tratará dos aspectos processuais

da ação civil pública: sua definição, seu objeto – com destaque à aplicação da teoria ponteana das cargas e forças das decisões –, os legitimados processuais para agir e uma visão panorâmica do processamento, com destaque para a competência e para o trâmite, o qual tem enfoque nos custos processuais, na tutela provisória, na reversão da condenação pecuniária, na decisão de mérito final e, por fim, na coisa julgada.

Palavras-chave: ação civil pública; carga eficaz da decisão; procedimento constitucional; processo coletivo.

¹ Mestrando em Direito, Justiça e Desenvolvimento pelo Instituto de Direito Público de São Paulo (IDPSP). Especialista em Direito Constitucional e Processo Constitucional, em Direito Registral e Notarial, em Direito Ambiental, Processo Ambiental e Sustentabilidade, todos pelo Instituto de Direito Público de São Paulo/Escola de Direito do Brasil (IDPSP/EDB). Graduado em Direito pela Faculdade de Direito de São Bernardo do Campo (FDSBC). Monitor voluntário nas disciplinas Direito Constitucional I e Prática Constitucional, ministradas pela Prof^a. Dra. Denise Auad, na FDSBC. Membro do grupo de pesquisa Hermenêutica e Justiça Constitucional: STF, da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC-SP) e do grupo de pesquisa Direito Privado no Século XXI, do Instituto Brasiliense de Direito Público (IDP). Advogado. ORCID: <https://orcid.org/0000-0001-7453-5081> / e-mail: bizinoto.felipe@hotmail.com

CIVIL PUBLIC ACTION PROFILE

Abstract

This article aims to expose a broad overview of public civil action, tracing its profile from exposures in degrees. The first degree concerns social hypercomplexity and its effects in Law, which seeks ways to deal with similar cases more efficiently, through the collective process. The second degree concerns about public civil action qualification as a writ, because it is constitutionally provided for the protection of fundamental transindividual juridical positions. The third degree will deal with the procedural aspects of public civil ac-

tion: its definition, its object – with emphasis on the application of the pontean theory of loads and forces of decisions -, the legitimate procedural to act and a panoramic view of the processing, which focuses on procedural costs, on provisional tutelage, on reversion the pecuniary condemnation, on the final merits decision and, finally, on res judicata.

Keywords: *class action; constitutional procedure; efficacious load of decision; public civil action.*

Introdução

Na música “Justiça”, da banda Biquíni Cavado, há destaque para a ideia de que violência não é arte e a criminalidade resulta, de certa maneira, em obstáculo na vida de todos, exigindo-se “justiça para mim, justiça para você”. Essa noção de justiça alinha-se à noção clássica íntima ao Judiciário. Esse paradigma do juiz asoberbado, ou paradigma do juiz ubíquo, mostra uma relação dupla nos países de Judiciário forte ou superforte, como é o caso brasileiro. O primeiro aspecto é que a sociedade é dinâmica e exige cada vez mais do ordenamento jurídico; o segundo aspecto diz respeito a um fenômeno de maior massificação jurídica, valorizando-se em regime progressivo o uso de medidas judiciais que tutelem posições jurídicas de forma ampla.

Apesar dos rumos mostrarem a fuga do juiz no que se trata de questão não essencial (que é definida socialmente), o modelo judicial de quase onipresença nos diversos setores sociais ainda persiste e contribui para avanços sociais, o que exige uma mudança estrutural interna, que é da expansão dos processos coletivos em relação aos existentes processos individuais. Tais mudanças, na verdade, não consistem em quebra com as estruturas vigentes, e sim a mudança na operação de acabamento, que passa a incluir concomitância entre o desenvolvimento processual individual, a construção e o aprimoramento de institutos coletivos.

Dentro dessa coletivização se destaca um instrumento processual judicial coletivo, que no Brasil é regido pela Lei n. 7.347, de 24 de julho de 1985 (LACP), a ação civil pública (ACP), que encontra envergadura na Lei Fundamental brasileira, no art. 129, III e § 1º. Realizando o primeiro corte epistêmico, este artigo tratará da ACP, desenvolvendo suas características sob a óptica do sistema jurídico brasileiro.

É com essa óptica que o Direito Processual brasileiro absorveu as influências sociais decorrentes da massificação, a partir da qual a ação civil pública ganha destaque e torna-se um dos instrumentos por excelência para a proteção de interesses nutridos pela coletividade em sua difusão ou até em sua determinação – nessa última hipótese, coletividades. É esse meio jurídico-processual que será tratado de maneira ambiciosa, propondo um panorama sobre o perfil e os lineamentos básicos da medida judicial, cujo texto constitucional brasileiro de 1988 atribui como legitimado processual o Ministério Público (art. 129, III), mas que pelo próprio perfil democrático da Carta da Primavera brasileira, tal poder de propositura é ampliado a um rol que foi objeto de lei específica, a citada Lei n. 7.347/1985.

Antes de adentrar ao tema, cabem duas questões. A primeira diz respeito à acepção de ação, que é utilizada de maneira inadequada. A inadequação está no

fato de que a “ação” judicial é uma só e se liga ao teor literal do art. 5º, XXXV, da CRFB, que é o acesso à jurisdição estatal, que é uma posição jurídica constitucional, individual e abstrata a qual se vale dos mecanismos judiciários para a obtenção de certo provimento jurisdicional. Por isso usa o signo da ação civil pública, da ação direta de inconstitucionalidade e da ação declaratória de constitucionalidade, o que na verdade diz respeito a procedimentos e não a “ações”: a ação judicial é uma e se concretiza por meio do processo, o qual, por sua vez, se desdobra em certos ritos.

A terceira questão diz respeito ao panorama a ser traçado, que partirá de ideias mais gerais e resultará na centralização da temática da ACP: (i) será situado o papel do processo coletivo e sua essencialidade no paradigma judicial em vigor no Brasil; (ii) será analisada a compatibilidade da ACP no rol de remédios constitucionais; (iii) serão desenvolvidos os aspectos subjetivos e objetivos do procedimento da ACP, iniciando-se pela questão da legitimidade, passando por sua definição, seu objeto e a aplicação da teoria quinária ponteana para extrair qual a força da decisão judicial de procedência dos pleitos deduzidos, e por fim, um breve tratamento sobre o processamento.

1 O processo coletivo como uma nova operação de acabamento

Usualmente, se vale da doutrina da divisão de Karel Vasak sobre as posições jurídicas fundamentais em dimensões ou gerações, cabendo aqui a destacar as chamadas segunda e terceira dimensões ou gerações: (i) a segunda trata da coletivização determinada de interesses jurídicos, com um estado de bem-estar social que tutela, além das posições jurídicas individuais, interesses jurídicos titularizados por agrupamentos determinados, por exemplo, trabalhadores, aposentados, miseráveis etc.; e (ii) a terceira diz respeito à internacionalização jurídica, o perfil de Estado transfronteiriço – que dialoga com as demais entidades internacionais para a tutela jurídica – e a existência de interesses que são titularizados por todos, as posições jurídicas fundamentais transindividuais ou metaindividuais (SARLET; MARINONI; MITIDIERO, 2016; ARAÚJO; NUNES JÚNIOR, 2018; PÁDUA, 2019a).

O que se vê no plano jurídico material é que determinados poderes ou deveres jurídicos podem ser judicializados mediante instrumentos cuja decisão judicial trate de maneira mais coerente e íntegra, questões que tocam a esfera ou das coletividades determinadas, como o tema laboral, ou indeterminadas, como o tema ambiental. É nesse eixo entre o plano jusmaterial coletivo e o plano jusprocessual

coletivo que Ada Pellegrini Grinover (2018) e Daniel Amorim Assumpção Neves (TARTUCE; NEVES, 2017) destacam a importância do processo coletivo, que é uma forma de solucionar conflitos atrelados à sociedade massificada, mesmo que com custos financeiro, judicial e pessoal mais elevados para os envolvidos.

Apesar da novidade que altera as profundezas processuais judiciais, que são, essencialmente de cunho individual, não ocorre o que chama Thomas S. Kuhn (2003) de emergência, que é o reconhecimento da comunidade científica, no caso, dos juristas, de que as bases científicas em voga não mais atendem às problemáticas contemporâneas, exigindo-se uma busca por um novo paradigma, um novo conjunto de métodos universalmente reconhecidos pelos praticantes da ciência (KUHN, 2003). Trata-se no mundo jurídico do que Thomas S. Kuhn (2003) denomina de operação de acabamento, o que se aplica no Direito Processual com a inclusão do processo coletivo e suas categorias jurídicas na seara judicial, sem comprometer a essência do paradigma do juiz ubíquo e sem comprometer as estruturas processuais individuais, as quais, evidentemente, sofrem mudanças em razão do acréscimo processual coletivo.

O que há, na verdade, é a conformidade da – nem tão nova – classificação entre processo judicial individual e coletivo ao paradigma do Estado-juiz ubíquo, eis que com a coletivização há expansão judiciária para outros setores sociais, inclusive na seara política íntima das funções legislativa e executiva republicanas, descambando, muitas vezes, no chamado ativismo judicial.

É dentro dessa seara do processo coletivo que desponta o chamado microsistema processual coletivo brasileiro, o conjunto de diplomas legais que tratam da tutela de interesses transindividuais, que tem inspiração nas *class actions* dos Estados Unidos, nele havendo como categorias básicas e que, conforme Tartuce e Neves (2017) e Barbosa Garcia (2020), são categorias do Direito Processual, eis que todas posições jurídicas materiais resguardadas processualmente são, em essência, individuais, mas que podem ser tratadas de forma agrupada. Tais categorias constam no Código de Defesa do Consumidor (CDC), em seu art. 81: são os interesses ou direitos *lato sensu* difusos, coletivos *stricto sensu* e individuais homogêneos.

