

# GRANDES TEMAS DA GRADUAÇÃO: TCC DA GRADUAÇÃO DE DIREITO DA EDB/IDP

TURMA I/2011

## ORGANIZADORAS:

JULIA XIMENES  
JANETE RICKEN LOPES DE BARROS

**idp**

Júlia Ximenes  
Janete Ricken Lopes de Barros

**GRANDES TEMAS DA GRADUAÇÃO  
TCC DA GRADUAÇÃO DE DIREITO DA EDB/IDP  
TURMA I/2011**

1ª edição

Autores:

Bruno de Barros Azambuja

Fagner Gonzaga De Souza

Jessica Baqui da Silva

Jhonathan Witney Souza da Silva

Lorena Paiva de Oliveira

Luiz Fernando Leite da Silva

Maraíse Sobral de Farias

Ricardo Rodolfo Rios Bezerra

IDP

Brasília

2016



## Conselho Editorial

Presidente: Gilmar Ferreira Mendes (IDP)  
Secretário Geral: Jairo Gilberto Schäfer (IDP)  
Coordenador-Geral: Walter Costa Porto (Instituto Federal da Bahia)

1. Adriana da Fontoura Alves (IDP)
2. Alberto Oehling de Los Reyes (Madrid)
3. Alexandre Zavaglia Pereira Coelho (PUC-SP)
4. Arnoldo Wald (Universidade de Paris)
5. Atalá Correia (IDP)
6. Carlos Blanco de Moraes (Faculdade de Direito de Lisboa)
7. Carlos Maurício Lociks de Araújo (IDP)
8. Everardo Maciel (IDP)
9. Felix Fischer (UERJ)
10. Fernando Rezende
11. Francisco Balaguer Callejón (Universidade de Granada)
12. Francisco Fernández Segado (Universidad Complutense de Madrid)
13. Ingo Wolfgang Sarlet (PUC-RS)
14. Jorge Miranda (Universidade de Lisboa)
15. José Levi Mello do Amaral Júnior (USP)

16. José Roberto Afonso (USP)
17. Julia Maurmann Ximenes (UCLA)
18. Katrin Möltgen (Faculdade de Políticas Públicas NRW - Dep. de Colônia/Alemanha)
19. Lenio Luiz Streck (UNISINOS)
20. Ludger Schrappner (Universidade de Administração Pública do Estado de Nordrhein-Westfalen)
21. Marcelo Neves (UnB)
22. Maria Alicia Lima Peralta (PUC-RJ)
23. Michael Bertrams (Universidade de Munster)
24. Miguel Carbonell Sánchez (Universidad Nacional Autónoma de México)
25. Paulo Gustavo Gonet Branco (IDP)
26. Pier Domenico Loggoscino (Universidade de Bari, Italia)
27. Rainer Frey (Universität St. Gallen)
28. Rodrigo de Bittencourt Mudrovitsch (USP)
29. Rodrigo de Oliveira Kaufmann (IDP)
30. Rui Stoco (SP)
31. Ruy Rosado de Aguiar (UFRGS)
32. Sergio Bermudes (USP)
33. Sérgio Prado (SP)
34. Teori Albino Zavascki(UFRGS)

XIMENES, Julia Maurmann, BARROS, Janete Ricken Lopes de  
Grandes temas da graduação: tcc da graduação de direito da EDB/IDP  
Turma I/2011/ Organizador Julia Maurmann Ximenes e Janete Ricken Lopes de  
Barros, Autores: Bruno de Barros Azambuja, Fagner Gonzaga De Souza, Jessica  
Baqui da Silva, Jhonathan Witney Souza da Silva, Lorena Paiva de Oliveira, Luiz  
Fernando Leite da Silva, Maraíse Sobral de Farias, Ricardo Rodolfo Rios Bezerra. –  
Brasília: IDP, 2016.

Disponível no [www.idp.edu.br/portaldeebbooks](http://www.idp.edu.br/portaldeebbooks)

293 p.

Prefixo Editorial: 65604  
ISBN: 978-85-65604-86-4

1. Direito Público. 2. Direito Constitucional. .

CDD 341.2



## SUMÁRIO

|   |     |
|---|-----|
| A SABATINA COMO FORMA DE LEGITIMAÇÃO DE AGENTES PÚBLICOS:<br>UMA ANÁLISE DOS CASOS DE DIRETORES INTERINOS NAS AGÊNCIAS<br>REGULADORAS BRASILEIRAS .....   | 13  |
| Bruno de Barros Azambuja.....   | 13  |
| O FEMINICÍDIO E O PRIVILÉGIO DO DOMÍNIO DE VIOLENTA EMOÇÃO<br>FRENTE À ORDEM DE QUESITAÇÃO DO JÚRI.....   | 44  |
| Fagner Gonzaga De Souza .....   | 44  |
| INCIDENTE DE RESOLUÇÃO DE DEMANDAS REPETITIVAS DO CPC/2015<br>À LUZ DO STARE DECISIS.....   | 76  |
| Jessica Baqui da Silva .....  | 76  |
| COOPERAÇÃO INTERNACIONAL PARA A REPARTIÇÃO DE BENEFÍCIOS<br>RELATIVOS AOS RECURSOS TRANSFRONTEIRIÇOS NO ÂMBITO DO<br>PROTOCOLO DE NAGOYA .....  | 124 |
| Jhonathan Witney Souza da Silva .....   | 124 |
| A CRIAÇÃO DE SÚMULAS VINCULANTES A PARTIR DE PRECEDENTES<br>DO CONTROLE CONCENTRADO DE CONSTITUCIONALIDADE.....   | 150 |
| Lorena Paiva de Oliveira.....   | 150 |
| A SUPRESSÃO DO JUÍZO DE ADMISSIBILIDADE DO RECURSO ESPECIAL<br>NOS TRIBUNAIS DE SEGUNDO GRAU E A FORÇA VINCULANTE DOS<br>PRECEDENTES NO NOVO CPC: UMA ANÁLISE SISTEMÁTICA FRENTE À<br>RAZOÁVEL DURAÇÃO DO PROCESSO..... | 183 |
| Luiz Fernando Leite da Silva .....  | 183 |

CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE E DEMOCRACIA: UM EMBATE  
ENTRE RONALD DWORKIN E JEREMY WALDRON..... 223

Maráise Sobral de Farias..... 223

PSICOPATA HOMICIDA: UM ENFOQUE PSICO-JURÍDICO EM FACE DO  
DIREITO PENAL BRASILEIRO POR MEIO DE ESTUDOS DE CASOS ..... 251

Ricardo Rodolfo Rios Bezerra ..... 251





## Apresentação

*Julia Ximenes*

*Janete Ricken Lopes de Barros*

O Trabalho de Conclusão de Curso – TCC da graduação representa um desafio para alunos e professores. Isto porque no último ano do curso, os alunos resistem a conhecimentos que não estejam diretamente ligados ao Exame da OAB e aos concursos públicos. Desafio para os professores de “desconstruir” esta interpretação sobre o TCC e a própria pesquisa científica no Direito.

Pesquisa implica em “investigar”, em buscar novos conhecimentos. Ela demanda curiosidade, inquietação, problematização e um “não” comodismo diante dos dogmas jurídicos.

E esta é a contribuição do TCC – instigar a reflexão pois “pesquisa é mais que monografia”<sup>1</sup>.

Na pesquisa científica a sistematização dos argumentos e a metodologia são responsáveis pela coerência interna. Não há defesa de “causa” na pesquisa científica. Ela não se resume ao “aprofundamento” do assunto. Ela parte de uma inquietação ou “indignação do sujeito em relação ao conhecimento produzido ou às normas morais, sociais ou legisladas”.<sup>2</sup>

A inquietação é um dos elementos do processo de construção da pesquisa e é conhecida como o problema de pesquisa. Trata-se de uma pergunta que acompanhará o aluno-pesquisador durante a coleta de dados e a análise dos mesmos.

Contudo, o processo de construção de estratégias de argumentação, a capacidade de analisar diferentes “recortes” da realidade e de construir “respostas” a estes “problemas” permeiam a atividade diária dos operadores do Direito.<sup>3</sup>

---

<sup>1</sup> BITTAR, Eduardo C.B. Pesquisa e Direito: o ensino jurídico, a indispensabilidade da experiência da pesquisa e o atual dilema da monografia de final de curso. IN: ABEDI. **Anuário**. Ano 2, n. 2, 2004, p. 143-157.

<sup>2</sup> GUSTIN, Miracy; DIAS, Maria Tereza Fonseca. **(Re) Pensando a pesquisa jurídica**. Belo Horizonte: Del Rey, 2006, p. 33.

<sup>3</sup> A pesquisa científica e a pesquisa “instrumental”, ou seja, a pesquisa presente no cotidiano do exercício das diferentes profissões do Direito, não são sinônimas, ainda que se aproximem. Uma das principais diferenças reside justamente na presença de um problema de pesquisa que não se resume a defesa de uma tese, de uma “causa”, mas sim na inquietação que será objeto da pesquisa e que acompanha o aluno-pesquisador até o final do trabalho.

Portanto, o aprendizado relacionado ao processo de construção do TCC também auxiliará o futuro operador do Direito. A complexidade do fenômeno jurídico hoje demanda maior reflexão e pesquisa sobre as inúmeras possibilidades para solução de um determinado conflito.

Neste sentido o aprendizado adquirido durante o processo de construção do TCC mostrará para o futuro operador do Direito o caminho da problematização, preparando-o para os inúmeros desafios que não se resumirão ao tripé doutrina-legislação-jurisprudência, que demandarão um olhar mais crítico e atento a variáveis nem sempre disponíveis na norma.

A reflexão crítica é o desafio – na pesquisa científica e na aplicação do Direito.

Com essa visão, os alunos da primeira turma de formandos da graduação de Direito da EDB (1/2011) apresentaram os trabalhos de conclusão de curso com 100% de êxito.

Foram indicados à publicação os trabalhos dos alunos: Bruno de Barros Azambuja, Fagner Gonzaga de Souza, Jessica Baqui da Silva, Jhonathan Witney Souza da Silva, Lorena Paiva de Oliveira, Luiz Fernando Leite da Silva, Maraíse Sobral de Farias e Ricardo Rodolfo Rios Bezerra.

O trabalho contou com a importante colaboração dos professores do mestrado, pós-graduação e graduação da EDB/IDP, bem como com equipe de docentes do Centro de Pesquisa (CEPES).

O resultado desse esforço conjunto está representado na 1ª edição do ebook “Grandes temas de Graduação”, cujos trabalhos tiveram a orientação dos seguintes professores: Cristiane Coelho, Roberta Cordeiro de Melo Magalhães, Guilherme Pupe da Nóbrega, Daniel Gustavo Falcão P. dos Reis, Jorge Octávio Lavocat Galvão, Leonardo Estrela Borges e Kênia Gubert.

Excelente leitura a todos!



# **A SABATINA COMO FORMA DE LEGITIMAÇÃO DE AGENTES PÚBLICOS: UMA ANÁLISE DOS CASOS DE DIRETORES INTERINOS NAS AGÊNCIAS REGULADORAS BRASILEIRAS**

Bruno de Barros Azambuja

**Resumo:** No presente trabalho realizamos uma análise da legitimidade dos diretores interinos das Agências Reguladoras brasileiras. Para isso, abordamos o histórico desses órgãos, sua estrutura e legitimidade. Seguimos para uma análise do processo de nomeação de seus diretores, comparando com o processo de nomeação dos Ministros do Supremo Tribunal Federal e com o processo de nomeação de autoridades dos Estados Unidos da América. Depois, apresentamos a situação atual das Agências Reguladoras e realizamos uma análise da legitimidade de seus diretores interinos com base nas teorias das estratégias do Presidente da República para influenciar esses órgãos.

**Palavras-chave:** Agências Reguladoras; legitimidade; estratégias; diretores interinos.

**Abstract:** In this task, we made an analysis of the legitimacy of Brazilian Regulatory Agencies acting directors. So, we bring forward the history of the Regulatory Agencies in Brazil, their structure and legitimacy. Then, we made an analysis of the nomination process of their directors and compare with the nomination process of Supreme Court justices and compare with the nominations process of authorities in the United States of America. Moreover, we bring forward the actual situation of the Brazilian Regulatory Agencies and we made an analysis of the legitimacy of their acting directors using the theory of President`s strategy to make influence the Agencies decisions.

**Keywords:** Regulatory Agencies; legitimacy; strategy; acting directors.

## **INTRODUÇÃO**

A Constituição Federal de 1988 adotou a forma republicana de Estado, com três poderes independentes e harmônicos entre si. São eles o Poder Executivo, o Poder Legislativo e o Poder Judiciário. Cada um deles possui funções próprias, com sua independência garantida pelo princípio da separação dos poderes.

Entretanto, nenhum deles é totalmente independente um do outro, visto que a carta magna deixou expresso várias formas de controle de um poder sobre o outro, de modo a criar um sistema de *checks and balances*. Um exemplo disso, é o art. 52, da Constituição que condiciona a nomeação de um Ministro do Supremo Tribunal Federal – STF à previa aprovação no Senado Federal. Assim, o Poder Executivo encontra um limite ao seu poder de nomeação dos Ministros do STF.

O mesmo ocorre com os diretores das Agências Reguladoras no Brasil. Na Agência Nacional de Transportes Terrestres – ANTT, *e. g.*, sua lei de criação, Lei nº 10.233, de 5 de junho de 2001, determinou que seus cinco diretores fossem indicados pelo Presidente e aprovados pelo Senado, corroborando com a norma prevista no art. 52, III, f, da Carta Magna.

Recentemente, alguns estudos<sup>4</sup> concluíram que o processo de nomeação dos ministros do Supremo Tribunal Federal apresenta uma série de falhas que acabam por abalar a legitimidade da Corte. Uma das falhas seria justamente o fato de o processo de nomeação, inclusive a sabatina, dos candidatos a ministro da Corte ser muito formal e, por isso, não gerar os desejados efeitos de controle do Poder Executivo pelo Legislativo conforme esperado.<sup>5</sup>

Questiona-se também o fato de haver pouca participação social durante o processo. Isso pode afetar a legitimidade do ministro indicado, visto que com maior participação popular, em geral, maior é o grau de legitimidade do processo e do ministro.

As mesmas características são verificadas quando do processo de nomeação dos diretores das Agências Reguladoras. Porém, há que se destacar que, diferentemente das indicações dos ministros do STF, em 2012 houve efetivamente um caso de rejeição de um nome indicado pela Presidente da República. Por ocasião do término do mandato de diretor-geral da ANTT, a Presidente Dilma Rousseff indicou o

---

<sup>4</sup> ARGUELHES, Diego Werneck. Um Novo Processo de Indicação de Ministros do STF. **Jota**. Disponível em: <http://jota.info/um-novo-processo-de-indicacao-de-ministros-stf>; HARTMAN, Ivar; WERNECK, Diego. Senado Deve Fiscalizar Rota Política até o Supremo. **Folha de São Paulo**. Disponível em: <http://www1.folha.uol.com.br/fsp/poder/81765-senado-deve-fiscalizar-rota-politica-ate-o-supremo.shtml>.

<sup>5</sup> *ibid.*

nome de Bernardo Figueiredo para recondução. Ocorre que seu nome foi rejeitado na votação em plenário no Senado Federal.<sup>6</sup>

Apesar de termos um caso de efetivo controle da indicação do Poder Executivo pelo Legislativo, há também um agravante. Após a rejeição de Bernardo Figueiredo, a Presidente da República não indicou mais nenhum nome para a ANTT e poucos para outras Agências. Ela simplesmente nomeou diretores interinos, que em teoria deveriam permanecer no cargo até que um novo diretor assumisse. Ocorre que não é isso que vem acontecendo. Esses diretores permaneceram interinos até o presente ano, ou seja, ocuparam o cargo por aproximadamente três anos e sem passarem por sabatinas nem possuírem mandato, o que parece ferir a lei de criação do respectivo órgão e a Constituição Federal. Desse modo, questionamos a legitimidade desses agentes, visto que ocupam um cargo sem terem passado pelo processo de legitimação constitucionalmente previsto.

Em síntese, esse trabalho busca analisar o processo de legitimação de agentes públicos previsto pela Constituição Federal e as consequências do não cumprimento nos casos dos diretores interinos dos órgãos reguladores federais. Para isso, buscaremos responder a seguinte pergunta: em que medida a ausência de sabatina compromete a legitimidade dos diretores interinos das Agências Reguladoras?

Como hipótese do trabalho pensamos ser a participação do Senado Federal, notadamente a sabatina, na escolha dos dirigentes das Agências Reguladoras, indispensável para conferir legitimidade a esses agentes públicos, visto que não são eleitos pelo povo e atuam diretamente na regulação do mercado, atividade de grande impacto na vida dos cidadãos.

## **1. INTERVENÇÃO DO ESTADO NA ECONOMIA E A LEGITIMIDADE DEMOCRÁTICA DAS AGÊNCIAS REGULADORAS**

O tema da intervenção do estado não é novo no Brasil. Desde a Carta

---

<sup>6</sup> LEMOS, Iara. Senado rejeita recondução ao cargo do presidente da ANTT. **G1**. 07/03/2012. Disponível em: <http://g1.globo.com/politica/noticia/2012/03/senado-rejeita-reconducao-de-bernardo-figueiredo-antt.html>. Acesso em: 10/11/2015.

de 1934, todos os textos constitucionais brasileiros dedicaram um título específico à Ordem Econômica, que, muitas vezes, deram ênfase a destinação social da propriedade ou a outros aspectos de relevante interesse público.<sup>7</sup>

Conforme Eros Roberto Grau, apesar de a Constituição de 1988 ser capitalista, ela repudia o modelo neoliberal e também o dirigismo, de modo que a intervenção na economia deve ser feita a favor do mercado e levando em consideração a justiça social.<sup>8</sup> Assim, podemos inferir que a atual Carta Magna preconiza os ideais do Estado de Bem Estar Social.

Diferentemente dos ideais da Constituição de 1988, a história brasileira é marcada por grande intervencionismo estatal. Durante o período do Estado Novo, Getúlio Vargas “adotou a política de ‘Estado Desenvolvimentista’, caracterizado por forte intervenção estatal, tanto no plano social, quanto no econômico”.<sup>9</sup> Assim, foram criadas várias entidades autárquicas buscando regular a produção e a comercialização de alguns produtos, bem como estruturar programas para direcionar as atividades econômicas.

Além disso, Vargas entendia “que o Estado deveria participar ativamente dos incentivos e no desenvolvimento do mercado”<sup>10</sup>, diversas empresas públicas também foram criadas, de modo que o Estado atuava diretamente na economia. A Companhia Siderúrgica Nacional – CSN é um exemplo de empresa criada por Getúlio Vargas.

Os governos militares também seguiram esse modelo de intervencionismo estatal. Desse modo, vemos que o modelo intervencionista sempre foi adotado no Brasil, somente vindo a ser alterado na década de 1990.

Ainda assim, com a Constituição de 1988 o Estado não ficou

---

<sup>7</sup> LOSS, Giovani R. Contribuições à Teoria da Regulamentação no Brasil: Fundamentos, Princípios e Limites do Poder Regulatório das Agências. In: Alexandre Santos de Aragão (coord.). **O Poder Normativo das Agências Reguladoras**. Rio de Janeiro: Forense, 2011, p. 109.

<sup>8</sup> GRAU, Eros Roberto. **Ordem Econômica na Constituição de 1988: interpretação e crítica**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1990. P. 212.

<sup>9</sup> GUERRA, Sérgio. **Agências Reguladoras – da organização administrativa piramidal à governança em rede**. Belo Horizonte: Editora Fortium, 2012. P. 47.

<sup>10</sup> GUERRA, Sérgio. **Agências Reguladoras – da organização administrativa piramidal à governança em rede**. Belo Horizonte: Editora Fortium, 2012. P. 49.



desobrigado da intervenção que, entretanto, deve ser feita, em regra, de modo indireto. Ou seja, agora a regra é a liberdade para o exercício de qualquer atividade econômica, cabendo ao Estado regulá-las.

Desse modo, deixou-se de lado o modelo de Estado Desenvolvimentista para se adotar o modelo de Estado Regulador. Nesse sentido, o art. 173 da Constituição Federal determinou que “a exploração direta de atividade econômica pelo Estado só será permitida quando necessária aos imperativos da segurança nacional ou relevante interesse coletivo”<sup>11</sup>. O art. 175<sup>12</sup> da Carta Magna também é um indicador forte de que esse é o modelo que deve ser adotado pelo Estado. Isso porque esse dispositivo permite que serviços públicos possam ser prestados por meio de concessão ou permissão<sup>13</sup>, casos em que o Poder Público apenas regula e fiscaliza a atuação do ente privado. Já o art. 174<sup>14</sup> da Constituição define claramente que o Estado é agente normativo e regulador da atividade econômica, cabendo-lhe funções de incentivo, fiscalização e planejamento.

A partir de todos esses dispositivos constitucionais podemos inferir que a Constituição consagrou o princípio da subsidiariedade. Sobre esse princípio, Ricardo Duarte Jr. afirma que o Estado somente deve prestar atividades econômicas que não são de interesse dos particulares.<sup>15</sup> Assim, conclui:

Com fundamento nesse ideário se propugna que o Estado se concentre nas tarefas consideradas essenciais ao interesse público, transferindo as demais funções para a prestação por particulares – desenvolvida com maior eficiência -, sob

---

<sup>11</sup> BRASIL, Constituição Federal, art. 173. Ressalvados os casos previstos nesta Constituição, a exploração direta de atividade pelo Estado só será permitida quando necessária aos imperativos da segurança nacional ou relevante interesse coletivo, conforme definidos em lei.

<sup>12</sup> BRASIL, Constituição Federal, Art. 175 Incumbe ao Poder Público, na forma da lei, diretamente ou sobre o regime de concessão ou permissão, sempre através de licitação, a prestação de serviços públicos.

<sup>13</sup> Nos casos de concessão e permissão, o Poder Público transfere a execução do serviço público para o ente privado. É assinado um contrato que estabelece o tempo de concessão ou permissão e as regras que o concessionário ou permissionário deve seguir, cabendo ao Estado apenas a fiscalização e a regulação dos serviços prestados.

<sup>14</sup> BRASIL, Constituição Federal, art. 174. Como agente normativo e regulador da atividade econômica, o Estado exercerá, na forma da lei, as funções de fiscalização, incentivo e planejamento, sendo este determinante para o setor público e indicativo para o setor privado.

<sup>15</sup> DUARTE JR., Ricardo. **Agência Reguladora, Poder Normativo e Democracia Participativa: uma questão de legitimidade**. Curitiba: Juruá Editora, 2014, p. 95.

regulação estatal.<sup>16</sup>

O Estado Regulador brasileiro começou a ser efetivamente implantado com o Programa Nacional de Desestatização – PND e da Reforma do Aparelho do Estado – RAE. O primeiro, instituído pela Lei no 8.031, de 12 de abril de 1990, e posteriormente reformulado pela Lei no 9.491, de 09 de setembro de 1997, possuía os seguintes objetivos, enumerados no art. 1º:

I – reordenar a posição estratégica do Estado na economia, transferindo à iniciativa privada atividades indevidamente exploradas pelo setor público;

II – contribuir para a reestruturação do setor público, especialmente através da melhoria do perfil e da redução da dívida pública líquida;

III – permitir a retomada de investimentos nas empresas e atividades que vierem a ser transferidas à iniciativa privada;

IV – contribuir para a reestruturação econômica do setor privado, especialmente para a modernização da infraestrutura e do parque industrial do País, ampliando sua competitividade e reforçando a capacidade empresarial nos diversos setores da economia, inclusive através da concessão de crédito;

V – permitir que a Administração Pública concentre seus esforços nas atividades em que a presença do Estado seja fundamental para a consecução das prioridades nacionais;

VI – contribuir para o fortalecimento do mercado de capitais, através do acréscimo da oferta de valores mobiliários e da democratização da propriedade do capital das empresas que integrem o Programa.<sup>17</sup>

Já a RAE foi realizada com a justificativa de que o Estado necessitava se aproximar da sociedade se aproximar da sociedade e “tornar-se mais eficiente na gestão dos recursos públicos, na implementação de políticas públicas e, por conseguinte, na concretização de direitos fundamentais”.<sup>18</sup>

Assim, várias privatizações e concessões de serviços públicos foram

---

<sup>16</sup> *Ibid.*, p. 95.

<sup>17</sup> BRASIL, Lei nº 9.491, de 09 de setembro de 1997. Altera procedimentos relativos ao Programa Nacional de Desestatização, revoga a Lei no 8.031, de 12 de abril de 1990, e da outras providências. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/LEIS/L9491.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L9491.htm). Acesso em: 30 de agosto de 2015.

<sup>18</sup> DUARTE JR., Ricardo. *Op. cit.*, p. 100.

realizadas, visando retirar do Estado atribuições de atuação direta na economia para a atuação indireta. Para isso, várias Emendas à Constituição<sup>19</sup> foram aprovadas, com o intuito de flexibilizar monopólios estatais.

Além disso, o Plano Diretor da Reforma do Estado “previu a criação de agências autônomas, vinculadas às atividades de Estado”, visando criar uma estrutura organizacional moderna, ágil e permeável à participação popular.<sup>20</sup>

Assim, surgiram as Agências Reguladoras brasileiras nos moldes atuais. Elas são o resultado de estudos realizados com foco em criar um ambiente propício a atrair investimentos, principalmente estrangeiros. Para isso, era necessário um ambiente que privilegiasse a certeza e a estabilidade, de modo a sinalizar um compromisso na manutenção de regras e contratos de longo prazo.<sup>21</sup>

## 1.1 A LEGITIMIDADE DAS AGÊNCIAS REGULADORAS

As Agências Reguladoras são órgãos da Administração Indireta que possuem competência editar normas reguladoras do mercado. Entretanto, seus diretores não são eleitos diretamente pelo povo e, por isso, questiona-se sua legitimidade, apontando um déficit democrático. Esse déficit seria decorrente de suas características, tais quais: não eletividade de seus dirigentes, natureza técnica das funções desempenhadas e autonomia em relação aos poderes tradicionais.<sup>22</sup> Por isso, os seus diretores possuem mandatos fixos e não podem ser demitidos *ad nutum*.

Apesar disso, há autores que entendem que não existe déficit democrático nas Agências Reguladoras. Um desses autores é Marçal Justen Filho.

Não há déficit democrático na instituição estatal constituída sem participação direta do povo quando a função consiste precisamente em neutralizar a influência da vontade da maioria da população e assegurar a realização dos valores e princípios fundamentais.<sup>23</sup>

---

<sup>19</sup> As mencionadas Emendas são

<sup>20</sup> GUERRA, Sérgio. *Op. cit.*, p. 105.

<sup>21</sup> *Ibid.*, p. 106.

<sup>22</sup> BARROSO, Luís Roberto. Agências Reguladoras. Constituição, Transformações do Estado e Legitimidade Democrática. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, Editora FGV, v. 229, 2002. P. 309. Disponível em: <http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/46445>. Acesso em: 29/09/2015.

<sup>23</sup> JUSTEN FILHO, Marçal. Agências Reguladoras e Democracia: existe um déficit democrático na regulação independente?. In: Alexandre Santos de Aragão (coord.). *op. cit.*, p. 232.

O mencionado autor afirma ainda que “reduzir a legitimação democrática exclusivamente à via da eleição popular reflete uma concepção limitada, insuficiente e inadequada sobre o próprio conceito de Democracia”<sup>24</sup>. Existem várias formas de se promover a legitimação democrática, sendo essencial que os titulares de órgãos públicos sejam eleitos. Entretanto, nem todos os agentes públicos precisam ser eleitos.<sup>25</sup>

Outra forma de legitimação democrática é a participação popular. Segundo Ricardo Duarte Jr., não existe déficit democrático nas Agências Reguladoras, pois estas permitem a participação popular, de forma a fortalecer o princípio democrático.<sup>26</sup>

Vale ressaltar que o déficit democrático possui duas vertentes: uma externa e outra interna. A primeira diz respeito ao déficit democrático do sistema político como um todo causado pela insatisfação popular, gerando uma crise da democracia. Isso decorre, segundo Marçal, da “inadequação dos mecanismos clássicos da Democracia para assegurar a compatibilidade entre o interesse da Sociedade Civil e a atuação dos representantes eleitos pelo povo”.<sup>27</sup>

Já a vertente interna do déficit democrático diz respeito ao caráter democrático dentro dos próprios órgãos reguladores. Sua análise se divide em dois enfoques: o estrutural e o funcional.

Segundo Marçal, o primeiro diz respeito à “existência de instrumentos destinados a assegurar a observância dos princípios democráticos” na estrutura organizacional.<sup>28</sup> Assim, as Agências devem ser comandadas por uma diretoria colegiada ou um conselho diretor, cuja competência de seus membros deve ser a mesma; processo de escolha de seus membros diretores deve permear diversos âmbitos do poder político, de modo que funcione no sistema de freios e contrapesos para evitar o abuso de poder e imponha que se escolha membros realmente imparciais e neutros; seus mandatos devem ser

---

<sup>24</sup> *Ibid.*, p. 232.

<sup>25</sup> *Ibid.*, p. 232.

<sup>26</sup> DUARTE JR., Ricardo. *op. cit.*, p. 234.

<sup>27</sup> JUSTEN FILHO, Marçal. *op. cit.*, p. 234.

<sup>28</sup> *Ibid.*, p. 237.

não coincidentes; os diretores devem ter conhecimento técnico sobre a sua área de atuação; e, por fim, os diretores devem ter a garantia contra a demissibilidade *ad nutum*, para evitar interferência externo por meio de pressão política.

Além disso, a competência das Agências para decidir sobre determinados temas deve ser secundária, limitada e condicionada, pois existem matérias que devem ser decididas pelo Congresso Nacional em razão do seu caráter de representação popular.<sup>29</sup>

O segundo enfoque do déficit democrático interno é o funcional. Ou seja, a forma como a Agência exerce suas competências. Assim, conforme Marçal Justen Filho, a falta de participação popular na escolha de dirigentes dos órgãos reguladores deve ser compensado com mecanismos que permitam a ampla participação social e garantam a realização de princípios e valores fundamentais.<sup>30</sup>

Por isso, é necessário que haja um processo administrativo para a formação da vontade das Agências Reguladoras. Esse processo deve conduzir “à limitação do poder e à formação de decisões compatíveis com a ordem jurídica, com a Ciência e com os valores fundamentais”.<sup>31</sup> Além disso, deve compreender a efetiva participação da sociedade, pois suas decisões legitimam-se pela participação popular.<sup>32</sup>

Por fim, as Agências devem sempre justificar seus atos com argumentos técnicos, pois caso contrário estaria agindo de forma autoritária, visto que os órgãos da administração pública direta pode tomar decisões com base na conveniência e oportunidade.<sup>33</sup>

## **2. PROCESSO DE NOMEAÇÃO DE AUTORIDADES**

A Constituição Federal brasileira de 1988 determinou no seu art. 84,

---

<sup>29</sup> *Ibid.*, p. 241.

<sup>30</sup> JUSTEN FILHO, Marçal. *op. cit.*, p. 243.

<sup>31</sup> *Ibid.*, p. 246.

<sup>32</sup> *Ibid.*, p. 247.

<sup>33</sup> *Ibid.*, p. 244.

XIV<sup>34</sup> como competência privativa do Presidente da República nomear os Ministros do Supremo Tribunal Federal, dos Tribunais Superiores, os Governadores de Território, o Procurador-Geral da República e outros servidores que a lei determinar. Além disso, a Magna Carta estipulou no art. 52, III<sup>35</sup> que é competência privativa do Senado Federal aprovar, após arguição pública, os nomes indicados pelo Presidente para os tribunais superiores, para o Tribunal de Contas da União, Governador de Território, presidente e diretores do Banco Central, a Procuradoria-Geral da República e outros cargos que a lei determinar.

A Lei nº 9.986, de 18 de julho de 2000, que dispõe sobre a gestão de recursos humanos das Agências Reguladoras, determinou no seu art. 5º<sup>36</sup> que os membros das diretorias colegiadas ou conselhos diretores devem ser escolhidos e nomeados pelo Presidente após aprovação pelo Senado.

Assim, podemos inferir que o ordenamento jurídico nacional entende como necessária a participação de mais de um órgão no processo de investidura desses agentes públicos. Nesse caso, o Presidente da República e o Senado Federal repartem o poder de indicação dos diretores das Agências, funcionando como um sistema de freios e contrapesos. Esse sistema aumenta a legitimidade dos agentes nomeados.

Além disso, é interessante notar que os Ministros do Supremo Tribunal Federal também são nomeados pelo mesmo sistema. Ou seja, são indicados e

---

<sup>34</sup> BRASIL. Constituição Federal, art. 84. Compete privativamente ao Presidente da República: XIV – nomear, após aprovação pelo Senado Federal, os Ministros do Supremo Tribunal Federal e dos Tribunais Superiores, os Governadores de Territórios, o Procurador-Geral da República, o presidente e os diretores do Banco Central e outros servidores, quando determinado em lei.

<sup>35</sup> BRASIL. Constituição Federal, art. 52. Compete privativamente ao Senado Federal: III – aprovar previamente, por voto secreto, após arguição pública, a escolha de: a) Magistrados, nos casos estabelecidos nesta Constituição; b) Ministros do Tribunal de Contas da União indicados pelo Presidente da República; c) Governador de Território; d) Presidente e diretores do Banco Central; e) Procurador-Geral da República; f) titulares de outros cargos que a lei determinar.

<sup>36</sup> no 9.986, de 18 de julho de 2000, art. 5º. O Presidente ou o Diretor-Geral ou o Diretor-Presidente (CD I) e os demais membros do Conselho Diretor ou da Diretoria (CD II) serão brasileiros, de reputação ilibada. Formação universitária e elevado conceito no campo de especialidade dos cargos para os quais serão nomeados, devendo ser escolhidos pelo Presidente da República e por ele nomeados, após aprovação do Senado Federal, nos termos da alínea f do inciso III do art. 52 da Constituição Federal. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/LEIS/L9986.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L9986.htm). Acesso em: 20/09/2015.

nomeados pelo Presidente após a aprovação do Senado Federal. Isso evidencia que o ordenamento jurídico busca sempre a legitimação dos agentes públicos mesmo que não seja por meio de eleição.

É interessante notar que a Constituição brasileira claramente buscou inspiração na Constituição Federal dos Estados Unidos da América – EUA. Apesar de as competências da nossa Corte Suprema serem bem distintas das Suprema Corte americana o processo de nomeação de seus integrantes é muito semelhante.