As três classes pertencem ao gênero de poderes jurídicos ou direitos coletivos *lato sensu*, pois todos dizem respeito à possibilidade de tratar certas posições jurídicas materiais – essencialmente individuais ou individualizáveis – de forma coletiva (GARCIA, 2020). O uso do signo *lato sensu* melhor se adequa à teoria geral do Direito, há tanto no plano material quanto no plano formal, posições jurídicas distintas sobre os direitos, que são interesses ainda não exigíveis: há pretensões, faculdades, poderes formativos e imunidades, todos poderes jurídicos que podem ser resguardados em sede judicial via processo coletivo.

São os poderes jurídicos difusos aqueles cuja titularidade é a coletividade como um todo, que recaia sobre bem material ou imaterial indivisível e em que os sujeitos de direitos envolvidos estejam ligados entre si por circunstâncias fáticas, não por liame jurídico (GRINOVER, 2018; TARTUCE; NEVES, 2017; GARCIA, 2020).

Apesar do texto legal (CDC, art. 81, I) enunciar que há titulares indeterminados e indetermináveis, existe um equívoco em tal enunciação, porquanto a toda posição jurídica há um pertinente titular, o qual, no caso dos poderes jurídicos difusos, é a totalidade de indivíduos, a coletividade (TARTUCE; NEVES, 2017).

Com relação ao bem, a doutrina reconhece que são bens corpóreos ou incorpóreos impassíveis de fragmentação, aqueles em que é inviável uma forma diferenciada de gozo ou utilização, pois não podem ser exclusivos de alguém (TARTUCE; NEVES, 2017; GARCIA, 2020).

O último dado importante é que todos os potenciais beneficiários da decisão relacionada ao interesse difuso estão ligados por uma situação de fato, um elo fático que conecte todos os envolvidos – por exemplo, os consumidores propriamente ditos e equiparados, que estão expostos em relação a propagandas enganosas – dispensando que entre eles haja qualquer espécie de relação jurídica (TARTUCE; NEVES, 2017).

Os interesses coletivos em sentido estrito constam no art. 81, II do CDC, e são posições jurídicas que podem ser tratadas de forma coletivizada por ostentar a característica processual de dizer respeito a titulares determináveis por meio da identificação do grupo, da categoria ou da classe a que pertencem, em razão de uma relação jurídica basilar e que diga respeito a bem corpóreo ou incorpóreo indivisível (GRINOVER, 2018; TARTUCE; NEVES, 2017; GARCIA, 2020).

Tal qual nos interesses difusos, os bens jurídicos são considerados indivisíveis, mesmo havendo determinabilidade da coletividade que deles gozarão ou utilizarão, pois ainda persiste a ideia de que eles não são apropriáveis de forma a excluir os demais membros.

Sobre a titularidade, cabe destacar que os sujeitos de direito são considerados em seu aspecto conjuntivo, isto é, em comunidade – não mais na coletividade, que é signo mais amplo – e todos se ligam não em razão de uma situação meramente fática, e sim estão ligados entre si por uma relação jurídica base, o que se vê, por exemplo, nas demandas que envolvem determinada associação de consumidores (GRINOVER, 2018; TARTUCE; NEVES, 2017).

Por último os interesses individuais homogêneos constam de forma extremamente vaga no art. 81, III do CDC: “assim entendidos os decorrentes de origem comum.” Segundo escólio de Grinover (2018), Garcia (2020) e Tartuce e Neves (2017), os interesses individuais homogêneos são acidentalmente coletivos e

dizem respeito à titularidade individualizada e sobre bem corpóreo ou incorpóreo divisível, calhando – como exposto anteriormente – o tratamento coletivo em razão de tais posições jurídicas, que apesar de individuais, se manifestam de maneira similar para cada envolvido. O caso da ruptura da barragem de Mariana, MG, é exemplar, pois cada morador da região foi afetado de uma forma na sua esfera jurídica, mas para evitar congestionamento judicial e desigualdade no tratamento dos afetados, o manejo de uma ACP convém, cabendo a cada afetado, se decisão de procedência dos pedidos, mostrar sua relação com a situação fática: onexo causal entre o dano e o fato da ruptura da barragem.

São sobre tais categorias do processo de maior abrangência que se debruça todo o microsistema legal citado, inclusive, para fins deste artigo, a Lei n. 7.347/1985, e, portanto, a ACP.

2 A ação civil pública como remédio constitucional

A dúvida que ora irradia é se a ACP é considerada como um procedimento judicial civil ou constitucional. Melhor formulando, a ACP é remédio constitucional?

Para a resposta da indagação acima há duas correntes. A primeira pode ser denominada formalista e tem nomes como Cretella Júnior (1996), Araújo e Nunes Júnior (2018), e Siqueira Júnior (2012), para os quais a relação dos remédios constitucionais se liga com o Título II da Constituição do Brasil, que trata “dos direitos e garantias fundamentais”, em especial no art. 5º. Para tal vertente, o que constar fora do Título II não é considerado remédio constitucional.

De outro lado há a corrente que pode ser definida como materialista, que tem nomes como Sarlet, Marinoni e Mitidiero (2016), Ferreira Filho (2016), Meirelles (1988) e Moraes (2018), que entendem que remédio constitucional trata dos instrumentos de garantia específica e concreta de posições jurídicas fundamentais individuais e coletivas *lato sensu* enumerados na Constituição, independentemente da sua topografia textual, ainda mais por ter escopo próximo ao da ação popular.

Atualmente, a segunda corrente faz mais sentido, tanto é que existe anteprojeto de Código de Processo Constitucional que tem como escopo a disciplina dos remédios constitucionais, dentre os quais consta, no art. 8º, a ação civil pública (OAB, 2015).

No mais, a acepção de remédio constitucional suscitada pela primeira corrente é de garantias específicas colocadas à disposição de certos sujeitos de direitos para a efetivação de posições jurídicas fundamentais, ou direitos *lato sensu* fundamentais (SIQUEIRA JÚNIOR, 2012).

Anteriormente foi exposto que as posições jusfundamentais podem remeter a dimensões ou gerações, as quais, por sua vez, remetem a indivíduos, a comunidades ou à coletividade (PÁDUA, 2019a). É com esse aspecto de que as posições jusfundamentais podem ser individuais, comunitárias ou coletivas que a definição de remédios constitucionais se alinha. Por isso que se pode definir com mais precisão que são os remédios constitucionais as garantias específicas enumeradas no texto constitucional que são colocadas à disposição de certos sujeitos de direitos para a efetivação de posições jurídicas fundamentais individuais, comunitárias ou coletivas.

A definição adotada distingue-se de outra figura com a qual poderia haver confusão. São as garantias constitucionais gerais, que são as instituições jurídico-políticas que estão inseridas no mecanismo de freios e contrapesos republicanos, bem como a adoção de certas técnicas gerais para assegurar os efeitos constitucionais, por exemplo, a rigidez constitucional (SILVA, 2013). Os remédios constitucionais são espécie de garantias constitucionais específicas, que são, segundo doutrina Silva (2013), os meios ou instrumentos conferidos aos titulares das posições jusfundamentais ou quem os represente para impor a deferência a tais posições jurídicas.

Considerando o espectro delineado é que se chega à identificação da ação civil pública como um procedimento de natureza constitucional voltado à tutela dos interesses coletivos *lato sensu*.

3 Delimitações conceituais, processuais objetivas e subjetivas

Tratando de feição mais específica do procedimento da ACP, adota-se a exposição lógica e sistematizada de Meirelles (1988) na tratativa dos mecanismos constitucionais, desdobrando-se da seguinte maneira: (i) a definição de ação civil pública e a identificação do seu escopo, com correlação à teoria ponteana das cargas eficazes das decisões; (ii) o aspecto subjetivo tratará das partes do processo, os legitimados processuais ativos e passivos; e (iii) o aspecto objetivo tratará de uma visão global do rito.

3.1 Conceito e objeto

Consta na CRFB que ao Ministério Público cabe “promover o inquérito civil e a ação civil pública, para a proteção do patrimônio público e social, do meio ambiente e de outros interesses difusos e coletivos” (art. 129, III).

Apesar do texto magno se limitar aos interesses difusos e coletivos, o diálogo estabelecido pelos diplomas legais que compõem o microsistema processual coletivo (CDC, ECA, EPD, LAP, Estatuto dos Idosos, Lei n. 7.347/1985, Lei n. 7.913/1989, Lei n. 7.853/1989 etc.) expandem o tratamento para os interesses jurídicos individuais homogêneos. No mesmo sentido, a própria Lei n. 7.347 enuncia em seu art. 21 que **“Aplicam-se à defesa dos direitos e interesses difusos, coletivos e individuais, no que for cabível, os dispositivos do Título III da lei que instituiu o Código de Defesa do Consumidor”** (grifo nosso).

Outrossim, o Superior Tribunal de Justiça editou enunciado sumular no sentido de que “O Ministério Público tem legitimidade ativa para atuar na defesa de direitos difusos, coletivos e **individuais homogêneos** dos consumidores, ainda que decorrentes da prestação de serviço público” (Súmula STJ n. 601). O texto sumulado tem como base diversos arestos relacionados à ACP, o que fica evidente em decisão que a Corte da Cidadania (Recurso Especial n. 871.172/SE) constatou de forma categórica **“O Ministério Público tem legitimidade para a propositura de ação civil pública objetivando a defesa de direitos difusos e individuais homogêneos”** (grifo nosso).

É com base nas exposições acima que se define a ACP como o remédio constitucional por meio do qual se visa a tutela judicial coletiva preventiva ou repressiva de interesses jurídicos coletivos *lato sensu*, os quais correspondem às posições jurídicas difusas, coletivas *stricto sensu* e individuais homogêneas (MEIRELLES, 1988; SARLET; MARINONI; MITIDIERO, 2016; SIQUEIRA JÚNIOR, 2012).

Feitos o delineamento conceitual, cabe especificar quais são os interesses jurídicos gerais resguardados, os quais constam no teor da Lei n. 7.347/1985, cujo art. 1º estabelece que são tais interesses: I – o meio ambiente; II – relações de consumo; III – bens e direitos de valor artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico; IV – qualquer outro interesse difuso ou coletivo; V – infração da ordem econômica; VI – infração à ordem urbanística; VII – atentar contra a honra e a dignidade de grupos raciais, étnicos ou religiosos; e VIII – atentar contra o patrimônio público e social.

Com relação ao objeto, este é, segundo a doutrina, o pedido deduzido (GARCIA, 2020; FERREIRA FILHO, 2016; DINAMARCO; LOPES, 2017). Por isso, o pedido pode ser dois, que podem ou se cumular: (i) caráter eminentemente condenatório, com decisão que tenha como conteúdo “a condenação em dinheiro ou o cumprimento de obrigação de fazer ou não fazer” (art. 3º da Lei n. 7.347); ou (ii) caráter constitutivo negativo, invalidando determinado ato do Poder Público ou de entidade privada que atente contra os interesses coletivos *lato sensu*.

Apesar do enunciado do art. 3º da LACP determinar condenação pecuniária ou em comportamento específico, deve-se entendê-lo a partir da palavra “poderá ter por objeto”, o que significa, segundo Marinoni e Mitidiero (2010), que não há exclusão de finalidade preponderantemente declaratória, constitutiva, mandamental ou executiva.

Em abertura textual legal para outras finalidades que não a condenatória, o Supremo Tribunal Federal (recurso extraordinário n. 409.356/RO) fixou tese a partir de matéria sob o regime da repercussão geral que “O Ministério Público tem legitimidade para ajuizar Ação Civil Pública que vise anular ato administrativo de aposentadoria que importe em lesão do patrimônio público”.

Segundo Pontes de Miranda (1972), as ações em sentido material – que são a garantia, o conjunto de meios deixados à disposição para que o titular da posição jurídica subjetiva ativa resguarde sua posição (PÁDUA, 2019a) – têm uma correspondência no plano processual, as “ações” ou ações em sentido processual. A partir dessa correlação entre ações e “ações” é que se desenvolve a teoria quinária.

A teoria quinária ponteana tem como pressuposto importante constatar que as decisões judiciais refletem um pouco de cada uma das cinco, por isso quinária, cargas eficaciais, sendo que cada espécie tem uma força preponderante que dá o nome da ação (PONTES DE MIRANDA, 1972).

Conforme Pontes de Miranda (1972), a decisão tem força declaratória se visa a (in)existência ou o modo de ser de certa relação jurídica; tem força constitutiva se quer criar, modificar ou extinguir certa relação jurídica; tem força condenatória se visa impor na esfera jurídica de alguém um ou alguns deveres jurídicos comissivos ou omissivos; tem força mandamental aquela que o juiz determina que se pratique algo; e tem força executiva aquela que transfere à esfera de alguém para que satisfaça algo que lá não está, mas devia estar.

Do que se depreende da lei adjetiva regedora da ACP, em seus arts. 1º, *caput*, 3º, 11, a força da decisão que julga os pleitos deduzidos procedentes tem caráter preponderantemente de acordo com o pedido a ser feito, podendo ser sua força ou condenatória ou constitutiva. Essa ideia de que a força pode ser ou constitutiva ou condenatória é absorvida por Zavascki (2006), que reconhece que o texto constitucional não destinou à ACP um tipo específico de decisão judicial, e sim deixou aos legitimados ativos instrumento dotado de amplitude para buscar não apenas a condenação do legitimado passivo.

Pelo que domina no texto legal em questão, ordinariamente há força condenatória nas decisões de mérito proferidas em sede de procedimento de ACP, só que o desdobrar da prática e a própria abertura do enunciado normativo permitem

concluir que a decisão de mérito pode se dar de maneira mais excepcional, por não haver disciplina expressa na LACP, de força constitutiva.

3.2 Lineamentos gerais sobre as legitimidades processuais

A ideia de legitimidade tem como ponto de partida não a teoria do processo, e sim a teoria geral do Direito. Nesta seara da ciência do Direito é que cabe destacar a divisão de Lumia (1981)² entre titularidade e legitimidade: a primeira categoria trata da relação de pertinência de certa posição jurídica com certo sujeito de direitos, enquanto a segunda categoria diz respeito ao poder de certo sujeito de direitos em movimentar determinada posição jurídica subjetiva.

Aplicando a noção de legitimidade da teoria geral ao processo, à teoria geral do processo, é que se extrai o que consta no texto do art. 17 do CPC/2015, a saber que “Para postular em juízo é necessário ter interesse e legitimidade”. Aqui, legitimidade é acompanhada das palavras ‘processual’ e ‘agir’, o que pode ser sintetizado como legitimidade processual para agir (*legitimatío ad causam*). A palavra ‘agir’ deve ser considerada de forma ampla, incluso o poder de se defender, e não apenas no sentido de exercer a ação’ judicial, pretensão à tutela jurisdicional.

A legitimidade processual para agir encontra significado mais preciso na doutrina de Jorge Neto e Cavalcante (2019), bem como Pontes de Miranda (1972) e Bermudes (2019), definindo, o legitimado processual para agir é aquele que ou tem o poder de exercer ou de se defender da pretensão ao provimento jurisdicional.

A acepção amplíssima adotada não tem, necessariamente, a exigência de que aquele que consta na relação processual judicial seja titular do interesse jurídico material a ser tutelado, ainda mais diante do fato de que, como será visto a seguir, há o chamado instituto da representatividade adequada, que diz respeito, justamente, ao poder de alguém buscar a tutela de posições jurídicas titularizadas por outrem, ou em razão de autorização do envolvido ou do próprio ordenamento legal (DINAMARCO; LOPES, 2017; TARTUCE; NEVES, 2017).

A legitimidade processual para agir é gênero dentro do qual comportam as espécies de acordo com o polo: o polo ativo é aquele que deduz a pretensão contra o Estado-juiz, enquanto o polo passivo é aquele contra o qual é deduzida a pretensão e contra esta tem o poder de se defender. Ao primeiro se dá o nome de legitimado ativo, enquanto ao segundo é dado o nome de legitimado passivo. Há evidente desinência dos signos ‘processual’ e ‘para agir’.

² A obra de Giuseppe Lumia foi traduzida, com diversas adaptações e modificações, pelo Professor Alcides Tomasetti Jr.

3.2.1 *Legitimidade ativa*

Consoante consta no art. 5º, *caput* da Lei n. 7.347, há determinadas entidades ou órgãos que “**Têm legitimidade para propor** a ação principal e a ação cautelar” (grifo nosso). Aqui há alinhamento com a previsão constante no art. 17 do CPC/2015 de “**Para postular em juízo é necessário ter interesse e legitimidade**” (grifo nosso). A primeira hipótese legal é mais específica, enquanto a segunda é mais genérica no que diz respeito a qual legitimado processual se trata, ativo ou passivo; do primeiro enunciado legal fica claro que se trata do legitimado processual ativo, pois o texto é claro ao expor que é para *propor*, enquanto o segundo permite dizer que o demandante sempre pede algo ao Estado-juiz e, portanto, se extrai da palavra *postular em juízo*.

A partir das duas previsões legais é que se chega a quem pode demandar em juízo, à figura do demandante, ou seja, aquele que dentro do conceito geral desenvolvido no item anterior tem o poder de exercer a pretensão ao provimento jurisdicional.

Em nível constitucional é necessário ler de forma conjugada o *caput* com o inciso III e o parágrafo 1º do art. 129, que enunciam, respectivamente, “São funções institucionais do Ministério Público: III – promover o inquérito civil e a ação civil pública, para a proteção do patrimônio público e social, do meio ambiente e de outros interesses difusos e coletivos” e “A legitimação [*rectius*, legitimidade processual para agir] do Ministério Público para as ações civis previstas neste artigo não impede a de terceiros, nas mesmas hipóteses, segundo o disposto nesta Constituição e na lei”. Conforme leciona Meirelles (1988), a prioridade de propositura da ação civil pública é do Ministério Público, todavia a própria Constituição possibilita que outras pessoas ou órgãos, por meio de lei, possam propor a ACP. A legitimidade processual para agir no polo ativo resulta da palavra *promover*, constante no citado inciso III.

Consoante o art. 5º, § 1º da Lei 7.347, podem exercer a pretensão à tutela jurisdicional mediante manejo da ação pelo procedimento da ACP: I – o Ministério Público; II – a Defensoria Pública; III – os entes federativos; IV – autarquias, empresa pública, fundação ou sociedade de economia mista; e V – associações que tenham como finalidade a promoção do bem jurídico tutelado e tenham ao menos um ano de constituição, sendo esta última exigência legal dispensável pelo magistrado em caso de interesse social pela dimensão ou característica do dano, ou relevância do bem jurídico tutelado.

A indagação que se tira daqui é se o demandante, em relação aos titulares das posições jusmateriais levadas a juízo, são legitimados extraordinários ou substitutos processuais.

Há três correntes sobre a temática. A primeira é capitaneada por Dinamarco e Lopes (2017), para quem legitimidade extraordinária e substituição processual são institutos idênticos e dizem respeito ao poder de alguém pleitear interesses alheios em nome próprio ou por força de autorização legal ou do substituído. São adeptos dessa corrente Bermudes (2019) e Jorge Neto e Cavalcante (2019).

Uma segunda corrente é de Câmara (2003), para quem a substituição processual só ocorre se o legitimado extraordinário não atuar no feito sem que com ele atue o legitimado ordinário.

A terceira corrente é aderida por Assis (2003) e por Marinoni e Mitidiero (2010), para os quais a substituição processual é uma espécie de legitimidade extraordinária, sendo que uma via mais aprofundada, nutrida pelo primeiro autor (ASSIS, 2003), vai no sentido de que a substituição ocorre nas hipóteses excepcionais nas quais o substituído não tem legitimidade processual para agir.