Assim, a Constituição dos Estados Unidos estabelece no art. II, seção 2, parágrafo segundo<sup>37</sup>

*He shall have Power, by and with the Advice and Consent of the Senate, to make Treaties, provided two thirds of the Senators present concur; and he shall nominate, and by and with de Advice and Consent of the Senate, shall appoint ambassadors, other public Ministers and Consuls, Judges of the supreme Court, and all other Officers of the United States, whose Appointments are not herein otherwise provided for, and which shall be established by Law: but the Congress may by Law vest the Appointment of such inferior Officers, as they think proper, in the President alone, in the Courts of Law, or in the Heads of Departments.<sup>38</sup>*

Desse modo, vemos que nos EUA o Presidente também possui a competência para indicar e nomear os *justices* e os membros de outros órgãos administrativos, inclusive as Agências Reguladoras e o Senado tem a competência de analisar, aprovar ou vetar as indicações. Porém, o Presidente americano pode indicar um autoridades durante o recesso parlamentar sem aprovação do Senado. É o que podemos depreender do art. II, seção 2, parágrafo terceiro<sup>39</sup>, abaixo transcrito:

---

<sup>37</sup> ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. Constitution of United States of America. Disponível em: [http://www.senate.gov/civics/constitution\\_item/constitution.htm](http://www.senate.gov/civics/constitution_item/constitution.htm). Acesso em: 28/10/2015.

<sup>38</sup> livre do autor: Constituição dos Estados Unidos da América, artigo II, seção 2, segundo parágrafo: Ele [o Presidente da República] tem o poder de, com parecer e consentimento do Senado, assinar tratados, com aprovação de pelo menos dois terços dos senadores; e ele [o Presidente] deve nomear, com parecer e consentimento do Senado, e indicar embaixadores, outros ministros e diplomatas, os juizes da Suprema Corte, e todos os outros funcionários dos Estados Unidos, cuja indicação não seja determinada de outra forma por esta Constituição, que devem ser determinados pela lei: mas o Congresso pode determinar, por lei, que cargos inferiores sejam indicados apenas pelo Presidente, pelos Tribunais de Justiça ou pelos Chefes de Departamento.

<sup>39</sup> ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. Constitution of United States of America. Disponível em:

*The President shall have Power to fill up all Vacancies that may happen during the Recess of the Senate, by granting Commissions which shall expire at the End of their next Session.*

Isso não ocorre no Brasil. Aqui o Presidente, em regra, somente pode nomear alguma autoridade após a aprovação do Senado.

Outra diferença entre os modelos dos dois países é a sabatina. Nos EUA a análise das indicações feita pelo Senado é muito complexa, de modo que a vida do candidato é avaliada por completo. Os parlamentares checam desde a qualificação, independência e predileções políticas até sua saúde física, bens financeiros e objetivos que o levaram a pleitear tal cargo.<sup>40</sup>

Ocorre que no Brasil não é bem assim. Muitos críticos afirmam que o exame das indicações é meramente protocolar, de modo que a aprovação é automática.<sup>41</sup>

Ivar Hartman e Diego Werneck afirmam que a “escolha [do ocupante ao cargo público] não é só questão de saber jurídico. Ao Senado, órgão político, compete fiscalizar o processo político da nomeação. Elemento fundamental disso é o percurso realizado pelo candidato, longe dos holofotes”<sup>42</sup>. É para isso que existe a sabatina pública na comissão competente do Senado Federal, para que o candidato possa esclarecer seus motivos para atuar no cargo ao qual foi indicado e também responder perguntas sobre sua trajetória profissional e acadêmica. Com base nas respostas os senadores podem avaliar se o candidato reúne as condições necessárias para ocupar o cargo ou não.

Segundo Diego Werneck, o Senado simplesmente aprovar ou rejeitar a indicação feita pelo Presidente é insuficiente para a democracia. O Senado deve efetivamente debater com profundidade e transparência as indicações. Assim, o processo de nomeação do futuro ocupante do cargo deve “promover a produção de

---

[http://www.senate.gov/civics/constitution\\_item/constitution.htm](http://www.senate.gov/civics/constitution_item/constitution.htm). Acesso em: 28/10/2015.

<sup>40</sup> LEMOS, Leany Barreiro de Sousa. **Controle Legislativo em Democracias Presidencialistas: Brasil e EUA em perspectiva comparada**. Brasília, 2005, 256 f. Tese (para a obtenção do título de doutor) – Centro de Pesquisa e Pós-graduação sobre as Américas – CEPPAC e Instituto de Ciências Sociais, Universidade de Brasília – UnB. Disponível em: <http://www2.senado.leg.br/bdsf/item/id/180412>. Acesso em: 28/10/2015.

<sup>41</sup> FILHO, Newton Tavares. **Democratização do Processo de Nomeação dos Ministros do Supremo Tribunal Federal**. Disponível em: <http://bd.camara.leg.br/bd/handle/bdcamara/1596>. Acesso em: 25/10/2015.

<sup>42</sup> HARTMAN, Ivar; WERNECK, Diego. Senado Deve Fiscalizar Rota Política até o Supremo. **Folha de São Paulo**. Disponível em: <http://www1.folha.uol.com.br/fsp/poder/81765-senado-deve-fiscalizar-rota-politica-ate-o-supremo.shtml>. Acesso em: 25/10/2015.



informações que permitam aos eleitores entender o sentido político e as implicações constitucionais da indicação”.<sup>43</sup>

Essas críticas sobre a atuação do Senado geraram também um debate sobre a transparência e a participação popular no processo de nomeação de autoridades. Afirmava-se que havia falta de espaços para a população<sup>44</sup> se manifestar, pois o Presidente indicava o candidato e o Senado realizava a sabatina sem que seu nome e currículo fossem disponibilizados em meios públicos de informação e não havia possibilidade de que os cidadãos e entidades interessadas pudessem encaminhar perguntas e informações sobre o candidato.

Por isso, em 2013 foi aprovada a Resolução do Senado no 41/2013, que altera o Regimento Interno do Senado Federal para disciplinar a apreciação da escolha de autoridades pelas comissões. Sobre essa Resolução, Diego Werneck afirma:

Em 2013, houve uma mudança importante nesse cenário. Após muita mobilização e sistemáticos pedidos de organizações da sociedade civil nos últimos cinco anos, dirigidos tanto à Presidência quanto à CCJ, o Senado aprovou a Resolução n. 41/2013, alterando o procedimento de aprovação de autoridades. Entre as várias mudanças, agora a indicação deve vir acompanhada de ampla divulgação do currículo, das publicações, das filiações atuais e passadas, de potenciais conflitos de interesse e das razões presidenciais para a indicação. Essas informações ficarão disponíveis ao público por um período mínimo de tempo. A Resolução permite também que cidadãos submetam ao relator na CCJ sugestões de perguntas na sabatina.<sup>45</sup>

Assim, o processo de nomeação de autoridades adquiriu maior transparência com a divulgação das informações do indicado na rede mundial de computadores. E, ainda, os cidadãos poderão participar do processo encaminhando perguntas ao relator. Isso gera maior legitimidade do processo e da autoridade que ocupará o cargo.

### **3. ANÁLISE DA LEGITIMIDADE DOS DIRETORES INTERINOS DAS AGÊNCIAS REGULADORAS**

As Agências Reguladoras foram desenhadas para serem órgãos da

---

<sup>43</sup> ARGUELHES, Diego Werneck. Um Novo Processo de Indicação de Ministros do STF. **Jota**. Disponível em: <http://jota.info/um-novo-processo-de-indicacao-de-ministros-stf>. Acesso em: 19/10/2015.

<sup>44</sup> Dossiê Transparência no STF. Disponível em: <http://conectas.org/pt/acoes/stf-em-foco/noticia/dossie-transparencia-no-stf>. Acesso em: 19/10/2015.

<sup>45</sup> ARGUELHES, Diego Werneck. *Op. cit.*

Administração Indireta, porém com autonomia. Por isso, são comandadas por diretorias colegiadas compostas por diretores com mandato fixo, autonomia decisória e autonomia econômico-financeira. Isso significa que seus diretores não podem ser demitidos por mera vontade do Presidente da República e sua atuação não depende diretamente de aprovação dele. Entretanto, esses órgãos estão vinculados às políticas públicas da Administração Direta.

Sabendo disso, em 2013, o Tribunal de Contas da União – TCU instaurou o processo TC 031.996/2013-2 para “avaliar a governança da regulação nos setores de energia, comunicações e transportes, por meio das agências reguladoras de infraestrutura<sup>46</sup>”.<sup>47</sup> No decorrer do processo, o TCU verificou algumas fragilidades no sistema de composição das diretorias desses órgãos que podem comprometer sua independência e, conseqüentemente, sua legitimidade.

Dentre essas fragilidades foram apontadas a ausência de normas para a substituição de diretores e conselheiros nos seus impedimentos, afastamentos regulamentares e período de vacância do cargo até a nomeação de novo diretor ou conselheiro. Ou seja, é necessário que sejam editadas normas para determinar como serão indicados os diretores interinos.

Entre os órgãos reguladores fiscalizados pelo TCU no mencionado processo apenas a ANTEL, a ANTT e a ANTAQ possuem normas para substituição dos diretores. As da primeira estão previstas no Decreto no 2.338, de 07 de outubro de 1997, enquanto que as normas referentes à ANTT e a ANTAQ são mais recentes.

Em 2012, a Presidente da República editou os Decretos no 7.703 e no 7.863, que permitem ao Ministro de Estado dos Transportes e o Ministro de Estado da Secretaria de Portos da Presidência da República nomear um servidor do quadro de pessoal da respectiva Agência para o cargo de diretor até que um novo diretor com mandato seja nomeado. Assim, o diretor nomeado pelo respectivo ministro permanece atuando como diretor interino até que o titular da vaga seja aprovado no Senado

---

<sup>46</sup> São agências reguladoras de infraestruturas a Agência Nacional de Transportes Terrestres – ANTT, Agência Nacional de Transportes Aquaviários – ANTAQ, Agência Nacional de Telecomunicações – ANATEL, Agência nacional de Aviação Civil – ANAC, Agência Nacional de Energia Elétrica – ANEEL e a Agência Nacional de Petróleo, Gás Natural e Biocombustíveis – ANP.

<sup>47</sup> BRASIL. Tribunal de Contas da União. **Acórdão no 240/2015 – TCU – Plenário**, processo TC 031.996/2013-2, Relator Ministros Raimundo Carreiro, p. 1. Disponível em: <https://contas.tcu.gov.br/juris/Web/Juris/ConsultarTextual2/Jurisprudencia.faces?colegiado=PL ENARI O&numeroAcordao=240&anoAcordao=2015&relator=RAIMUNDO+CARREIRO>. Acesso em: 11/11/2015.

Federal e nomeado pelo Presidente.

No caso da ANATEL, a forma de escolha dos conselheiros interinos que substituirão o titular em caso de vacância ou impedimento é bem diferente daquela estabelecida para a ANTT e ANTAQ. Segundo o mencionado Decreto, o conselheiro interino será escolhido entre aqueles que compõem a lista de substituição do Conselho Diretor. Essa lista é formada por superintendentes-adjuntos ou gerentes-gerais, escolhidos e designados mediante decreto do Presidente dentre os indicados pelos Conselho Diretor. Três nomes devem ser indicados para cada vaga na lista e nenhum deles poderá permanecer por mais de dois anos contínuos na lista, sendo necessário aguardar outros dois anos fora da lista para poder ser novamente indicado para compor a lista de substituição. Se houver necessidade de substituição, aquele que atuar como diretor interino somente poderá permanecer na função por até sessenta dias. Desse modo, passado esse período, outro diretor deverá assumir a vaga.

Porém, a ANEEL, a ANP e a ANAC continuam sem normas para a substituição dos diretores em caso de vacância.<sup>48</sup>

Ainda, foi constatado que muitas dessas Agências sofrem com a falta de indicação e nomeação de diretores e conselheiros. Em algumas delas os cargos vacantes punham em risco até mesmo a capacidade de tomada de decisões do órgão por falta de quórum.<sup>49</sup>

A figura 1<sup>50</sup> abaixo mostra os percentuais de vacância dos cargos de direção das agências reguladoras no período entre 1o de janeiro de 2010 e 31 de dezembro de 2013:

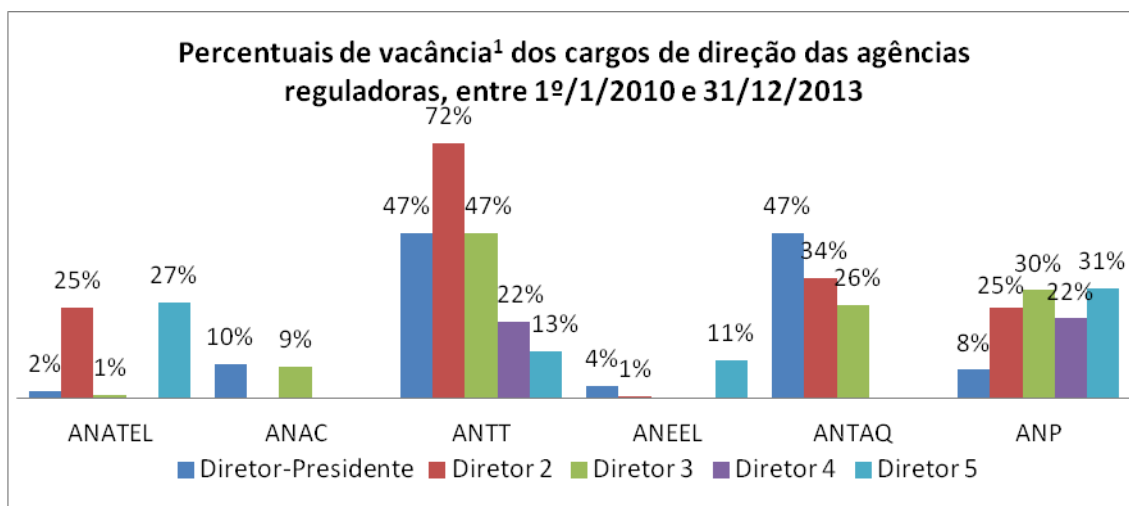
---

<sup>48</sup> BRASIL. Tribunal de Contas da União. **Acórdão no 240/2015 – TCU – Plenário**, processo TC 031.996/2013-2, Relator Ministros Raimundo Carreiro, p. 7. Disponível em: <https://contas.tcu.gov.br/juris/Web/Juris/ConsultarTextual2/Jurisprudencia.faces?colegiado=PL ENARI O&numeroAcordao=240&anoAcordao=2015&relator=RAIMUNDO+CARREIRO>. Acesso em: 11/11/2015.

<sup>49</sup> BRASIL. Tribunal de Contas da União. **Acórdão no 240/2015 – TCU – Plenário**, processo TC 031.996/2013-2, Relator Ministros Raimundo Carreiro, p. 7. Disponível em: <https://contas.tcu.gov.br/juris/Web/Juris/ConsultarTextual2/Jurisprudencia.faces?colegiado=PL ENARI O&numeroAcordao=240&anoAcordao=2015&relator=RAIMUNDO+CARREIRO>. Acesso em: 11/11/2015.

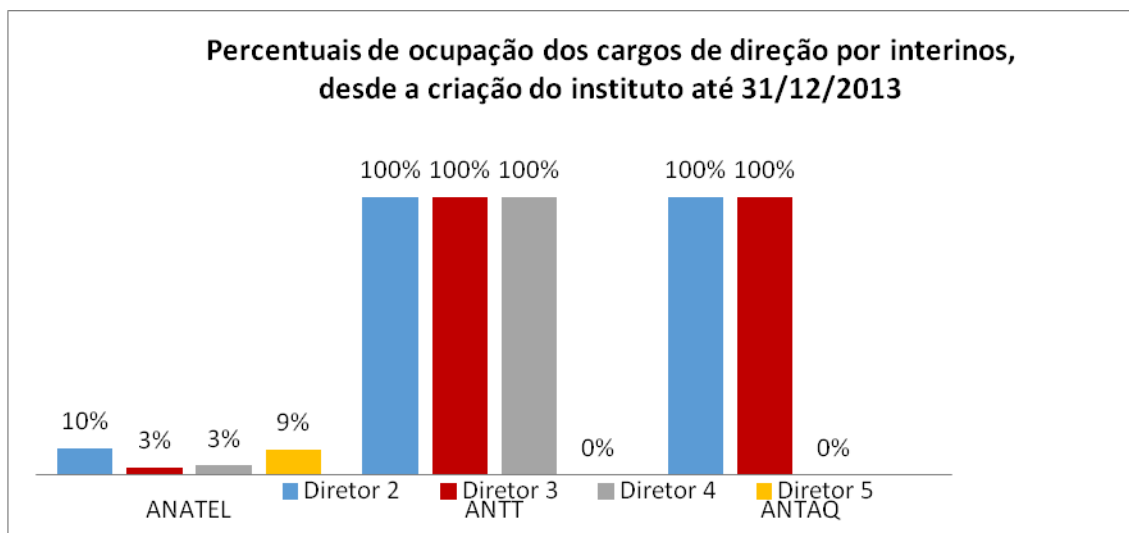
<sup>50</sup> BRASIL. Tribunal de Contas da União. **Acórdão no 240/2015 – TCU – Plenário**, processo TC 031.996/2013-2, Relator Ministros Raimundo Carreiro, p. 8. Disponível em: <https://contas.tcu.gov.br/juris/Web/Juris/ConsultarTextual2/Jurisprudencia.faces?colegiado=PL ENARI O&numeroAcordao=240&anoAcordao=2015&relator=RAIMUNDO+CARREIRO>. Acesso em: 11/11/2015.

Figura 1 – Vacância dos cargos de direção das agências reguladoras



A figura 2<sup>51</sup> mostra o percentual de tempo que as Agências tiveram cargos de diretoria ocupados por diretores interinos:

Figura 2 – Ocupação dos cargos de direção das agências por interinos



Assim, podemos ver que algumas Agências tiveram vagas vacantes e/ou diretores interinos por bastante tempo. A ANTT, a ANTAQ e a ANP são as que mais

<sup>51</sup> BRASIL. Tribunal de Contas da União. **Acórdão no 240/2015 – TCU – Plenário**, processo TC 031.996/2013-2, Relator Ministros Raimundo Carreiro, p. 8. Disponível em: <https://contas.tcu.gov.br/juris/Web/Juris/ConsultarTextual2/Jurisprudencia.faces?colegiado=PL ENARI O&numeroAcordao=240&anoAcordao=2015&relator=RAIMUNDO+CARREIRO>. Acesso em: 11/11/2015.

sofreram com a ausência de diretores com mandato no período analisado.

Os casos mais extremos são os da ANTT e da ANTAQ, as quais tiveram grandes desfalques em suas diretorias por muito tempo<sup>52</sup>. A diretoria da primeira é composta por cinco diretores, dos quais apenas um tinha mandato, sendo que outros três atuavam como interinos e uma vaga estava aberta. Já a segunda, possui uma diretoria composta por três diretores, dos quais dois eram interinos. Os novos diretores definitivos da ANTAQ somente foram nomeados em 05 de maio de 2014<sup>53</sup> e os da ANTT apenas em 21 de julho de 2015<sup>54</sup>.

A partir dos dados apresentados o TCU entendeu que a demora na indicação dos novos diretores e a atuação prolongada de diretores interinos põe em risco a autonomia decisória das Agências. Além disso, o mencionado Tribunal entende que essa situação configura burla ao processo legal de indicação e nomeação:

68. A regulamentação da regra de indicação de diretores interinos para os cargos vagos é uma alternativa válida para mitigar a paralisa decisória dos colegiados das agências reguladoras. Porém, conforme explicitado na figura 2, a ocupação desses cargos por interinos tem se apresentado demasiadamente prolongada, pondo em risco a autonomia decisória das agências.

69. Os interinos não possuem, de fato, as mesmas garantias dadas aos titulares, como mandato fixo e impossibilidade de demissão *ad nutum*. Ao contrário, sendo indicados exclusivamente pelo Executivo, podem ser destituídos do cargo a qualquer momento, bastando não mais atender as expectativas de quem lá os colocou. Além disso, os interinos

---

<sup>52</sup> De acordo com o TCU, ANTT permaneceu 649 dias (ou 1,78 anos) com três diretores interinos no período compreendido entre 20 de março de 2015, data da expedição do Decreto no 7.703, que estabelece as normas para substituição de diretores, até 31 de dezembro de 2013. A ANTAQ permaneceu 384 dias (ou 1,05 anos) com dois diretores interinos no período de 08 de dezembro de 2012 até o último dia de 2013. Entretanto, essas autoridades permaneceram na condição de interinidade e, portanto, sem ter sido aprovado pelo Senado Federal por muito mais tempo, visto que a nova diretoria da ANTAQ somente foi nomeada em 05 de maio de 2014 e da ANTT apenas em 21 de julho de 2015.

<sup>53</sup> Dilma nomeia nova diretoria da ANTAQ. **Sítio eletrônico da Secretaria de Portos da Presidência da República.** 05/05/2014. Disponível em: <http://www.portosdobrasil.gov.br/home-1/noticias/dilma-rousseff-nomeia-nova-diretoria-da-antaq>. Acesso em: 11/11/2015.

<sup>54</sup> Novos diretores tomam posse na ANTT. **Sítio eletrônico do Ministério dos Transportes.** Disponível em: <http://www.transportes.gov.br/ultimas-noticias/3175-novos-diretores-tomam-posse-na-antt.html>. Acesso em 11/11/2015.

<sup>55</sup> A ANTT permaneceu com o cargo de diretor-geral ocupado um diretor interino desde 7 de março de 2012, quando o Senado Federal rejeitou a recondução de Bernardo Figueiredo, indicado para recondução ao cargo de diretor-geral da Agência. Os outros cargos foram ficando vagos conforme os mandatos foram acabando.

não estão cobertos pelo manto da ampla legitimidade, outorgada somente àqueles que são avaliados não somente pelo Poder Executivo, mas também pelo Poder Legislativo.

70. A ocupação ilimitada dos cargos diretivos das agências por interinos configura burla ao devido processo legal de indicação e nomeação, pois os indicados pelo Poder Executivo não se submetem ao crivo do Legislativo – que poderia vetar suas indicações – e são prontamente conduzidos aos cargos. Desse modo, o Executivo impõe sua vontade de forma irrestrita e expurga o Legislativo do processo de escolha desses agentes.<sup>56</sup>

Toda essa situação de demora na indicação dos diretores das Agências causou um período de grande instabilidade e ausência de legitimidade dos diretores interinos, visto que não passaram pela avaliação do Senado Federal.

### **3.1. ESTRATÉGIAS DE PERMANÊNCIA DA INFLUÊNCIA DO PRESIDENTE DA REPÚBLICA NO SUPERMO TRIBUNAL FEDERAL E NAS AGÊNCIAS REGULADORAS**

Para entendermos o motivo da demora nas indicações e, assim, analisarmos a legitimidade dos diretores interinos das Agências Reguladoras temos que analisar as estratégias usadas pelo Presidente da República para manter influência nos órgãos reguladores e também no STF mesmo após o término de seu mandato.

Nesse sentido, Cláudia Turner e Mariana Prado apresentam um modelo teórico sobre o assunto. Segundo elas, a incerteza gerada pelo processo eleitoral e a possibilidade de alternância de poder, no sentido de que o Presidente pode não ser reeleito ou seu partido pode não continuar no poder, faz com que o chefe do Poder Executivo tente maximizar o número de pessoas indicadas para cargos com estabilidade ou mandatos fixos e prolongar ao máximo a permanência de seus nomeados nos respectivos cargos. Isso tudo com o objetivo de manter influência no governo e na definição de políticas públicas.<sup>57</sup>

---

<sup>56</sup> BRASIL. Tribunal de Contas da União. **Acórdão no 240/2015 – TCU – Plenário**, processo TC 031.996/2013-2, Relator Ministros Raimundo Carreiro, p. 9. Disponível em: <https://contas.tcu.gov.br/juris/Web/Juris/ConsultarTextual2/Jurisprudencia.faces?colegiado=PL-ENARI-O&numeroAcordao=240&anoAcordao=2015&relator=RAIMUNDO+CARREIRO>. Acesso em: 11/11/2015.

<sup>57</sup> TURNER, Cláudia; PRADO, Mariana. A democracia e seu impacto nas nomeações dos diretores das agências reguladoras e ministros do STF. **Revista de Direito Administrativo**. Rio de Janeiro: FGV, v. 250, 2009. P. 28 Disponível em: <http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/issue/view/354>. Acesso em: 12/11/2015.

As mencionadas autoras afirmam que essas estratégias possuem duas dimensões: uma numérica, quando o Presidente busca garantir o maior número de indicações, e outra temporal, segundo a qual ele intenta aumentar ao máximo a permanência de seus nomeados no cargo. A dimensão numérica ainda se subdivide em positiva e negativa.

A primeira corresponde à maximização do número de nomeados, enquanto a segunda visa minimizar a quantidade de nomeações realizadas pelo seu sucessor. Assim, as estratégias utilizadas para as indicações de diretores das Agências podem ser positivas ou negativas, enquanto que para o STF elas são predominantemente negativas.<sup>58</sup>

No que se refere às Agências Reguladoras, Turner e Prado afirmam que o chefe do Poder Executivo pode utilizar duas estratégias: pressão política e atraso nas nomeações dos diretores.

Por meio da pressão política o Presidente pode tentar induzir os diretores já empossados a adotar suas preferências políticas. Frente a essa atitude, os agentes sob pressão podem ceder e adotar as preferências do Presidente, podem se recusar a ceder e renunciar ao cargo ou podem resistir à pressão e enfrentar politicamente aquele que o pressiona. Assim, é vantajoso para o chefe do Executivo quando o diretor pressionado renuncia, porque abre a oportunidade de nomear um novo diretor, ou quando ele adota as suas preferências, pois apesar de não o ter nomeado ele passa a atuar de acordo com suas vontades.<sup>59</sup>

A outra estratégia utilizada pelo chefe do Poder Executivo é o atraso nas nomeações dos dirigentes das Agências. Conforme afirmam Turner e Prado, o modelo legal das Agências Reguladoras no Brasil prevê mandatos fixos e não coincidentes para os diretores, de modo que ao presidente cabe indicar um diretor a cada ano de seu mandato. Por isso, o atraso na nomeação pode ser interessante, pois quando isso ocorre altera a estrutura das nomeações, de modo que o próximo Presidente pode ter uma nomeação a menos.<sup>60</sup>

Quanto às estratégias utilizadas pelo Presidente da República para manter

---

<sup>58</sup> TUNER, Cláudia; PRADO, Mariana. A democracia e seu impacto nas nomeações dos diretores das agências reguladoras e ministros do STF. **Revista de Direito Administrativo**. Rio de Janeiro: FGV, v. 250, 2009. P. 30 Disponível em: <http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/issue/view/354>. Acesso em: 12/11/2015.

<sup>59</sup> *Ibid.*, p. 36.

<sup>60</sup> *Ibid.*, p. 39.

influência no STF Túrner e Prado afirmam que é muito difícil que ele consiga maximizar o número de nomeações, pois, diferentemente das Agências Reguladoras ele não tem o controle das nomeações, visto que cargo é vitalício. Ainda, é muito raro ocorrer pressão política para que um ministro renuncie ao cargo. Uma terceira opção seria ameaçar alterar a Constituição para aumentar o número de Ministros, mas essa opção pode afetar negativamente a imagem do Presidente frente ao público.<sup>61</sup>

A primeira estratégia apontada pelas autoras para que o chefe do Poder Executivo possa manter sua influência no STF é o aumento da idade de aposentadoria compulsória<sup>62</sup>. O objetivo dessa estratégia é aumentar o tempo de permanência dos Ministros indicados pelo presidente em exercício e, conseqüentemente, reduzir o número de indicações do seu sucessor. No entanto, essa estratégia somente é vantajosa para o governante quando ele tiver a maioria dos Ministros da Corte.<sup>63</sup>

A outra estratégia apontada pelas autoras é a indicação de Ministros mais jovens. Assim, os indicados permanecem por mais tempo no cargo e o Presidente se poupa do alto nível de desgaste causado pela negociação da ampliação da idade para a aposentadoria compulsória. De acordo com as autoras há indícios de que essa estratégia tem sido utilizada pelos Presidentes brasileiros desde o restabelecimento do regime democrático, pois entre 1960 e 1988 a média de idade dos nomeados para o STF era de 58,4 anos e no período de 1989 a 2008 essa média reduziu para 54,1 anos.<sup>64</sup>

Diferentemente de Túrner e Prado, Diego Werneck e Leandro Ribeiro entendem que as indicações de Ministros do STF não são necessariamente baseadas na tentativa de moldar decisões futuras da Corte nem que as decisões judiciais refletem uma correspondência ideológica com o Presidente. Isso porque, no caso dos Estados Unidos da América, por exemplo, os Ministros da Suprema Corte possuem garantias institucionais que lhes dão ampla independência. Além disso, não há nenhuma autoridade acima ou ao lado deles que tenha poder para pressioná-los a

---

<sup>61</sup> TÜRNER, Cláudia; PRADO, Mariana. *Op. cit.*, p. 49.

<sup>62</sup> Recentemente foi aprovada a Proposta de Emenda à Constituição no 42, de 2003, de autoria do Senador Pedro Simon, transformando-se na emenda à Constituição no 88. Essa emenda alterou o art. 40, §1o, II, da Constituição Federal para ampliar a idade da aposentadoria compulsória de 70 para 75 anos. Com isso, cinco Ministros do STF tiveram sua permanência na Corte Suprema ampliada, são eles: Celso de Mello, Marco Aurélio Mello, Ricardo Lewandowski, Teori Zavascki e Rosa Weber. Entretanto, essa alteração foi uma derrota para a Presidente Dilma Rousseff, pois todos esses Ministros se aposentariam durante seu mandato. Logo, ela teria de indicar cinco Ministros, o que não mais ocorrerá.

<sup>63</sup> TÜRNER, Cláudia; PRADO, Mariana. *Op. cit.*, p. 51.

<sup>64</sup> *Ibid.*, p. 53.



votar de uma determinada forma.<sup>65</sup>

Eles afirmam ainda que o procedimento de nomeação de Ministros da Suprema Corte pode funcionar como um “mecanismo de influência política prévia sobre as decisões do tribunal”, dado que o preenchimento de uma vaga é uma chance de reorientar ou manter a jurisprudência da Corte. Assim, a maximização da influência do Presidente apontada por Türner e Prado é, na verdade, uma tentativa de maximização sujeita à restrições político-institucionais. Ou seja, visto que o Senado é um órgão colegiado, o Presidente deve levar em consideração a chance de o indicado ser aprovado e o custo de oportunidade de sua indicação. Desse modo, no Brasil o Presidente deve levar em consideração as preferências políticas dos partidos de oposição e, principalmente, dos partidos de sua coalizão.<sup>66</sup>

Werneck e Ribeiro separam sua análise em fins políticos externos e internos ao funcionamento do tribunal.

Os fins externos são aqueles que buscam “objetivos políticos mais amplos do que a tentativa de influenciar previamente o conteúdo de futuras decisões do tribunal”. Ou seja, são aqueles que levam em consideração os objetivos de sua coalizão ou buscam passar uma determinada imagem para a sociedade.<sup>67</sup>

Uma nomeação moldada por fins externos pode ocorrer por meio de atitudes que os autores denominaram de barganha e sinalização. A primeira acontece quando há uma bilateralidade entre o Presidente e determinado grupo político. Isso pode ser feito utilizando o poder de nomeação como moeda de troca para obter o apoio de determinados grupos políticos em algum assunto de interesse do chefe do Poder Executivo ou simplesmente para agradar algum grupo sem uma imediata vinculação a uma questão da pauta política.<sup>68</sup>

Já a sinalização é utilizada quando o Presidente quer marcar posição sobre determinado tema de grande importância para a sociedade. Assim, ele busca agradar a determinada parcela da sociedade ou o público em geral. Um exemplo dessa

---

<sup>65</sup> ARGUELHES, Diego Werneck; RIBEIRO, Leandro Molhano. Indicações presidenciais para o Supremo Tribunal Federal e seus fins políticos: uma resposta a Mariana Prado e Cláudia Türner. **Revista de Direito Administrativo**. Rio de Janeiro: FGV, v. 255, p. 122. Set./dez. 2010. Disponível em: <http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/8434>. Acesso em: 13/11/2015.

<sup>66</sup> *Ibid.*, p. 126 e 127.

<sup>67</sup> *Ibid.*, p. 130.

<sup>68</sup> ARGUELHES, Diego Werneck; RIBEIRO, Leandro Molhano. *Op. cit.*, p. 131.

estratégia utilizado no Brasil é a indicação da Ministra Ellen Gracie pelo Presidente Fernando Henrique Cardoso. Essa atitude foi vista como a preocupação de levar uma mulher para a mais alta Corte do país.<sup>69</sup>

Os fins políticos internos são aqueles que dizem respeito ao funcionamento do tribunal como um meio para obter resultados em matérias de competência da Corte. O melhor exemplo é a influência nas votações, buscando nomear um Ministro que supostamente votaria conforme os interesses do Presidente.<sup>70</sup>

Entretanto, os autores alertam que analisar os resultados dos processos é insuficiente para se concluir que essa estratégia foi utilizada. Isso porque existe uma própria dinâmica interna em que os Ministros tomam decisões de forma colegiada que terão repercussões nos outros poderes. Ainda, deve-se ter em mente que uma “coincidência entre preferências do Presidente e o voto não expressa necessariamente alinhamento substantivo entre o Ministro e o Presidente que o indicou”.<sup>71</sup>

Werneck e Ribeiro afirmam que a configuração ideológica da Corte é um importante componente na escolha do candidato para a vaga aberta, mas as complexidades envolvidas no momento da indicação são muito grandes que podem criar demasiadas dificuldades para uma tentativa de influenciar previamente as decisões do STF. Por isso, eles entendem que ainda não é possível afirmar que a indicação do Presidente da República é um fator extrajurídico que influencia as decisões da Corte Suprema.<sup>72</sup>

Por fim, os autores afastam a aplicação da estratégia apresentada por Turner e Prado segundo a qual os chefes do Executivo estão indicando candidatos cada vez mais novos para o STF para manterem influência por mais tempo. Para eles, se isso fosse verdade a curva de idade dos Ministros seria decrescente, mas não é o que ocorre. Isso comprova que a maximização da influência no Supremo não é o único interesse levado em consideração.<sup>73</sup>

### **3.2. A LEGITIMIDADE DOS DIRETORES INTERINOS DAS AGÊNCIAS REGULADORAS SOB O ENFOQUE DAS ESTRATÉGIAS DE INFLUÊNCIA DO PRESIDENTE DA REPÚBLICA**

---

<sup>69</sup> *Ibid.*, p. 131.

<sup>70</sup> *Ibid.*, p. 136.