A primeira corrente, com sustento na visão de Daniel Amorim Assumpção Neves (TARTUCE; NEVES, 2017), é a que se adere, porque há a substituição independente das qualidades do substituído – se capaz ou incapaz, exerceu ou não a “ação” judicial – e se há autorização dele ou da lei para que o substituto atue em nome próprio para a tutela de posição jurídica de outrem. Esse conflito doutrinário sofre maior erosão e com predomínio da primeira corrente diante da previsão do CPC/2015 de que “Ninguém poderá pleitear direito alheio em nome próprio, salvo quando autorizado pelo ordenamento jurídico” (art. 18, *caput*), seguindo “Havendo substituição processual, o substituído poderá intervir como assistente litisconsorcial” (art. 18, parágrafo único).

Segundo a Lei Complementar n. 95, de 26 de fevereiro de 1998, os parágrafos de um dispositivo legal tratam dos “aspectos complementares à norma enunciada no *caput* do artigo e as exceções à regra por este estabelecida” (art. 11, III, c). Conforme leitura do art. 18 do CPC/2015, não existe uma relação de exceção entre o *caput* e o parágrafo único, e sim uma relação de complementariedade na qual consta que aquele que é substituído na relação processual judicial pode ingressar por meio da assistência litisconsorcial, uma espécie de intervenção de terceiros disciplinada no art. 124 do *Codex Processual*.

3.2.2 Legitimidade passiva

Apesar de tratar o titular da “ação” que será ritualizada pela LACP, esta não externa o legitimado passivo. Não há tratamento tal qual acontece com a Lei n. 4.717, de 29 de junho de 1965, regeadora da ação popular, cujo art. 6º externa quais são os órgãos e entidades (públicas e privadas) que figuram no polo passivo da relação processual judiciária.

Torna-se possível a apreensão do demandado na ACP com a leitura do art. 8º, § 1º da Lei 7.347, que estabelece que a petição inicial poderá ser instruída com os autos do inquérito civil ou de outro procedimento administrativo apuratório, os quais poderão ser instaurados com viés de obter de “qualquer organismo público ou particular, certidões, informações, exames ou perícias.”

Outrossim, contribui para que sejam legitimados processuais, para agir no polo passivo tanto entidades particulares quanto públicas, à interpretação do microssistema processual coletivo, porquanto há diálogo com textos que preveem de forma expressa tais sujeitos personificados: a lei da ação popular (art. 6º), o CDC (arts. 3º e 81) e, também, com a Lei n. 7.913, de 7 de dezembro de 1989, que trata da ACP sobre responsabilização por dano causado a investidores no mercado mobiliário (art. 1º).

Além do sustentáculo hermenêutico, encontra-se em Meirelles (1988) – que aduz que podem compor o polo passivo da relação jusprocessual judiciária – tanto sujeitos personificados, públicos ou privados, quanto não-personificados, pois a ação civil pública tem posições tuteladas violáveis, grosso modo, por qualquer um.

Existe o reforço judicial na composição da figura do demandado no procedimento da ACP. Quanto à esfera pública, evidente na citada decisão do Supremo Tribunal Federal (Recurso Extraordinário n. 409.356/RO): “O Ministério Público tem legitimidade para ajuizar Ação Civil Pública que vise **anular ato administrativo** de aposentadoria que importe em lesão ao patrimônio público” (grifo nosso). O ato administrativo é uma declaração de vontade do Estado-administrador, o que mostra a possibilidade de intentar ACP contra o Poder Público, considerando a abrangência legal quanto ao interesse tutelado (não apenas sobre tema de patrimônio público, que se liga à aposentadoria do julgado).

No que trata das entidades privadas, o Supremo Tribunal Federal sumulou entendimento no sentido de que “O Ministério Público tem legitimidade para promover ação civil pública cujo fundamento seja a ilegalidade de reajuste de mensalidades escolares” (Súmula STF n. 643). Apesar do Poder Público poder instituir mensalidades em certos níveis escolares (ensino superior), os julgados que subjazem à Súmula citada envolvem pessoas do subsistema privatista (Recursos Extraordinários n. 190.976/SP, n. 185.360/SP e n. 163.231/SP).

De forma abrangente, o Superior Tribunal de Justiça editou a Súmula STJ n. 329: “O Ministério Público tem legitimidade para propor ação civil pública em defesa do patrimônio público”. Nos arestos que serviram de fundamento para o ato sumular constam demandas que envolvem entidades privadas e públicas como litisconsortes passiva (Recurso Especial n. 409.279/PR), apenas sujeitos de Direito Privado (Recursos Especiais n. 440.178/SP e n. 620.345/PR).

No âmbito do Tribunal de Justiça de São Paulo, insta salientar a primeira ACP bandeirante, autuada em 1986, sob o n. 0000025-24.1986.8.26.0157, e que foi composta, preponderantemente, por sujeitos jusprivatistas, inclusas algumas entidades da Administração Indireta (atreladas a certa companhia federal do segmento petrolífero). O caso tratou da região de Cubatão, SP, que na época ostentava um dos primeiros lugares no tema poluição, sendo a ação intentada pelo *parquet* paulista com a finalidade não só de ressarcimento dos danos ambientais, mas também com a prospecção de ajustamento, mediante redução das emanações poluentes.

Portanto, podem constar como legitimados passivos em sede de ACP os sujeitos de Direito Público ou de Direito Privado, nessa subseara tanto os entes personificados quanto não-personificados.

3.3 Processamento

Como premissa prévia, serão da Lei n. 7.347 todos os dispositivos mencionados que não tenham acompanhamento do respectivo diploma.

Como primeiro passo, segundo a competência judicial “serão propostas no foro do local onde ocorrer o dano, cujo juízo terá competência funcional para processar e julgar a causa”, cf. art. 2º. Há dois equívocos na redação. O primeiro é que o legislador se refere à competência funcional, mas deveria mencionar que o juiz natural da causa levada via ACP tem competência absoluta; o segundo equívoco é a fixação da atribuição judicial a partir do dano efetivo ocorrido, sendo que a LACP permite o manejo da ação em caráter preventivo, com um dano não ocorrido, mas que pode ocorrer *in potentia*. Uma melhor interpretação – mas com a ideia de alteração textual – é de interpretar o art. 2º consoante o art. 209 do ECA, o art. 80 do Estatuto do Idoso e o art. 93, I do CDC, que dizem que a ação será proposta no foro do local onde o fato ocorreu ou deva ocorrer, ressalvada a competência da Justiça Federal e a dos Tribunais Superiores.

Em razão das competências judiciais federal e estadual, bem como a extensão que o dano pode ter – podendo chegar a ser interestadual ou nacional – aplicam-se as disposições constantes na Constituição do Brasil, nos arts. 102 e seguintes e no CPC, arts. 42 e seguintes.

Com relação ao processamento, Meirelles (1988) aponta que segue a lógica do rito comum constante no Código de Processo Civil, com todas as fases, só que há minúcias que a própria LACP prevê e que podem se desdobrar em alguns blocos: sobre as custas e despesas processuais, sobre a tutela provisória, sobre a reversão da condenação pecuniária, sobre a decisão judicial final e, por fim, sobre a

coisa julgada. Em relação às custas e despesas processuais, conforme enuncia o art. 17, conjuntamente com art. 87 do CDC, as demandas coletivas são isentas, sendo que há a exceção de que a associação que atua de má-fé terá de custear o feito e, também, pagar honorários de sucumbência.

Acerca da tutela provisória, o art. 12 permite que seja deferida em caráter liminar ou mediante justificação prévia do polo passivo, estando tal determinação sujeita a agravo de instrumento. Apesar de não constar expressamente na Lei 7.347, o diálogo travado com o CPC/2015 permite que a tutela seja de evidência (art. 311) ou de urgência (arts. 300 a 310), nesta espécie seja antecipada ou cautelar, antecedente ou incidental.

A medida sumária, esta poderá ser suspensa de forma diferenciada se o réu que seja pessoa jurídica de Direito Público requerer ao Presidente do Tribunal a que se recorre, estando a decisão monocrática da presidência sujeita a agravo interno ao colegiado que apreciará o recurso, no prazo de 5 dias (art. 12, § 1º).

Sobre eventual astreinte fixada para atendimento da decisão interlocutória que deferiu o requerimento de tutela precária, tal multa só poderá ser exigida após coisa julgada de decisão que favoreça o polo ativo, todavia os critérios incidirão a partir do incumprimento eventual da medida judicial (art. 12, § 2º).

Sendo a condenação do polo passivo da relação processual a que preste em pecúnia, determina o art. 13 que a indenização será revertida em prol de um fundo voltado à reconstituição dos bens lesados, sendo que se a determinação envolver a tutela de interesses étnicos que sofreram discriminação no caso concreto, então a quantia será também revertida ao fundo, mas com a finalidade específica de promover a igualdade étnica (art. 13, § 2º).

Sobre a decisão, mais uma vez cabe apontar o fértil diálogo da Lei n. 7.347 com o Código de Processo Civil, permitindo-se a prolatação de decisão de mérito que seja parcial, nos moldes do art. 356 do CPC/2015. Isso não inviabiliza a continuidade do feito em relação a outros pedidos que exigem mais acuidade do órgão judicial e das partes, bem como confere efetividade na prestação jurisdicional ao tutelar, ou não, o interesse jusmaterial.

Ademais, a decisão que é ilíquida pode ser liquidada mediante manejo das hipóteses constantes no art. 509 do CPC/2015 – por arbitramento, procedimento comum ou cálculo aritmético –, sendo que para os interesses individuais homogêneos incumbe à parte se valer de prova da sua relação de causalidade com o fato que gerou a condenação.

Sobre a coisa julgada, Tartuce e Neves (2017), Sarlet, Marinoni e Mitidiero (2016) asseveram algumas sobre a categoria processual em questão a partir do art. 16 da LACP, que enuncia que “A sentença civil fará coisa julgada *erga omnes*, nos

limites da competência territorial do órgão prolator, exceto se o pedido for julgado improcedente por insuficiência de provas, hipótese em que qualquer legitimado poderá intentar outra ação com idêntico fundamento, valendo-se de nova prova.” A perspectiva doutrinária é sobre os efeitos da chamada coisa julgada material que, segundo enunciado legal, são contra todos (*erga omnes*).

Ocorre que os três doutrinadores incorrem em uma confusão entre categorias jurídico-processuais, quais sejam, os efeitos da decisão de mérito e a coisa julgada material. Discorre Liebman (2006) que a eficácia decisional material não se confunde com o fenômeno da coisa julgada material, pois a primeira trata da aplicação do Direito ao caso, resultando nos efeitos da teoria ponteana – declaratória, constitutiva, condenatória, executiva ou mandamental –, enquanto a coisa julgada tem como efeito a imutabilidade da decisão e de seus efeitos. Logo, importa destacar que o teor legal do art. 16 LACP confunde categorias jurídicas, eis que uma questão é o que determina o conteúdo da decisão de mérito, outra é recair sobre ele a blindagem. Não se pode confundir a pessoa que veste a armadura com a armadura em si.

Diante da imprecisão legislativa é que se deve ler o art. 16 com mais cuidado e no sentido de que os efeitos da decisão de procedência proferida sob o rito da ação civil público serão *erga omnes*, nos limites da competência territorial do órgão prolator, sendo que a improcedência do pedido por insuficiência probatória que transitou em julgado não inviabiliza nova propositura com o mesmo fundamento, mas com nova prova.

No mais, deve-se ater à leitura feita por Sarlet, Marinoni e Mitidiero (2016) sobre a relação do art. 16 com o art. 103, II do CDC, sendo a conclusão que a decisão de procedência tem eficácia circunscrita ao espaço geográfico que corresponde à competência territorial do órgão prolator, mas serão efeitos *ultra partes* para o caso de interesses coletivos *stricto sensu*, em relação às espécies de comunidades representadas em juízo, e será *erga omnes* para casos de interesses difusos e individuais homogêneos. A imutabilidade do teor decisional é posterior e se estende nos limites subjetivos, enquanto partes em sentido processual e substituídos pelo legitimado ativo, objetivos, enquanto dispositivo da decisão de mérito e geográficos, enquanto limite espacial ligado à competência territorial do órgão judicial.

Em suma, os efeitos do provimento jurisdicional de mérito são mais ou menos, eis que estão limitados legalmente à competência territorial do órgão judicial que proferiu a decisão: são mais ou menos contra todos (*erga omnes*), pois os de fora da área não podem se aproveitar dos efeitos da procedência, são mais ou menos *ultra partes*, pois há grupos, categorias e classes fora do âmbito espacial.

Aderindo à certa corrente crítica da visão de parcial eficácia, existem

invalidades na limitação territorial dos efeitos da tutela jurisdicional material, invalidades tais de grau constitucional e que se desdobram nos campos material e formal (TARTUCE; NEVES, 2017; SARLET; MARINONI; MITIDIERO, 2016). Sob a vista materialista, viola-se a isonomia, pois sujeitos sob as mesmas circunstâncias fáticas são excluídos dos benefícios da procedência de pleito em ACP por causa de localização. Sob a óptica formal, há contradição ao espírito dos processos coletivos, que é solucionar de forma isonômica para todos os interessados uma mesma questão, exigindo-se asseveramento judiciário mediante múltiplas proposituras de ACP, em localidades distintas, o que poderia resultar não apenas em inefetividade jurisdicional, mas na violação da isonomia diante da possibilidade de mesmas temáticas serem decididas de formas antagônicas.

No âmbito judicial, o Supremo Tribunal Federal (RE n. 1.101.937/SP) decretou a inconstitucionalidade do teor do art. 16 da LACP, entendendo que a reforma legislativa do texto, que estabeleceu a limitação legal dos efeitos da decisão ao espaço onde exercida a jurisdição viola, especialmente, a isonomia. No mesmo julgado importou um reconhecimento da aplicação do microsistema coletivo processual judicial, a saber, o de que existe prevenção judicial para demandas coletivas sobre um mesmo tema, ou seja, “Ajuizadas múltiplas ações civis públicas de âmbito nacional ou regional e fixada a competência nos termos do item II, firmasse a prevenção do juízo que primeiro conheceu de uma delas, para o julgamento de todas as demandas conexas” (RE n. 1.101.937/SP).

Em tese, a coisa julgada material seria hipótese legal de decisão sem resolução de mérito, cf. art. 485, V do CPC/2015, todavia existem duas situações nas quais ela não interfere em uma nova demanda, e que refletem diretamente nas decisões proferidas em ACP. São tais exceções explicadas por Daniel Amorim Assumpção Neves (TARTUCE; NEVES, 2017) e são elas a coisa julgada *secundum eventum probationis* e *secundum eventum litis*.

Coisa julgada *secundum eventum probationis* compreende o fenômeno de exceção no qual se permite ao legitimado intentar nova ação civil pública com mesmo fundamento, mas com nova prova, pois em sede de tutela de interesses difusos e coletivos em sentido estrito há dependência da decisão em relação aos seus fundamentos, o que permite reverter a improcedência mediante nova prova que seja determinante para demonstrar a posição jurídica alegada (TARTUCE; NEVES, 2017; SARLET; MARINONI; MITIDIERO, 2016).

Coisa julgada *secundum eventum litis* diz respeito aos interesses individuais homogêneos e está disciplinada no art. 103, III e § 1º do CDC, que determinam que a coisa julgada não afetará as vítimas e seus sucessores se a decisão de mérito for de improcedência. Logo, em razão da improcedência da ACP, poderão

os indivíduos afetados (ou seus sucessores) intentar demanda individual para obtenção de desfecho distinto ao da demanda coletiva. Tal exceção também carrega consigo outra exceção, que diz que a coisa julgada de decisão de improcedência do processo coletivo pode afetar individualmente, se o sujeito ou seus sucessores resolveram aderir ao destino da ação geral ou se nesta ingressaram como assistentes litisconsorciais (TARTUCE; NEVES, 2017).

Conclusão

A hipercomplexidade social fez com que o mundo jurídico desenvolvesse mecanismos voltados ao atendimento de interesses que extrapolam a individualidade, ainda mais diante da massificação das relações sociais. Foi essa massificação que gerou o fenômeno da coletivização processual, uma operação de acabamento no edifício processual que incluiu o microsistema coletivo como uma das áreas de estudo e de prática do Direito.

Dentro de universo voltado à proteção coletiva é que consta a ação civil pública, que ingressa na acepção de remédio constitucional, eis que é uma garantia específica colocada à disposição de certos sujeitos de direitos para a efetivação de posições jurídicas fundamentais, ou direitos *lato sensu* fundamentais. Com mais precisão, definiu-se a ação civil pública como o remédio constitucional por meio do qual se visa a tutela judicial coletiva preventiva ou repressiva de interesses jurídicos coletivos *lato sensu*, sendo que a Lei n. 7.347 enumera quais os interesses tuteláveis via ACP.

Sobre o objeto ou pedido, esse direciona o teor da decisão, a chamada força da decisão de mérito. Aplicando-se tal ideia de força à decisão proferida sob o rito da Lei 7.347 viu-se que ordinariamente tem força condenatória e excepcionalmente tem força constitutiva.

Sobre os legitimados, partiu-se da teoria geral do Direito, na diferença entre titularidade (que trata da pertinência de certa posição jurídica com certo sujeito de direitos) e legitimidade (que trata do exercício de certa posição jurídica), resultando na aplicação da segunda à teoria geral do processo com a figura da legitimidade processual para agir, que é definida como o poder de exercer ou de se defender da pretensão ao provimento jurisdicional. Dessa acepção geral que se retira a legitimidade processual para agir no polo ativo e a legitimidade processual para agir no polo passivo.

A legitimidade ativa corresponde ao poder de exercer a pretensão ao provimento jurisdicional. Na LACP constam tanto entidade e órgãos do Direito Público quanto pessoas do Direito Privado que ostentam a legitimidade para

propositura da ação civil pública, sendo que esse poder de exercício se amolda à classe da legitimidade extraordinária e da substituição processual, que, segundo o CPC/2015, correspondem ao fenômeno no qual alguém autorizado, legal ou convencionalmente, atua em juízo em prol de posição jurídica alheia.

Do outro lado da relação jusprocessual judicial constam os legitimados passivos, que são aqueles contra os quais é deduzida a pretensão ao provimento jurisdicional e que podem exercer a defesa no feito, sendo que em sede de ACP podem compor o polo passivo os sujeitos de Direito Público ou de Direito Privado, nesta subseara tanto os entes personificados quanto os não-personificados.

Sobre o processamento, este foi dividido em alguns pontos. O primeiro foi a competência judicial, cujo teor legal da LACP deve ser lido no sentido de que a ação será proposta no foro do local onde o fato ocorreu ou deva ocorrer, ressalvada a competência da Justiça Federal e a dos Tribunais Superiores.

O segundo ponto foi o trâmite, que segue a lógica do rito comum constante no Código de Processo Civil, com todas as fases, só que com os detalhes da LACP, que foram desdobrados em relação às custas e despesas processuais, à tutela provisória, à reversão da condenação pecuniária, à decisão judicial final e à coisa julgada.

Sobre as custas e despesas processuais, há isenção legal expressa no sentido de que as demandas coletivas não têm custos processuais, havendo a exceção de que a associação que atua de má-fé terá de custear o feito e, também, pagar honorários de sucumbência.

Acerca da tutela provisória, o diálogo travado com o CPC/2015 permite que seja liminar ou mediante justificação prévia, de evidência (art. 311) ou de urgência (arts. 300 a 310), nessa espécie, seja antecipada ou cautelar, antecedente ou incidental. Pode tal decisão precária ser suspensa ou de forma ordinária, mediante decisão de relatoria do Tribunal ou, especialmente para a ação civil pública, de forma diferenciada mediante requerimento do réu pessoa jurídica de Direito Público ao Presidente do Tribunal a que se recorre, estando a decisão monocrática da presidência sujeita a agravo interno ao colegiado que apreciará o recurso. No mais, eventual astreinte fixada só poderá ser exigida após coisa julgada de decisão que favoreça o polo ativo, sendo que os critérios incidirão a partir do incumprimento eventual da medida judicial.