<sup>71</sup> *Ibid.*, p. 134.

<sup>72</sup> ARGUELHES, Diego Werneck; RIBEIRO, Leandro Molhano. *Op. cit.*, p. 136.

<sup>73</sup> *Ibid.*, p. 138.

Vimos que as Agências Reguladoras possuem, ou devem possuir, determinadas características para poder atuar com imparcialidade e independência. Entretanto, apesar de serem órgãos técnicos, as indicações para seus dirigentes possuem algum caráter político. É por isso que o chefe do Poder Executivo utiliza algumas estratégias para manter sua influência nesses órgãos.

Todavia, o sistema pensado não é perfeito e pode ocorrer de os órgãos reguladores permanecerem com cargos vagos durante muito tempo, conforme ficou evidenciado no acórdão nº 240/2015 – TCU – Plenário.

Assim, a ausência de indicação ou a nomeação de um diretor interino compromete em grau elevado a legitimidade do órgão regulador. Isso porque o modelo das Agências Reguladoras foi desenhado para que elas fossem órgãos independentes do governo, cuja legitimidade adviesse do processo de nomeação de seus dirigentes e também das garantias conferidas aos mesmos para que eles pudessem atuar com imparcialidade e independência. Dado que os interinos não são aprovados pelo Senado Federal e não possuem mandato fixo eles podem ser demitidos a qualquer momento e todos são indicados pelo mesmo Presidente. Isso facilita muito a ocorrência de pressão política para esses agentes realizem as preferências do governo. Além disso, não há mais a pluralidade garantida pelos mandatos não coincidentes e elimina-se, também, qualquer forma de controle que possa ser realizado pelos próprios diretores, quando o modelo de nomeações é seguido corretamente.

Ainda, os modelos de Turner e Prado e de Werneck e Ribeiro também podem ser aplicados nessa situação.

Iniciamos com o modelo das autoras. Segundo elas, o chefe do Poder Executivo busca sempre maximizar sua influência nas Agências Reguladoras aumentando o número de nomeados ou reduzindo o número de nomeados de seu sucessor. Para isso, utiliza-se da pressão política e do atraso nas nomeações. Sabendo que todos os atrasos de nomeação ocorreram no mandato da Presidente Dilma Rousseff, não parece crível que ela utilizou os atrasos nas indicações para obter a maioria. Isso porque seu anterior, o ex-presidente Luiz Inácio Lula da Silva, é do seu partido e seu padrinho político. Logo, é razoável acreditar que ambos tenham a mesma visão político-ideológica. No entanto, levando em consideração que os diretores interinos são muito mais vulneráveis por não terem as garantias dos titulares, pode-se acreditar que a Presidente da República tenha preferido indicar diretores

interinos com a intenção de controlá-los por meio de pressão política.

Por outro lado, de acordo com o modelo de Werneck e Ribeiro, também não é razoável entender que a Presidente Dilma atrasou as nomeações por fins políticos internos, pois seu antecessor era de seu próprio partido.

Porém, é bastante razoável a hipótese de que questões externas ao funcionamento das Agências tenham exercido influência no atraso das nomeações. Um indício bastante claro disso é a rejeição da recondução do ex-diretor-geral da ANTT em 2012. Naquela ocasião, o então líder do governo no Senado, o Senador Romero Jucá (PMDB-RR), afirmou que a rejeição da recondução de Bernardo Figueiredo foi o resultado de insatisfação da base aliada:

Foi uma posição política de pessoas não satisfeitas. Tem insatisfação em todos os partidos. [...] Temos que entender o recado e levar ao governo. Temos que aprofundar as relações políticas e acabar com os problemas”.<sup>74</sup>

Outro fato que reforça a ideia de que o atraso nas nomeações se deve por questões externas às Agências é a retirada das indicações ocorrida em novembro de 2013. A retirada, inclusive, ocorreu na véspera da sabatina de um dos indicados.<sup>75</sup>

Por fim, é importante ressaltar que a atuação dos diretores interinos não é ilegítima *per se*, mas, na realidade, é o prolongamento indefinido no tempo que lhe gera essa condição de ausência de legitimidade. Assim, o melhor a ser feito para sanar esse problema é edição, pelo Congresso Nacional, de normas que específicas para a nomeação dos diretores e sua substituição em casos de impedimentos, afastamentos regulares e no período de vacância do cargo. É importante que essas normas estabeleçam também as datas exatas de início e fim dos mandatos e estipulem prazos para o Presidente indicar os novos candidatos ao cargo vacante.

Existem projetos de lei tramitando no Congresso Nacional com o intuito aqui proposto, porém sua análise fugiria da proposta do presente trabalho.

Em síntese, afirmamos que a atuação prolongada dos diretores interinos nas Agências Reguladoras não possui legitimidade em razão da ausência das garantias

---

<sup>74</sup> LEMOS, Iara. *Op. cit.*

<sup>75</sup> Governo retira indicações para ANTT e sabatina é suspensa. Portal de Notícias Jornal do Senado. 07/11/2013. Disponível em: <http://www12.senado.gov.br/jornal/edicoes/2013/11/07/governo-retira-indicacoes-para-antt-e-sabatina-e-suspensa>. Acesso em: 12/11/2015.

conferidas aos titulares e, também, da ausência de atuação do Senado Federal, órgão extremamente importante no processo de nomeação dessas autoridade.

Vimos também que há dois possíveis modelos que supostamente explicariam a demora nas indicações: poderia ser proposital para que as Agências ficassem fragilizadas e a Presidente pudesse controlar mais facilmente por meio da pressão política ou essa situação toda foi gerada por questões externas ao funcionamento das Agências Reguladoras.

Por fim, concluímos que não é razoável crer que essa situação de instabilidade tenha sido gerada por fins políticos internos ou pela busca de maioria nos conselhos diretores.

### **3.3. PROPOSTA EM TRAMITAÇÃO NO CONGRESSO NACIONAL**

Vale ainda ressaltar que o Congresso Nacional ciente dos problemas de legitimidade ora apontados tem trabalho em várias propostas de lei ou de emenda à Constituição para tentar melhorar o sistema das Agências e melhor garantir sua autonomia e independência.

Entendo que a melhor proposta legislativa para solucionar as fragilidades do sistema aqui apontada é o Projeto de Lei do Senado no 495/2015, de autoria do senador Ricardo Ferraço. Esse projeto altera a Lei no 9.986/2000 e as leis de criação das Agências para ampliar sua autonomia, sua capacidade técnica e seu poder de regulação do mercado.

Assim, são propostas do Senador Ricardo Ferraço (a) designação de substitutos dos Diretores, conforme regulamento da Agência; (b) prazo de 30 (trinta) dias após o término do mandato para o Presidente da República indicar novo diretor, sob pena de sabatina do substituto; (c) prazo de mais 60 (sessenta dias) para indicação do novo diretor caso não haja substituto ou ele não seja aprovado, sob pena de incidência de crime de responsabilidade; (d) exigência de experiência mínima de 5 (cinco) anos de atuação na área para ocupação do cargo de diretor; (e) pré-arguição dos pretensos diretores por especialistas antes da sabatina; (f) unificação do mandato dos diretores das Agências em 4 (quatro) anos, assegurada a não coincidência de mandatos; (g) vedação à recondução; (h) unificação do prazo de quarentena em um ano; e (i) alteração das hipóteses de perda do mandato de diretor.

Esse projeto limita bastante o poder do chefe do Poder Executivo para a

indicação dos diretores dos órgãos reguladores. Uma das formas é a fixação de prazos para que seja feita a indicação do candidato ao Senado. Assim, caso haja diretor interino já indicado para o cargo, o Presidente terá o prazo de 30 dias para escolher o nome definitivo e encaminhar para o Senado, sob pena de sabatina do interino como se indicado fosse. No caso de não haver interino já nomeado o Presidente terá o prazo de 60 dias para indicar o candidato sob pena de crime de responsabilidade.

Outro ponto interessante presente no projeto de lei mencionado é a exigência de experiência profissional ou acadêmica de pelo menos 5 anos na área de atuação da Agência em que o candidato irá ocupar a vaga. Essa é uma boa proposta, pois impõe que os candidatos aos cargos diretivos tenham conhecimento técnico da área que atuarão. Isso impede que esses cargos sejam usados como mera moeda de troca para dar cargos a apadrinhados políticos.

Nesse mesmo sentido, é interessante a proposta de que haja uma arguição prévia a sabatina do candidato somente por especialistas na área em questão. Isso é uma forma de comprovar o conhecimento técnico do candidato.

Melhor ainda é a vedação da recondução de diretor. Um dos problemas atuais nas Agências Reguladoras é a possibilidade de recondução ao cargo de diretor, pois mesmo tendo todas as garantias quando se aproxima o fim de seu mandato a tendência é de que os diretores façam as vontades do presidente para serem reconduzidos ao cargo.

A unificação do prazo de quarentena também é interessante, pois fixa em 1 ano de afastamento do ex-dirigente para todas as Agências. Isso evita que após o fim do mandato o diretor ainda mantenha significativa influência no órgão.

Por fim, o projeto de lei em análise traz uma proposta de ampliação do rol de casos em que os diretores perdem seu mandato para incluir a perda do mandato por decisão do Senado Federal, após provocação do Presidente. Acredito que esse é um retrocesso, pois cria-se uma hipótese legal para que o chefe do Executivo realize pressão política nos diretores. Isso é uma das estratégias já mencionadas e é muito prejudicial para a atuação independente e imparcial do dirigente do órgão.

Assim, entendemos que esse é um bom projeto e que suas alterações propostas podem corrigir as fragilidades do sistema. Entretanto, é necessário que não

se amplie o rol de possibilidade de perda de mandato dos dirigentes para evitar que a pressão política exercida pelo Presidente.

## **CONCLUSÃO**

No presente trabalho investigamos em que medida a ausência da sabatina compromete a legitimidade dos diretores interinos das Agências Reguladoras.

Inicialmente vimos que o Estado brasileiro sempre interviu na economia. Com a promulgação da Constituição de 1988 adotou-se o modelo de Estado Regulador e para isso foram criadas as Agências Reguladoras para regular e fiscalizar determinados mercados.

Em seguida, vimos que apesar do aparente déficit democrático existente nas Agências em razão da ausência de eleição para os diretores, esses órgãos reguladores possuem como principal forma de legitimação sua estrutura organizacional. Assim, a legitimidade dos diretores deriva do cumprimento do processo legal, ou seja, ele deve ser indicado pelo Presidente da República e aprovado pelo Senado Federal. Ainda, deve ter as garantias, como o mandato fixo, para poder atuar com independência e imparcialidade.

Além disso, demonstramos que a participação popular por meio da audiência pública é também forma de afastar o déficit democrático. Isso porque se a população não participa do processo de escolha dos dirigentes, ela pode participar do processo de decisão da Agência e, assim, influenciar as políticas públicas adotadas pelo órgão.

Depois, vimos que o processo de nomeação de autoridades brasileiro foi influenciado pelo modelo dos Estados Unidos da América e, desse modo, é bastante semelhante, porém cada qual com suas peculiaridades que melhor se adaptam ao seu contexto político e institucional.

Entretanto, é possível notar que ambos os modelos são baseados na separação dos poderes de forma a ser criado o sistema de pesos e contrapesos. Desse modo, a indicação do candidato à vaga na diretoria das Agências pelo Presidente é controlada pelo Senado, que tem poder de vetar a indicação. Isso força o Presidente a indicar nomes que sejam mais moderados para não correr risco de ser rejeitado. Assim, reduz a probabilidade de o Presidente abusar de seu poder e indicar nomes que apenas satisfaçam os seus interesses.

Posteriormente, apresentamos a situação atual das Agências Reguladoras e apresentamos as teorias sobre as estratégias do Presidente da República para ampliar sua influência sobre o STF e os órgãos reguladores. Assim, demonstramos com dados do Tribunal de Contas da União que várias Agências Reguladoras de infraestrutura sofreram com a falta de indicação de diretores para suas diretorias e conselhos diretores. Os casos mais graves são a ANTT e a ANTAQ que permaneceram quase três anos consecutivos com a maioria de seus diretores em condição de interinidade.

Sobre as estratégias do Presidente da República para ampliar seu poder de influência nos órgãos de estados, vimos que podem ser utilizadas a pressão política, o atraso nas nomeações e a indicação de candidatos cada vez mais jovens para o STF. Ainda foi apresentada a visão de Diego Werneck e Leandro Ribeiro, segundo a qual as indicações do Presidente para os cargos de ministro do STF podem ser definidas por critérios interno ou externos ao funcionamento do tribunal.

Assim, com base nessas teorias analisamos a questão dos diretores interinos. Concluímos que a ausência de nomeação de diretores definitivos e a nomeação de diretores interinos por prolongados períodos compromete seriamente a legitimidade dos órgãos reguladores. Isso porque a nomeação de diretores interinos frustra completamente o sistema desenhado pela Constituição Federal para a nomeação de dirigentes desses órgãos, de modo que apenas o Poder Executivo indica esses agentes públicos eliminando, assim, o sistema de freios e contrapesos. Ainda, os diretores interinos não possuem as garantias dos diretores definitivos, tal como a impossibilidade de demissão *ad nutum*, de modo que eles é mais fácil para o governo pressioná-los a satisfazer seus interesses.

Além disso, ao analisarmos a questão das diretorias interinas por meio das teorias de Mariana Prado e Cláudia Turner e Diego Werneck e Leandro Ribeiro, concluímos que a Presidente Dilma pode ter preferido indicar diretores interinos para controlá-los por meio de pressão política ou pode ter tido problemas para atender as exigências de sua base aliada no momento de escolher um nome para os cargos vagos, ou seja, a ausência de indicação foi resultado de questões políticas externas.

Entretanto, entendemos que questões político-ideológicas ou questões internas ao funcionamento das Agências não são motivos para a demora nas indicações. Isso porque, dado que seu antecessor era seu partido político, é razoável supor que a Presidente já tinha a maioria dos diretores com sua linha ideológica, logo ela não precisaria utilizar essas estratégias para indicar pessoas alinhadas com seu partido.



Ainda, apresentamos as propostas do projeto de lei do Senado no 495/2015, de autoria do senador Ricardo Ferraço. Suas propostas são muito boas e podem corrigir as falhas do atual sistema.

Em síntese, entendemos que a ausência de participação do Senado Federal na escolha dos dirigentes das Agências Reguladoras tem grande impacto na legitimidade desses agentes públicos. Isso porque as Agências foram estruturadas de modo que sua legitimidade adviesse do processo de escolha de seus dirigentes, isto é, com a participação do Poder Executivo e do Legislativo e das garantias conferidas aos titulares do cargo para que atuassem com independência e imparcialidade. Ocorre que os interinos não possuem nenhuma dessas garantias nem foram aprovados pelo Senado, de sorte que toda a base de sua legitimidade deixa de existir.

Por fim, expomos duas possíveis explicações para tamanha demora nas nomeações dos diretores titulares das Agências: um atitude proposital da Presidente para poder controlar esses órgãos por meio de pressão política ou a Presidente tivesse realmente muitos problemas com sua base aliada, de modo que se tornou muito difícil de escolher um nome que atendesse os interesses envolvidos nas nomeações.

## REFERÊNCIAS

ARGUELHES, Diego Werneck; RIBEIRO, Leandro Molhano. Indicações presidenciais para o Supremo Tribunal Federal e seus fins políticos: uma resposta a Mariana Prado e Cláudia Türner. **Revista de Direito Administrativo**. Rio de Janeiro: FGV, v. 255, p. 122. Set./dez. 2010. Disponível em: <http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/8434>.

ARGUELHES, Diego Werneck. Um Novo Processo de Indicação de Ministros do STF. **Jota**. Disponível em: <http://jota.info/um-novo-processo-de-indicacao-de-ministros-stf>

ARGUELHES, Diego Werneck. Um Novo Processo de Indicação de Ministros do STF. **Jota**. Disponível em: <http://jota.info/um-novo-processo-de-indicacao-de-ministros-stf>.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília: Senado Federal, 2015.

BRASIL. Tribunal de Contas da União. **Acórdão no 240/2015 – TCU – Plenário**, processo TC 031.996/2013-2, Relator Ministros Raimundo Carreiro. Disponível em: <https://contas.tcu.gov.br/juris/Web/Juris/ConsultarTextual2/Jurisprudencia.faces?colegiado=PLENARI&numeroAcordao=240&anoAcordao=2015&relator=RAIMUNDO+CARREIRO>.

Dilma nomeia nova diretoria da ANTAQ. **Sítio eletrônico da Secretaria de Portos da Presidência da República.** 05/05/2014. Disponível em: <http://www.portosdobrasil.gov.br/home-1/noticias/dilma-rousseff-nomeia-nova-diretoria-da-antag>.

Dossiê Transparência no STF. Disponível em: <http://conectas.org/pt/acoes/stf-em-foco/noticia/dossie-transparencia-no-stf>.

DUARTE JR., Ricardo. **Agência Reguladora, Poder Normativo e Democracia Participativa: uma questão de legitimidade.** Curitiba: Juruá Editora, 2014.

Governo retira indicações para ANTT e sabatina é suspensa. Portal de Notícias Jornal do Senado. 07/11/2013. Disponível em: <http://www12.senado.gov.br/jornal/edicoes/2013/11/07/governo-retira-indicacoes-para-antt-e-sabatina-e-suspensa>.

GRAU, Eros Roberto. **Ordem Econômica na Constituição de 1988: interpretação e crítica.** São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1990. P. 212.

GUERRA, Sérgio. **Agências Reguladoras – da organização administrativa piramidal à governança em rede.** Belo Horizonte: Editora Fortium, 2012.

HARTMAN, Ivar; WERNECK, Diego. Senado Deve Fiscalizar Rota Política até o Supremo. **Folha de São Paulo.** Disponível em: <http://www1.folha.uol.com.br/fsp/poder/81765-senado-deve-fiscalizar-rota-politica-ate-o-supremo.shtml>.

JUSTEN FILHO, Marçal. Agências Reguladoras e Democracia: existe um déficit democrático na regulação independente?. In: Alexandre Santos de Aragão (coord.). **O Poder Normativo das Agências Reguladoras.** Rio de Janeiro: Forense, 2011.

LEMOS, Iara. Senado rejeita recondução ao cargo do presidente da ANTT. **G1.** 07/03/2012. Disponível em: <http://g1.globo.com/politica/noticia/2012/03/senado-rejeita-reconducao-de-bernardo-figueiredo-antt.html>.

LEMOS, Leany Barreiro de Sousa. **Controle Legislativo em Democracias Presidencialistas: Brasil e EUA em perspectiva comparada.** Brasília, 2005, tese (para a obtenção do título de doutor) – Centro de Pesquisa e Pós-graduação sobre as Américas – CEPPAC e Instituto de Ciências Sociais, Universidade de Brasília – UnB. Disponível em: <http://www2.senado.leg.br/bdsf/item/id/180412>.

LOSS, Giovani R. Contribuições à Teoria da Regulamentação no Brasil: Fundamentos, Princípios e Limites do Poder Regulatório das Agências. In: Alexandre Santos de Aragão (coord.). **O Poder Normativo das Agências Reguladoras.** Rio de Janeiro: Forense, 2011.

Novos diretores tomam posse na ANTT. **Sítio eletrônico do Ministério dos Transportes.** Disponível em: <http://www.transportes.gov.br/ultimas-noticias/3175-novos-diretores-tomam-posse-na-antt.html>.

TÜRNER, Cláudia; PRADO, Mariana. A democracia e seu impacto nas nomeações

dos diretores das agências reguladoras e ministros do STF. **Revista de Direito Administrativo.** Rio de Janeiro: FGV, v. 250, 2009. Disponível em: <http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/issue/view/354>.

# O FEMINICÍDIO E O PRIVILÉGIO DO DOMÍNIO DE VIOLENTA EMOÇÃO FRENTE À ORDEM DE QUESITAÇÃO DO JÚRI

Fagner Gonzaga De Souza

**RESUMO:** Este trabalho aborda a possibilidade de coexistência da qualificadora Femicídio e o privilégio domínio de violenta emoção após injusta provocação da vítima, partindo da análise da natureza dos institutos. Para doutrina majoritária, ambos possuem natureza subjetiva e, por isso, são inconciliáveis. Considerando que a quesitação é feita em uma ordem legal, em que o privilégio é indagado primeiro (artigo 483 do CPP), a tese do Femicídio pode ser liminarmente afastada, não sendo, ao menos, objeto de quesitação. Questiona-se o jurado leigo, ao votar “sim” ao privilégio domínio de violenta emoção, teria ciência do afastamento do Femicídio. Elabora-se, então, uma análise quanto ao procedimento de quesitação, sobretudo, quanto à regra de prejudicialidade de quesitos seguintes, com base em resposta a quesito anterior.

**Palavras-chave:** Femicídio. Domínio de violenta emoção. Quesitação do Júri.

**ABSTRACT:** This work approaches the possibility of coexistence of the qualified crimes Femicide and the privilege “domination of violent emotion” after the unjust provocation, starting from the institute’s nature analysis. For the doctrine’s majority, both have subjective nature and, therefore, are incompatible. Considering that the questioning is made in a legal order, where the privilege is inquired first (article 483 of the Penal Process Code), the thesis of Femicide can be dispelled outright, not being, at least, object of questioning. Queries if the lay juror, when voting “yes” to the privilege “domination of violent emotion”, would have knowledge of the Femicide’s separation. Therefore, an analysis’ elaboration is made about the procedure of questioning, especially, upon the harming of following question’s rule, based on previous questions’ answers.

**Keywords:** Femicide. Domination of violent emotion. Jury’s questioning.

## INTRODUÇÃO

A tipificação do Femicídio (Lei 13.104/2015) é resultado de lutas por políticas e ações, legislativas inclusive, para maior proteção à mulher, a exemplo da Lei Maria da Penha (Lei 11.340/2006).

No contexto desse delito, uma tese de defesa frequente é o domínio de violenta emoção, após injusta provocação da vítima. Essa linha de defesa figura um privilégio,

causa especialíssima de diminuição de pena, segundo a qual o agente comete o delito imbuído de um elemento emotivo, de descontrole emocional súbito, não havendo qualquer outra motivação ou finalidade para a ação delitiva. Essa tese, por vezes, é tomada nos casos de morte de mulheres em contexto de adultério ou fim de relacionamentos, o que, em tese, figuraria feminicídio.

Contudo, o feminicídio é, outrossim, motivação do crime, assim como o domínio de violenta emoção, ambos expõem razões para a prática da conduta, um para qualificar o crime, outro, porém, para minorar a pena. Entretanto, o crime não pode ter duas motivações tão antagônicas e simultâneas. Diante disso, doutrina e jurisprudência pátria consideram inadmissível a coexistência do privilégio com qualquer qualificadora que expresse motivo do crime ou fim almejado pelo agente, pois descacterizaria o próprio elemento emotivo súbito.

Embora incompatíveis, os institutos podem confundir a muitos, inclusive os jurados leigos, quando do julgamento do crime ocorrido nesse contexto. São situações tênues, nas quais caberá, em tese, aos jurados do Conselho de Sentença examinar de forma exaustiva e detalhada, com o fim de aferir qual a real justificação do delito, pois há elementos que. Inclusive, demonstram o concurso dos institutos, no entanto, eles são inconciliáveis.

Somado a essa dificuldade, no julgamento, o Júri popular é indagado acerca dos fatos em uma ordem legal de quesitos, uma sequência em que a resposta a um item pode refletir na indagação de itens seguintes.

Este trabalho examina se a ordem de quesitação poderia influenciar, de alguma forma, o afastamento da qualificadora do Feminicídio, visto que primeiro se questiona os jurados a respeito das causas de diminuição de pena e, depois, se existe circunstância qualificadora (art. 483 do CPP). O reconhecimento da primeira importaria, na prática, o imediato afastamento da qualificadora.

O questionamento ganha força pelo fato de se estar diante de um corpo de juízes leigos, sem qualquer lastro técnico, inclusive para ter conhecimento da existência da incompatibilidade entre os institutos. Embora goze de soberania, sendo dispensada qualquer fundamentação aos veredictos do Tribunal do Júri, é inerente às decisões judiciais que sejam tomadas de maneira informada e consciente.

Busca-se, com isso, identificar em que medida a ordem de quesitação no Tribunal do Júri, quando reconhecido o privilégio violenta emoção pelos jurados, prejudicaria a configuração do Femicídio.

De início, com vista na finalidade pretendida pelo Legislador do Femicídio, sugere-se a vedação da aplicação dos privilégios (art. 121, § 1º do CP), quando o réu fosse pronunciado por Femicídio. Alternativamente, a inversão da ordem de quesitação, primeiro se indagando a respeito das qualificadoras.

## **1 A VIOLÊNCIA CONTRA A MULHER**

No contexto das relações afetivas, por vezes, a mulher é vista como propriedade do homem, devendo a ele se sujeitar, servir e ser dependente. Não obstante as conquistas recentes no reconhecimento de direitos das mulheres no mundo ocidental, como as garantias à igualdade, liberdade e participação política, ainda hoje muitas mulheres continuam sendo tratadas de forma patriarcal, em que o homem quer dominá-la e sempre ser superior, mesmo que para isso tenha que subjugar-la à humilhação, agressões e até morte.

Na década de 1940, quando do advento do Código de Processo Penal, havia a seguinte disposição contida no artigo 35: “A mulher casada não poderá exercer o direito de queixa sem consentimento do marido, salvo quando estiver dele separada ou quando a queixa for contra ele”. Esta norma foi revogada pela Lei nº 9.520 de 27.11.1997. No entanto, é útil para demonstrar o *status* de sujeição da mulher em história recente da sociedade brasileira e que, muitas vezes, ainda perdura nos dias atuais.

Inúmeras mulheres ainda hoje ocupam uma posição de hipossuficiência diante dos homens nos seus relacionamentos sociais e conjugais. Essa condição as coloca em situação de vulnerabilidade, passíveis de constrangimentos, humilhações, agressões e assassinatos.

A identificação desse fato social estimulou ações de movimentos sociais e de organizações internacionais a fim de alcançar alternativas para mudar essa realidade.

Propostas de ações legislativas aos Estados nacionais para inibir essa violência foi objeto de muitos tratados, dos quais, inclusive, o Brasil é signatário<sup>76</sup>.

A convenção da Mulher<sup>77</sup> foi somente um dos acordos de cunho internacional a dispor acerca da violência contra a mulher, na qual se buscou meios para coibi-la. Em âmbito continental, a Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência Doméstica ou simplesmente Convenção de Belém do Pará<sup>78</sup> reconheceu como grave o problema de saúde pública “qualquer ação ou conduta baseada, no gênero, que cause morte, dano ou sofrimento físico, sexual ou psicológico à mulher, tanto em âmbito público como no privado” (art. 1º).

## 1.1 PROTEÇÃO À MULHER NO ORDENAMENTO BRASILEIRO

A dignidade da pessoa humana é fundamento da República Federativa do Brasil (art. 2º da CF). Por ela se assegura indistintamente aos indivíduos, dentre outros, a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade e à segurança. A CF afirma que, em seus termos, homens e mulheres são iguais em direitos e obrigações.

Nessa vertente, a CF/88 firmou seu intuito de assegurar a assistência à família na pessoa de cada um dos seus membros, e buscou estimular a criação de mecanismos para coibir a violência no âmbito nas relações doméstico-familiar (art. 226, §6º da CF).

A realidade de muitas mulheres no Brasil ainda é de violência dentro do próprio lar, vítima de agressões, humilhações, ou mesmo o óbito, motivado, muitas vezes, por sentimento de posse, dominação e menosprezo à sua condição.

Em 2006, o Brasil editou a Lei 11.340/2006, conhecida como Lei Maria da Penha. Esta Lei teve o propósito de cumprir as disposições constitucionais e até então tem sido a principal ação legislativa brasileira no combate à violência contra mulher. Além de atender a previsão constitucional, a Lei veio também para cumprir

---

<sup>76</sup>Convenção sobre Eliminação de todas as formas de Discriminação contra a Mulher, 1979 promulgada pelo Decreto nº 89.460, de 20/03/1984.

<sup>77</sup>Adotada pela Resolução 34/180 da Assembleia Geral das Nações Unidas, em 18.12.1979 ratificada pelo Brasil em 01.02.1984.

<sup>78</sup>Adotada pela Assembleia Geral da Organização dos Estados Americanos em 06 de junho de 1994, ratificada pelo Brasil em 27.11.1995.

tratados internacionais ratificados pelo Estado brasileiro, a exemplo da Convenção da Mulher<sup>79</sup>.

Não buscou a Lei Maria da Penha, privilegiar a mulher em desfavor do homem, o que seria uma afronta à isonomia, mas sim, promover exatamente a igualdade, à medida que busca proteger a integridade da mulher que se encontra em situação de discrepância no contexto social ou doméstico-familiar. Para Lima, “a promoção da igualdade entre os sexos passa não apenas pelo combate à discriminação contra a mulher, mas também pela adoção de políticas compensatórias capazes de acelerar a igualdade de gênero”<sup>80</sup>.

No que concerne à aplicação da Lei 11.340/06, está condicionada à presença de vulnerabilidade. Vulnerabilidade se relaciona à dificuldade para controlar forças que moldam o destino pessoal ou para se defender dos efeitos negativos que as mesmas forças produzem<sup>81</sup>. As mulheres são consideradas um grupo social vulnerável que merece proteção especial do Estado.

Destacou Guedes que

Na doutrina a identificação de grupos ou sujeitos vulneráveis pode surgir em geral de dois contextos, o primeiro como expressão do princípio geral da igualdade e a legitimidade das diferenciações de tratamento sob um critério uniforme e, o segundo, como designação a ‘categorias vulneráveis’, merecedoras de um regime de proteção específica<sup>82</sup>.

A situação de vulnerabilidade é presumida quando a vítima está inserida em alguma das situações legais específicas elencadas pelo art. 5º que são: ambiente doméstico; ambiente familiar e relação íntima de afeto. Fora dessas circunstâncias, não haveria proteção diferenciada para o gênero feminino.

Com a edição da Lei Maria da Penha, muitas dessas mulheres foram livradas de iminente assassinado ao buscar proteção junto às autoridades estatais, sendo

---

<sup>79</sup> Aprovada pelo Congresso Nacional por meio do Decreto Legislativo nº 26, de 22 de junho de 1994, e promulgada pelo Presidente da República por meio do Decreto nº 4.377 de 13 de setembro de 2002.

<sup>80</sup> LIMA, op. cit. p. 908.

<sup>81</sup> GUEDES, Jefferson Carús. Dimensões linguísticas da desigualdade no Brasil: os diversos nomes legais de um mesmo fenômeno. **Revista Brasileira de Políticas Públicas**, Brasília: v. 5, nº 1, 2015, p. 64.

<sup>82</sup> Ibid, p. 65.



beneficiadas pelas medidas protetivas e o maior rigor procedimental dado a estes casos.

## 1.2 A TIPIFICAÇÃO DO FEMINICÍDIO

A tipificação do Femicídio vem como uma ferramenta a reforçar a função da Lei Maria da Penha, de modo a proclamar a intolerância a qualquer tipo de violência contra a mulher, por essa condição.

Segundo o texto justificador do PL 292/2013<sup>83</sup>, o Femicídio é o último estágio de controle da mulher, controle da vida e da morte. Uma expressa afirmação irrestrita de posse, igualando a mulher a um objeto, com subjugação da intimidade e de sua sexualidade, por meio de violência sexual associada aos assassinatos, ou com destruição da identidade da mulher: mutilação ou desfiguração de seu corpo ou com aviltamento da dignidade da mulher mediante tortura ou tratamento cruel.

Rogério Sanches comenta que a tipificação do Femicídio reclama situação de violência praticada contra a mulher, em contexto caracterizado por relação de poder e submissão, praticada por homem ou mulher sobre mulher em situação de vulnerabilidade<sup>84</sup>.

O legislador entendeu que a tipificação do Femicídio dará uma resposta a criminalidade por razão do gênero feminino, marcada muitas vezes por impunidade. Destaca-se, que a morte de mulheres, no contexto da violência de gênero, até então, vinha sendo tratado no ordenamento jurídico como homicídio qualificado, com fundamento da disposição final do inciso I, do §2º do art. 121 do CP: *ou por outro motivo torpe*. Nesse sentido:

Ocorre a qualificadora do motivo torpe se o acusado, sentindo-se desprezado pela amásia, resolve vingar-se, matando-a.<sup>85</sup>

Comete homicídio qualificado por motivo torpe o agente que surpreende sua mulher com um golpe de faca fatal, motivado

---

<sup>83</sup> <http://www.senado.leg.br/atividade/rotinas/materia/getPDF.asp?t=133307&tp=1>, acesso em 09.11.2015

<sup>84</sup> CUNHA, Rogério Sanches. Nota de Atualização: **Lei do Femicídio: Breves Comentários**. Disponível em: <http://rogeriosanches2.jusbrasil.com.br/artigos/172946388/lei-do-femicidio-breves-comentarios>. Acesso em 09/10/2015

<sup>85</sup> BRASIL, Tribunal de Justiça de São Paulo Rec.Rel. Cunha Bueno, RT 527/337.

exclusivamente pelo rancor de ter sido abandonado pela mesma<sup>86</sup>

Por essa razão, a tipificação do Femicídio é, por vezes, criticada por aqueles que entendem que a tipificação seria inócua, visto que o bem jurídico já vinha sendo tutelado como circunstância qualificadora. Entretanto, verifica-se que a tipificação do Femicídio dá maior visibilidade ao fato social, sobretudo para a discussão de políticas públicas. Rogério Sanches considera que a virtude da alteração estaria na simbologia, isto é, nos alerta que se faz da existência e necessidade de se coibir com mais rigor a violência contra a mulher em razão da condição do sexo feminino<sup>87</sup>.

Pretende, o Legislador, chamar a atenção dos operadores do direito, inclusive do Conselho de Sentença, a perceber a motivação de gênero, evitando absolvições fundadas em motivação passional ou de defesa da honra, quando, na realidade, as circunstâncias indicam a violência de gênero.

### 1.2.1 O ADVENTO DA LEI 13.104/2015

O Projeto de Lei 292/2015 deu origem à Lei n. 13.104, publicada em 09 de março de 2015. A nova Lei fez alterações no art. 121 do Código Penal e na Lei dos Crimes Hediondos (Lei 8.072/1990). Nesta, foi incluída a nova circunstância qualificadora no rol taxativo de crimes hediondos (art. 1º da Lei).

A inclusão da figura ao rol dos crimes hediondos era necessária, pois se de outro modo fosse, seria a única qualificadora do §2º do art. 121 do CP não hedionda, que faria alguns, por razoabilidade e isonomia, tratá-la como crime hediondo, ao passo que outros defenderiam que isso seria uma flagrante violação do princípio da Legalidade, ao se utilizar uma analogia *in malam partem*, a qual não é permitida no direito penal brasileiro<sup>88</sup>.