Acerca da reversão do resultado positivo da procedência, quando da condenação do polo passivo da relação processual – a que preste em pecúnia revertida em prol de fundo voltado à reconstituição dos bens lesados –, sendo que essa determinação envolva a tutela de interesses étnicos que sofreram discriminação no caso concreto, então a quantia será também revertida ao fundo, mas com a finalidade específica de promover a igualdade étnica.

Sobre a decisão final, entendeu-se pela possibilidade de prolação de decisão de mérito que seja parcial, nos moldes do CPC/2015, o que não inviabiliza a continuidade do feito em relação a outros pedidos que exigem mais acuidade do órgão judicial e das partes, bem como confere efetividade na prestação jurisdicional ao tutelar, ou não, o interesse jusmaterial. A eventual decisão que seja genérica passará pelo procedimento de liquidação de decisão – por arbitramento, procedimento comum ou cálculo aritmético –, sendo que para os interesses individuais homogêneos incumbe à parte se valer de prova da sua relação de causalidade com o fato que gerou a condenação.

Em relação à coisa julgada, constatou-se imprecisão textual que confunde os efeitos da decisão de mérito e a coisa julgada material. A primeira categoria diz respeito à força declaratória, constitutiva, condenatória, executiva ou mandamental, enquanto a coisa julgada tem como efeito a imutabilidade da decisão e de seus efeitos. Diante da imprecisão legislativa é que se deve ler o art. 16 com mais cuidado e no sentido de que os efeitos da decisão de procedência proferida sob o rito da ação civil público serão *erga omnes*, nos limites da competência territorial do órgão prolator, sendo que a improcedência do pedido por insuficiência probatória que transitou em julgado não inviabiliza nova propositura com o mesmo fundamento, mas com nova prova.

Os efeitos do provimento jurisdicional de mérito são mais ou menos, eis que estão limitados legalmente à competência territorial do órgão judicial que proferiu a decisão: são mais ou menos contra todos (*erga omnes*), pois os de fora da área não podem se aproveitar dos efeitos da procedência, são mais ou menos *ultra partes*, pois há grupos, categorias e classes fora do âmbito espacial. A imutabilidade do teor decisional é posterior e se estende nos limites subjetivos (partes em sentido processual e substituídos pelo legitimado ativo), objetivos (dispositivo da decisão de mérito) e geográficos (limite espacial ligado à competência territorial do órgão judicial).

A enunciação legal do art. 16 da LACP é criticada, pois a limitação territorial dos efeitos da tutela jurisdicional material incorre em violações constitucionais de cunho material e formal, eis que viola a isonomia por tratar sujeitos sob as mesmas circunstâncias fáticas de forma distinta por causa de localização, bem como contradiz ao espírito dos processos coletivos, que é solucionar de forma isonômica para todos os interessados uma mesma questão, exigindo-se assoberbamento judiciário mediante múltiplas proposituras de ACP, em localidades distintas, o que poderia resultar não apenas em inefetividade jurisdicional, mas na violação da isonomia diante da possibilidade de mesmas temáticas serem decididas de formas antagônicas.

Tradicionalmente, a coisa julgada material seria hipótese legal de decisão sem resolução de mérito, todavia existem duas situações nas quais ela não interfere em uma nova demanda, e que refletem diretamente nas decisões proferidas em ACP. São tais exceções a coisa julgada *secundum eventum probationis* e *secundum eventum litis*.

Coisa julgada *secundum eventum probationis* compreende o fenômeno de exceção no qual se permite ao legitimado intentar nova ação civil pública com mesmo fundamento, mas com nova prova, pois em sede de tutela de interesses difusos e coletivos em sentido estrito há dependência da decisão em relação aos seus fundamentos, o que permite reverter a improcedência mediante nova prova que seja determinante para demonstrar a posição jurídica alegada.

Coisa julgada *secundum eventum litis* diz respeito aos interesses individuais homogêneos, que é exceção no sentido de que a coisa julgada não afetará as vítimas e seus sucessores se a decisão de mérito for de improcedência. Tal exceção também tem uma exceção, a qual diz que a coisa julgada de decisão de improcedência do processo coletivo pode afetar individualmente se o sujeito ou seus sucessores resolveram aderir ao destino da ação geral ou se nessa ingressaram como assistentes litisconsorciais.

Referências

ARAÚJO, L. A. D.; NUNES JÚNIOR, V. S. *Curso de Direito Constitucional*. 22. ed. São Paulo: Verbatim, 2018.

ASSIS, A. Substituição processual. *Revista Dialética de Direito Processual*, São Paulo, v. 9, p. 9-23, 2003.

BERMUDES, S. *Introdução ao processo civil*. 6. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019.

BRASIL. [Constituição (1988)] *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Brasília, DF: Presidência da República, [2021]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 4 jan. 2021.

BRASIL. *Lei n. 4.717, de 29 de junho de 1965*. Brasília, DF: Presidência da República, [2021]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l4717.htm. Acesso em: 4 jan. 2021.

BRASIL. *Lei n. 7.347, de 24 de julho de 1985*. Brasília, DF: Presidência da República, [2021]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l7347orig.htm. Acesso em: 4 jan. 2021.

BRASIL. *Lei n. 7.913, de 7 de dezembro de 1989*. Brasília, DF: Presidência da

República, [2021]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l7913.htm.

BRASIL. *Lei n. 8.069, de 13 de julho de 1990*. Brasília, DF: Presidência da República, [2021]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l4717.htm. Acesso em: 4 jan. 2021.

BRASIL. [Código de Defesa do Consumidor (1990)] *Lei n. 8.078, de 11 de setembro de 1990*. Brasília, DF: Presidência da República, [2021]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8078compilado.htm. Acesso em: 4 jan. 2021.

BRASIL. *Lei n. 10.741, de 1º de outubro de 2003*. Brasília, DF: Presidência da República, [2021]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2003/l10.741.htm. Acesso em: 4 jan. 2021.

BRASIL. [Código de Processo Civil (2015)] *Lei n. 13.105, de 16 de março de 2015*. Brasília, DF: Presidência da República, [2021]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm. Acesso em: 4 jan. 2021.

CÂMARA, A. F. *Lições de Direito Processual Civil*. v. 1. 17. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003.

CRETELLA JÚNIOR, J. *Os “writs” na Constituição de 1988: mandado de segurança, mandado de segurança coletivo, mandado de injunção, habeas data, habeas corpus, ação popular*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1996.

DINAMARCO, C. R.; LOPES, B. V. C. *Teoria geral do novo processo civil*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2017.

FERREIRA FILHO, M. G. *Direitos humanos fundamentais*. 15. ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

GARCIA, G. F. B. *Teoria geral do processo*. Salvador: JusPodivm, 2020.

GRINOVER, A. P. *Ensaio sobre a processualidade: fundamentos para uma nova teoria geral do processo*. Brasília, DF: Gazeta Jurídica, 2018.

JORGE NETO, F. F.; CAVALCANTE, J. Q. P. C. *Direito Processual do Trabalho*. 8. ed. São Paulo: Atlas, 2019.

LIEBMAN, E. T. *Eficácia e autoridade da sentença e outros escritos sobre a coisa julgada*. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

- LUMIA, G. *Lineamenti di teoria e ideologia del Diritto*. Milano: Giuffrè, 1981.
- KUHN, T. S. *A estrutura das revoluções científicas*. 8. ed. São Paulo: Perspectiva, 2003.
- MARINONI, L. G.; MITIDIERO, D. *Código de Processo Civil comentado*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.
- MEIRELLES, H. L. *Mandado de segurança, ação popular, ação civil pública, mandado de injunção, "habeas-data"*. 12. ed. São Paulo: RT, 1988.
- MORAES, G. P. *Curso de Direito Constitucional*. 10. ed. São Paulo: Atlas, 2018.
- OAB – ORDEM DOS ADVOGADOS DO BRASIL. *Anteprojeto de Código de Processo Constitucional*. Processo n. 49.0000.2015.009467-9/Conselho Pleno. Disponível em: <https://www.oab.org.br/arquivos/anteprojeto-codigo-de-processo-constitucional-1336318980.pdf>. Acesso em: 4 jan. 2021.
- PÁDUA, F. B. S. O titular das posições jusfundamentais. *Dom Helder Revista de Direito*, Belo Horizonte, v. 2, n. 2, p. 113-129, jan./abr. 2019a. Disponível em: <http://revista.domhelder.edu.br/index.php/dhrevistadedireito/issue/view/52>. Acesso em: 3 jan. 2021.
- PÁDUA, F. B. S. Um breve histórico dos paradigmas do acesso à justiça. *Revista de Direito Público Contemporâneo*, Rio de Janeiro, ano 3, v. 1, n. 2, p. 134-158, jul./dez. 2019b. Disponível em: <http://www.rdp.com.br/index.php/rdpc/issue/view/8>. Acesso em: 3 jan. 2021.
- PÁDUA, F. B. S. Ações e acesso à justiça. *Revista Âmbito Jurídico*, São Paulo, ano XXIII, n. 198, jul. 2020. Disponível em: <https://ambitojuridico.com.br/revista-ambito-juridico/revista-ambito-juridico-no-198-ano-xxiii-julho-2020/>. Acesso em: 3 jan. 2021.
- PONTES DE MIRANDA, F. C. *Tratado das ações: tomo I*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1972.
- SARLET, I. W.; MARINONI, L. G.; MITIDIERO, D. *Curso de Direito Constitucional*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2016.
- SILVA, J. A. *Curso de Direito Constitucional positivo*. 36. ed. São Paulo: Malheiros, 2013.
- SIQUEIRA JÚNIOR, P. H. *Direito Processual Constitucional*. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. *Recurso especial 409.279/PR*. PROCESSUAL CIVIL E PREVIDENCIÁRIO. RECURSO ESPECIAL. PREQUESTIONAMENTO IMPLÍCITO. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. LEGITIMIDADE DO MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL. DEFESA AO PATRIMÔNIO PÚBLICO. PENSÃO POR MORTE IRREGULAR. REPARAÇÃO DE DANO AO ERÁRIO. 1. Interposto o recurso especial pela alínea a do permissivo constitucional, tendo a matéria objeto de irresignação sido debatida no Tribunal de origem, é prescindível a expressa menção dos dispositivos legais tidos por violados, é o chamado prequestionamento implícito. 2. O Ministério Público é legitimado a propor ação civil pública para proteção do patrimônio público e social, consoante o disposto no art. 129, inciso III, da Constituição Federal. Precedentes desta Corte e do Supremo Tribunal Federal. 3. In casu, mostra-se patente o objetivo primordial da ação civil pública promovida pelo Ministério Público Federal, que é o de defender o patrimônio público, evitando, assim, lesão ao erário decorrente de pagamento irregular de pensão por morte. 4. Recurso conhecido e provido. Rel. Min. Laurita Vaz. Julgado em 10/08/2004. DJ: 06/09/2004. Disponível em: <https://scon.stj.jus.br/SCON/>. Acesso em: 20 abr. 2021.

SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. *Recurso especial 440.178/SP*. ADMINISTRATIVO. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. DANO AO ERÁRIO PÚBLICO. LICITAÇÃO. CONVITE. FALTA DE PREQUESTIONAMENTO. LEGITIMIDADE. MINISTÉRIO PÚBLICO. RESSARCIMENTO. EMPRESA CONTRATADA. MÁ-FÉ. REEXAME DE PROVAS. SÚMULA N. 07/STJ. ART. 12 DA LEI N. 8.429/92. CONFORMIDADE. CONSTITUIÇÃO FEDERAL. ADEQUAÇÃO. VALOR DA MULTA. DOBRO DO MONTANTE DO DANO. I - No que tange à violação aos artigos do Código de Processo Civil, assim como ao art. 51, § 3º da Lei n. 8.666/93, as matérias de que tratam os dispositivos legais, tidos por malferidos, não foram objeto de debate pelo v. aresto hostilizado, nem tampouco foram opostos embargos de declaração objetivando suprir a omissão, incidindo, pois, na espécie, as Súmulas n. 282 e 356 do Pretório Excelso. II - É pacífico o entendimento desta Corte, no sentido de ser o Ministério Público legítimo para propor ação civil pública na hipótese de dano ao erário público. III - Não há que se falar em restituição à empresa contratada dos valores já despendidos pela mesma na execução do contrato, quando esta age com má-fé. IV - A análise do recurso especial resta prejudicada quanto à violação ao art. 3º da Lei nº 8.429/92, eis que enseja a reapreciação do substrato fático contido nos autos, já que se teria de adentrar no exame dos elementos de convicção que serviram de fundamento para o juízo decidir a lide, o que é vedado pela Súmula n. 07/STJ. V - O disposto no art. 12 da Lei n. 8.429/92

se coaduna com a ordem constitucional vigente, mais precisamente com o art. 37, § 4º, da atual Constituição Federal, sendo cabível a aplicação de sanções outras que não as previstas no referido dispositivo constitucional. VI - O valor da multa deve se adequar o valor do dano, conforme preceitua o art. 12, II, da Lei n. 8.429/92, ou seja, quando o quantum deste for reduzido, o daquele também o será, para que corresponda até o seu dobro. VII - Recurso especial provido em parte. Rel. Min. Francisco Falcão. Julgado em 08/06/2004. DJ: 16/08/2004. Disponível em: <https://scon.stj.jus.br/SCON/>. Acesso em: 20 abr. 2021.

SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. *Recurso especial 620.345/PR*. PROCESSO CIVIL. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. MINISTÉRIO PÚBLICO. LEGITIMIDADE. DANO AO ERÁRIO. JULGAMENTO EXTRA PETITA. INOCORRÊNCIA. 1. O artigo 129 da Constituição Federal estabelece que o Ministério Público tem legitimidade ativa ad causam para propor ação civil pública com o objetivo de ser resguardado o patrimônio público. Tal dispositivo constitucional ainda o legitima para a proteção de outros interesses difusos e coletivos, entre os quais se inclui, ante o interesse difuso na sua preservação, a defesa do patrimônio público e da moralidade administrativa. 2. A ação civil pública é o meio adequado para o ressarcimento de danos ao erário, tendo o Ministério Público legitimidade para propô-la. 3. A sentença limitou-se ao pedido formulado na inicial, não se podendo tachar a decisão de extra petita. 4. Recurso especial improvido. Rel. Min. Castro Meira. Julgado em 14/12/2004. DJ: 21/03/2005. Disponível em: <https://scon.stj.jus.br/SCON/>. Acesso em: 20 abr. 2021.

SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. *Súmula n. 329*. O Ministério Público tem legitimidade para propor ação civil pública em defesa do patrimônio público. DJ: 10/08/2006. Brasília, DF: Superior Tribunal de Justiça [2021]. Disponível em: https://scon.stj.jus.br/docs_internet/VerbetesSTJ.pdf. Acesso em: 20 abr. 2021.

SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. *Súmula n. 601*. O Ministério Público tem legitimidade ativa para atuar na defesa de direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos dos consumidores, ainda que decorrentes da prestação de serviço público. DJ: 25/02/2018. Brasília, DF: Superior Tribunal de Justiça [2021]. Disponível em: https://scon.stj.jus.br/docs_internet/VerbetesSTJ.pdf. Acesso em: 20 abr. 2021.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. *Recurso extraordinário 163.231/SP*. RECURSO EXTRAORDINÁRIO. CONSTITUCIONAL. LEGITIMIDADE DO MINISTÉRIO PÚBLICO PARA PROMOVER AÇÃO CIVIL PÚBLICA

EM DEFESA DOS INTERESSES DIFUSOS, COLETIVOS E HOMOGÊNEOS. MENSALIDADES ESCOLARES: CAPACIDADE POSTULATÓRIA DO PARQUET PARA DISCUTI-LAS EM JUÍZO. 1. A Constituição Federal confere relevo ao Ministério Público como 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 (CF, art. 127). 2. Por isso mesmo detém o Ministério Público capacidade postulatória, não só para a abertura do inquérito civil, da ação penal pública e da ação civil pública para a proteção do patrimônio público e social, do meio ambiente, mas também de outros interesses difusos e coletivos (CF, art. 129, I e III). 3. Interesses difusos são aqueles que abrangem número indeterminado de pessoas unidas pelas mesmas circunstâncias de fato e coletivos aqueles pertencentes a grupos, categorias ou classes de pessoas determináveis, ligadas entre si ou com a parte contrária por uma relação jurídica base. 3.1. A indeterminidade é a característica fundamental dos interesses difusos e a determinidade a daqueles interesses que envolvem os coletivos. 4. Direitos ou interesses homogêneos são os que têm a mesma origem comum (art. 81, III, da Lei n 8.078, de 11 de setembro de 1990), constituindo-se em subespécie de direitos coletivos. 4.1. Quer se afirme interesses coletivos ou particularmente interesses homogêneos, *stricto sensu*, ambos estão cingidos a uma mesma base jurídica, sendo coletivos, explicitamente dizendo, porque são relativos a grupos, categorias ou classes de pessoas, que conquanto digam respeito às pessoas isoladamente, não se classificam como direitos individuais para o fim de ser vedada a sua defesa em ação civil pública, porque sua concepção finalística destina-se à proteção desses grupos, categorias ou classe de pessoas. 5. As chamadas mensalidades escolares, quando abusivas ou ilegais, podem ser impugnadas por via de ação civil pública, a requerimento do Órgão do Ministério Público, pois ainda que sejam interesses homogêneos de origem comum, são subespécies de interesses coletivos, tutelados pelo Estado por esse meio processual como dispõe o artigo 129, inciso III, da Constituição Federal. 5.1. Cuidando-se de tema ligado à educação, amparada constitucionalmente como dever do Estado e obrigação de todos (CF, art. 205), está o Ministério Público investido da capacidade postulatória, patente a legitimidade *ad causam*, quando o bem que se busca resguardar se insere na órbita dos interesses coletivos, em segmento de extrema delicadeza e de conteúdo social tal que, acima de tudo, recomenda-se o abrigo estatal. Recurso extraordinário conhecido e provido para, afastada a alegada ilegitimidade do Ministério Público, com vistas à defesa dos interesses de uma coletividade, determinar a remessa dos autos ao Tribunal de origem, para prosseguir