No Diploma Penal, a nova lei acrescentou o inciso VI ao artigo 121, consistindo em uma nova qualificadora do preceito primário “*matar alguém*”. A nova circunstância configura-se quando o crime for cometido *contra mulher por razão da condição de sexo feminino*.

---

<sup>86</sup> BRASIL. Tribunal de Justiça de Santa Catarina. Recurso Criminal n. 98.016568-7, Segunda Câmara Criminal, Chapecó/SC, 02 de março de 1999.

<sup>87</sup> CUNHA, Rogério Sanches. Nota de Atualização: **Lei do Femicídio: Breves Comentários**. Disponível em: <<http://rogeriosanches2.jusbrasil.com.br/artigos/172946388/lei-do-femicidio-breves-comentarios>> . Acesso em 09/10/2015 às 15:20.

<sup>88</sup> CABETTE, Eduardo Luiz Santos. Femicídio: demagogia, direito penal simbólico e politicamente correto. **Revista Jus Navigandi**, Teresina, ano 20, n. 4275, 16 mar. 2015. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/37148>>. Acesso em 08/10/2015 às 15:16.

O Femicídio possui o mesmo preceito secundário das demais qualificadoras do art. 121 do CP: mínima de doze e máxima de trinta anos de reclusão. Ainda no que refere à pena, a Lei foi além e criou causas especiais de aumento, constantes nos incisos do §7º. Greco observa que a configuração das causas de aumento condiciona-se ao prévio conhecimento pelo agente<sup>89</sup>. Presente uma dessas causas de aumento, a pena do Femicídio é elevada de um terço até metade.

A respeito das causas de aumento de pena, Belloque observa que as circunstâncias elencadas pelo legislador podem perfeitamente ser consideradas inerentes ao contexto de violência doméstica e familiar<sup>90</sup>.

Quanto ao sujeito ativo do crime, entende-se que o crime é comum, podendo ser praticado por qualquer pessoa, inclusive por outra mulher, desde que esteja presente o elemento subjetivo, motivado na condição de gênero feminino.

No que refere ao sujeito passivo, há quem diga que somente a mulher pode ser vítima de Femicídio, não se admitindo que, por exemplo, o transexual ou o homossexual masculino serem vítimas. Greco entende que o único critério que traduz, com a segurança necessária exigida pelo direito, e em especial o direito penal, é o critério jurídico<sup>91</sup>. Segundo o qual somente aquele que for portador de um registro oficial onde figure, expressamente, o seu sexo feminino, é que poderá ser considerado sujeito passivo do Femicídio. Já quanto ao homossexual de sexo masculino, Gomes representa a doutrina majoritária nesse trecho:

No caso das relações homoafetivas masculinas definitivamente não se aplicará a qualificadora. A lei falou em mulher. Por analogia não podemos aplicar a lei penal contra o réu. Não podemos admitir o Femicídio quando a vítima é um homem

---

<sup>89</sup> GRECO, Rogério. **Femicídio: Comentários sobre a Lei nº 13.104, de 9 de março de 2015** Disponível em <<http://www.impetus.com.br/artigo/866/femicidio---comentarios-sobre-a-lei-n-13104-de-9-de-marco-de-2015>>. Acesso em 09/10/2015 às 17:02.

<sup>90</sup> BELLOQUE, Juliana Garcia. Femicídio: o equívoco do pretenso Direito Penal emancipador. Direito penal em Debate. **Boletim do IBCCrim**. Ano 23 nº 270 Maio/2015.

<sup>91</sup> GRECO, op. cit. 2015.

(ainda que de orientação sexual distinta da sua qualidade masculina)<sup>92</sup>.

Nesse ponto, indispensável será o posicionamento da jurisprudência com o surgimento dos primeiros casos que versem sobre a aplicação da qualificadora a sujeitos, de início, não incluídos no conceito de gênero feminino.

A constitucionalidade da nova Lei foi igualmente questionada, a exemplo da Lei da Maria da Penha à sua época de publicação. Os questionamentos se fundam, sobretudo, na suposta violação à igualdade formal (art. 5º, caput da CF) de tratamento dos gêneros. A esse respeito Damásio de Jesus propõe:

Aplica-se o mesmo entendimento adotado pelo Supremo Tribunal Federal (STF) ao decidir sobre a constitucionalidade da Lei Maria da Penha (Lei n. 11.340/2006) [...]: “necessária proteção ante as peculiaridades física e moral da mulher e a cultura brasileira”. Não viola o princípio constitucional da igualdade de pessoas<sup>93</sup>.

Nesse viés, a *novatio legis* tem resistido às críticas e aparece como uma aposta do ordenamento a fim de diminuir os índices de violência contra a mulher em razão da condição de gênero.

## 2 O HOMICÍDIO QUALIFICADO-PRIVILEGIADO

No atual Código Penal, o crime de homicídio está previsto no artigo 121, cujo preceito primário consiste no mandamento proibitivo *matar alguém*. O tipo penal é universal, isto é, tutela igualmente a vida de todos os indivíduos sem exigir qualquer condição da vítima.

Nelson Hungria<sup>94</sup> afirmava que o crime de homicídio eventualmente é praticado por motivos morais, imorais, sociais e antissociais. Nesse sentido, o legislador criou institutos que ora majoram a pena dada a maior reprovabilidade do crime, tendo em vista circunstâncias de como é praticado (homicídio qualificado), ora abrandando a

---

<sup>92</sup> GOMES, Luiz Flávio. **Feminicídio: Entenda as questões controvertidas da Lei 13.104/2015**. Disponível em <http://institutoavantebrasil.com.br/feminicidio-entenda-as-questoes-controvertidas-da-lei-13-1042015/>. Acesso em 09/10/2015 às 10:20.

<sup>93</sup> JESUS, Damásio Evangelista de. **Feminicídio primeiras ideias**. Disponível em <<http://cartaforense.com.br/conteudo/colunas/feminicidio-primeiras-ideias/15414>> Acesso em 09/10/2015 às 18:24.

<sup>94</sup> HUNGRIA, 1943, p. 66 apud BITENCOURT op. cit. p.76.

pena, quando presente alguma das circunstâncias legais de cunho moral, social ou emotiva (homicídio privilegiado).

## 2.1 O HOMICÍDIO PRIVILEGIADO

O crime privilegiado “é aquele em que a lei considera determinadas circunstâncias que diminuem a gravidade da ação e, conseqüentemente, a reprimenda imposta”<sup>95</sup>. A modalidade privilegiada está disposta no §1º do art. 121 do Código Penal, segundo o qual o juiz pode reduzir a pena do homicídio de um sexto a um terço caso o agente cometa o crime impelido por motivo de relevante valor social ou moral, ou sob o domínio de violenta emoção, logo em seguida a injusta provocação da vítima.

Trata-se de um *crimen exceptum*, que embora não se constitui um crime autônomo, com é o infanticídio, de natureza excepcional, todavia é considerado uma causa especialíssima de redução da pena do homicídio.

Na modalidade privilegiada, a ação continua punível, apenas a sua reprovabilidade é mitigada, na medida em que diminui o seu contraste com as exigências ético-jurídicas da consciência comum<sup>96</sup>.

A causa de diminuição de pena em questão pode ser invocada quando o agente pratica a conduta criminosa “*impelido por relevante valor moral ou moral*” ou sob “*domínio de violenta emoção logo após a injusta provocação da vítima*”.

Relevante valor social consiste na motivação fundada no interesse geral, de todos os cidadãos de dada coletividade, digna de apreço, como por exemplo, quem mata sob pressão de sentimentos nobres para a concepção social, tal qual o amor à pátria, caso que, segundo CAPEZ o agente nada mais fez do que satisfazer a vontade da sociedade<sup>97</sup>, por isso a sua conduta na esfera penal merece uma atenuação de pena.

Quanto ao motivo de relevante valor moral, CAPEZ considera-o como aquele motivo individual, contudo é tido como nobre, aceito pela moralidade média, como é o caso da eutanásia, situação que o agente, movido de compaixão, diante do

---

<sup>95</sup> CUNHA, Rogério Sanches. **Manual de Direito Penal** parte geral volume único. 3. ed. rev. ampl. atual. Salvador: JusPodium, 2015 p. 163.

<sup>96</sup> Ibid. p. 75.

<sup>97</sup> CAPEZ, Fernando. **Curso de direito penal**, parte especial, v. 2, 14 ed. São Paulo. Saraiva, 2014, p. 54

irremediável sofrimento físico de outra pessoa, antecipa a morte desta, para poupá-la do sofrimento.

A terceira circunstância é o domínio de violenta emoção logo após a injusta provocação da vítima. Segundo Greco, a punição daquele que atua sob o domínio de violenta emoção compatibiliza com a regra contida no inciso I do art. 28 do Código Penal, segundo a qual, não se exclui a imputabilidade penal a emoção ou paixão<sup>98</sup>.

Destaca-se que a emoção e a paixão, nesse contexto, não podem ser patológicas, pois se assim se mostrarem, poder-se-ia restar excluída a culpabilidade por configurar doença mental (art. 26, *caput* do Código Penal). Nesse caso, a capacidade de compreensão do indivíduo é comprometida, não discernindo o ilícito penal<sup>99</sup>.

De outro lado, a paixão e a emoção que não configurem estado de doença mental, não produzem a perda por completo da capacidade mental do criminoso, e, portanto, não prejudicam sua imputabilidade, visto que o agente se mantém consciente do ilícito penal. Assim, a emoção e a paixão não isentam o agente de responsabilização criminal, ainda que cometa o crime sob seu domínio ou influência. No caso da paixão, além de não admitir a exclusão da imputabilidade penal, o ordenamento pátrio não dispõe de qualquer benefício para o agente que comete a prática delituosa nessa condição.

Não foi esse o tratamento dado à emoção, pois embora não configure como causa de inimputabilidade, a lei penal criou a atenuante genérica disposta no art. 65, III, alínea c, do CP: *sob influência de violenta emoção, provocada por ato injusto da vítima*. O ordenamento permite ainda, como já visto, a causa de diminuição de pena disposta no §1º do art. 121 (homicídio privilegiado) e no § 4º do art. 129 do CP (lesão corporal privilegiada). Essas últimas são situações em que a prática do crime se dá *sob o domínio de violenta emoção*.

Emoção é um sentimento que, embora passageiro, é intenso e altera o estado psicológico do indivíduo, com repercussão fisiológica, tais como: angústia, medo, tristeza e etc.. Esse sentimento possui o condão de alterar, mesmo que por segundos, o comportamento humano. Fragoso escrevendo sobre a temática ensina que

---

<sup>98</sup> GREGO, op. cit. p. 149

<sup>99</sup> PRADO, Luiz Regis. **Curso de direito penal brasileiro, parte especial, arts. 121 a 249**. vol. 2, 11. Ed. rev. atual.e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p. 89.

Emoção é uma viva excitação do sentimento. É uma forte e transitória perturbação da afetividade a que estão ligadas certas variações somáticas ou modificações particulares das funções da vida orgânica. “A emoção é um estado afetivo que produz momentânea e violenta perturbação da personalidade do indivíduo. Afeta o equilíbrio psíquico, ou seja, o processo sedativo, acarretando alterações somáticas, com fenômenos neurovegetativos (respiratórios, vasomotores, secretores etc.) e motores (expressões e mímicas)<sup>100</sup>.

A configuração do homicídio privilegiado por violenta emoção requer três requisitos: a injusta provocação da vítima, a imediata reação do agente, e o domínio de violenta emoção.

A lei penal exige a emoção seja violenta, isto é, aquela resultante de maior desequilíbrio psíquico, capaz de eliminar a capacidade de reflexão e de autocontrole<sup>101</sup>. O indivíduo não atua em plena consciência, visto que a grave emoção prejudicou sua capacidade reflexiva.

A violenta emoção deve ser consequência da injusta provocação da vítima. Diz Prado<sup>102</sup> que a provocação não se equipara à agressão física, de outra forma, se consistiria em ofensa à integridade física do agente, caso em que se admitirá a legítima defesa. Como leciona Greco:

[...] É importantíssima a distinção entre agressão injusta e provocação. Isso porque se considerarmos o fato como injusta agressão caberá a arguição da legítima defesa, não se podendo cogitar da prática de qualquer infração penal por aquele que se defende nessa condição; caso contrário, se entendermos como uma simples provocação, contra ela não poderá ser alegada a excludente em benefício do agente, e ele terá que responder penalmente pela sua conduta<sup>103</sup>.

Provocação, nesse contexto, consiste em atitudes desafiadoras, expressas em ofensas diretas ou indiretas, expressões de desprezo ou insinuações e etc. Greco ainda recomenda cautela na hora de aferir a ocorrência da provocação, devendo ser vista sob a análise da personalidade do provocado e as circunstâncias do crime, sendo ilegítima, quando não houver motivação razoável.

---

<sup>100</sup> FRAGOSO, 1962, p. 43 apud BITENCOURT, op. cit.p.78.

<sup>101</sup> PRADO, op.cit. p. 90.

<sup>102</sup> Ibid, p. 89.

<sup>103</sup> GRECO, op. cit. p. 145.

Considerando que o desequilíbrio psíquico gerado no agente pela injusta provocação ser momentâneo, com reações súbitas, a ação criminosa deve ser logo após (*sine intervallo*). O transcurso de maior lapso temporal entre a provocação e a ação permitiria ao agente ponderar, com perfeita consciência, como reagir, o que se mostraria incompatível com a eclosão de reação impulsiva. Há de considerar, ainda, que a imediatidade deve se referir ao momento que o agente toma conhecimento da injusta provocação e não ao tempo da sua prática.

Como visto, a violenta emoção está presente também no rol exemplificativo de atenuantes genéricas da parte geral do Código Penal (art. 65, III, alínea a). Como atenuante, a influência de violenta emoção distingue-se do então privilégio com base no nível da emoção que adveio sobre o agente. Para a atenuante basta somente ter sido influenciado por aquele sentimento. Para o privilégio, a lei exige que dominado do fator emotivo. Outra distinção consiste na dispensa de imediatidade da resposta à injusta agressão quando se fala em atenuante, diferente do caso do privilégio em que a pronta resposta à injusta agressão é elemento indispensável.

Ainda assim, a linha de distinção dos institutos é muito tênue dado o grau de semelhança e de subjetividade. Essa distinção deve ser feita no caso concreto pelo Conselho de sentença, distinção essa que se mostra de grande importância, pois a depender da interpretação repercutirá diretamente e de forma substancial no *quantum* da pena do condenado.

No caso específico de homicídio, por conseguinte, se a emoção seja suficiente apenas para influenciar a prática do crime, ou se a ação não for imediata à injusta provocação da vítima, não consistirá em privilégio (causa de diminuição de pena), mas em atenuante genérica. Para ser privilegiado o homicídio, segundo a disposição legal, o agente deve agir sob o domínio de violenta emoção, logo em seguida a injusta provocação da vítima; exigências dispensáveis na atenuante genérica, visto que nesta o agente deve estar apenas sob influência da emoção, sendo irrelevante o lapso temporal.

## 2.2 O HOMICÍDIO QUALIFICADO

Os crimes são considerados qualificados quando originados de outro tipo penal básico, cujo preceito secundário é aumentado *in abstracto* no patamar mínimo e



máximo, em virtude da presença de circunstâncias tidas como de maior reprovação pela lei penal.

No crime de homicídio, o § 2º do art. 121 do Código Penal elenca as circunstâncias considerados qualificadoras. A morte de um indivíduo em alguma daquelas circunstâncias, é tratado com mais rigor, maior pena, além de figurar crime hediondo (art. 1º, Lei 8.072/1990).

Antes do advento da Lei 13.104/2015 e da Lei 13.142/2015, que criaram novas circunstâncias qualificadoras do homicídio, a doutrina classificava as então qualificadoras constantes no dispositivo supracitado, como referentes a motivos, meios e modos de execução e fins da conduta criminosa.

Segundo essa classificação, é qualificado pelo *motivo* quando presente alguma das circunstâncias constantes nos incisos I e II do §2º do art. 121 do CP, quais sejam: o crime ter sido cometido *mediante paga ou promessa de recompensa, ou por outro motivo torpe ou por motivo fútil*.

Quando o crime for cometido com o emprego de veneno, fogo, explosivo, asfixia, tortura ou outro meio insidioso ou cruel, ou de que possa resultar perigo comum, diz-se que é qualificado pelos *meios*. São as hipóteses do inciso III.

O inciso IV prevê as circunstâncias que qualificam o delito concernente aos *modos da execução criminosa*. São elas: à traição, emboscada ou mediante dissimulação ou outro recurso que dificulte ou torne impossível a defesa da vítima.

Por último, diz-se que é qualificado pelos *fins*, quando o crime for cometido para assegurar a execução, a ocultação, a impunidade ou a vantagem de outro crime.

No que concerne às novas qualificadoras do homicídio: Femicídio e a morte de agentes da segurança pública e de seus familiares em razão da função (incisos VI e VII, respectivamente), a doutrina tem se posicionado no sentido de considerá-las como motivo do crime, assim como são as circunstâncias dos incisos I e II.

Presente qualquer uma das circunstâncias qualificadoras descritas no §2º do art. 121 do CP é suficiente para a cominação abstrata da pena passar a ser de doze a trinta anos de reclusão, além de ser considerado crime hediondo.

Há situações, inclusive, de estar presente mais de uma circunstância que qualifique o crime. Este fato não repercute na cominação abstrata da pena ao caso concreto. Se, por exemplo, o crime for cometido por motivo torpe e praticado à traição, apenas uma das circunstâncias qualificará o delito.

Nesses casos, uma das circunstâncias é utilizada para qualificar o homicídio e a outra é considerada na dosimetria como agravante, se houver previsão expressa na lei penal ou caso contrário, será considerada circunstância desfavorável do art. 59 do Código Penal. Contudo, não é admitida a coexistência de duas circunstâncias de mesma natureza. Antes de prosseguir nesse ponto, mister é explanar sobre essa classificação.

A doutrina, seguida pela jurisprudência, classifica as circunstâncias qualificadoras do homicídio tendo como referência sua natureza objetiva ou subjetiva. Isto é, se a qualificadora traz consigo ou não traços de subjetividade, voltados ao *animus* do agente, os quais atuam exclusivamente na magnitude da culpabilidade<sup>104</sup>. Aquelas que assim comportam, diz-se que possuem natureza subjetiva, ao passo que aquelas desprovidas de subjetividade, que independem de qualquer elemento intrínseco à pessoa do agente, convencionaram defini-las como de natureza objetiva.

Conforme Cunha<sup>105</sup>, são subjetivas as qualificadoras relacionadas aos motivos e aos fins da conduta criminosa. Ao passo que as demais: meio e modo são de natureza objetiva.

Tal classificação ganha relevância no estudo da possibilidade de ocorrência simultânea de quaisquer das circunstâncias qualificadoras com uma alguma das hipóteses de homicídio privilegiado, o chamado homicídio qualificado-privilegiado.

### 2.3 O HOMICÍDIO QUALIFICADO-PRIVILEGIADO

Inicialmente, por parte da doutrina, houve quem defendesse que não haveria que se falar em homicídio qualificado e, ao mesmo tempo, privilegiado, pois o privilégio, pela distribuição topográfica do Código, somente incidiria nos casos de homicídio simples (*caput*) e não quando qualificado, já que as circunstâncias privilegiadoras antecedem (§1º) as circunstâncias qualificadoras (§2º), e, portanto, aquelas não incidiriam sobre essas últimas.

---

<sup>104</sup> PRADO, op. cit., p. 91.

<sup>105</sup> CUNHA, op. cit., p. 59.

Diz Greco que caso se interpretasse sistematicamente os §§ 1º e 2º do Código Penal e

se fosse a intenção da lei aplicar a causa de redução de pena constante do § 1º do art. 121 às suas modalidades qualificadas, o mencionado parágrafo deveria estar localizado posteriormente ao elenco das qualificadoras, haja vista ser princípio de hermenêutica aplicar o parágrafo somente às hipóteses que lhe são antecedentes<sup>106</sup>.

Contudo, não é esse o entendimento majoritário na doutrina e na jurisprudência a respeito do tema:

A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal é firme no sentido da possibilidade de homicídio privilegiado-qualificado, desde que não haja incompatibilidade entre as circunstâncias do caso. Noutra dizer, tratando-se de qualificadora de caráter objetivo (meios e modos de execução do crime), é possível o reconhecimento do privilégio (sempre de natureza subjetiva) – (HC 97.034/ MG,DJe 07/05/2010)<sup>107</sup>

É admissível a coexistência. Exige-se, no entanto, que seja observada a natureza das circunstâncias, as quais não podem ser ambas de natureza subjetiva, por impossibilidade fática. Portanto, nesse viés, é cabível a coexistência de um privilégio (natureza subjetiva) com qualquer das qualificadoras de natureza objetiva (meios e modos de execução do crime), conforme jurisprudência dos Tribunais Superiores:

Admite-se a figura do homicídio privilegiado-qualificado, sendo fundamental, no particular, a natureza das circunstâncias. Não há incompatibilidade entre circunstâncias subjetivas e objetivas, pelo que o motivo de relevante valor moral não constitui empecilho a que incida a qualificadora da surpresa (RT 680/406)<sup>108</sup>.

Destaca-se que ainda não há posicionamento jurisprudencial quanto à definição da natureza das duas novas qualificadoras do homicídio, Femicídio e a morte de agentes da segurança pública ou de seus familiares (incisos VI e VII do art.

---

<sup>106</sup> GRECO, op. cit. p. 140.

<sup>107</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Habeas-corpus 97.034/MG, da 1ª Turma, Brasília, DF, 06 de abril de 2010.

<sup>108</sup> BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Habeas-corpus 153.728/SP, Quinta Turma, Brasília, DF, DJ 31 de maio de 2010.

121 do CP). Contudo, a doutrina majoritária, aqui representada por Grego<sup>109</sup> tem sinalizado para a natureza subjetiva dessas duas circunstâncias.

Não obstante, há quem se opõe a esse entendimento, ao defender que o Femicídio não consiste em um modo ou meio para a prática de homicídio, nem mesmo uma motivação, pelo que não pode ser considerada subjetiva ou objetiva, e sim uma terceira categoria a ser incluída.

Nesse sentido, propôs Daniel Bernoulli L. de Oliveira

Em verdade, faz-se mister a criação de uma nova categoria, uma que abarque as qualificadoras que irão agravar a pena baseada na pessoa da vítima, no ser, seja ele a mulher ou o policial, a qual poderíamos denominar de qualificadoras ontológicas<sup>110</sup>

Essa posição não é compartilhada pela maioria, para a qual as novas qualificadoras são motivação do crime, e a distinção dos demais motivos do §2º é que no Femicídio a motivação é a qualidade da vítima, sua condição, que, *in casu*, o agente menospreza e persegue. Em razão disso, são classificadas como de natureza subjetiva.

Conforme explica Damásio o Femicídio é circunstância de natureza subjetiva - em razão da condição do sexo feminino - não se relacionando com o meio ou modo de execução do fato, caso em que seria objetiva<sup>111</sup>. É também como entende Rogério Sanches para quem o Femicídio é uma qualificadora “claramente subjetiva, pressupondo motivação especial, qual seja, o menosprezo ou a discriminação à condição de mulher”<sup>112</sup>. Nesse entendimento, portanto, é incabível a tese de Femicídio privilegiado.

---

<sup>109</sup> GRECO, op. cit. 2015.

<sup>110</sup> OLIVEIRA, Daniel Bernoulli Lucena de. Novas qualificadoras do homicídio: classificação e possibilidade de coexistência com as qualificadoras subjetivas. **Revista Jus Navigandi**, Teresina, ano 20, n. 4420, 8 ago. 2015.

<sup>111</sup> JESUS, Damásio Evangelista de. **Femicídio: primeiras ideias**. Disponível em <<http://www.cartaforense.com.br/conteudo/colunas/femicidio-primeiras-ideias/15414>>, acesso em 07/11/2015, às 14:44.

<sup>112</sup> CUNHA, Rogério Sanches. **Nota de Atualização: Lei do Femicídio: Breves Comentários**. Disponível em <<http://rogeriosanches2.jusbrasil.com.br/artigos/172946388/lei-do-femicidio-brevs-comentarios>>. Acesso em 09/10/2015 às 15:21.

### 3 O TRIBUNAL DO JÚRI E SUA ORDEM DE QUESITAÇÃO

Na Lei Maior, o Tribunal do Júri é uma garantia individual assegurada no inciso XXXVIII do art. 5º. Ali é reconhecida instituição do Júri popular, cuja organização deve ser feita pelo legislador ordinário. Contudo, o constituinte lhe assegurou, desde logo, a amplitude de defesa, o sigilo das votações, a soberania dos veredictos e a competência para julgamento dos crimes dolosos contra a vida.

A lei prevista para organizar o Tribunal do Júri é o Código de Processo Penal, Decreto-Lei nº 3.689/41, recepcionado pela Constituição Federal de 1988. Esse Diploma passou por substancial alteração em 2008, com a edição da Lei nº 11.689, sobretudo no que concerne ao procedimento do Tribunal do Júri.

Depreende-se do Código que o Tribunal do Júri é instituído como órgão especial do Judiciário, colegiado e heterogêneo, pois é formado por um juiz togado que o preside, e por 25 (vinte e cinco) jurados, sendo que sete deles compõem o Conselho de Sentença. As decisões são tomadas por maioria e com base no sistema da íntima convicção, visto que dispensa fundamentação por parte dos seus integrantes leigos<sup>113</sup>. É um órgão temporário, visto que as sessões são periódicas e sua composição após cada julgamento é dissolvida.

O procedimento no Júri é bifásico, conhecido também como escalonado, à medida que possui uma fase preliminar/preparatória (1ª fase) e após, uma fase definitiva (2ª fase). Conforme Bonfim, o procedimento de julgamento perante o Tribunal do Júri é composto de um juízo de formação da culpa (*judicium accusationis*) ao qual sucede um juízo de causa (*judicium causae*)<sup>114</sup>.

A fase preparatória inicia-se com o recebimento da denúncia e finda, entre outras possibilidades, com a decisão de pronúncia, caso em que o acusado é submetido ao julgamento perante o Júri (segunda fase). Esta decisão tem natureza interlocutória mista terminativa que somente constitui coisa julgada formal. Por ela, o juiz certifica a existência da materialidade do crime e que há indícios de autoria ou participação do acusado. A decisão de pronúncia também conterà a indicação da presença de circunstâncias que qualifique ou são causas de aumento de aumento de pena (art. 413 do CPP).

---

<sup>113</sup> LIMA, Renato Brasileiro de. **Manual de Processo Penal**. Ed. 2 rev. ampl. Atual. Volume único. Salvador: Jus Podium 2014, p. 1267.

<sup>114</sup> BONFIM, Edilson Mougnot. **Código de processo penal anotado**. 4 ed. atual de acordo com a Lei n. 12.403/2011. São Paulo: Saraiva, 2012.

A decisão final de condenação ou absolvição será dos sete jurados que compõe o Conselho Sentença, o qual atuará na segunda fase do Júri. No julgamento, o veredicto é formado através das respostas obtidas dos quesitos feitos aos jurados. A indagação dos quesitos é feita com base nas teses levantadas pela defesa e acusação, sendo restrita esta última, aos termos da decisão de pronúncia e decisões posteriores.

A Código Processual estabelece que os quesitos devem ser feitos em proposição afirmativa, simples e distintas, para que possam ser respondidos com suficiente clareza e necessária precisão.

### 3.1 ORDEM DE QUESITAÇÃO

O Código, no seu artigo 483, estabelece uma ordem para a quesitação, indagando-se na seguinte sequência: materialidade do fato; autoria ou participação; se o acusado deve ser absolvido; se existe causa de diminuição de pena alegada pela defesa; se existe circunstância qualificadora ou causa de aumento de pena reconhecido na pronúncia ou em decisões posteriores que julgaram admissível a acusação.

De forma objetiva, a pergunta do quesito deve contemplar à sua vez cada item dos incisos do art. 483 do Código de Processo Penal, sem deixar margens para dúvidas. Pois nesse momento são apresentadas ao Júri popular, para decisão, todas as teses ali discutidas, tanto as trazidas pela defesa em qualquer fase, quanto pela acusação, delimitada pelos termos da pronúncia.

No primeiro quesito indagará, portanto, acerca da existência do fato imputado ao réu. Oliveira<sup>115</sup> observa que tal quesito deve abranger sobretudo, a efetiva agressão ao bem jurídico da forma narrada e reconhecida na pronúncia. Nesse item nada se questiona a respeito da ilicitude ou da culpabilidade, contudo, como defendido por Oliveira<sup>116</sup>, por tratar nesse item da materialidade do fato, todas as demais circunstâncias relacionadas ao fato criminoso devem ser também explicitadas. A preocupação desse autor está em aferir com mais certeza a vontade dos jurados ao decidir de dado sentido ou

---

<sup>115</sup> Ibid. p. 742.

<sup>116</sup> Ibid. p. 742.

noutro, sem que suas decisões se mostrem contraditórias no prosseguir da quesitação.

O segundo quesito diz respeito à autoria e a participação, quando é dado ao jurado a oportunidade de se pronunciar a respeito do grau de contribuição da conduta do agente para o fato, observadas o reconhecimento feito na pronúncia.

O próximo quesito indaga se acusado deve ser absolvido. É fruto da mudança do Código de Processo Penal pela Lei 11.689/2008 no procedimento do Júri. Um quesito carregado de subjetividade e de abstração, que encontra escopo na soberania dos veredictos, dada a dispensa de motivação por parte do jurado. Dispondo sobre o tema, Oliveira preceitua que

[...] uma das razões para a justificação da instituição do júri certamente diz respeito à possibilidade de se permitir que o sentimento pessoal do jurado sobre a justiça ou não da ação praticada pelo réu expressasse a vontade do popular. Fala-se em democracia no júri por essa razão: a substituição do direito positivo a cargo do juiz pelo sentimento de justiça do júri popular<sup>117</sup>.

Nesse quesito, aglutina-se as teses defensivas em única pergunta estabelecida no art. 483 §2º do CPP (*o jurado absolve o acusado?*). Diacomolli enfatiza que o quesito único por imposição legal se justifica porque o juízo leigo é de inocente ou de culpado e, portanto, admitir um quesito para cada tese sustentada, contrariaria a garantia de plenitude de defesa<sup>118</sup>.

Destaca-se que nesse quesito e nos demais, a decisão do jurado é tomada com escopo em sua íntima convicção, dispensando a necessidade de fundamentação. Esse é umas das exceções à aplicação do princípio do livre convencimento motivado das decisões judiciais, regra no processo penal, segundo o qual o julgador se convence e profere sua sentença com a escolha de qualquer das provas produzidas, contudo é obrigatória a devida fundamentação.

Após o quesito *o jurado absolve o acusado?*, o júri é indagado quanto à configuração de causas de diminuição de pena, entre elas, provavelmente, as circunstâncias privilegiadoras do homicídio, como por exemplo, o privilégio domínio de violenta emoção logo após injusta provocação da vítima (art. 121 §1º do CP).

---

<sup>117</sup> Ibid. p. 743.

<sup>118</sup> GIACOMOLLI, Nereu José. **Reformas (?) do Processo Penal. Considerações críticas.** Rio de Janeiro: Lúmen Juris. 2008.p. 101.

Em seguida, se pergunta sobre a existência de circunstância qualificadora ou causa de aumento de pena constante na pronúncia ou decisão posterior (art. 421, §1º, CPP). É nesse momento, trazendo para o campo deste estudo, que se questionaria o cometimento do homicídio contra mulher pela condição do sexo feminino (Feminicídio), bem como as causas de aumento próprias dessa qualificadora (art. 121, § 7º do CP).

Conforme Oliveira<sup>119</sup>, na apuração das respostas dos quesitos, poderá ocorrer relação de prejudicialidade entre uma e aquela que lhe é subsequente.

É também, como em regra, se posiciona a jurisprudência:

APELAÇÃO-CRIME. CRIMES CONTRA A VIDA. HOMICÍDIO PRIVILEGIADO-QUALIFICADO. NULIDADES.[...] Falha na formulação dos quesitos. Os jurados foram questionados acerca da existência da forma privilegiada do crime e, logo após, sobre a ocorrência do motivo fútil. O homicídio qualificado-privilegiado é possível somente quando as qualificadoras forem de caráter objetivo. Uma vez respondido positivamente o quesito relativo à privilegiadora, deve o magistrado julgar prejudicada a questão relativa à qualificadora do motivo. As respostas positivas para a privilegiadora e para a motivação fútil representam contradição insanável, impondo-se a realização de novo júri.<sup>120</sup>

APELAÇÃO CRIMINAL. JÚRI. TENTATIVA DE HOMICÍDIO. VOTAÇÃO DE QUESITOS INCOMPÁTIVEIS. ACOLHIMENTO DE AMBOS. REPETIÇÃO DA VOTAÇÃO. PREJUÍZO PARA O RÉU. NULIDADE DE JULGAMENTO. SUBMISSÃO A NOVO JÚRI. I - Os jurados, em primeira votação, acataram a tese de homicídio privilegiado e também a qualificadora de motivo torpe, quando na verdade esta última deveria ter sido julgada prejudicada. Visando reparar o erro, a autoridade judiciária que presidiu o julgamento repetiu a votação de ambos os quesitos, tendo o conselho de sentença rejeitado as duas teses, causando prejuízo para o réu, pois antes seria condenado somente por homicídio privilegiado, cuja pena é mais branda. Assim, impõe-se a anulação do julgamento, submetendo o réu a novo júri<sup>121</sup>.

Quanto à quesitação de circunstâncias agravantes e atenuantes, essas não são objeto de quesitação, mas são aferidas somente na dosimetria (art. 492, I, b,

---

<sup>119</sup> OLIVEIRA, op. cit. p. 744.

<sup>120</sup> BRASIL, Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. Apelação Crime nº 70056510662, Terceira Câmara Criminal, Porto Alegre, Porto Alegre, RS, 03 de abril de 2014.

<sup>121</sup> BRASIL, Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios. APR: 19980310090535 DF, 2ª Turma Criminal, Brasília, DF, 31 de agosto de 2006, DJU 24/11/2006 Pág. 190.



CPP). Para Giacomolli<sup>122</sup> é matéria de aplicação de pena e devem ser sustentadas na primeira fase dos debates. Assim, caso nos debates a defesa argúa, por exemplo, a atenuante “a influência de violenta emoção, provocada por ato injusto da vítima” (art. 65, III, c do CP), seria, em tese, aferida somente quando na dosimetria.

### 3.2 SITUAÇÃO HIPOTÉTICA

A fim de melhor ilustrar a ordem de quesitação do Júri e a problemática aqui levantada, propõe-se uma situação hipotética, em que Y, com emprego de arma de fogo mata sua companheira que está grávida, logo após tomar conhecimento de que a gravidez é fruto de adultério. Y é indiciado por Femicídio, denunciado, e ao fim da fase preliminar do Júri, em estrita observância ao disposto no parágrafo único do art. 413 do CPP, é pronunciado por Femicídio com a causa de aumento de pena prevista no §7º, inciso I do art. 121 do CP, em razão da gravidez da vítima.

Mister registrar que, no ordenamento pátrio, em casos como esse já foi aplicada a tese defensiva da legítima defesa da honra, “matar para lavar a honra”. Hoje, no entanto, não se admite essa tese, pois entendeu-se que a legítima defesa não comporta a desproporcionalidade existente entre a agressão à honra: o adultério, frente ao direito à vida.

Nesse sentido, leciona Fernando Capez:

Em princípio, todos os direitos são suscetíveis de legítima defesa, tais como a vida, a liberdade, a integridade física, o patrimônio, a honra etc., bastando que esteja tutelado pela ordem jurídica. Dessa forma, o que se discute não é a possibilidade da legítima defesa da honra e sim a proporcionalidade entre a ofensa e a intensidade da repulsa. Nessa medida, não poderá, por exemplo, o ofendido, em defesa da honra, matar o agressor, ante a manifesta ausência de moderação. No caso de adultério, nada justifica a supressão da vida do cônjuge adúltero, não apenas pela falta de moderação, mas também devido ao fato de que a honra é um atributo de ordem personalíssima, não podendo ser considerada ultrajada por um ato imputável a terceiro, mesmo que este seja a esposa ou o marido do adúltero<sup>123</sup>.

---

<sup>122</sup>GIACOMOLLI, op. cit., p. 101.

<sup>123</sup> CAPEZ, op. cit. p. 309-310.

Não obstante, seria cabível a argumentação da tese de defesa de homicídio privilegiado que, nesse caso, se estrutura sobre o argumento do domínio de violenta emoção, logo após suposta provocação injusta da vítima: o adultério<sup>124</sup>. Supostamente, essa seria uma das teses defensivas de Y, frente ao Júri popular, ao arguir ter agido sob domínio de violenta emoção, logo após tomar conhecimento do adultério: a injusta provocação.

Na hipótese, Y é pronunciado por homicídio qualificado e submetido ao Júri Popular. No julgamento, feitos os debates, passados os atos preparatórios para a realização da votação, é feita a quesitação aos jurados, com estrita obediência à ordem de quesitação disposta no art. 483 do CPP.

Seguindo o critério legal, é feita a primeira indagação que diz respeito à materialidade do fato. O Conselho de sentença responde “sim”, portanto o crime existiu. Em ato contínuo, indaga-se quanto à autoria ou participação de Y para o cometimento do crime. De igual forma, os jurados respondem positivamente, imputando a autoria do fato a “Y”.

Nesse caso, nos termos do §2º do art. 483 do CPP, em expressão da soberania do Júri popular, é feita a seguinte indagação: O jurado absolve o acusado? A resposta do Conselho de sentença é negativa. Nesse caso, a votação prossegue para o quarto quesito referente à existência de causa de diminuição de pena alegada pela defesa.

Nesse quesito, os jurados reconhecem o privilégio domínio de violenta emoção após injusta provocação da vítima. Em razão da natureza subjetiva do privilégio, o Presidente, com escopo no parágrafo único do artigo 490 do CPP, julga prejudicado a quesitação seguinte: se existe circunstância qualificadora, pois a qualificadora constante na pronúncia possui natureza subjetiva, bem com resta prejudicada a causa de aumento de pena ter sido o crime cometido durante a gravidez da vítima, pois é própria do Femicídio.

Não se pretende aqui questionar a soberania dos veredictos, mas se indaga se o procedimento em tela, a ordem de quesitação, nesse caso, pode ter influenciado a conclusão dos jurados. Isso porque foi prejudicada a análise da circunstância

---

<sup>124</sup> Ibid., p. 61

qualificadora. Os jurados são considerados “juízes do fato”<sup>125</sup>, os quais se manifestam acerca das circunstâncias dos fatos, não detendo o conhecimento referente à compatibilidade dos institutos jurídicos (compatibilidade privilégio e qualificadora). Pode, nessa sistemática, ter respondido ao quesito concernente ao privilégio, sem tomar conhecimento dos efeitos práticos: o afastamento automático da qualificadora.

Não obstante o entendimento jurisprudencial pela prejudicialidade da quesitação da qualificadora quando reconhecida o privilégio, dada a contradição, com a finalidade de aferir a real intenção dos jurados e, em homenagem ao princípio da verdade processual, razoável seria a aplicação do *caput* do artigo 490, segundo o qual somente após a efetiva contradição das respostas dos jurados é que, o presidente deve, nesse momento, explicar aos jurados em que consiste a contradição das respostas aos itens, e fazer uma nova votação quanto a esses itens.

Esse procedimento seria uma alternativa em substituição a declaração de prejudicialidade prévia e, em tese, evitaria conclusões equivocadas, pois daria a oportunidade de extrair o real veredicto dos jurados.

A forma como é feito atualmente, com prejudicialidade do quinto quesito, aparentemente não dá oportunidade aos jurados leigos de manifestarem quanto à qualificadora apontada na decisão de pronúncia. Naquela situação hipotética, do réu pronunciado por Femicídio, com causa de aumento de pena dele própria, tais circunstâncias foram liminarmente superadas e não foram objeto de quesitação, por restar prejudicada, ante o reconhecimento da tese defensiva domínio de violenta emoção.

Caso fosse feita uma nova quesitação após verificada a contradição entre as respostas dos quesitos a respeito da existência do privilégio de violenta emoção e Femicídio, deveria na forma do *caput* do art. 490 realizar novo quesito a fim de sanar a contradição.

Isso porque a decisão dos jurados deve ser consciente, não podendo existir espaço para dúvidas ou não se oportunizar a devida análise das teses pelo Conselho de Sentença. Ainda que o Júri decida com base na íntima convicção, a decisão do

---

<sup>125</sup> BONFIM, Edilson Mougnot; NETO, Domingos Parra. **O novo procedimento do Júri: comentários à lei nº 11.689/2008**. São Paulo: Saraiva, 2009 p. 135.

jurado não pode ser desinformada. Como destacou Bonfim, o jurado tem necessidade de saber as consequências de seu veredicto<sup>126</sup>.

### 3.3 SÚMULA 162 DO STF

Na sistemática de quesitação anterior à reforma do Código de Processo Penal pela Lei 11.719/08, conforme Marques, a indagação era feita em quesitos específicos para cada tese suscitada em plenário<sup>127</sup>. Não havia uma ordem legal estabelecida, contudo, a jurisprudência já firmava uma ordem de quesitação pela qual primeiro indagava-se acerca da autoria e materialidade, após, acerca da letalidade, seguida dos quesitos defensivos e depois relativo às qualificadoras e às causas de aumento e de diminuição de pena<sup>128</sup>.

Como visto, na sistemática anterior, a ordem de quesitação também já privilegiava os quesitos defensivos para serem questionadas antes das circunstâncias qualificadoras.

Outra peculiaridade é que havia pacificada orientação jurisprudencial, expressa na Súmula 162 do STF, segundo a qual era absoluta a nulidade do julgamento pelo Júri, quando os quesitos da defesa não precedessem às circunstâncias agravantes.

O enunciado supostamente visaria resguardar o réu dos prejuízos para sua defesa, caso fosse primeiro perguntado aos jurados acerca das circunstâncias agravantes. Teria uma situação como aquela aqui já tratada, onde há incompatibilidade entre institutos a depender da resposta dos jurados, e por consequência, a ordem da indagação repercutiria na majoração da pena.

Depreende-se do enunciado a preocupação de solucionar o eventual prejuízo ao réu e, em contrapartida criava-se um risco para a acusação, qual seja, de ver prejudicada a quesitação de sua tese pelo reconhecimento de alguma tese da defesa, que com ela se mostrasse incompatível. Esse enunciado, por conseguinte, reconhecia indiretamente esta falha causada pela regra de prejudicialidade de quesitos.

---

<sup>126</sup> BONFIM, Edilson Mougnot. **Júri: Do Inquérito ao plenário**. 4 ed. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 318.

<sup>127</sup> MARQUES, Jader. **Tribunal do Júri. Considerações Críticas à Lei 11.689/2008 de acordo com as Leis 11.690/08 e 11.719/08**. Livraria do Advogado Editora, 2009.

<sup>128</sup> BONFIM, Edilson Mougnot; NETO, Domingos Parra. **O novo procedimento do Júri: comentários à lei nº 11.689/2008**. São Paulo: Saraiva, 2009 p. 137.

### 3.4 REFLEXOS DA PREJUCIALIDADE DE QUESITOS

Não se questiona a sequência dos quesitos, pois caso as teses de defesa fossem quesitadas após as qualificadoras e causas de aumento, se mostrariam prejudicadas, muitas vezes, em razão de alguma incompatibilidade, agravando a situação do réu, em ofensa a amplitude de defesa. Pois o réu já seria considerado condenado por crime qualificado e dificilmente conseguiria o reconhecimento de qualquer minorante.

A crítica, portanto, se restringe à regra da prejudicialidade aplicada nos casos de votação de qualificadora e privilégio, ambos de natureza subjetiva.

A regra geral disposta no *caput* do art. 490 do Diploma Processual é a de que, havendo contradição entre a resposta de um quesito com outras já dadas, deve o magistrado explicar em que consiste a contradição e refazer a votação daqueles quesitos e não a aplicação da exceção disposta no parágrafo único daquele dispositivo, para o qual, se pela resposta dada a um quesito, o presidente verificar que ficam prejudicados os seguintes, assim o declarará, dando por finda a votação.

A contradição que existiria em reconhecer o privilégio e a quesitação do Femicídio trata-se de uma contradição estritamente jurídica da qual o jurado leigo, em tese, não possui conhecimento para aferir de plano, diferente da quesitação do inciso III (o jurado absolve o acusado?), situação em que o jurado está ciente de que se responder “sim” estará dizendo não à condenação.

O jurado ao atestar a existência de violenta emoção após injusta provocação da vítima, não há qualquer presunção de que esteja afastando a ocorrência da qualificadora. Mesmo que as partes tratem dessa incompatibilidade nos seus debates, informando aos jurados, lembra-se que o Júri é composto de leigos.

Uma conclusão prematura a respeito da prejudicialidade da qualificadora, fomenta os recursos por anulação do júri por decisão contrária às provas dos autos, pois nos autos haveria indícios da motivação de gênero - senão não seria apontado na decisão de pronúncia - mas no julgamento não foi, ao menos, objeto de quesitação.

Destaca-se que o Supremo Tribunal Federal entende que não há afronta à soberania dos veredictos a determinação de novo julgamento pelo Tribunal do Júri,

pelo motivo de contrariedade à prova dos autos, mesmo que a decisão anterior tenha absolvido réu<sup>129</sup>.

Outra vantagem de fazer uma nova quesitação dos itens em contradição é a de que, ao responder positivamente ao privilégio e a qualificadora, poderia se entender que o “domínio”, trataria na verdade de mera “influência” de violenta emoção. Isto porque a presença de mínimos indícios da motivação de gênero é prova de que o agente não agiu sob o domínio de violenta emoção, ou seja, totalmente imbuído do elemento emotivo, quiçá sob influência somente, pois naquela situação, a emoção não foi capaz de eliminar a capacidade de reflexão e autocontrole do agente, permitindo-se a concorrência de outras razões para a conduta delitiva, que nesse caso, seria a motivação por razões de gênero.

A resposta afirmativa a ambos quesitos, portanto, seria um indicativo de que os jurados perceberam a concorrência das duas circunstâncias para o fato: a violenta emoção e a condição de gênero. Nessa situação deve então o presidente explicar aos jurados a contradição e demonstrar que a hipótese de concorrência entre elas, é admissível somente quando trata de influência da violenta emoção, como atenuante, jamais com o domínio, o privilégio, dada a impossibilidade circunstancial: agir totalmente imbuído de violenta emoção e possuir, ao mesmo tempo, um motivo de gênero a condição do sexo feminino.

É pacífico nas instâncias superiores o entendimento pela possibilidade de coexistência da qualificadora de natureza subjetiva e as atenuantes genéricas do artigo 65 do Diploma Penal. Nessa linha:

[...] de acordo com a jurisprudência do Supremo Tribunal e desta Corte, é possível a coexistência, no crime de homicídio, da qualificadora do motivo torpe, prevista no art. 121, § 2º, I, do Código Penal, com as atenuantes genéricas inseridas no art. 65, II, "a" e "c", do mesmo dispositivo, podendo, pois, concorrerem no mesmo fato<sup>130</sup>.

Não se deve confundir a circunstância atenuante em foco ("sob influência de violenta emoção") com a causa de diminuição de pena do art. 121, parág. 1º. ("sob o domínio de violenta

---

<sup>129</sup> BRASIL, Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário n. 166.896/RS, Rel. Min. Neri da Silveira. J, Brasília, DF, 26 de março de 2002, DJ de 17-5-2002, p. 73.

<sup>130</sup> BRASIL, Superior Tribunal de Justiça. Agravo Regimental no Agravo n. 1.060.113 / RO, Rel. Min. OG FERNANDES. Brasília, DF, em 16 de setembro de 2010.

emoção"). Só esta última apresenta real incompatibilidade com a qualificadora [...].<sup>131</sup>

Nesse entendimento, portanto, a atenuante influência de violenta emoção não figura sozinha como o motivo determinante do crime, é apenas uma influência, complementada por outra motivação, p. ex. o motivo torpe, a condição de gênero. Diferente disso, o privilégio domínio de violenta emoção como já visto, não admite concorrente subjetivo, pois o agente está dominado pela emoção, não havendo outro motivo para sua conduta.

Se reconhecido o privilégio pelos jurados e, eventualmente, continuar a votação e também reconhecerem a qualificadora subjetiva, é porque, em tese, aquilo que votaram como domínio de violenta emoção, dado o caráter leigo do jurado, poder-se-ia entender pelo reconhecimento da atenuante influência de violenta emoção. Tal conclusão, no entanto, não pode ser automática, mas corrobora a necessidade de ser feita nova quesitação dos itens, como dispõe o artigo 490 do CPP, buscando-se identificar o autêntico veredicto dos jurados.

#### **4 CONCLUSÃO**

Com base na análise das razões que motivaram a tipificação do feminicídio, em especial, o objetivo destacado nas justificativas da *novatio legis*, como sendo o de combater a impunidade, ao evitar a adoção de teses defensivas de cunho passional, imaginou-se inicialmente, que o Legislador deveria evitar, com base na presunção de vulnerabilidade da vítima, que réus fossem beneficiados pela ordem de quesitação. Poderia vedar, nessas circunstâncias, a tese defensiva do domínio de violenta emoção após injusta provocação da vítima.

Assim, pronunciado por feminicídio, a eventual tese de domínio de violenta emoção não deveria ser admitida na segunda fase, por vedação legal, assim como não se admite, por exemplo a legítima defesa da honra, só que no caso do privilégio, seria por força da Lei.

No decorrer dos estudos, entretanto, observou-se que tal hipótese não poderia prevalecer, dado o princípio da amplitude de defesa garantido no Tribunal do Júri.

---

<sup>131</sup>BRASIL, Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial n. 21.396/RS, Relator Ministro ASSIS TOLEDO, Brasília, DF, 24 de junho de 1992.

Ademais, feriria ainda o princípio da soberania dos veredictos, visto que o Legislador estaria moldando a forma como deveria o jurado apreciar o ato criminoso.

Por fim, verificou-se que o fato gerador da problemática aqui levantada não está propriamente na sequência da ordem de quesitação, pois à medida que as causas de diminuição de pena serem quesitadas primeiro do que as circunstâncias qualificadoras e de aumento de pena dificultam ou impedem, em muitos casos, o reconhecimento da tese da acusação (qualificadora/majorante), o inverso também poderia prejudicar os interesses do réu, o que, de igual forma, não promoveria a justiça que pretende.

A partir de então, a atenção foi voltada para o questionamento da conclusão jurisprudencial que orienta o juiz a declarar prejudicado a quesitação da qualificadora subjetiva quando reconhecido o privilégio pelos jurados. Pois não é essa a orientação disposta, como regra geral, no *caput* do artigo 490 do Diploma Processual. O caráter leigo dos jurados põe em dúvida a legitimidade, diante da verdade processual, do afastamento liminar e automático da qualificadora indicada na decisão de pronúncia, por ser incompatível ao privilégio reconhecido em quesito anterior.

Uma nova votação quando as respostas dos itens concernentes a privilégio e qualificadora subjetiva forem positivas, se mostra uma opção viável para se evitar conclusões prematuras. Caberia ao presidente explicar aos jurados a existência da contradição e em que ela consiste e, então, refazer a votação nesse ponto, na trilha do *caput* do artigo supracitado.

Considerando, ainda, que a intenção do Legislador ao editar a Lei 13.104/2015 era evitar a impunidade, obstruindo que feminicidas fossem “beneficiados por interpretações jurídicas anacrônicas e moralmente inaceitáveis”<sup>132</sup>, verifica-se que faltou, nesse ponto, alguma ação legislativa que impedisse o afastamento prematuro e automático da quesitação do feminicídio, diante do reconhecimento do privilégio do domínio de violenta emoção ou qualquer das circunstâncias privilegiadoras do homicídio.

Nessa linha, em homenagem ao princípio da soberania dos veredictos, o procedimento de quesitação no Júri deve fomentar a verdade real através de uma nova quesitação dos itens em contradição, não sendo a decisão manipulada pelas

---

<sup>132</sup> Projeto de Lei do Senado n. 292/2013. **Justificação.** Disponível em <<http://www.senado.leg.br/atividade/rotinas/materia/getPDF.asp?t=133307&tp=1>>, acesso em 09/11/2015 às 18:21.



regras procedimentais, pelo contrário, seja tomada conscientemente, ao encontro de legitimar e fortalecer a soberania dos veredictos e não incidir em arbitrariedades destoadas da verdade dos autos.

## 5 REFERÊNCIAS

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de direito penal**, vol. 2, 14. ed. rev., ampl. e atual. São Paulo: Saraiva, 2014.

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

BONFIM, Edilson Mougenot; NETO, Domingos Parra. **O novo procedimento do Júri: comentários à lei nº 11.689/2008**. São Paulo: Saraiva, 2009.

CABETTE, Eduardo Luiz Santos. Femicídio: demagogia, direito penal simbólico e politicamente correto. **Revista Jus Navigandi**, Teresina, ano 20, n. 4275, 16 mar. 2015. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/37148>>. Acesso em 08/10/2015 às 15:45.

CAPEZ, Fernando. **Curso de direito penal**, vol. 2, 14. ed. São Paulo. Saraiva, 2014.

CUNHA, Rogério Sanches. **Manual de Direito Penal** parte geral volume único. 3. ed. rev. ampl. atual. Salvador: JusPodium 2015.

\_\_\_\_\_. **Nota de Atualização: Lei do Femicídio: Breves Comentários**. Disponível em <<http://rogeriosanches2.jusbrasil.com.br/artigos/172946388/lei-do-femicidio-brevs-comentarios>>. Acesso em 09/10/2015 às 15:21.

GIACOMOLLI, Nereu José. **Reformas (?) do Processo Penal. Considerações críticas**. Ed. Lumen Juris. Rio de Janeiro, 2008.

GRECO, Rogério. **Curso de Direito Penal: parte especial**, vol. 2, 11. ed. Niterói, RJ: Impetus, 2015.

\_\_\_\_\_. **Femicídio-Comentários sobre a Lei nº 13.104, de 9 de março de 2015**. Disponível em <<http://www.impetus.com.br/artigo/866/femicidio---comentarios-sobre-a-lei-n-13104-de-9-de-marco-de-2015>>. Acesso em 09/10/2015 às 17:02.

GOMES, Luiz Flávio. **Femicídio: Entenda as questões controvertidas da Lei 13.104/2015**. Disponível em <<http://institutoavantebrasil.com.br/femicidio-entenda-as-questoes-controvertidas-da-lei-13-1042015/>>. Acesso em 09/10/2015 às 15:16.

GUEDES, Jefferson Carús. Dimensões linguísticas da desigualdade no Brasil: os diversos nomes legais de um mesmo fenômeno. **Revista Brasileira de Políticas Públicas**, Brasília: v. 5, nº 1, 2015.

LIMA, Renato Brasileiro de. **Legislação Criminal Especial Comentada**. 3 ed. rev. ampl. e atual. Salvador: Jus Podium, 2015.

\_\_\_\_\_. **Manual de Processo Penal**. 2. ed. rev. ampl. atual. vol. único. Salvador: Jus Podium 2014.

MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de direito constitucional**. 9. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2014.

OLIVEIRA, Daniel Bernoulli Lucena de. Novas qualificadoras do homicídio: classificação e possibilidade de coexistência com as qualificadoras subjetivas. **Revista Jus Navigandi**, Teresina, ano 20, n. 4420, 8 ago. 2015. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/41494>>. Acesso em: 9 out. 2015, às 15:50.

OLIVEIRA, Eugenio Pacelli de. **Curso de Processo Penal**. 18 ed. rev., ampl. e atual. São Paulo: Atlas, 2014.

Projeto de Lei do Senado n. 292/2013. Disponível em <<http://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/113728>> acesso em 09/11/2015, às 12:23.

# NCIDENTE DE RESOLUÇÃO DE DEMANDAS REPETITIVAS DO CPC/2015 À LUZ DO STARE DECISIS

Jessica Baqui da Silva

**RESUMO:** Este artigo analisa o Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas do novo Código de Processo Civil de 2015, à luz da doutrina do *stare decisis*, buscando definir se eles são compatíveis entre si, especialmente em relação à flexibilidade. Busca-se tratar das origens desse instituto processual, por meio do estudo das demandas de massa e suas técnicas processuais e dos institutos estrangeiros do *Musterverfahren* do direito alemão e *Group Litigation Order* do direito inglês. São abordados os aspectos processuais do novo incidente, em especial seus pressupostos de admissibilidade, seu efeito vinculante e os reflexos dele decorrentes e a revisão da tese. É feita a análise das principais características da doutrina do *stare decisis* com a finalidade de possibilitar a sua confrontação com o Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas.

**PALAVRAS-CHAVE:** Processo Civil; Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas; Código de Processo Civil de 2015; *Stare decisis*.

**ABSTRACT:** This article examines the Repetitive Claims Resolution Incident of the Brazilian New Code of Civil Procedure, 2015, in the light of the *stare decisis* doctrine, seeking to determine whether they are compatible with each other, specially in relation to the flexibility. The work seeks to address the origins of this procedural institute, through the study of mass claims and its procedural techniques and foreign institutes of *Musterverfahren* from German law and *Group Litigation Order* from English law. The procedural aspects of the new incident, particularly its admissibility requirements, its binding effect and reflections and its review of thesis are addressed. An analysis of the main features of *stare decisis* doctrine is made in order to enable confrontation with the Repetitive Claims Resolution Incident.

**KEY-WORDS:** Civil Procedure; Repetitive Claims Resolution Incident; Brazilian Civil Procedure Code of 2015; *Stare decisis*.

## INTRODUÇÃO

Este artigo visa a abordar o Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas – IRDR do novo Código de Processo Civil — NCP, de 16 de março de 2015, à luz da doutrina do *stare decisis*, com a finalidade de verificar se eles são

compatíveis entre si, sobretudo em relação à flexibilidade do efeito vinculante na *common law* que viabiliza o contraditório e a atividade interpretativa do julgador.

O IRDR consiste em técnica processual de incidente coletivo que tem por finalidade tutelar as demandas de massa ou repetitivas, que trazem em si questões homogêneas que chegam ao Poder Judiciário em larga escala, por meio do sobrestamento de processos e da decisão da questão de direito com efeitos vinculantes.

Esse tipo de demandas de massa, cada vez mais presente na realidade brasileira e de vários países, por sobrecarregar o Poder Judiciário, tem sido um desafio mundial e tem rendido vários estudos, desenvolvimento de técnicas e criação de institutos legislativos visando seu controle, dentre os quais se destacam o *Musterverfahren* do direito alemão e a *Group Litigation Order* do direito inglês, que precederam e inspiraram, expressa e implicitamente, o IRDR brasileiro.

A principal e mais intrigante característica do IRDR diz respeito ao seu efeito vinculante singular, que não encontra correspondência nos institutos estrangeiros que o precederam, o qual tem sido comparado pela comunidade jurídica com o *stare decisis* da *common law*, revelando uma suposta aproximação entre os dois sistemas por meio do fortalecimento dos precedentes no Brasil.

Daí a importância de se saber em que medida o IRDR se compatibiliza com a doutrina do *stare decisis*, no sentido de definir se a decisão fixada no IRDR pode ser considerada um precedente, com todas as implicações daí decorrentes, especialmente a flexibilidade própria da *common law*.

No capítulo 1 serão tratadas as origens do IRDR, abordando-se a análise e definição das demandas de massa e das técnicas processuais que as tutelam e as principais características dos institutos estrangeiros antecedentes e inspiradores do IRDR — *Musterverfahren* do direito alemão e a *Group Litigation Order* do direito inglês.

No capítulo 2 terá início a análise do IRDR propriamente dito, nos termos em que positivado no texto final do NCPC, passando-se pelas principais características pertinentes ao presente estudo, quais sejam, pressupostos de admissibilidade, legitimação, julgamento, efeito vinculante, recursos, revisão da tese, distinção e reflexos do efeito vinculante em outros mecanismos processuais, tais como a improcedência liminar do pedido, remessa necessária, julgamento monocrático em recursos e reclamação.

O capítulo 3 trará os contornos da doutrina do *stare decisis*, que envolve sua origem e conceito, e as principais características e definições, tais como *ratio decidendi*, *obiter dictum*, *dissenting opinion*, hierarquia, autorreferência, *distinguishing* e *overruling*. Em seguida, far-se-á o confronto entre o IRDR e o *stare decisis* quanto ao modo de ingresso no ordenamento jurídico, à finalidade, ao modo de aplicação e ao alcance do conteúdo vinculante para chegar à conclusão sobre a (in)compatibilidade.

## 6 1. AS ORIGENS DO INCIDENTE DE RESOLUÇÃO DE DEMANDAS REPETITIVAS DO CPC/2015

Introduzido no ordenamento jurídico pátrio por meio do novo Código de Processo Civil, de 16 de março de 2015, o Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas é um instituto processual que se propõe a tutelar as demandas de massa, tornando o julgamento destas mais célere e compatível com a isonomia e a segurança jurídica.

Antes de adentrar às características do IRDR conforme positivado no texto do CPC/2015, é imprescindível analisar a sua origem, o que necessariamente perpassa pela definição das demandas de massa, exame das diferentes técnicas processuais que almejam tutelá-las e breve estudo dos institutos estrangeiros que antecederam e inspiraram a figura nacional.

### 7 1.1. Demandas de massa

A massificação das demandas é fenômeno global resultado das recentes transformações sociais — aumento das pessoas inseridas no mercado consumidor, produção e distribuição em série de bens de consumo, evolução tecnológica e econômica, a própria complexidade e pluralidade das sociedades econômicas, além do movimento de facilitação do acesso à justiça<sup>133</sup>.

Leonardo José Carneiro da Cunha<sup>134</sup> aborda a questão sob a ótica do princípio da adequação, extraído “da garantia de inafastabilidade do controle jurisdicional e, igualmente, da cláusula do devido processo legal”, afirmando que “o

---

<sup>133</sup> ATAÍDE JÚNIOR, Jaldemiro Rodrigues. As Demandas de Massa e o Projeto de Novo Código de Processo Civil. In: FREIRE, Alexandre; DANTAS, Bruno; NUNES, Dierle; DIDIER JR., Fredie; MEDINA, José Miguel Garcia; FUX, Luiz; CAMARGO, Luiz Henrique Volpe; OLIVEIRA, Pedro Miranda de. (Org.). **Novas Tendências do Processo Civil**. Salvador: JusPodivm, 2014, v. 3, p. 46.

<sup>134</sup> CUNHA, Leonardo José Carneiro da. O regime processual das causas repetitivas. In: **Revista de Processo**. São Paulo: RT, n. 179, jan., 2011. p. 143-144.

processo deve adequar-se às situações repetitivas”, dando a essas causas uma solução célere e uniforme.

O fenômeno da massificação do processo, porém, não tem o condão de extinguir o processo de caráter individualista. Ao contrário, a doutrina defende que os dois modelos processuais devem coexistir:

Sob um primeiro aspecto, as relações homogeneizadas ganharam terreno sobre os vínculos individualizados, sem, no entanto, extingui-los. Os dois passaram a coexistir, ocupando espaços que ora se confundem, ora se distinguem. Indivíduo e massa passam a conviver simultaneamente, sem que um deva excluir o outro. Um dos desafios da sociedade passa a ser a manutenção do equilíbrio entre ambos. Não é possível pensar somente num modelo massificado, sob pena de acabar com a identidade e a significação do indivíduo e de sua diferença em relação ao outro. Mas também não é possível conceber um paradigma puramente individualista, dada a dinâmica da inserção social em grupos, classes ou categorias, com vantagens para todos os que os integram e problemas que afligem à coletividade. A obtenção destes proveitos e a solução destes problemas são inalcançáveis ou de difícil alcance para uma só pessoa. Daí a relevância do grupo.<sup>135</sup>

Antonio Adonias Aguiar Bastos<sup>136</sup> propõe um novo conceito e classificação para abarcar as demandas repetitivas ou massificadas: as demandas homogêneas, que se contrapõem às demandas heterogêneas. As demandas homogêneas são “demandas-tipo, decorrentes de uma relação-modelo, que ensejam soluções-padrão”. Elas se caracterizam (i) pela semelhança dos elementos objetivos — pedido e causa de pedir — (relação-modelo) que não são idênticos, porque tal fato atrairia o instituto da conexão, mas se “identificam no plano abstrato, no que diz respeito à questão fática ou jurídica em tese, mas não no âmbito de cada situação concreta”; e (ii) pela massificação, “de modo que elas sejam apresentadas em larga escala ao Judiciário”.

Sobre a necessidade de efetiva repetição de processos, ele afirma que:

A circunstância de haver causas afins é requisito necessário, mas não suficiente para a configuração dos litígios em massa. O problema não surge com a semelhança entre as demandas, mas com a sua repetição em grande quantidade. O processamento de causas semelhantes, por si só, não desafia, de maneira significativa, a capacidade da estrutura judicial,

---

<sup>135</sup> BASTOS, Antonio Adonias Aguiar. Situações jurídicas homogêneas: um conceito necessário para o processamento das demandas de massa. In: **Revista de Processo**. São Paulo: RT, n. 186, ago., 2012. p. 88.

<sup>136</sup> *Ibid.*, p. 96-103.

nem os valores jurídicos fundamentais (como os da isonomia, da segurança jurídica, da efetividade e da razoável duração do processo), enquanto elas estiverem diluídas em pequeno volume nos órgãos judiciais.<sup>137</sup>

E resume o autor nas seguintes palavras:

A categorização das demandas de massa dá-se pelos critérios acima expostos: identidade em tese, e não em concreto, da causa de pedir e do pedido, associada à repetição em larga escala. A elas, contrapõem-se as demandas heterogêneas, cujos elementos objetivos encerram traços distintivos, não guardando similitude com outras causas, nem o julgamento conjunto ou com base no precedente.

Eis aqui a classificação que se deve adotar: demandas homogêneas x demandas heterogêneas, de acordo com o grau de assemelhação e de repetição.<sup>138</sup>

A classificação por ele proposta não se confunde com outras, de modo que não se pode restringir as “situações jurídicas homogêneas aos interesses individuais homogêneos”. Aquelas podem envolver não só os direitos individuais isomórficos, como também direitos coletivos, a depender da situação e do preenchimento dos pressupostos de configuração daquela: identidade em tese dos elementos objetivos da demanda e repetição em larga escala.

## 8 1.2. Técnicas processuais de tutela das demandas de massa

Como resposta ao crescente número de demandas de massa, os ordenamentos jurídicos mundo afora<sup>139</sup> vêm tentando criar alternativas ao processo individual clássico com a finalidade de solucionar esses processos repetitivos de forma efetiva, célere, isonômica e conforme os ditames da segurança jurídica.

Aqui não se abordará as ações coletivas, que se prestam precipuamente a tutelar os direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos, as quais por vezes, em relação a estes últimos, são apontadas como alternativa para tutelar as demandas de massa. Isso se justifica na medida em que, como visto acima, não há necessária identidade entre as situações homogêneas e os interesses individuais homogêneos, porque aquelas têm objeto mais abrangente que estes.

---

<sup>137</sup> *Ibid.*, p. 99.

<sup>138</sup> *Ibid.*, p. 100.

<sup>139</sup> Cf. ATAÍDE JÚNIOR, Jaldemiro Rodrigues. *op. cit.*.p. 48.



Leonardo José Carneiro da Cunha<sup>140</sup> relata três tipos de técnicas processuais alternativas vistas em ordenamentos jurídicos estrangeiros, a causa piloto, o incidente coletivo e a agregação ou reunião de causas:

Em vários ordenamentos, já há regras que estabelecem técnicas de julgamento para esses tipos de demandas. Tais regras têm por finalidade racionalizar os julgamentos e obter uniformidade de resultados em relação às causas repetitivas. [...]

Na causa piloto, as diversas demandas são propostas por uma parte com a finalidade, não somente de decidir o caso específico, mas também com o escopo secundário de utilizar a solução jurisdicional obtida, como referência para resolução de uma pluralidade indeterminada de controvérsias referentes a um grupo amplo de sujeitos que ostentam o mesmo interesse.

Ao lado dessa técnica, há a que prevê a instauração de um incidente coletivo, determinando que as causas repetitivas fiquem, todas, sobrestadas, até a solução do incidente. Diante da existência de várias causas repetitivas, instaura-se um incidente coletivo, no qual a cognição judicial é limitada às questões comuns a todos os casos similares, vindo o resultado a vincular todos os casos que ficaram sobrestados.

Também existe a técnica da agregação ou reunião de causas, para que haja a prática comum de atos processuais, sendo aproveitados para todos os processos reunidos.