no julgamento da ação. Rel. Min. Maurício Corrêa. Julgado em 26/02/1997. DJ: 29/06/2001. Disponível em: https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search?base=acordaos&pesquisa_inteiro_teor=false&sinonimo=true&plural=true&radicais=false&buscaExata=true&page=1&pageSize=10&queryString=163.231&sort=_score&sortBy=desc. Acesso em: 20 abr. 2021. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. *Recurso extraordinário 190.976/SP*. MINISTÉRIO PÚBLICO ESTADUAL. LEGITIMIDADE PARA PROMOVER AÇÃO CIVIL PÚBLICA EM DEFESA DOS INTERESSES DIFUSOS E COLETIVOS. MENSALIDADES ESCOLARES. ADEQUAÇÃO ÀS NORMAS DE REAJUSTE FIXADAS PELO CONSELHO ESTADUAL DE EDUCAÇÃO. ART. 129, III, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. O Supremo Tribunal Federal, em sessão plenária do dia 26 de fevereiro de 1997, no julgamento do RE 163.231-3, de que foi Relator o eminente Ministro Maurício Corrêa, concluiu pela legitimidade ativa do Ministério Público para promover ação civil pública com vistas à defesa dos interesses coletivos. Recurso extraordinário conhecido e provido. Rel. Min. Ilmar Galvão. Julgado em 31/10/1997. DJ: 06/02/1998. Disponível em: https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search?base=acordaos&pesquisa_inteiro_teor=false&sinonimo=true&plural=true&radicais=false&buscaExata=true&page=1&pageSize=10&queryString=190.976&sort=_score&sortBy=desc. Acesso em: 20 abr. 2021. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. *Recurso extraordinário 213.631/SP*. MINISTÉRIO PÚBLICO. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. TAXA DE ILUMINAÇÃO PÚBLICA DO MUNICÍPIO DE RIO NOVO-MG. EXIGIBILIDADE IMPUGNADA POR MEIO DE AÇÃO PÚBLICA, SOB ALEGAÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE. ACÓRDÃO QUE CONCLUIU PELO SEU NÃO-CABIMENTO, SOB INVOCAÇÃO DOS ARTS. 102, I, a, E 125, § 2º, DA CONSTITUIÇÃO. Ausência de legitimação do Ministério Público para ações da espécie, por não configurada, no caso, a hipótese de interesses difusos, como tais considerados os pertencentes concomitantemente a todos e a cada um dos membros da sociedade, como um bem não individualizável ou divisível, mas, ao revés, interesses de grupo ou classe de pessoas, sujeitos passivos de uma exigência tributária cuja impugnação, por isso, só pode ser promovida por eles próprios, de forma individual ou coletiva. Recurso não conhecido. Rel. Min. Ilmar Galvão. Julgado em 09/12/1999. DJ: 07/04/2000. Disponível em: https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search?base=acordaos&pesquisa_inteiro_teor=false&sinonimo=true&plural=true&radicais=false&buscaExata=true&page=1&pageSize=10&queryString=185.360&sort=_score&sortBy=desc. Acesso em: 20 abr. 2021.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. *Recurso extraordinário 409.356/RO*. Ementa: RECURSO EXTRAORDINÁRIO EM REPERCUSSÃO GERAL. DIREITO CONSTITUCIONAL. DIREITO PROCESSUAL CIVIL. DIREITO ADMINISTRATIVO. LEGITIMIDADE COLETIVA DO MINISTÉRIO PÚBLICO PARA A TUTELA DO PATRIMÔNIO PÚBLICO. ARTIGOS 127, CAPUT, E 129, II, III E IX, DA CONSTITUIÇÃO. RELEVÂNCIA CONSTITUCIONAL DA ATUAÇÃO COLETIVA DO PARQUET NA DEFESA DO INTERESSE PÚBLICO. VEDAÇÃO À REPRESENTAÇÃO JUDICIAL E CONSULTORIA JURÍDICA DE ENTIDADES PÚBLICAS. INAPLICABILIDADE. EXCEPCIONALIDADE DAS RESTRIÇÕES À LEGITIMIDADE COLETIVA DO MINISTÉRIO PÚBLICO. LEGITIMIDADE TAMBÉM CONFERIDA A QUALQUER CIDADÃO (ART. 5º, LXXIII, CRFB). NECESSIDADE DE FORTALECIMENTO DO SISTEMA DE CONTROLE DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA. PRECEDENTES DO PLENÁRIO. RECURSO PARCIALMENTE CONHECIDO E, NA PARTE CONHECIDA, NÃO PROVIDO. 1. O Ministério Público ostenta legitimidade para a tutela coletiva destinada à proteção do patrimônio público, mormente porque múltiplos dispositivos Constitucionais evidenciam a elevada importância que o constituinte conferiu à atuação do parquet no âmbito das ações coletivas. 2. O Ministério Público, por força do art. 127, caput, da Carta Magna, tem dentre suas incumbências a “defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis”, mercê de o art. 129 da Lei Maior explicitar as funções institucionais do Ministério Público no sentido de “zelar pelo efetivo respeito dos Poderes Públicos e dos serviços de relevância pública aos direitos assegurados” na Constituição (inciso II), “promover o inquérito civil e a ação civil pública, para a proteção do patrimônio público e social, do meio ambiente e de outros interesses difusos e coletivos” (inciso III) e “exercer outras funções que lhe forem conferidas, desde que compatíveis com sua finalidade, sendo-lhe vedada a representação judicial e a consultoria jurídica de entidades públicas” (inciso IX). 3. A tutela coletiva exercida pelo Ministério Público se submete apenas a restrições excepcionais, como, *verbi gratia* a norma que veda ao Ministério Público a representação judicial e a consultoria jurídica de entidades públicas (art. 129, IX, *in fine*, da CRFB), sendo certo que a Carta Magna atribui ao parquet ampla atribuição no campo da tutela do patrimônio público, interesse de cunho inegavelmente transindividual, bem como que sua atuação na proteção do patrimônio público não afasta a atuação do próprio ente público prejudicado, conforme prevê o art. 129, § 1º, da Constituição: “A legitimação do Ministério Público para as ações civis previstas neste artigo não impede a de terceiros, nas mesmas hipóteses, segundo o disposto

nesta Constituição e na lei”. 4. O parquet, ao ajuizar ação coletiva para a tutela do Erário, não age como representante da entidade pública, e sim como substituto processual de uma coletividade indeterminada, é dizer, a sociedade como um todo, titular do direito à boa administração do patrimônio público, da mesma forma que qualquer cidadão também poderia fazê-lo por meio de ação popular (art. 5º, LXXIII, da CRFB). 5. O combate em juízo à dilapidação ilegal do Erário configura atividade de defesa da ordem jurídica, dos interesses sociais e do patrimônio público, sendo todas essas funções institucionais atribuídas ao Ministério Público pelos artigos 127 e 129 da Constituição, de modo que entendimento contrário não apenas afronta a textual previsão da Carta Magna, mas também fragiliza o sistema de controle da Administração Pública, visto que deixaria a persecução de atos atentatórios à probidade e à moralidade administrativas basicamente ao talante do próprio ente público no bojo do qual a lesão ocorreu. 6. A jurisprudência do Plenário deste Supremo Tribunal Federal reconhece a legitimidade do Ministério Público para o ajuizamento de ação coletiva destinada à proteção do patrimônio público: RE 225777, Relator(a): Min. EROS GRAU, Relator(a) p/ Acórdão: Min. DIAS TOFFOLI, Tribunal Pleno, julgado em 24/02/2011; RE 208790, Relator(a): Min. ILMAR GALVÃO, Tribunal Pleno, julgado em 27/09/2000. 7. In casu: a) O Ministério Público do Estado de Rondônia ajuizou ação civil pública contra o Estado de Rondônia e um policial militar, postulando a anulação do ato administrativo que transferiu o referido policial para a reserva, porquanto ele não contava com tempo de serviço suficiente para esse fim, mercê de pleitear também exclusão do pagamento de gratificações e limitação da remuneração ao teto salarial estadual. b) A alegação recursal de impossibilidade de exercício de controle de constitucionalidade incidental no bojo de ação civil pública demanda interpretação do art. 103 do Código de Defesa do Consumidor, o qual versa sobre os limites subjetivos da coisa julgada nas ações coletivas, revelando-se incabível o Recurso Extraordinário para “rever a interpretação dada a normas infraconstitucionais pela decisão recorrida”, nos termos da Súmula n. 636 deste Supremo Tribunal Federal. c) Por sua vez, a causa de pedir recursal que sustenta o direito à incorporação da gratificação por cargo de gerenciamento superior aos proventos do Recorrente demanda o exame da legislação local, não havendo questão propriamente constitucional a ser apreciada, de modo que incide o óbice da Súmula n. 280 desta Corte, verbis: “Por ofensa a direito local não cabe recurso extraordinário.” 8. Recurso Extraordinário parcialmente conhecido e, na parte conhecida, desprovido, fixando-se a seguinte tese para aplicação a casos idênticos, na forma do art. 1.040, III, do Código de Processo Civil de 2015: “O Ministério Público tem legitimidade

para ajuizar Ação Civil Pública que vise anular ato administrativo de aposentadoria que importe em lesão patrimônio público”. Rel. Min. Luiz Fux. Julgado em 25/10/2018. DJ: 29/07/2020. Disponível em: https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search?base=acordaos&pesquisa_inteiro_teor=false&sinonimo=true&plural=true&radicais=false&buscaExata=true&page=1&pageSize=10&queryString=409.356&sort=_score&sortBy=desc. Acesso em: 20 abr. 2021.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. *Recurso extraordinário RE n. 1.101.937/SP*. I - É inconstitucional a redação do art. 16 da Lei 7.347/1985, alterada pela Lei 9.494/1997, sendo ripristinada sua redação original. II - Em se tratando de ação civil pública de efeitos nacionais ou regionais, a competência deve observar o art. 93, II, da Lei 8.078/1990 (Código de Defesa do Consumidor). III - Ajuizadas múltiplas ações civis públicas de âmbito nacional ou regional e fixada a competência nos termos do item II, firma-se a prevenção do juízo que primeiro conheceu de uma delas, para o julgamento de todas as demandas conexas. Rel. Min. Alexandre de Moraes. Julgado em 08/04/2021. DJ: 13/04/2021. Disponível em: https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search?base=acordaos&sinonimo=true&plural=true&page=1&pageSize=10&queryString=1101937&sort=_score&sortBy=desc. Acesso em: 20 abr. 2021.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. *Súmula n. 643*. O Ministério Público tem legitimidade para promover ação civil pública cujo fundamento seja a ilegalidade de reajuste de mensalidades escolares. DJ: 10/10/2003. Brasília, DF: Supremo Tribunal Federal [2021]. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/textos/verTexto.asp?servico=jurisprudenciaSumula>. Acesso em: 20 abr. 2021.

TARTUCE, F.; NEVES, D. A. A. *Manual de Direito do Consumidor*. 6. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2017.

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO. *Ação civil pública 0000025-24.1986.8.26.0157*. 2ª Vara do Foro de Cubatão. DJ: 17/10/2017. Disponível em: https://esaj.tjsp.jus.br/cpopg/show.do?processo.codigo=4DZ2E000P0000&processo.foro=157&processo.numero=0000025-24.1986.8.26.0157&uuiidCaptcha=sajcaptcha_b4e7114ce02043f-890591d13b4c51521. Acesso em: 20 abr. 2021.

ZAVASCKI, T. A. *Processo coletivo: tutela de direitos coletivos e tutela coletiva de direitos*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.