A técnica de causa piloto pode ser vista no ordenamento jurídico brasileiro desde o CPC/1973 nos recursos especial e extraordinário repetitivos, nos quais são selecionados um ou alguns recursos representativos da controvérsia para julgamento, cuja decisão deverá ser observada no julgamento dos demais recursos sobrestados. Aqui o recurso de um caso concreto serve de “piloto” para os demais. O incidente coletivo, por outro lado, é técnica processual que foi introduzida pelo CPC/2015 com a instituição do Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas, também adotada pela Alemanha, como será visto a seguir, que pressupõe a instauração de um incidente para julgamento coletivo de questão jurídica repetitiva, cuja tese será adotada na resolução dos processos de massa que envolvam a matéria julgada. Já a técnica de agregação não foi adotada pelo ordenamento jurídico brasileiro.

Considerando-se o objeto deste trabalho, passa-se à análise de dois institutos estrangeiros que adotaram técnicas processuais alternativas de tutela de demandas de massa, inspirando o IRDR brasileiro, como se verá a seguir.

---

<sup>140</sup> CUNHA, Leonardo José Carneiro da. **O regime...**, p. 150-151.

### 9 1.3. *Musterverfahren e Group Litigation Order*

Na exposição de motivos do anteprojeto do novo Código de Processo Civil<sup>141</sup> elaborado por Comissão de Juristas, revelou-se expressamente que a inspiração para o Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas foi o chamado *Musterverfahren* do direito alemão.

Ao se estudar o referido instituto do direito alemão — ao qual se junta o *Group Litigation Order* do direito inglês, que também se propõe a solucionar demandas repetitivas por meio de julgamento único —, é possível verificar as semelhanças entre os institutos e, sobretudo, as peculiaridades da criação brasileira, que fazem com que, no Brasil, tenha-se um instrumento processual *sui generis*, que não encontra correspondente na ordem jurídica internacional.

#### 1.3.1. *Musterverfahren*

O *Musterverfahren* alemão é instituto de incidência restrita e não tem um objeto amplo, podendo ser utilizado na Justiça Administrativa, na Justiça Previdenciária e Social e na Justiça Comum ou Ordinária, nessa última somente no âmbito das controvérsias do mercado imobiliário (conforme a Lei de Introdução do Procedimento-Modelo para os Investidores em Mercado de Capitais – *KapMug*)<sup>142</sup>.

Por ser a *KapMug* a forma mais complexa do *Musterverfahren* e a que mais se assemelha ao direito brasileiro, passa-se a descrever suas principais características.

Na *KapMug* o incidente que afeta o processo como paradigma de julgamento de demanda repetitiva deve versar sobre mercado de capitais e pode envolver questões de fato ou de direito. Deve haver requerimento expresso pelas partes ao juízo de tramitação das ações individuais, não podendo ser instaurado de ofício. Esse requerimento tem que conter informações sobre os fatos e o direito, especificação das provas que pretende produzir e demonstração de impacto em casos semelhantes.<sup>143</sup>

O juiz de origem tem seis meses para admitir o incidente, prorrogável mediante justificção, sendo esta decisão irrecorrível. Caso admitido, há publicação dos dados do requerimento e registro em cadastro eletrônico. No prazo de seis meses,

---

<sup>141</sup> BRASIL. Congresso Nacional. Senado Federal. Comissão de Juristas Responsável pela Elaboração de Anteprojeto de Código de Processo Civil. Código de Processo Civil: anteprojeto. Brasília: Senado Federal, Presidência, 2010. p. 21.

<sup>142</sup> CAVALCANTI, Marcos de Araújo. **Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas e Ações Coletivas**. Salvador: JusPodivm, 2015. p. 328-332.

<sup>143</sup> *Ibid.*, p. 334-341.

se forem registrados outros nove requerimentos, o juiz de origem deve emitir uma ordem de remessa da questão coletivizada (contendo os objetivos da instauração e um resumo das questões comuns de fato, que vinculam o objeto do incidente) para o tribunal de segunda instância, que deve julgar e resolver o mérito do incidente coletivo. Contudo, não sendo atingida a quantidade mínima de requerimentos no prazo referido, os dados são excluídos do cadastro e os processos são julgados individualmente, do modo tradicional.<sup>144</sup>

Enviada a questão ao tribunal de segunda instância e registrada essa informação no cadastro, deverá haver suspensão dos processos individuais na primeira instância, após oportunizar a manifestação das partes, e não se admitirá novos requerimentos de instauração do incidente. É facultado ao autor do processo repetitivo desistir da demanda no prazo de um mês a fim de não ser alcançado pela decisão-modelo.<sup>145</sup> Quando o tribunal de segunda instância entender que a causa está madura, proferirá uma “decisão-modelo que resolverá o mérito do próprio incidente coletivo e, ao mesmo tempo, servirá de referência para o julgamento de todas as demandas repetitivas suspensas”<sup>146</sup>.

É cabível recurso contra a decisão que julga o incidente coletivo, mas apenas sobre o mérito do incidente. Admitido o recurso, é aberta oportunidade para as demais partes trazerem acréscimos às razões do recorrente originário. O recorrente-principal será a parte-principal do incidente, e caso esta não tenha recorrido, será a parte que primeiro interpuser o recurso<sup>147</sup>.

A decisão-modelo tem efeito vinculante e fará coisa julgada *pro et contra* todas as partes envolvidas, ou seja, a decisão proferida no incidente será aplicada a todos os litigantes que tiveram seus processos suspensos: às partes-principais e às partes-intervenientes, ou não<sup>148</sup>. O efeito vinculante, porém, não atinge os processos individuais futuros, ou as demandas individuais que foram extintas no prazo legal; atinge apenas as demandas ajuizadas e suspensas antes do julgamento ou que foram desistidas fora do prazo legal<sup>149</sup>.

Caberá recurso pelas partes-interessadas da decisão do juiz de origem que aplicar o entendimento da decisão-modelo<sup>150</sup>. As partes poderão, ademais, se insurgir contra a coisa julgada, desde que demonstrem que o autor-principal tenha

---

<sup>144</sup> *Ibid.*, p. 334-341.

<sup>145</sup> *Ibid.*, p. 334-341.

<sup>146</sup> *Ibid.*, p. 345.

<sup>147</sup> *Ibid.*, p. 347-348.

<sup>148</sup> *Ibid.*, p. 349.

<sup>149</sup> *Ibid.*, p. 349.

<sup>150</sup> *Ibid.*, p. 351.

atuado de forma deficiente e que elas não tenham conseguido defender seus interesses por motivos legítimos<sup>151</sup>.

Deve-se ressaltar que a *KapMuG* “foi concebida como uma experiência temporária”, tendo inicialmente previsão de término em 1º de novembro de 2010, prazo posteriormente estendido para 1º de novembro de 2020<sup>152</sup>.

### 10 1.3.2. *Group Litigation Order* – GLO do Direito Inglês

Introduzido por emenda no Código de Processo Civil da Inglaterra, Marcos Cavalcanti<sup>153</sup> explica que:

A *Rule* 19:10 das *CPR* define a *Group litigation order* (GLO) (ordem de litígio em grupo) como uma determinação (ordem) conferida nos termos da *Rule* 19:11, por meio da qual se estabelece um gerenciamento (*case management*) coletivo de demandas que versam sobre questões comuns ou relacionadas, de fato ou de direito, denominadas “questões de ordem em grupo” (*GLO issues*).

Diferentemente do *Musterverfahren*, a *Group litigation order* pode ser instaurada de ofício ou por iniciativa das partes e não precisa de um número mínimo de requerimentos. Sua admissibilidade depende de uma análise subjetiva sobre a real ou potencial multiplicidade de demandas, embora dez requerimentos estejam servindo de parâmetro, à semelhança do instituto alemão.<sup>154</sup>

A GLO tem caráter subsidiário, devendo as partes, antes de requerê-la verificar se não seria mais adequado, eficiente e eficaz a consolidação das demandas em espécie de litisconsórcio (*consolidated litigation* ou *ordinary joinder of a co-claimants*) ou a aplicação das regras da ação coletiva (*representative actions*), previstas no *CPR*.<sup>155</sup>

Seu objeto é bastante amplo, podendo envolver qualquer questão fática ou jurídica, desde que haja questões comuns relacionadas. O requerimento é feito diretamente ao tribunal, que decide sobre o cabimento e encaminha para um *senior*

---

<sup>151</sup> *Ibid.*, p. 350. Essa previsão se assemelha à possibilidade de o assistente, na intervenção de terceiros brasileira, se insurgir contra a sentença transitada em julgado quando provar cerceamento de defesa, conforme o artigo 55 do CPC/1973, mantido literalmente no artigo 123 do CPC/2015: “Transitada em julgado a sentença no processo em que interveio o assistente, este não poderá, em processo posterior, discutir a justiça da decisão, salvo se alegar e provar que: I - pelo estado em que recebeu o processo ou pelas declarações e pelos atos do assistido, foi impedido de produzir provas suscetíveis de influir na sentença; II - desconhecia a existência de alegações ou de provas das quais o assistido, por dolo ou culpa, não se valeu.”

<sup>152</sup> *Ibid.*, p. 331

<sup>153</sup> *Ibid.*, p. 358.

<sup>154</sup> *Ibid.*, p. 358-361.

<sup>155</sup> *Ibid.*, p. 358-361.

*judge* para ratificação da decisão do tribunal, havendo, portanto, dois níveis de aprovação da *GLO*<sup>156</sup>.

Uma das principais características da *GLO*, que a diferem do *Musterverfahren* — no qual se abre prazo para a autoexclusão sob pena de submissão vinculante ao resultado do julgamento *pro et contra* —, é o sistema do *opt-in*, conforme explica Neil Andrews<sup>157</sup>:

[...] cada autor deve aderir expressamente ao processo em conjunto (*opt-in*). Deve formular uma petição antes de ser incluído no registro *GLO*. [...] Caso se extinga o prazo da *GLO* para se aderir ao litígio em grupo, a ação pode ser apresentada separadamente, ou seja, independentemente do procedimento de registro do grupo. [...]

Para que o requerimento das partes de inclusão no cadastro coletivo seja deferido, o Tribunal Gestor verificará se há identidade com as questões comuns ou relacionadas, de fato ou de direito, e se a disparidade entre os casos não é grande demais de modo a prejudicar a gestão dos demais processos. Processos já registrados podem ser excluídos sob os mesmos argumentos<sup>158</sup>.

Também é facultado às partes requerer, a qualquer momento, a exclusão do cadastro coletivo, não participando, deste modo, do julgamento coletivo. Caso deferida a exclusão, o tribunal determina como se passará a processar a demanda individualmente.<sup>159</sup>

O Tribunal Gestor julga as ações-modelo, “proferindo decisão que resolverá as questões comuns ou relacionadas, de fato ou de direito e servirá de referência para o julgamento das demais ações individuais cadastradas”, ao passo que caberá ao tribunal de localidade mais conveniente às partes o julgamento destas últimas. Essa decisão do Tribunal Gestor é vinculante para as ações registradas no cadastro coletivo no momento do julgamento, podendo, contudo, o Tribunal decidir de outro modo<sup>160</sup>.

Mesmo após o julgamento das ações-modelo e da decisão sobre as questões comuns, poderá haver requerimento de registro no cadastro coletivo. Assim,

---

<sup>156</sup> *Ibid.*, p. 358-361.

<sup>157</sup> ANDREWS, Neil. **O moderno processo civil: formas judiciais e alternativas de resolução de conflitos na Inglaterra**. Orientação e Revisão da Tradução Teresa Arruda Alvim Wambier. 2. ed. São Paulo: RT, 2012. p. 556.

<sup>158</sup> CAVALCANTI, Marcos de Araújo. *op. cit.*, p. 363.

<sup>159</sup> *Ibid.*, p. 363.

<sup>160</sup> *Ibid.*, p. 366.

compete ao Tribunal Gestor determinar a extensão dos efeitos vinculantes para as demandas registradas após o julgamento<sup>161</sup>.

As partes cadastradas antes do julgamento da ação-modelo poderão requerer permissão para recorrer da decisão desfavorável. Já as partes registradas após o julgamento só poderão demonstrar que a decisão vinculativa não é aplicável ao seu caso.

Em suma, antes de adentrar a análise do Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas brasileiro, faz-se este breve resumo com as características do *Musterverfahren* alemão e da *Group litigation order* inglesa:

- a) Quanto à legitimidade: o *Musterverfahren* só pode ser requerido pelas partes, ao passo que a *GLO* pode ser instaurada de ofício ou a requerimento das partes;
- b) Quanto ao objeto: ambos aceitam a discussão de questões de fato e/ou de direito, sendo a matéria objeto da *GLO* ampla, e a do *Musterverfahren* restrita;
- c) Quanto à admissibilidade: basta para o *Musterverfahren* a existência de dez requerimentos no prazo de seis meses (critério objetivo), e para a *GLO* a real ou potencial multiplicidade de demandas (critério subjetivo);
- d) Quanto à extensão do efeito vinculante: o *Musterverfahren* abrange todas as demandas repetitivas ajuizadas antes de proferida a decisão-modelo, facultando-se às partes requerer a sua exclusão dentro de um prazo legal (sistema *opt-out*), não se aplicando a demandas futuras, já a *GLO* abrange apenas as demandas ajuizadas e registradas no cadastro coletivo (sistema *opt-in*), antes ou após o julgamento da ação-modelo e da decisão das questões comuns ou relacionadas;

Assentadas as principais características dos institutos estrangeiros antecedentes, passa-se à análise do Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas conforme a redação final sancionada e transformada na Lei 13.105/2015, que dispõe sobre o novo Código de Processo Civil, o qual terá *vacatio legis* de um ano, entrando em vigor em 18 de março de 2016<sup>162</sup>.

---

<sup>161</sup> *Ibid.*, p. 366.

<sup>162</sup> Embora haja divergência doutrinária acerca da data de entrada em vigor do novo código de processo civil, parece mais acertada a corrente que sustenta o dia 18 de março de 2016. Sobre o tema: CARVALHO, Fabiano. Divergência doutrinária sobre a entrada em vigor do Novo CPC

## 2. O INCIDENTE DE RESOLUÇÃO DE DEMANDAS REPETITIVAS DO CPC/2015

Após a exposição da origem do IRDR, passa-se a abordar suas principais características nos termos do novo Código de Processo Civil, de 16 de março de 2015, atentando-se não só à literalidade do texto legal, mas à interpretação conferida pela doutrina.

### 11 2.1. Pressupostos de admissibilidade

O artigo 976 do novo Código de Processo Civil traz como pressupostos positivos, simultaneamente, (i) a efetiva repetição de processos, que ofereça risco de ofensa à isonomia e à segurança jurídica sobre (ii) questão unicamente de direito.

A pendência de causa no tribunal competente para o julgamento do IRDR também é apontada como pressuposto de admissibilidade por parte da doutrina<sup>163</sup>, conforme o PLC 8.046-A/2010, embora tenha sido posteriormente excluída pelo Senado, e está relacionada com o item (i).

Revela-se, ainda, como pressuposto negativo de admissibilidade a (iii) ausência de afetação de recurso especial ou extraordinário repetitivo, no âmbito da competência do STJ ou STF, respectivamente, para fixação da tese de modo geral<sup>164</sup>.

### 12 2.1.1. Efetiva repetição de processos com risco de ofensa à isonomia e à segurança jurídica

A redação final do inciso I do artigo 976 do NCPD trata da *efetiva* repetição de processos, conforme PLC 8.406-A/2010, e, deste modo, destoa do anteprojeto da Comissão de Juristas e do PLS 166/2010 os quais dispunham do *potencial* de repetição de demandas.

Com essa alteração, o IRDR deixou de ter o caráter predominantemente preventivo que permitiria sua instauração pelo só potencial risco de multiplicação das demandas.

Antônio Adonias Bastos<sup>165</sup>, sobre o caráter mais ou menos preventivo do IRDR, afirma que a pronta fixação do precedente evitaria decisões distintas para

---

e propostas de resolução. Disponível em: < <http://justificando.com/2015/06/19/divergencia-doutrinaria-sobre-a-entrada-em-vigor-do-novo-cpc-e-propostas-de-solucao/>> Acesso em 31 de out. 2015.

<sup>163</sup> CAVALCANTI, Marcos de Araújo. *op. cit.*, p. 431.

<sup>164</sup> MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. **Novo curso de processo civil: tutela dos direitos mediante procedimento comum**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015. v. 2. p.581.

litígios homogêneos, porém, seria mais coerente com o Estado Democrático de Direito o caráter menos preventivo, pois preservaria o contraditório.

O legislador brasileiro, contudo, deixou em aberto a interpretação do que caracterizaria a *efetiva* repetição de demandas aptas a admitir a instauração do incidente. Assim, Marcos Cavalcanti<sup>166</sup> defende que teria sido uma melhor opção legislativa criar um critério objetivo que afastasse a discricionariedade do tribunal, como uma quantidade mínima de processos versando sobre a mesma questão de direito, a ser fixada periodicamente pelo Conselho Nacional de Justiça, ou uma quantidade mínima de requerimentos de instauração do incidente, durante um prazo fixado no Código.

O critério de efetiva repetição se soma à necessidade de demonstração de risco aos princípios da isonomia e da segurança jurídica. Não basta que haja vários processos ou que haja controvérsia sobre a aplicação do direito, o que autoriza a instauração do incidente é o risco de ofensa aos referidos princípios.

Marinoni e outros<sup>167</sup> explicam que:

O simples tratamento diverso da mesma questão de direito por órgãos diferentes não basta, até porque esse em determinado momento é normal, [...] para o incidente, é necessário que esse tratamento anti-isonômico repercuta na segurança jurídica, ou seja, no grau de cognoscibilidade, estabilidade e confiança, para a população e para as próprias estruturas judiciais, a respeito de como dada situação será tratada pela Justiça Civil.

A questão que se coloca é quando se caracterizará o referido risco. Daí a relevância das teses que tratam da necessidade de que a demanda repetitiva já esteja submetida ao tribunal competente para analisar o incidente; e que haja decisões conflitantes.

O PLC 8.046-A/2010 introduziu a noção de efetiva repetição de processos e acrescentou a exigência de “pendência de qualquer causa de competência do tribunal” (art. 988, § 2º), retirando do juiz de primeira instância a legitimidade para requerer, por ofício, a instauração do incidente, a qual passou a

---

<sup>165</sup> BASTOS, Antônio Adonias. A potencialidade de gerar relevante multiplicação de processos como requisito do incidente de resolução de causas repetitivas no projeto do novo CPC. In: **O projeto do novo Código de Processo Civil: estudos em homenagem ao Professor José de Albuquerque Rocha**. DIDIER JR., Fredie; MOUTA, José Henrique; KLIPPEL, Rodrigo (coords.). Salvador: JusPodivm, 2011, p. 35. Citado por: CAVALCANTI, Marcos de Araújo. *op. cit.*, p. 418.

<sup>166</sup> CAVALCANTI, Marcos de Araújo. *op. cit.*, p. 422-423.

<sup>167</sup> MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. *op. cit.*, p. 579.



pertencer apenas ao relator ou órgão colegiado, além dos demais legitimados por petição.

Na redação final do novo Código de Processo Civil, porém, após análise do Senado Federal sobre o Substitutivo apresentado pela Câmara, permaneceu a exigência de efetiva repetição de demandas, mas suprimiu-se a necessidade de pendência de causa de competência do tribunal, restabelecendo a legitimidade do juiz para requerer, por ofício, a instauração do incidente, mantendo-se a legitimidade do relator.

Diante dessas alterações no projeto que consubstanciou o novo Código de Processo Civil, surgiu divergência na doutrina acerca da permanência da exigência, ou não, de causa pendente no tribunal competente para decidir o incidente.

Marcos Cavalcanti<sup>168</sup> afirma que apesar de ter havido a exclusão da norma prevista no art. 988, §2º, do Substitutivo da Câmara dos Deputados, esta não surtiu nenhum efeito, porque a exigência de pendência de causa no tribunal pode ser extraída de outros dispositivos normativos do NCPC:

Como se verifica, o parágrafo único do art. 978 exige que algum recurso, remessa necessária ou o processo de competência originária do tribunal tenha dado origem ao IRDR (“de onde se originou o incidente”). Além disso, o IRDR somente poderá ser julgado em conjunto com o recurso, remessa necessária ou processo de competência originária (“julgará igualmente”).

Mas não é só. O art. 976, § 1º, do NCPC, estabelece que “a desistência ou o abandono do processo não impede o exame de mérito do incidente”. Ora, que desistência e abandono seriam esses? É claro que o NCPC quis estabelecer que o abandono ou a desistência da causa pendente no tribunal, que deu origem à instauração do incidente, não impedirá o julgamento do mérito do IRDR. Não haveria nenhuma razão para o NCPC fazer essa previsão se não fosse necessária a pendência de causa no tribunal.

Marinoni e outros<sup>169</sup>, diversamente, sustentam que a referida exigência não persiste, em razão de uma interpretação histórica, que leva em consideração a supressão desse requisito de admissibilidade da versão final do Código, indicando dessa forma a intenção do legislador ordinário em não mantê-la.

Eles afirmam também que não faz sentido exigir que a demanda já esteja submetida ao tribunal, porque o risco de ofensa à isonomia e à segurança

---

<sup>168</sup> CAVALCANTI, Marcos de Araújo. *op. cit.*, p. 430-431.

<sup>169</sup> MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. *op. cit.*, p. 580.

jurídica decorrente da interpretação disforme é o mesmo na primeira ou na segunda instância<sup>170</sup>.

Quanto ao apontado artigo 978, parágrafo único, do CPC/2015, interpretam-no no sentido de que

[...] o preceito tem apenas a intenção de gerar regra de prevenção, sujeitando ao órgão que analisou o incidente a julgar também – ao mesmo tempo, se o ‘recurso, a remessa necessária ou o processo de competência originária’ já estiver pendente de análise no tribunal, ou, futuramente, quando esses atos chegarem à apresentação da corte – a causa de onde surgiu a questão de direito julgada”<sup>171</sup>.

Cássio Scarpinella Bueno compartilha da visão de que a instauração do incidente independe de qualquer causa repetitiva estar tramitando no tribunal, por recurso ou de competência originária, sendo suficiente que a efetiva repetição seja constatada na primeira instância<sup>172</sup>.

Em relação à interpretação do parágrafo único do art. 978 do CPC/2015, Scarpinella Bueno<sup>173</sup> não o trata como argumento favorável ou desfavorável à tese de exigência de pendência de causa repetitiva no tribunal. Ele o interpreta sob a perspectiva de resposta à controvérsia acerca do papel do tribunal competente para julgar o IRDR, qual seja, de apenas fixar a tese do incidente ou também de já aplicá-la ao caso concreto. Ao adotar expressamente a segunda hipótese, Scarpinella Bueno afirma que o dispositivo padece de vício de inconstitucionalidade formal e material, o primeiro por afronta ao devido processo legislativo e o segundo pela impossibilidade de lei federal fixar a competência dos órgãos dos Tribunais Regionais Federais e dos Tribunais de Justiça dos Estados. Assim, conclui que a “aplicação da tese jurídica deve ser feita pelos juízos de origem”, apenas podendo aplicá-la diretamente quando os pressupostos de admissibilidade surgirem no âmbito do tribunal e desde que haja previsão no Regimento Interno.

Passando à análise da necessidade de sentenças antagônicas sobre a questão de direito para admissibilidade do incidente, Leonardo Carneiro da

---

<sup>170</sup> *Ibid.*, p. 581.

<sup>171</sup> *Ibid.*, p.580.

<sup>172</sup> BUENO, Cássio Scarpinella. **Manual de direito processual civil: inteiramente estruturado à luz do novo CPC – Lei n. 13.105, de 16-3-2015**. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 578.

<sup>173</sup> BUENO, Cássio Scarpinella. **Novo Código de Processo Civil anotado**. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 618.

Cunha<sup>174</sup> defendeu sua adequação ao ordenamento jurídico, analisando o PLS 166/2010, antes do Substitutivo da Câmara dos Deputados, quando expresso o caráter preventivo do IRDR, alertando:

Para que se possa fixar uma tese jurídica a ser aplicada a casos futuros, é preciso que sejam examinados todos os pontos de vista, com a possibilidade de análise do maior número possível de argumentos. E isso não se concretiza se o incidente for preventivo, pois não há, ainda, amadurecimento da discussão. Definir uma tese sem que o assunto esteja amadurecido ou amplamente discutido acarreta o risco de haver novos dissensos, com a possibilidade de surgirem, posteriormente, novos argumentos que não foram debatidos ou imaginados naquele momento inicial em que, previamente, se fixou a tese jurídica a ser aplicada a casos futuros.

Marcos Cavalcanti relata que foi apresentada a Emenda n. 181/2011 ao PLC n. 8.046-A/2010, sugerindo esse pressuposto de admissibilidade, porém esta foi rejeitada sob o argumento de que desvirtuaria o sentido original da proposta de celeridade e racionalidade na prestação jurisdicional por meio de um único julgamento<sup>175</sup>. Conclui, assim, que a existência de decisões conflitantes não é requisito de admissibilidade do IRDR.

Ora, apesar de ambos os requisitos de admissibilidade — pendência de demanda no tribunal e decisões divergentes — não estarem expressos no texto aprovado do NCPD, eles podem ser extraídos do inciso II do artigo 976, que trata do risco de ofensa à isonomia e à segurança jurídica.

Com efeito, considerando que o IRDR não é meramente preventivo, a simples existência de processos versando sobre a mesma questão de direito na primeira instância, antes de proferidas sentenças e interpostos recursos — ou no caso de competência originária do tribunal —, não tem o condão de oferecer risco aos referidos princípios, até porque há questões de direito que se repetem em diversas demandas, mas que pela simplicidade, são aplicadas de forma uniforme e corriqueira, não havendo que se cogitar de divergência jurisprudencial. Do mesmo modo, havendo diversas sentenças no mesmo sentido, não há que se falar em risco de violação à isonomia e à segurança jurídica apto a autorizar o IRDR. Nesse caso, a jurisprudência irá se sedimentar com a passagem do tempo, num processo não abreviado de formação de precedentes.

---

<sup>174</sup> CUNHA, Leonardo José Carneiro da. Anotações sobre o incidente de resolução de demandas repetitivas previsto no projeto de novo Código de Processo Civil. In: **Revista de Processo**. São Paulo: RT, n. 193, mar., 2011. p. 262.

<sup>175</sup> CAVALCANTI, Marcos de Araújo. *op. cit.*, p. 420-421.

Assim, a existência de processo pendente no tribunal (recurso, remessa necessária ou processo de competência originária) e a existência de decisões conflitantes são pressupostos de admissibilidade implícitos, decorrentes do desdobramento da exigência de risco de ofensa à isonomia e à segurança jurídica.

### 13 2.1.2. Questão unicamente de direito

O inciso I do artigo 976 do NCPD delimitou o objeto do IRDR para questões unicamente de direito. Marinoni e outros<sup>176</sup>, sobre o referido dispositivo, afirmam, pois, que os fatos deverão ser sempre incontroversos: “*pode ocorrer que haja mais de uma questão de direito envolvida, mas não pode ocorrer controvérsia sobre fatos*”.

Conforme o parágrafo único do artigo 928, a questão de direito objeto do IRDR poderá se referir a direito material e processual. O referido dispositivo, segundo Marcos Cavalcanti<sup>177</sup>, afasta desde já eventual interpretação restritiva dos tribunais, como no caso dos embargos de divergência sob a vigência do CPC/1973, que não poderia ser conhecido para dirimir questões processuais.

A redação final do CPC/2015, portanto, manteve a divergência em relação aos institutos estrangeiros — *Musterverfahren* do direito alemão e *Group Litigation Order* do direito inglês —, os quais permitem o julgamento coletivo de questões de fato e/ou de direito repetitivas.

### 14 2.1.3. Não afetação de recurso pelo STJ ou STF

O parágrafo 4º do artigo 976 do CPC/2015 dispõe sobre um pressuposto negativo de admissibilidade do IRDR: a ausência de afetação de recurso repetitivo pelo STJ e STF no âmbito de sua competência, como lembram Marinoni e outros<sup>178</sup>.

Assim, caso o STJ ou o STF tenham afetado recurso especial ou extraordinário repetitivos, sob a sistemática do artigo 1036 e seguintes do NCPD, que suspende, igualmente, todos os processos pelo prazo de um ano (art. 1037, II, e § 5º, do NCPD), e cujo julgamento já uniformiza a matéria em âmbito nacional, torna-se desnecessária a instauração e julgamento do IRDR pelos Tribunais de Justiça ou Tribunais Regionais Federais.

Esse pressuposto negativo de admissibilidade visa, portanto, a economia processual e foi introduzido pelo PLC 8.046-A/2010.

<sup>176</sup> MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. *op. cit.*, p.579.

<sup>177</sup> CAVALCANTI, Marcos de Araújo. *op. cit.*, p. 429.

<sup>178</sup> MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. *op. cit.*, p. 581.

## 15 2.2. Legitimação

O artigo 977 do NCPC traz o rol taxativo de legitimados para requerer a instauração do IRDR. São eles: o juiz ou relator, por ofício; as partes, por petição; e o Ministério Público e Defensoria Pública, também por petição.

Com relação à legitimidade do juiz, esta fora excluída no PLC n. 8.046-A/2010, quando expressa a necessidade de pendência de processo originário ou recurso/remessa necessária no tribunal, mas fora reincluída na fase final no Senado Federal, que também afastou a determinação de pendência de demanda no tribunal.

A legitimidade para provocação do incidente por parte das pessoas jurídicas de direito público ou associações civis pertinentes, incluída no Substitutivo da Câmara dos Deputados, como relatado acima, foi excluída do texto final aprovado. Essa exclusão, porém, não é tão significativa uma vez que (i) o rol de legitimados do IRDR já é mais extenso que os incidentes de julgamento coletivos estrangeiros (*Musterverfahren* e *GLO*), os quais autorizam apenas as partes e, no caso da *GLO*, também de ofício; e (ii) no caso de ajuizamento de ação coletiva, os legitimados extraordinários, cujo rol seria mais extenso<sup>179</sup>, poderiam, em tese, requerer, como parte, por meio de petição, a instauração do incidente.

Para os que entendem pela necessidade de tramitação de demanda no tribunal, é importante ressaltar que as partes que detêm legitimidade para requerer o IRDR não são apenas as que já estejam litigando no tribunal competente, mas qualquer parte de demanda repetitiva, ainda que na primeira instância, as quais assumiriam a qualidade de assistente litisconsorcial, segundo ensina Marcos Cavalcanti<sup>180</sup>.

O Ministério Público e a Defensoria Pública não precisam ser partes em algum processo que verse sobre questão de direito repetitiva para poder requerer a instauração do incidente, conforme se depreende da separação da legitimidade das partes e a desses entes, pelos incisos II e III do artigo 977 do NCPC.

Sobre a legitimidade do Ministério Público e da Defensoria Pública, Scarpinella Bueno<sup>181</sup> aduz que deve ser interpretada de forma ampla:

A legitimidade daqueles órgãos dá-se tanto quando atuam como *parte* (em processos coletivos, inclusive) como, também, quando o Ministério Público atuar na qualidade de fiscal da

---

<sup>179</sup> Aqui poderiam se incluir, em tese, os legitimados extraordinários previstos no art. 5º da Lei da Ação Civil Pública (Lei 7.347/1985) e art. 82 do Código de Defesa do Consumidor (Lei 8.078/1990).

<sup>180</sup> CAVALCANTI, Marcos de Araújo. *op. cit.*, p. 437.

<sup>181</sup> BUENO, Cássio Scarpinella. **Manual...**, p. 579.

ordem jurídica e a Defensoria Pública estiver na representação de hipossuficiente ou, de forma mais ampla, desempenhando seu papel institucional em processos individuais.

Marinoni e outros<sup>182</sup> também entendem que a legitimidade do Ministério Público “é ampla e decorre da sua função institucional de defesa da ordem jurídica”, conforme artigo 127 da Constituição Federal. Porém, em relação à Defensoria Pública, alertam que a legitimidade é condicionada: “só pode suscitar o incidente quando a questão de direito controvertida puder afetar, ainda que indiretamente, interesses de ‘necessitados’ (art. 134, da CF)”.

Leonardo Carneiro da Cunha<sup>183</sup>, no que se refere à legitimidade do Ministério Público, entende que esta se relaciona com a legitimidade para ajuizamento de ação civil pública. Assim, ele defende que o Ministério Público é legítimo para requerer a instauração do incidente em defesa dos direitos difusos e coletivos e quanto aos direitos individuais homogêneos, apenas quando possível aferir, concretamente, relevante interesse social da questão. Em relação à legitimidade da Defensoria Pública, se alinha ao posicionamento de Marinoni e outros.

No caso do Ministério Público, ainda que não figure como suscitante, deverá atuar como fiscal da lei. Em caso de desistência ou abandono, poderá o Ministério Público assumir a posição de suscitante do IRDR, caso outro legitimado não assumam<sup>184</sup>.

### 16 2.3. Julgamento

O julgamento do IRDR deverá ocorrer no prazo de um ano (art. 980 NCPC). O referido prazo também está vinculado à suspensão dos processos, a qual se inicia com a publicação da decisão de admissão do incidente. Portanto, o prazo para julgamento se inicia na data de publicação da decisão de admissão da instauração do IRDR<sup>185</sup>.

Está expressamente excluído da ordem cronológica do artigo 12 do NCPC<sup>186</sup> o julgamento do IRDR (art. 12, § 2º, III, NCPC), o qual “terá preferência sobre

---

<sup>182</sup> MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. *op. cit.*, p. 581.

<sup>183</sup> CUNHA, Leonardo José Carneiro da. **Anotações...**, p. 264-266.

<sup>184</sup> *Ibid.*, p. 267.

<sup>185</sup> Esse também é posicionamento de Marcos Cavalcanti (CAVALCANTI, Marcos de Araújo. *op. cit.*, p. 450.

<sup>186</sup> O *caput* do art. 12 do NCPC foi alterado pela Lei 13.256/2016, que estabeleceu como preferencial a obediência à ordem cronológica dos processos.

os demais feitos, ressalvados os que envolvam réu preso e os pedidos de habeas corpus” (art. 980 NCPC)<sup>187</sup>.

O artigo 984 do NCPC estabelece a ordem de julgamento: (i) inicialmente, o relator exporá o objeto do incidente; (ii) as partes do processo originário e o Ministério Público poderão fazer sustentação oral no prazo de trinta minutos, cada; (iii) os demais interessados, que incluem as partes de processos suspensos e os *amici curiae*, inscritos até dois dias antes do julgamento, poderão sustentar no prazo compartilhado de trinta minutos; (iv) os desembargadores do órgão colegiado competente proferirão seus votos acerca da questão de direito objeto do IRDR, devendo abranger a “análise de todos os fundamentos suscitados concernentes à tese jurídica discutida, sejam favoráveis ou contrários” (art. 984, § 2º, NCPC). Os prazos de sustentação oral poderão ser estendidos a depender do número de inscritos (art. 984, § 1º, NCPC).

Conforme explica Marcos Cavalcanti<sup>188</sup>, a previsão do dever de fundamentação no IRDR é explicitação do que já disposto no artigo 489, § 1º, IV, do NCPC e não afasta as demais nulidades decorrentes da falta de fundamentação dispostas no parágrafo primeiro do artigo 489 do NCPC.

#### 17 2.4. Efeito vinculante da decisão

O amplíssimo efeito vinculante do IRDR não encontra correspondência nos institutos estrangeiros do *Musterverfahren* alemão e da *GLO* inglesa.

O artigo 985 do NCPC determina que a aplicação da tese jurídica fixada no IRDR se dará:

I - a todos os processos individuais ou coletivos que versem sobre idêntica questão de direito e que tramitem na área de jurisdição do respectivo tribunal, inclusive àqueles que tramitem nos juizados especiais do respectivo Estado ou região;

II - aos casos futuros que versem idêntica questão de direito e que venham a tramitar no território de competência do tribunal, salvo revisão na forma do art. 986.

§ 1o Não observada a tese adotada no incidente, caberá reclamação.

§ 2o Se o incidente tiver por objeto questão relativa a prestação de serviço concedido, permitido ou autorizado, o resultado do julgamento será comunicado ao órgão, ao ente ou à agência

---

<sup>187</sup> CAVALCANTI, Marcos de Araújo. *op. cit.*, p. 455.

<sup>188</sup> *Ibid.*, p. 456-457.

reguladora competente para fiscalização da efetiva aplicação, por parte dos entes sujeitos a regulação, da tese adotada.

Portanto, a tese vincula todos os processos, presentes e futuros, independentemente da vontade das partes em se submeter à decisão do IRDR. No caso brasileiro não se adotou nem o sistema do *opt-out* do *Musterverfahren* alemão, nem o sistema de *opt-in* da *GLO* inglesa, vistos acima, que dão às partes a faculdade de excluir ou incluir, respectivamente, seu caso no incidente de julgamento coletivo da questão jurídica<sup>189</sup>.

Vale transcrever a crítica bem fundamentada de Marcos Cavalcanti à ampla vinculação do IRDR, que chegaria a violar o direito fundamental de ação:

Essa forma de vinculação absoluta fere o direito fundamental de ação (art. 5º, inciso XXXV, da CF/1988). Não há como o NCPC impedir o direito de a parte prosseguir com sua demanda isoladamente, ou seja, fora do regime jurídico do IRDR. O Sistema processual deve sempre assegurar ao litigante o direito de opção. Essa possibilidade de escolha decorre do direito fundamental de ação, de sorte que o legislador não pode criar uma forma de vinculação absoluta *pro et contra* sem estabelecer mecanismos processuais que assegurem seu pleno exercício.

Está expressa a aplicação do IRDR tanto aos processos individuais quanto aos processos coletivos. De modo que ambos serão afetados pela suspensão e pela decisão de mérito proferida no incidente. Essa previsão se compatibiliza com o conceito de demandas homogêneas de Antonio Adonias Aguiar Bastos, que permite a abrangência de direitos individuais e coletivos<sup>190</sup>.

Em relação à aplicação automática da tese aos casos futuros, o instituto brasileiro novamente se excede em relação aos estrangeiros: o *Musterverfahren* se aplica apenas aos processos ajuizados antes do julgamento do incidente ou àqueles cuja desistência ocorreu fora do prazo de *opt-out*<sup>191</sup>; já na *GLO* as demandas futuras só serão abrangidas pela decisão caso haja requerimento das partes de registro no cadastro, na extensão determinada pelo Tribunal Gestor.

O Substitutivo da Câmara dos Deputados incluiu a subordinação dos juizados especiais ao efeito vinculante da decisão do IRDR, previsão que foi mantida no texto legal aprovado. Marcos Cavalcanti<sup>192</sup> defende a inconstitucionalidade dessa

---

<sup>189</sup> *Ibid.*, p. 366.

<sup>190</sup> BASTOS, Antonio Adonias Aguiar. *op. cit.*, p. 96-103.

<sup>191</sup> *Ibid.*, p. 349.

<sup>192</sup> Cavalcanti menciona as seguintes decisões do STF: RE 586789/PR, rel. Min. Ricardo Lewandowski, j. 16.11.2011, Repercussão Geral – Mérito Acórdão Eletrônico, DJe-039, Digulq.



previsão com base na jurisprudência do STF que afirma que “os juizados especiais não estão sujeitos à jurisdição dos Tribunais de Justiça dos Estados e dos Tribunais Regionais Federais”. Ele ainda lembra que o Senador Vital do Rêgo havia sugerido a exclusão dessa parte final do inciso I do artigo 985 do NCPD, mas ela foi mantida no texto final, sem que fosse discutida em nenhum momento a inconstitucionalidade apontada pelo Senador.

Scarpinella Bueno<sup>193</sup> também defende a inconstitucionalidade da vinculação dos juizados especiais, nos seguintes termos:

A questão merece reflexão mais demorada porque, em rigor, o órgão de segundo grau de jurisdição dos Juizados Especiais *não são* os TJs, tampouco os TRFs, mas as Turmas ou Colégios Recursais. A solução dada pelo CPC de 2015 é, inquestionavelmente, a mais prática e “lógica”, fazendo eco, até mesmo, à Resolução n. 12/2009 do STJ, que, em última análise, permite que aquele Tribunal controle o conteúdo das decisões proferidas no âmbito dos Juizados Especiais de todo o país por intermédio de reclamações (sejam elas de conteúdo material ou processual).

Todavia, não há como deixar de lado a configuração dada aos Juizados Especiais pelo inciso I do art. 98 da CF, a impor, destarte, necessária (e prévia) revisão daquele modelo constitucional e do sistema de competência dele extraível para, depois, viabilizar que a lei (e isso é pertinente também para ato administrativo de Tribunal, ainda que do STJ) estabeleça técnicas de uniformização de jurisprudência aplicáveis também aos Juizados Especiais. Por isso, prezado leitor, sou obrigado a sustentar a inconstitucionalidade do alcance pretendido pelo inciso I do art. 985 aos Juizados Especiais.

A melhor solução para a referida inconstitucionalidade, apontada por Marcos Cavalcanti<sup>194</sup>, seria “estabelecer no Livro Complementar das Disposições Finais e Transitórias [...] que o IRDR aplica-se aos processos dos juizados especiais, cabendo o julgamento do incidente aos órgãos indicados no regimento interno”.

O efeito vinculante do IRDR nos casos em que a questão de direito objeto do incidente envolve a prestação de serviço concedido, permitido ou autorizado irá atingir os “entes sujeitos a regulação”, e o ente ou agência reguladora competentes deverão fiscalizar a efetiva aplicação da tese vinculante. Assim, atribuiu-se um efeito vinculante extrajudicial que atinge a administração pública e os particulares, que não

---

24.02.2012, Public. 27.02.3012; CC 7081/MG, rel. Min. Sydney Sanches, j. 19.08.2002, DJ 27.09.2002, PP 00117. CAVALCANTI, Marcos de Araújo. *op. cit.*, p. 611-612.

<sup>193</sup> BUENO, Cássio Scarpinella. **Manual...**, p. 581. Ainda sobre a impossibilidade de admissibilidade monocrática: CAVALCANTI, Marcos de Araújo. *op. cit.*, p. 589.

<sup>194</sup> CAVALCANTI, Marcos de Araújo. *op. cit.*, p. 612.

necessariamente fizeram parte do incidente. Sobre essa previsão legal, Scarpinella Bueno<sup>195</sup> consigna:

Trata-se de iniciativa importante que, ao estabelecer indispensável cooperação entre o órgão jurisdicional e as pessoas, os entes e/ou órgãos administrativos, cria condições de efetividade do quanto decidido no âmbito jurisdicional e, nesse sentido, traz à mente o disposto no art. 4º que, pertinentemente, não se contenta tão só com a declaração do direito, mas também com sua concretização. Ademais, se essa fiscalização for efetiva, como se espera, reduzem-se os riscos de nova judicialização do conflito, o que viabiliza passo importante em direção a um mecanismo mais racional de distribuição de justiça, inclusive na perspectiva dos meios alternativos/adequados difundidos desde o art. 3º. Que os entes administrativos façam, como devem fazer, a sua parte e que o CPC de 2015 sirva de mola propulsora a tanto.

A constitucionalidade dessa previsão, porém, é questionável, isso porque o efeito vinculante que transborda o âmbito do próprio Judiciário deve decorrer diretamente da Constituição, como nos casos das decisões definitivas de mérito em Ação Direta de Inconstitucionalidade e Ação Declaratória de Constitucionalidade (art. 102, § 2º, da CF) e a súmula vinculante (art. 103-A da CF), sob pena de violação à cláusula pétrea da separação dos poderes (art. 60, §4º, III, da CF).

A princípio, a decisão do IRDR limita-se ao território de competência do TJ ou TRF que julgou o incidente. Porém, sendo interposto recurso especial ou extraordinário, e sendo analisado o mérito do recurso excepcional, como será melhor abordado abaixo, o efeito vinculante se estenderá a todo o território nacional (art. 987, § 2º, NCPC).

A fim de assegurar a observância do efeito vinculante da decisão que fixa a tese na questão de direito repetitiva objeto do IRDR, é previsto o cabimento de reclamação, que será explicada abaixo (art. 985, § 1º, NCPC).

## 18 2.5. Recursos

O artigo 987 do NCPC estabelece o cabimento de recurso especial ou extraordinário contra a decisão de mérito do IRDR, a depender da matéria objeto do incidente.

Por ausência de previsão específica no capítulo que trata do IRDR, incide a regra geral sobre a legitimidade recursal: “o recurso pode ser interposto pela

---

<sup>195</sup> BUENO, Cássio Scarpinella. **Manual...**, p. 581. Ainda sobre a impossibilidade de admissibilidade monocrática: CAVALCANTI, Marcos de Araújo. *op. cit.*, p. 590.

parte vencida, pelo terceiro prejudicado e pelo Ministério Público, como parte ou como fiscal da ordem jurídica” (art. 996 NCPC).

O artigo 138, § 3º, do NCPC autoriza a interposição não só de embargos de declaração (regra), mas de recursos especial e/ou extraordinário pelos *amici curiae*, sendo esta uma exceção do CPC/2015. Marcos Cavalcanti<sup>196</sup> explica que essa nova regra “busca superar entendimento restritivo dos Tribunais Superiores, fixado na vigência do CPC-1973, no sentido de que [...] não possuem legitimidade para interpor qualquer recurso, inclusive embargos de declaração” por não terem “interesse imediato no resultado da lide”.

Embora não esteja expresso, nem mesmo nas disposições gerais sobre os recursos, a Defensoria Pública teria legitimidade para interposição de recurso contra o mérito do IRDR, ainda que não seja parte, em razão de interpretação sistemática, pois ela tem legitimidade para requerer a instauração do incidente assim como o Ministério Público, ainda que com atuação mais restrita de acordo com seu papel constitucional.

O artigo 987, §§ 1º e 2º, do NCPC atribui efeito suspensivo *ope legis* dos recursos especial ou extraordinário, este último com presunção de repercussão geral. Assim, a decisão do IRDR só terá aplicação imediata no caso de não interposição de recurso. Caso interposto, a tese será aplicada apenas após a conclusão do julgamento, não apenas no território do tribunal que julgou o IRDR que deu origem ao recurso, mas a todo o território nacional, como visto acima.

## 19 2.6. Revisão da tese

O efeito vinculante às demandas futuras encontra limitação apenas no caso de revisão da tese (art. 985, II, do NCPC). Sua regulamentação foi feita brevemente no artigo 986 do CPC/2015:

Art. 986. A revisão da tese jurídica firmada no incidente far-se-á pelo mesmo tribunal, de ofício ou mediante requerimento dos legitimados mencionados no art. 977, inciso III.

Inicialmente, deve-se destacar a legitimidade para requerer a revisão da tese fixada por meio do IRDR. Segundo a literalidade do artigo 986 do NCPC, a revisão pode se dar de ofício ou apenas por meio de requerimento do Ministério Público ou da Defensoria Pública, excluídas as partes e os terceiros interessados, portanto.

---

<sup>196</sup> CAVALCANTI, Marcos de Araújo. *op. cit.*, p. 467.

Conforme relata Scarpinella Bueno<sup>197</sup>, essa limitação da legitimação decorreu do desdobramento da norma do artigo 977 em três incisos, quando da revisão final do texto antes de remessa do projeto de lei para a sanção presidencial, e não apenas em dois, como constava originalmente do projeto. Assim, está-se diante de inconstitucionalidade formal, conforme sustenta o doutrinador:

A regra, contudo, padece de inconstitucionalidade formal, decorrente da revisão a que o texto do CPC de 2015 foi submetido antes de ser enviado à sanção presidencial. A remissão por ele feita ao inciso III do art. 977 só surgiu naquela etapa do processo legislativo e se justifica por força do desdobramento que, na mesma oportunidade, foi efetuado no art. 977, até então – e em consonância com o § 1º do art. 930 do Projeto do Senado com o § 3º do art. 988 do Projeto da Câmara – com apenas *dois* incisos. O resultado da distinção entre a legitimidade das *partes* (inciso II do art. 977) e do *Ministério Público* e da *Defensoria Pública* (o novo e só então criado inciso III do art. 977) é o de que somente essas entidades passaram a ter legitimidade para o pedido de revisão do art. 986, não as partes. Ocorre que – é isto que quero evidenciar – as partes ostentavam, até então, legitimidade para aquele mesmo fim.

[...]

Por essa razão, prezado leitor, entendo que, para contornar aquele vício, é imperioso sustentar que as partes *também* ostentam legitimidade para o pedido de revisão, nos termos do texto aprovado pelo Senado Federal na sessão de 17 de dezembro de 2014, considerando-se não escrita, porque formalmente inconstitucional, a restrição contida no art. 986.

Concordando com a inconstitucionalidade formal do dispositivo, mas divergindo sobre os efeitos dessa inconstitucionalidade, Marcos Cavalcanti<sup>198</sup> sugere a seguinte solução:

[...] a regra entra em vigor com o NCPD e somente poderá ser afastada se for declarada inconstitucional por mecanismos de controle difuso ou concentrado de constitucionalidade, ante a presunção relativa de constitucionalidade das leis.

Considerando, todavia, que os tribunais podem suscitar a revisão da tese de ofício, nada impede que as partes façam o requerimento a ele, que poderá acolhê-lo ou não, após o exame da presença de fundamentos para a revisão do precedente.

---

<sup>197</sup> BUENO, Cássio Scarpinella. **Manual...**, p. 581. Ainda sobre a impossibilidade de admissibilidade monocrática: CAVALCANTI, Marcos de Araújo. *op. cit.*, p. 592-593.

<sup>198</sup> CAVALCANTI, Marcos de Araújo. *op. cit.*, p. 463.

Além disso, também será possível que as partes provoquem o Ministério Público ou a Defensoria Pública para que, presentes os fundamentos necessários, formulem o pedido de revisão da tese jurídica.

Portanto, até que seja declarada inconstitucional, concreta ou abstratamente, a parte final do artigo 986 do NCPD, a legitimação para revisão da tese permanece limitada e as partes deverão se valer dos mecanismos alternativos apontados por Marcos Cavalcanti.

Quanto ao procedimento e as hipóteses de revisão, estas estavam mais claras no PLC 8.046-A/2010 que empregava uma norma que fazia remissão ao capítulo intitulado “Do precedente judicial”, cujo artigo 521, §§ 6º e seguintes, tratava da “modificação de entendimento sedimentado” os quais poderiam fundar-se “na revogação ou modificação de norma em que se fundou a tese ou em alteração econômica, política ou social referente à matéria decidida”, dentre outras hipóteses (art. 521, §7º, do PLC 8.046-A/2010) e estabelecia as seguintes formas de revisão:

Art. 521. Para dar efetividade ao disposto no art. 520 e aos princípios da legalidade, da segurança jurídica, da duração razoável do processo, da proteção da confiança e da isonomia, as disposições seguintes devem ser observadas:

[...]

§ 6º A modificação de entendimento sedimentado poderá realizar-se:

I – por meio do procedimento previsto na Lei nº 11.417, de 19 de dezembro de 2006, quando tratar-se de enunciado de súmula vinculante;

II – por meio do procedimento previsto no regimento interno do tribunal respectivo, quando tratar-se de enunciado de súmula da jurisprudência dominante;

III – incidentalmente, no julgamento de recurso, na remessa necessária ou na causa de competência originária do tribunal, nas demais hipóteses dos incisos II a IV do caput<sup>199</sup>.

---

<sup>199</sup> Art. 521. Para dar efetividade ao disposto no art. 520 e aos princípios da legalidade, da segurança jurídica, da duração razoável do processo, da proteção da confiança e da isonomia, as disposições seguintes devem ser observadas:

I – os juízes e tribunais seguirão as decisões e os precedentes do Supremo Tribunal Federal em controle concentrado de constitucionalidade;

II – os juízes e tribunais seguirão os enunciados de súmula vinculante, os acórdãos e os precedentes em incidente de assunção de competência ou de resolução de demandas repetitivas e em julgamento de recursos extraordinário e especial repetitivos;

III – os juízes e tribunais seguirão os enunciados das súmulas do Supremo Tribunal Federal em matéria constitucional e do Superior Tribunal de Justiça em matéria infraconstitucional;

IV – não sendo a hipótese de aplicação dos incisos I a III, os juízes e tribunais seguirão os precedentes:

a) do plenário do Supremo Tribunal Federal, em controle difuso de constitucionalidade;

Algumas das normas sobre *precedentes* e modificação de teses e jurisprudência previstas no Substitutivo da Câmara dos Deputados foram mantidas no NCPC, nas “disposições gerais” do Título I (“da ordem dos processos e dos processos de competência originária dos tribunais”), dentre elas as que preveem a possibilidade de audiências públicas e participação de *amici curiae* na modificação de enunciado de súmula ou em julgamento de casos repetitivos — IRDR e recursos especial e extraordinários repetitivos, conforme artigo 928 do CPC/2015 — (art. 927, § 2º, NCPC) e a possibilidade de modulação dos efeitos da decisão de alteração de jurisprudência dos Tribunais Superiores e em casos repetitivos (art. 927, § 3º, NCPC).

Sobre o procedimento de revisão, em razão da omissão do texto final do novo Código de Processo Civil, Marcos Cavalcanti<sup>200</sup> afirma que:

A forma como cada um dos tribunais irá lidar com o pedido de revisão deverá estar disciplinada nos respectivos regimentos internos.

[...] a Lei 11.417/2006, que disciplina a edição, a revisão e o cancelamento de enunciado de súmula vinculante pelo STF, pode, por analogia e no que couber, servir de parâmetro para realização da modificação do entendimento sedimentado no IRDR.

Em relação à competência para julgamento da revisão da tese, ela será do mesmo tribunal que julgou o IRDR, exceto quando interposto recurso especial e/ou extraordinário que tenha sido apreciado no mérito pelo Superior Tribunal de Justiça e/ou Supremo Tribunal Federal, hipótese que a competência para revisão é desses tribunais superiores, porque a tese fixada vincula todo o território nacional<sup>201</sup>.

O requerimento deverá ser feito ao presidente do tribunal competente e deverá “demonstrar os argumentos fáticos e jurídicos que podem servir de baliza para demonstrar a necessidade de revisão da posição firmada no IRDR”<sup>202</sup>. Dentre os possíveis argumentos, estão os elencados no artigo 521, § 7º, do Substitutivo da Câmara dos Deputados<sup>203</sup>, acima referido. Em caso de legislação incompatível superveniente, Marcos Cavalcanti<sup>204</sup> afirma que a tese fixada no IRDR “não deve ser aplicada, salvo se o juiz do caso concreto declarar a nova lei inconstitucional, realizar interpretação conforme ou declarar nulidade sem redução de texto”.

---

b) da Corte Especial do Superior Tribunal de Justiça, em matéria infraconstitucional.

<sup>200</sup> CAVALCANTI, Marcos de Araújo. *op. cit.*, p. 464.

<sup>201</sup> *Ibid.*, p. 464.

<sup>202</sup> *Ibid.*, p. 464.

<sup>203</sup> Art. 521. [...] § 7º A modificação de entendimento sedimentado poderá fundar-se, entre outras alegações, na revogação ou modificação de norma em que se fundou a tese ou em alteração econômica, política ou social referente à matéria decidida.

<sup>204</sup> CAVALCANTI, Marcos de Araújo. *op. cit.*, p. 465.

Porém, até que ocorra eventual revisão da tese, passa-se a expor as implicações do efeito vinculante decorrente da decisão que fixa a tese em sede de Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas.

## 20 2.7. Distinção

No PLC n. 8.046-A/2010 estava expressa a possibilidade de requerimento pelas partes de distinção de seu caso ou de suspensão de seu processo, a depender de a demanda estar abrangida ou não pela questão de direito objeto do incidente. Contra essa decisão do juízo em que tramita a demanda, caberia agravo de instrumento. Porém, na redação final do novo Código de Processo Civil essa norma foi excluída.

Marcos Cavalcanti<sup>205</sup>, sobre o pedido de distinção, afirma que deve ser aplicado “o procedimento previsto nos §§ 8º a 13 do art. 1.037, relativo ao julgamento dos Recursos Extraordinário e Especial Repetitivos”, porque seriam complementares às normas do microsistema de casos repetitivos.

Assim, Marcos Cavalcanti<sup>206</sup> afirma que o juiz ou relator do caso concreto, ao ser comunicado da admissão do IRDR, deverá intimar as partes para “se manifestarem sobre a eficácia suspensiva da decisão” (art. 1.037, § 8º, do NCPC). As partes poderão requerer o prosseguimento da demanda ao fundamento de que o processo “versa sobre *situação particularizada* por hipótese fática distinta ou *questão jurídica não abrangida* pelo objeto do IRDR”, sendo dada oportunidade de manifestação da parte contrária. Caso não sejam intimadas para manifestação sobre a suspensão, podem as partes requerê-la, “demonstrando que a questão jurídica a ser decidida está abrangida pelo incidente a ser julgado”. A decisão sobre a distinção ou não será impugnável por agravo de instrumento ou agravo interno, a depender de onde a demanda esteja tramitando (art. 1.037, § 13, I e II, do NCPC). Acerca do momento de requerimento, ele afirma que:

A parte pode requerer ao juiz ou relator o prosseguimento do processo até a efetiva aplicação da tese jurídica ao caso concreto. Caso não seja requerido de imediato o processamento regular da demanda e sobrevivendo a aplicação da tese jurídica ao caso concreto a parte prejudicada pode alegar a distinção ou a superação do entendimento de seu caso em sede de recurso.

---

<sup>205</sup> *Ibid.*, p. 448.

<sup>206</sup> *Ibid.*, p. 448-449.

Com a reforma do novo Código de Processo Civil promovida pela Lei 13.256/2016, antes mesmo de sua entrada em vigor, a distinção voltou a ter previsão legal expressa, como hipótese de cabimento de ação rescisória.

Foram incluídos os parágrafos 5º e 6º ao artigo 966, os quais esclarecem que no inciso V do *caput*, que trata da violação manifesta de norma jurídica, está abrangido o caso de não distinção, quando esta for existente:

§ 5º Cabe ação rescisória, com fundamento no inciso V do caput deste artigo, contra decisão baseada em enunciado de súmula ou **acórdão proferido em julgamento de casos repetitivos** que não tenha considerado a **existência de distinção entre a questão discutida no processo e o padrão decisório que lhe deu fundamento**.

§ 6º Quando a ação rescisória fundar-se na hipótese do § 5º deste artigo, caberá ao autor, sob pena de inépcia, demonstrar, fundamentadamente, **tratar-se de situação particularizada por hipótese fática distinta ou de questão jurídica não examinada, a impor outra solução jurídica.**” (NR)

Essa alteração legislativa reforça a necessidade de análise da distinção no caso concreto, equiparando a sua ausência à violação manifesta de norma jurídica.

## 21 2.8. Reflexos do efeito vinculante

Não bastaria prever a obrigatoriedade de observância da tese fixada em IRDR sem que fossem previstos mecanismos processuais que assegurassem essa aplicação.

A força do efeito vinculante do IRDR advém justamente desses mecanismos os quais atuam desde a primeira instância, na sentença, perpassando pelos recursos/remessa necessária e, inclusive, por meio de ação autônoma de impugnação, a reclamação, a ser julgada diretamente pelo “órgão jurisdicional cuja competência se busca preservar ou cuja autoridade se pretenda garantir”.

São estes mecanismos que serão estudados a seguir.

### 22 2.8.1. Improcedência liminar do pedido

A improcedência liminar do pedido, que extingue o processo com julgamento de mérito, prescindindo da citação do réu, é instituto que foi introduzido por reforma no CPC/1973 e foi mantido no NCPC, em seu artigo 332, com melhora significativa na qualidade técnica, como aponta Guilherme Pupe da Nóbrega<sup>207</sup>.

---

<sup>207</sup> NÓBREGA, Guilherme Pupe. **Improcedência liminar do pedido no Código de Processo Civil de 2015**. Coluna Processo e Procedimento do Migalhas. Disponível em:



Na égide do CPC/1973, a improcedência liminar era voltada às causas sobre matérias unicamente de direito quando já tivessem sido proferidas sentenças de total improcedência pelo juízo. Pelo texto do NCPC, volta-se para causas que dispensem a fase de instrução do processo quando o pedido contrariar, dentre outras hipóteses, o entendimento firmado em IRDR (art. 332, III, NCPC). Portanto, o CPC/2015 limita o amplo subjetivismo do CPC anterior e “delimita, restritivamente, quando o instituto será possível”<sup>208</sup>.

Portanto, caso seja ajuizada demanda que vá de encontro à tese fixada em IRDR, antes mesmo da citação, o juízo de primeira instância poderá proferir sentença de mérito julgando improcedente o pedido. Caso haja trânsito em julgado desta sentença é que o juiz citará o réu (art. 332, § 2º, NCPC).

Caso a parte autora decida interpor apelação contra a sentença, seu “ônus argumentativo [...] se voltará para a demonstração da singularidade de seu processo, isto é, que a demanda atual não é igual à outra em que proferida a decisão paradigmática, e que, por isso, não pode ser aplicada ao seu caso”<sup>209</sup>. Neste caso, o juiz poderá exercer juízo de retratação, ao reconhecer a distinção entre as demandas, e citar o réu para oferecer defesa, ou manter a sentença e citar o réu para apresentar contrarrazões à apelação (art. 332, §§ 3º e 4º, NCPC).

Aqui vale citar o pertinente alerta de Guilherme Pupe da Nóbrega<sup>210</sup> acerca da improcedência liminar do pedido no novel Código de Processo Civil:

A natural preocupação que já se levanta sobre o instituto da improcedência liminar consiste no engessamento dos juízos de primeiro grau e do risco de que casos diferentes acabem caindo em “vala comum”. Aliás, são essas questões que sempre surgem quando da abordagem dos diferentes institutos presentes no novo Código que refletem o fortalecimento dos precedentes judiciais.

Com efeito, o IRDR como um desses “diferentes institutos” que “refletem o fortalecimento dos precedentes judiciais”, aliado aos novos contornos da improcedência liminar, contribui para a dificuldade de renovação do sistema jurídico por meio da tentativa de uma abordagem diferente do tema julgado em IRDR, uma vez que o efeito vinculante da tese permitirá a imediata improcedência do pedido, sem

---

<<http://www.migalhas.com.br/ProcessoeProcedimento/106,MI221584,31047-Improcedencia+liminar+do+pedido+no+Codigo+de+Processo+Civil+de+2015>> Acesso em 05 de nov. 2015.

<sup>208</sup> *Ibidem.*

<sup>209</sup> *Ibidem.*

<sup>210</sup> *Ibidem.*

abertura para discussão do mérito e instauração de contraditório ainda na primeira instância.

### 23 2.8.2. Remessa necessária

Certas demandas têm duplo grau de jurisdição *ope legis*, limitando os efeitos da sentença até que seja confirmada pelo tribunal hierarquicamente superior. Trata-se do instituto da remessa necessária ou reexame necessário, regulamentado no artigo 496 do CPC/2015 e que já estava presente no CPC/1973.

É aplicável nas sentenças desfavoráveis à “União, [a]os Estados, [a]o Distrito Federal, [a]os Municípios e suas respectivas autarquias e fundações de direito público” ou que julgarem procedentes, total ou parcialmente, os embargos à execução fiscal (art. 496, *caput*, I e II, NCPC), desde que o proveito econômico da demanda seja superior aos valores mínimos dispostos no parágrafo 3º do artigo 496 do CPC/2015.

No âmbito do CPC/1973, a remessa necessária não era aplicada quando a sentença estivesse fundamentada na “jurisprudência do plenário do Supremo Tribunal Federal ou em súmula deste Tribunal ou do tribunal superior competente”. A novidade do CPC/2015 diz respeito à ampliação das hipóteses que afastam o cabimento da remessa necessária:

Art. 496. Está sujeita ao duplo grau de jurisdição, não produzindo efeito senão depois de confirmada pelo tribunal, a sentença:

[...]

§ 4º Também não se aplica o disposto neste artigo quando a sentença estiver fundada em:

I - súmula de tribunal superior;

II - acórdão proferido pelo Supremo Tribunal Federal ou pelo Superior Tribunal de Justiça em julgamento de recursos repetitivos;

III - entendimento firmado em incidente de resolução de demandas repetitivas ou de assunção de competência;

IV - entendimento coincidente com orientação vinculante firmada no âmbito administrativo do próprio ente público, consolidada em manifestação, parecer ou súmula administrativa.

Portanto, o entendimento fixado em IRDR também afasta o cabimento do reexame necessário, de modo que a sentença contrária à Fazenda Pública poderá produzir efeitos imediatos, independentemente do duplo grau de jurisdição obrigatório.

Ao relativizar a remessa necessária nos casos que tratam da tese firmada em IRDR, o CPC/2015 colaborou para a manutenção de seu efeito vinculante, atribuindo força à sentença que segue o entendimento, ainda que contrário ao interesse da Fazenda Pública.

#### 24 2.8.3. Recursos

O recurso interposto contra decisão que aplica ou contraria o entendimento fixado em IRDR será julgado monocraticamente pelo relator, conforme o artigo 932, IV, “c”, e V, “c”, do CPC/2015.

Será desprovido pelo relator caso contrário à tese fixada no IRDR (art. 932, IV, NCPC), ou, após ouvida a outra parte, será dado provimento monocrático (art. 932, V, NCPC), o que agilizará o julgamento dos casos que envolvam questão já julgada em IRDR e dificultará nova discussão mais aprofundada pelo órgão colegiado.

Note-se que caso o eventual agravo interno seja julgado improcedente por unanimidade, é possível que o órgão colegiado condene o recorrente, em decisão fundamentada, ao pagamento de uma multa de 1% a 5% do valor atualizado da causa, cujo pagamento é condição para a interposição de qualquer novo recurso, exceto para a Fazenda Pública e ao beneficiário de justiça gratuita, os quais poderão pagá-la ao final do processo (art. 1.021, §§ 4º e 5º, NCPC<sup>211</sup>).

Embora não trate especificamente das hipóteses que permitiriam a condenação na multa, é possível prever que os órgãos colegiados o façam quando o recurso contrariar o entendimento já fixado em IRDR, o que servirá de desestímulo aos recursos nas demandas que tratam de questão já julgada por meio de IRDR, aumentando, pois, o poder vinculante dessas decisões e, mais uma vez, contribuindo para o engessamento das discussões jurídicas que envolvam o tema.

Do mesmo modo, o relator do recurso especial ou do recurso extraordinário poderá negar ou dar provimento monocraticamente ao recurso a depender da adequação ou não da decisão recorrida à tese fixada em IRDR após julgado no mérito recurso especial ou extraordinário, ampliando seu efeito a todo território nacional, nos termos do artigo 932, IV, “c”, e V, “c”, do CPC/2015.

---

<sup>211</sup> Art. 1.021. Contra decisão proferida pelo relator caberá agravo interno para o respectivo órgão colegiado, observadas, quanto ao processamento, as regras do regimento interno do tribunal. [...] § 4º Quando o agravo interno for declarado manifestamente inadmissível ou improcedente em votação unânime, o órgão colegiado, em decisão fundamentada, condenará o agravante a pagar ao agravado multa fixada entre um e cinco por cento do valor atualizado da causa. § 5º A interposição de qualquer outro recurso está condicionada ao depósito prévio do valor da multa prevista no § 4º, à exceção da Fazenda Pública e do beneficiário de gratuidade da justiça, que farão o pagamento ao final.

## 25 2.8.4. Reclamação

Outro mecanismo, talvez o mais importante no que tange à manutenção do efeito vinculante da tese firmada em IRDR, diz respeito ao cabimento de reclamação (art. 985, §1º, NCPC), meio autônomo de impugnação de decisões judiciais, com a finalidade de “garantir a observância de acórdão proferido em julgamento de incidente de resolução de demandas repetitivas [...]”<sup>212</sup> (art. 988, IV, NCPC), julgado diretamente pelo “órgão jurisdicional cuja competência se busca preservar ou cuja autoridade se pretenda garantir” (art. 988, § 1º, NCPC).

Poderá ser ajuizada a reclamação pela parte interessada ou pelo Ministério Público, dirigida ao Presidente do tribunal, e instruída com prova documental (art. 988, *caput*, e § 2º, NCPC).

O cabimento de reclamação para garantir a observância da decisão proferida em IRDR inclui a “aplicação indevida da tese jurídica e sua não aplicação aos casos que a ela correspondam” (art. 988, § 4º, NCPC).

A reclamação deverá ser proposta antes do trânsito em julgado da decisão que afronta a tese firmada pelo IRDR (art. 988, § 5º, I, NCPC<sup>213</sup>), mas “a inadmissibilidade ou o julgamento do recurso interposto contra a decisão proferida pelo órgão reclamado não prejudica a reclamação” (art. 988, § 6º, NCPC).

O relator da reclamação, que “sempre que possível” será o “relator do processo principal” (art. 988, § 3º, NCPC), ao despachar:

Art. 989. [...] I - requisitará informações da autoridade a quem for imputada a prática do ato impugnado, que as prestará no prazo de 10 (dez) dias;

II - se necessário, ordenará a suspensão do processo ou do ato impugnado para evitar dano irreparável;

III - determinará a citação do beneficiário da decisão impugnada, que terá prazo de 15 (quinze) dias para apresentar a sua contestação.

O Ministério Público, não sendo autor da reclamação, deverá atuar como fiscal da lei, tendo vista do processo por cinco dias após a instrução (art. 991

---

<sup>212</sup> A nova redação do inciso IV do art. 988 do NCPC, conferida pela Lei 13.256/2016, excluiu do cabimento da reclamação o termo genérico “casos repetitivos”, que nos termos do artigo 928 do CPC/2015 abarca os casos julgados em IRDR e nos recursos especial e extraordinário repetitivos, e manteve apenas a hipótese do IRDR e do incidente de assunção de competência.

<sup>213</sup> Nova redação do parágrafo 5º do art. 988 dada pela Lei 13.256/2016: § 5º É inadmissível a reclamação: I – proposta após o trânsito em julgado da decisão reclamada; II – proposta para garantir a observância de acórdão de recurso extraordinário com repercussão geral reconhecida ou de acórdão proferido em julgamento de recursos extraordinário ou especial repetitivos, quando não esgotadas as instâncias ordinárias.

NCPC). Além disso, “qualquer parte poderá impugnar o pedido do reclamante” (art. 990 NCPC).

Caso seja julgada procedente a reclamação, será cassada “a decisão exorbitante de seu julgado” ou será determinada “medida adequada à solução da controvérsia” (art. 992 NCPC). Essa decisão do tribunal terá efeito imediato, antes mesmo da lavratura e publicação do acórdão (art. 993 NCPC).

Portanto, aplicando-se todos os mecanismos acima vistos, e aliando-se à limitação inconstitucional dos legitimados para requerer a revisão da tese fixada em IRDR, conforme exposto acima, que exclui, na prática, os principais interessados, quais sejam, as partes, tem-se que será quase impossível a modificação do entendimento fixado no IRDR, cujo efeito vinculante transborda qualquer experiência estrangeira.

Feita a análise do Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas, passa-se à análise da doutrina do *stare decisis* com a finalidade de traçar seus contornos principais para, no capítulo seguinte, compará-la ao IRDR e verificar se este se compatibiliza ou não com aquela.

## 26 3. (IN)COMPATIBILIDADE DO IRDR COM O *STARE DECISIS*

Tendo sido estudado o IRDR acima, abordando-se suas inspirações estrangeiras e o que restou positivado no novo Código de Processo Civil, passa-se, inicialmente, à análise da doutrina do *stare decisis* e, após, ao exame acerca da (in)compatibilidade entre ambos.

### 27 3.1. *Stare Decisis*

Muito tem se dito sobre uma tendência brasileira de aproximação da *common law* por meio de mecanismos legislativos processuais que dão força de precedente a determinados enunciados ou decisões, como no caso da súmula vinculante, dos recursos repetitivos e, agora, do IRDR.

Antes de se posicionar sobre a questão, tendo por objeto especificamente o IRDR, é necessário abordar, ainda que em linhas gerais, a doutrina do *stare decisis*, como se faz a seguir.

### 28 3.1.1. Origem e conceito

É necessário distinguir historicamente a *common law* da doutrina do precedente e da doutrina do *stare decisis*, os quais surgiram sucessivamente no tempo.

Conforme explica Georges Abboud, com base em Harold J. Berman<sup>214</sup>, a *common law* surgiu antes das referidas doutrinas como prática judiciária histórica e não de forma científica, por meio da “análise de prévias decisões judiciais para se alcançar o deslinde da demanda”, as quais “não constituíam verdadeiramente precedentes, mas exemplos de como o direito havia sido aplicado naqueles casos particulares”. Neste momento histórico, as decisões judiciais ainda não eram consideradas fontes imediatas do direito.

A partir do século XVII, em razão de uma mudança filosófica da época, que atribuía aos princípios legais o mesmo critério de validade dos princípios das ciências naturais, qual seja, a dependência da constante repetição, verificação e validação pela comunidade científica, surge a doutrina dos precedentes, que eleva as decisões judiciais de “meros exemplos da aplicação das regras e dos princípios” à “prova da existência deles e de sua conseqüente recepção pelo Judiciário”. Com a doutrina dos precedentes, as decisões judiciais passam a ser fontes do direito, ao lado da equidade e legislação.<sup>215</sup>

Na doutrina do precedente já se fazia a avaliação da *ratio decidendi* e do *obiter dictum*, porém essa distinção passou a ser feita de forma mais clara com a doutrina do *stare decisis* que surgiu no século XIX, a qual considerava a apreciação de um caso anterior como obrigatório no julgamento de um caso semelhante posterior. Essa é a distinção em suma: “a doutrina dos precedentes estava mais vinculada ao costume dos juízes, e consistia em uma linha de casos em vez de apenas uma única decisão que poderia ter efeito vinculante conforme admite o *stare decisis*”.<sup>216</sup>

José Rogério Cruz e Tucci<sup>217</sup> relata que a teoria do *stare decisis* “informada pelo princípio do precedente (vertical) com força obrigatória externa para

---

<sup>214</sup> BERMAN, Harold J. *Law and revolution. The formation of the western legal tradition*. Cambridge, Massachusetts and London, England: Harvard University Press, 193. p. 479. Citado por: ABOUD, Georges. Precedente judicial versus Jurisprudência dotada de efeito vinculante: A ineficácia e os equívocos das reformas legislativas na busca de uma cultura de precedentes. In: **Direito Jurisprudencial**. São Paulo: RT, 2012. p. 510-514.

<sup>215</sup> BERMAN, Harold J. *Law and revolution*. op. cit., p. 479. Citado por: ABOUD, Georges. op. cit., p. 510-514.

<sup>216</sup> BERMAN, Harold J. *Law and revolution*. op. cit., p. 479. Citado por: ABOUD, Georges. op. cit., p. 510-514.

<sup>217</sup> TUCCI, José Rogério Cruz e. **Precedente judicial como fonte do direito**. São Paulo: RT, 2004. p. 160-162.

todas as cortes inferiores” foi inicialmente cogitada na doutrina de *Sir Baron Parke J.*, o qual escreveu:

O nosso sistema de *Common Law* consiste na aplicação, a novos episódios, de regras legais derivadas de princípios jurídicos e de precedentes judiciais; e, com o escopo de conservar uniformidade, consistência e certeza, devemos aplicar tais regras, desde que não se afigurem ilógicas e inconvenientes, a todos os casos que surgirem; e não dispomos da liberdade de rejeitá-las e de desprezar a analogia nos casos em que ainda não foram judicialmente aplicadas, ainda que entendamos que as referidas regras não sejam tão razoáveis e oportunas quanto desejaríamos que fossem. Parece-me de grande importância ter presente esse princípio de julgamento, não meramente para a solução de um caso particular, mas para o interesse do direito como ciência.

A doutrina dos precedentes e a doutrina do *stare decisis*, que se desenvolveu a partir daquela, mas com ela não se confunde, tiveram formação e estruturação complexas no sistema da *common law*, “porquanto sua consolidação é fruto da evolução histórica, política e filosófica de determinada comunidade, ou seja, sua criação não é fruto de imposição legislativa”. Não há regra escrita “determinando a obrigatoriedade de se seguir os precedentes tampouco atribuindo efeito vinculante de maneira explícita a eles”.<sup>218</sup>

### 29 3.1.2. *Ratio decidendi, obiter dictum e dissenting opinion*

Como visto, a doutrina do *stare decisis* se origina da doutrina do precedente, tendo por diferencial o efeito vinculante da *ratio decidendi* (ou *holding* para os americanos) de uma decisão anterior no julgamento de um caso semelhante posterior.

Sobre a *ratio decidendi* José Rogério Cruz e Tucci<sup>219</sup> explica que “constitui a essência da tese jurídica suficiente para decidir o caso concreto (*rule of law*). É essa regra de direito (e, jamais, de fato) que vincula os julgamentos *inter alia*”. Citando Luisa Antoniulli Deflorian<sup>220</sup>, ele aponta que a *ratio decidendi*, sob o aspecto analítico é integrada por três elementos: “a) a indicação dos fatos relevantes (*statement of material facts*); b) o raciocínio lógico-jurídico da decisão (*legal reasoning*); e c) o juízo decisório (*judgement*)”. E adverte que “a *ratio decidendi* não é

<sup>218</sup> BERMAN, Harold J. *Law and revolution*. op. cit., p. 479. Citado por: ABOUD, Georges. op. cit., p. 510-514.

<sup>219</sup> TUCCI, José Rogério Cruz e. op. cit., p. 175.

<sup>220</sup> DEFLORIAN, Luisa Antoniulli. *Il ruolo del precedente giudiziale del common law inglese, Il valore dei precedenti giudiziali nella tradizione europea*. Obra coletiva dir. Umberto Vincenti. Padova: Cedam, 1998. p. 182. Citado por TUCCI, José Rogério Cruz e. op. cit., p. 175.

pontuada ou individuada pelo órgão julgador que profere a decisão”, os juízes que a extrairão posteriormente para aplicá-la ou não no caso concreto.

O *obiter dictum* é a “passagem da motivação do julgamento que contém argumentação marginal ou simples opinião, prescindível para o deslinde da controvérsia”, o qual não é vinculante, embora possa ser utilizado como “argumento de persuasão”.<sup>221</sup>

Sobre as *dissenting opinions* — que seriam os votos individuais divergentes que também são publicados nos chamados *Law Reports* (espécie de repositório de decisões) —, elas podem ser compatíveis ou não entre si com o resultado e podem influenciar na identificação da *ratio decidendi*, como aponta José Rogério Cruz e Tucci<sup>222</sup>:

É certo que *reasons* unânimes dão vida a uma única *ratio decidendi*. No entanto, pontos de vista convergentes no dispositivo e discordantes na motivação, quando compatíveis em relação ao tema debatido, proporcionam ao intérprete a possibilidade de escolha por uma das duas posições, sendo até passível de ser invocada *a posteriori*.

Já a situação inversa, ou seja, quando a fundamentação divergente descortina-se incompatível, tem-se uma decisão despida de *discoverable ratio*, e, portanto, *não vinculante* no que concerne à solução dada ao caso. Nesta hipótese, as *opinions* podem até gozar de algum valor, dependendo do prestígio pessoal do juiz que a emitiu.

Esses votos divergentes, em algumas situações, também acabam destacando as fissuras da interpretação do paradigma consolidado e, de certo modo, sinalizam possível mudança na apreciação posterior de questão semelhante.

Identificados os elementos fundamentais da doutrina do *stare decisis*, passa-se à análise de outras características que serão úteis para a confrontação, no capítulo seguinte, com o IRDR a fim de verificar a (in)compatibilidade deste instituto com àquela doutrina da *common law*.

### 30 3.1.3. Hierarquia, autorreferência, *distinguishing* e *overruling*

O efeito vinculante da decisão depende da posição hierárquica do tribunal que a profere, possuindo dois tipos de eficácia, a interna, que “vincula a própria corte”, e a externa que vincula “todos os órgãos inferiores”<sup>223</sup>. Saul Brenner e

<sup>221</sup> TUCCI, José Rogério Cruz e. *op. cit.*, p. 177.

<sup>222</sup> *Ibid.*, p. 177-178.

<sup>223</sup> *Ibid.*, p. 171.



Harold J. Spaeth tratam dessas duas formas como *stare decisis* horizontal e vertical, respectivamente.<sup>224</sup>

Já a autorreferência diz respeito à necessidade de a fundamentação das decisões “conter expressa alusão à jurisprudência de tribunal superior ou da própria corte”. Disso, infere-se a importância da “interpretação do precedente judicial no cotejo com o caso concreto”, método denominado “*reasoning from case to case*”.

Sobre o método de julgamento na *common law* e o *distinguishing*, “pelo qual o juiz verifica se o caso em julgamento pode ou não ser considerado análogo ao paradigma”, José Rogério Cruz e Tucci<sup>225</sup> afirma, também com base em Edward D. Re, que:

Em primeiro lugar, o juiz da *common law* deve aproximar os elementos objetivos que possam identificar a demanda em julgamento com eventual ou eventuais decisões anteriores, proferidas em casos análogos. Procede-se, em seguida, ao exame da *ratio decidendi* do precedente. Dependendo da postura do juiz, pode este ser interpretado de modo restritivo (*restrictive distinguishing*) ou ampliativo (*ampliative distinguishing*).

Isso significa que não se exige submissão “cega” a anteriores decisões. Permite-se à “corte estender um princípio mais além dos limites de um caso antecedente se entender que assim estará promovendo justiça. Caso a aplicação do princípio, entretanto, possa produzir resultado indesejável, o tribunal estreitará ou restringirá o princípio, ou ainda aplicará precedente diverso”<sup>226</sup>. Por essa razão, deve ser assinalado que *stare decisis* não é apenas uma teoria que historicamente resguardou a estabilidade e a uniformidade, visto que suas restrições e ampliações inerentes, bem como os fatores que determinaram a inaplicabilidade de precedentes judiciais, permitem a inafastável flexibilidade do ordenamento da *common law*, indispensável à evolução e ao progresso do direito.

Nos *hard cases*, quando o juiz se depara com uma questão nova pela primeira vez (*first impression*), ele terá de “enfrentar o mérito da controvérsia, deixando, nessa situação, de buscar subsídios imediatos nos *Law Reports*”<sup>227</sup>.

Saul Brenner e Harold J. Spaeth<sup>228</sup> explicam que há duas versões do *stare decisis*, a estrita, que obriga o juiz a seguir o precedente, em qualquer hipótese,

---

<sup>224</sup> BRENNER, SPAETH, Harold J. **Stare Indecisis: The alteration of precedent on the Supreme Court, 1946-1992**. New York: Cambridge University Press, 1995. p. 1.

<sup>225</sup> *Ibid.*, p. 171-174.

<sup>226</sup> RE, Edward D. *Stare decisis*. **Revista jurídica**, Tradução de Ellen Gracie Northfleet, Porto Alegre, n. 198, 1994. p. 30. Citado por: TUCCI, José Rogério Cruz e. *op. cit.*, p. 171-172.

<sup>227</sup> TUCCI, José Rogério Cruz e. *op. cit.*, p. 175.

e a mais liberal, sempre usada pela Suprema Corte dos Estados Unidos, que confere ao juiz o dever *prima facie* de seguir o precedente, exceto se houver uma razão cogente para não fazê-lo, quando o precedente pode ser abandonado. A razão cogente é variável dependendo do contexto, mas um exemplo de motivo cogente seria a demonstração que o caso prévio não é mais funcional, ou nunca foi.

Como explica Tucci, é possível, em razão da dinâmica social, afastar-se do princípio da inércia, “segundo o qual a orientação já adotada em várias oportunidades deve ser mantida no futuro (por ser presumivelmente correta, pelo desejo de coerência e pela força do hábito)”, abandonando-se o precedente, mediante decisão com carga de fundamentação ainda maior que em situações normais. Trata-se do *overruling* que é exceção ao efeito vinculante do precedente.<sup>229</sup>

O *overruling* tem lugar quando um precedente é considerado ultrapassado ou equivocado (*per incuriam* ou *per ignorantia legis*), e distinguem-se as seguintes formas: *express overruling*, *implied overruling*, *retrospective overruling*, *prospective overruling* e *anticipatory overruling*.<sup>230</sup>

As duas primeiras, *express overruling* e *implied overruling*, se dão quando a corte muda o entendimento e revoga, expressamente ou não, a *ratio decidendi* anterior.

Os três últimos são resumidos por José Rogério Cruz e Tucci, com base em Sartor e Moretti<sup>231</sup>, da seguinte maneira:

a) a *retrospective overruling*: quando a revogação gera efeito *ex tunc*, não permitindo que a anterior decisão, então substituída, seja invocada como paradigma em casos pretéritos, que aguardam julgamento;

b) a *prospective overruling*: instituída pela Suprema Corte Americana, na qual o precedente é revogado com eficácia *ex nunc*, isto é, somente em relação aos casos sucessivos, significando que a *ratio decidendi* substituída continua a ser emblemática, como *precedente vinculante*, aos fatos anteriormente ocorridos;

c) a *anticipatory overruling*: introduzida, com inescusável arrojo, pelos tribunais dos Estados Unidos. Consiste na revogação preventiva do *precedente*, pelas cortes inferiores, ao

---

<sup>228</sup> BRENNER, SPAETH, Harold J. *op. cit.* p. 1.

<sup>229</sup> TUCCI, José Rogério Cruz e. *op. cit.*, p. 178-181.

<sup>230</sup> *Ibid.*, p. 178-181.

<sup>231</sup> SARTOR, Giovanni. **Precedente giudiziale. Contratto e impresa** (obra coletiva dir. Francesco Galgano). Padova: Cedam, 1986. p. 1345-1346; MORETTI, G. *La dottrina del precedente giudiziario nel sistema inglese. Contratto e impresa* (obra coletiva dir. Francesco Galgano). Padova: Cedam, 1990. Citado por TUCCI, José Rogério Cruz e. *op. cit.*, p. 179-180.

fundamento de que não mais constitui *good law*, como já teria sido reconhecido pelo próprio tribunal *ad quem*. Basta portanto que na jurisprudência da corte superior tenha ocorrido, ainda que implicitamente, uma alteração de rumo atinente ao respectivo precedente. Ocorre aí “uma espécie de delegação tácita de poder para proceder-se ao *overruling*”.

Portanto, apesar de o efeito vinculante do *stare decisis* se traduzir pela hierarquia e autorreferência, o *distinguishing* e o *overruling* conferem ao sistema flexibilidade sem chegar a configurar discricionariedade, porque as cortes na *common law* se submetem ao “substrato cultural latente de seus componentes e pelo dever de justificar as razões da aplicação ou da rejeição de um certo *precedente*”<sup>232</sup>.

Feito o estudo acerca do *stare decisis*, ainda que apenas sobre seus contornos principais, é possível passar a análise da compatibilidade ou não do IRDR com a referida doutrina da *common law*.

### 31 3.2. (In)compatibilidade do IRDR com o *stare decisis*

À semelhança do que fizeram Lênio Streck e Georges Abboud quanto às súmulas vinculantes e a jurisprudência dotada de efeito vinculante (recursos especial e extraordinário repetitivos)<sup>233</sup>, passa-se a analisar as distinções e semelhanças do IRDR em relação aos precedentes judiciais na doutrina do *stare decisis* para, ao final, verificar a existência de compatibilidade ou não entre eles.

#### 32 3.2.1. Modo de ingresso no ordenamento jurídico

Uma diferença notável entre a tese com efeito vinculante fixada por meio de IRDR e o precedente na doutrina do *stare decisis* é o modo de ingresso nos ordenamentos jurídicos.

O instituto brasileiro é fruto de lei — o novo Código de Processo Civil de 2015 — ao passo que o *stare decisis* decorre da tradição consolidada historicamente ao longo de séculos a qual evoluiu da doutrina de precedentes que por sua vez se originou da prática da *common law*.

Assim, enquanto um vem expresso em lei (apenas nela e não na Constituição Federal), o outro decorre de regra não escrita nem em lei nem em Constituição, mas que é seguida há séculos.

---

<sup>232</sup> CORNICK, Neil Mac. *Legal Reasoning and Legal Theory*. Oxford: Clarendon, 1994. p. 215. Citado por: TUCCI, José Rogério Cruz e. op. cit., p. 174.

<sup>233</sup> Cf. STRECK, Lênio; ABOUD, Georges. **O que é isto - o precedente judicial e as súmulas vinculantes?** 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014. *Passim*; e ABOUD, Georges. *op. cit.*, *passim*.

Esse fato já sinaliza que não é possível fazer uma igualação imediata da decisão com efeito vinculante do IRDR com o precedente propriamente dito do sistema da *common law*.

### 33 3.2.2. Finalidade

A finalidade também é divergente. O precedente — a *ratio decidendi* extraída de uma decisão judicial — não é criado como tal. Em sua origem, tem a natureza de uma decisão jurídica cuja pretensão é resolver um caso concreto atual. A elevação ao *status* de precedente é feita posteriormente, em cotejo com o caso futuro que se pretende resolver, e em razão do qual se distingue a *holding* do *obiter dictum*.

Já a decisão do IRDR tem a pretensão, desde a instauração do incidente, de fixar a tese que será necessariamente seguida nas demandas que versem sobre a mesma questão de direito, atuais e futuras.

Portanto, enquanto a finalidade de um está atrelada à solução do caso concreto e atual, a do outro está voltada para uma abstração — não se julga um caso, mas uma questão de direito controvertida extraída de requerimentos originados em casos repetitivos — com a finalidade de julgar os casos sobrestados e as futuras lides.

### 34 3.2.3. Modo de aplicação, *Distinguishing* e *Overruling*

O modo de aplicação também é distinto. No *stare decisis*, a determinação da *ratio decidendi* do caso anterior em confronto com o caso concreto é o ponto de partida para a problematização que ainda envolverá o *distinguishing* de maneira restrita ou ampliada ou, ainda, o *overruling*, caso o precedente seja considerado ultrapassado ou equivocado, caso em que o ônus de fundamentação é maior, mas que não precisa de maiores formalidades para ser feito.

No IRDR, a tese fixada por meio do incidente é de aplicação obrigatória e exige mero raciocínio lógico-subsumtivo do julgador para a solução dos casos. Do modo como previsto na lei, a decisão pretende ser a solução pronta para a questão jurídica decidida no incidente, não abrindo espaço para o julgador utilizar a tese como ponto de partida para interpretação e solução do caso. Isso porque na hipótese de afastamento do que fora definido os recursos poderão ser providos monocraticamente pelo relator, e será cabível reclamação diretamente ao tribunal, como visto no tópico acerca dos reflexos do efeito vinculante do IRDR.

Embora tenha sido excluída da redação final a previsão expressa de distinção no IRDR, na reforma promovida pela Lei 13.256/2016 sua ausência no caso concreto, quando necessária, foi tida como hipótese de cabimento de ação rescisória

por manifesta violação à norma jurídica. Assim, entende-se que ela poderá ser requerida pelas partes ou aplicada de ofício pelo juiz, mas a distinção se limita a estabelecer que a demanda trata de hipótese fática distinta ou questão jurídica que não foi objeto do IRDR, conforme agora expresso no art. 966, § 6º, do NCPC, o que afastaria a aplicação obrigatória da tese fixada no incidente, não admitindo, porém, a relativização da tese fixada, por meio da distinção restritiva ou ampliativa, quando presente sua “hipótese de incidência”. Ou seja, aplica-se ou não se aplica o entendimento do IRDR, tal como uma regra.

Por outro lado, é expressa desde a redação original a possibilidade de revisão (*overruling*) no IRDR, mas esta deve seguir um procedimento próprio a ser fixado no regimento interno do tribunal, podendo se utilizar por analogia do rito previsto na Lei 11.417/2006, que trata da Súmula Vinculante, não podendo ser aplicada de forma livre pelo tribunal — apenas mediante fundamentação mais aprofundada, como na *common law*. Ademais, para ocorrer a revisão da tese no IRDR não basta a argumentação das partes no caso concreto, deve ser feito requerimento ao tribunal, o qual, como visto anteriormente, não poderá ser feito diretamente pelas partes, mas apenas pelo Ministério Público e pela Defensoria Pública (além de poder se dar de ofício), em razão de alteração formalmente inconstitucional da redação final do texto.

#### 35 3.2.4. Alcance do conteúdo vinculante

Por fim, o alcance do conteúdo vinculante é diferente no *stare decisis* e no IRDR. No primeiro, o conteúdo da *ratio decidendi* não é conhecido de pronto, depende do cotejo entre o caso anterior e o caso atual que se pretende resolver e de sua reiterada aplicação ao longo do tempo. No segundo, a tese é fixada inteiramente com o julgamento do incidente e passa a produzir seus efeitos vinculantes com a publicação do acórdão do tribunal de justiça ou tribunal regional federal, ou, caso haja recurso especial e/ou extraordinário, com a publicação do acórdão destes. Portanto, no primeiro a *ratio decidendi* é conhecida e definida em cada aplicação no caso concreto, ao passo que no segundo a tese é fixada de forma prévia ao julgamento das demandas repetitivas.

#### 36 3.2.5. (In)compatibilidade

Em suma, o IRDR distingue-se do *stare decisis* quanto (i) ao modo de ingresso no ordenamento jurídico; (ii) à finalidade; (iii) ao modo de aplicação; (iv) à flexibilidade (*distinguishing* e *overruling*); e (v) ao alcance do conteúdo vinculante, distinções fundamentais que revelam o abismo entre as duas figuras, tornando incompatível o novel instituto brasileiro com a histórica doutrina do *stare decisis*.

Com efeito, a doutrina do *stare decisis* tem origem histórica na prática judiciária aliada à mudança filosófica e política da época, prescindindo de norma escrita que determine o efeito vinculante do precedente. É voltada para a solução do caso concreto atual e tem a *ratio decidendi*, não fixada previamente, como ponto de partida interpretativo, a qual é flexível e está sujeita à distinção e à revisão.

Já a tese vinculante fixada no IRDR é originária de uma inovação legislativa que tem por pretensão resolver incidentalmente questões de direito controvertidas visando à solução de várias demandas repetitivas atuais e futuras, por meio da pré-fixação da tese ou “*ratio decidendi*” que deverá ser aplicada de modo subsuntivo, comportando a distinção e revisão de forma bastante limitada e peculiar.

Portanto, em razão de as distinções superarem as semelhanças de forma substancial, chega-se à conclusão de que a tese vinculante fixada por meio do Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas do CPC/2015 é incompatível com a doutrina do *stare decisis* da *common law*.

## 37 4. CONCLUSÃO

As demandas de massa ou repetitivas são uma realidade que não se pode mais ignorar e que exigem uma resposta processual adequada, diferente da abordagem individualista clássica.

Dentre as técnicas processuais voltadas a tutelar esse crescente contingente processual que tem por objeto situações homogêneas, estão a de causa piloto, de agregação e de incidente coletivo, tendo sido esta última adotada pelo legislador na instituição do IRDR.

O instituto brasileiro, inspirado expressamente no *Musterverfahren* do direito alemão, e implicitamente na *Group Litigation Order* do direito inglês, acabou se mostrando tão singular que a pretensão de comparação se torna de certa forma despicienda, visto que há profundas diferenças quanto à legitimidade, ao objeto, à admissibilidade, à extensão dos efeitos vinculantes e às custas.

Foram analisados os pressupostos de admissibilidade do IRDR, especialmente a controvérsia voltada ao caráter preventivo ou não do instituto, chegando-se à conclusão de que o caráter repressivo — que exige a efetiva repetição de processos e extrai da exigência de risco à isonomia e à segurança jurídica a necessidade de demanda pendente no tribunal e decisões conflitantes — é mais compatível com o princípio do contraditório e o Estado Democrático de Direito.

Quanto ao efeito vinculante do IRDR, ficou nítido que este não se compara aos institutos estrangeiros que o antecederam, porque se aplica aos casos presentes e futuros, individuais ou coletivos, independentemente da vontade das partes em se submeter à decisão do IRDR — porque não se adotou nem o sistema do *opt-out* do *Musterverfahren* alemão, nem o sistema de *opt-in* da *GLO* inglesa. Também se aplica aos juizados especiais e, extrajudicialmente, também atinge a administração pública e os particulares quando o julgamento envolve a prestação de serviço concedido, permitido ou autorizado, embora a constitucionalidade dessas previsões seja questionável. E para finalizar sua singularidade, quando julgado o mérito de recurso especial e/ou extraordinário interposto contra decisão proferida em IRDR, o efeito vinculante deixará de se dar apenas no território do TJ ou TRF e passará a abranger todo o território nacional.

O efeito vinculante também se reflete nos mecanismos processuais aptos a efetivá-lo, quais sejam, a improcedência liminar do pedido, a remessa necessária, os recursos e a reclamação, tornando-o quase insuperável e, conseqüentemente, engessando a aplicação do direito aos casos concretos que surgem perante o Poder Judiciário.

Com efeito, o pedido de distinção — que se extraía apenas implicitamente, em decorrência da supressão de sua previsão na redação final do NCP, mas que teve sua ausência no caso concreto, quando necessária, reconhecida como hipótese de cabimento de ação rescisória pela Lei 13.256/2016, que alterou a Lei 13.105/2015 — e a revisão da tese têm aplicabilidade muito limitada, seja porque a distinção só se aplica quando demonstrada que a circunstância fática é diferente ou que a questão de direito da demanda não é objeto do incidente (não sendo possível utilizar as técnicas de distinção restritiva e ampliadora da *common law*, por exemplo), seja porque a revisão não pode ser requerida pelas partes, apenas pelo Ministério Público e Defensoria Pública ou de ofício pelo tribunal, em hipóteses limitadas de alteração ou revogação legislativa ou alteração econômica, política ou social — hipóteses implícitas por supressão do Senado Federal.

Os contornos principais da doutrina do *stare decisis* foram traçados — abordando-se sua origem e conceito e suas características principais, que envolvem a *ratio decidendi*, o *obiter dictum*, a *dissenting opinion*, hierarquia, autorreferência, o *distinguishing* e o *overruling* — e confrontados com o IRDR quanto ao modo de ingresso no ordenamento jurídico; à finalidade; ao modo de aplicação; à flexibilidade (*distinguishing* e *overruling*); e ao alcance do conteúdo vinculante, chegando-se à

conclusão de que eles são incompatíveis entre si porque suas diferenças são substanciais.

Com efeito, a doutrina do *stare decisis* tem origem histórica na prática judiciária aliada à mudança filosófica e política da época, prescindindo de norma escrita que determine o efeito vinculante do precedente. É voltada para a solução do caso concreto atual e tem a *ratio decidendi*, não fixada previamente, como ponto de partida interpretativo, a qual é flexível e está sujeita à distinção e à revisão.

Já a tese vinculante fixada no IRDR é originária de uma inovação legislativa que tem por pretensão resolver incidentalmente questões de direito controvertidas visando à solução de várias demandas repetitivas atuais e futuras, por meio da pré-fixação da tese ou “*ratio decidendi*” que deverá ser aplicada de modo subsuntivo, comportando a distinção e revisão de forma bastante limitada e peculiar.

Essa incompatibilidade, porém, não tem o condão valorativo de tornar pior ou melhor o instituto brasileiro, apenas torna imprópria a afirmativa de que o Brasil tem se aproximado do sistema da *common law* por meio da criação legislativa de mecanismos de valorização do precedente, porque, a rigor, não se pode falar em precedente quando se trata de súmula, jurisprudência vinculante ou, no caso do IRDR, de decisão vinculante fixada incidentalmente, como visto acima.

A principal vantagem de se conscientizar acerca dessa incompatibilidade e distinção é verificar o risco de engessamento do ordenamento jurídico brasileiro por meio do IRDR o qual é muito mais intransigente e inflexível em relação ao *stare decisis* da *common law*, que tem por fundamento a obrigatoriedade de observância do precedente, mas admite sua interpretação, distinção e superação temperadas com a necessidade de fundamentação e o histórico cultural.

Portanto, espera-se que a interpretação do IRDR pelos tribunais, aliada aos ensinamentos doutrinários, seja capaz de compatibilizar seu efeito vinculante ao necessário para lidar com as demandas de massa de forma isonômica e compatível com a segurança jurídica, sem, contudo, inviabilizar o contraditório e a interpretação do julgador do caso concreto, engessando o ordenamento jurídico.

## 38 5. REFERÊNCIAS

ABBOUD, Georges. Precedente judicial versus Jurisprudência dotada de efeito vinculante: A ineficácia e os equívocos das reformas legislativas na busca de uma cultura de precedentes. In: **Direito Jurisprudencial**. São Paulo: RT, 2012.



ANDREWS, Neil. **O moderno processo civil: formas judiciais e alternativas de resolução de conflitos na Inglaterra**. Orientação e Revisão da Tradução Teresa Arruda Alvim Wambier. 2. ed. São Paulo: RT, 2012.

ATAÍDE JÚNIOR, Jaldemiro Rodrigues. As Demandas de Massa e o Projeto de Novo Código de Processo Civil. In: FREIRE, Alexandre; DANTAS, Bruno; NUNES, Dierle; DIDIER JR., Fredie; MEDINA, José Miguel Garcia; FUX, Luiz; CAMARGO, Luiz Henrique Volpe; OLIVEIRA, Pedro Miranda de. (Org.). **Novas Tendências do Processo Civil**. Salvador: JusPodivm, 2014, v. 3.

BASTOS, Antonio Adonias Aguiar. A potencialidade de gerar relevante multiplicação de processos como requisito do incidente de resolução de causas repetitivas no projeto do novo CPC. In: **O projeto do novo Código de Processo Civil: estudos em homenagem ao Professor José de Albuquerque Rocha**. DIDIER JR., Fredie; Mouta, José Henrique; KLIPPEL, Rodrigo (coords.). Salvador: JusPodivm, 2011.

\_\_\_\_\_. Situações jurídicas homogêneas: um conceito necessário para o processamento das demandas de massa. In: **Revista de Processo**. São Paulo: RT, n. 186, ago., 2012.

BRASIL. Congresso Nacional. Câmara dos Deputados. **Substitutivo da Câmara dos Deputados ao Projeto de Lei nº 8.046-A de 2010 do Senado Federal (PLS Nº 166/10 na Casa de origem)**. Brasília: Câmara dos Deputados, 2014. Disponível em: <<http://www.senado.leg.br/atividade/rotinas/materia/getTexto.asp?t=147664&c=PDF&tp=1>>. Acesso em 14 de out. 2015.

\_\_\_\_\_. Congresso Nacional. Senado Federal. Comissão de Juristas Responsável pela Elaboração de Anteprojeto de Código de Processo Civil. **Código de Processo Civil: anteprojeto**. Brasília: Senado Federal, Presidência, 2010.

\_\_\_\_\_. Congresso Nacional. Senado Federal. **Parecer n. 1.111, de 2014: Redação final do Substitutivo da Câmara dos Deputados ao Projeto de Lei do Senado nº 166, de 2010**. Brasília: Senado Federal, 2010. Disponível em: <<http://legis.senado.leg.br/mateweb/arquivos/mate-pdf/160741.pdf>> Acesso em 31 de out. 2015.

\_\_\_\_\_. Congresso Nacional. Senado Federal. **Parecer n. 1.741, de 2010: Redação do vencido, para o turno suplementar, do Substitutivo ao Projeto de Lei do Senado nº 166, de 2010**. Brasília: Senado Federal, 2010. Disponível em: <<http://www.senado.leg.br/atividade/rotinas/materia/getTexto.asp?t=85510&c=PDF&tp=1>> Acesso em: 14 de out. 2015.

BRENNER, Saul; SPAETH, Harold J. ***Stare Indecisis: The alteration of precedent on the Supreme Court, 1946-1992***. New York: Cambridge University Press, 1995.

BUENO, Cássio Scarpinella. **Manual de direito processual civil: inteiramente estruturado à luz do novo CPC – Lei n. 13.105, de 16-3-2015**. São Paulo: Saraiva, 2015.

\_\_\_\_\_. **Novo Código de Processo Civil anotado**. São Paulo: Saraiva, 2015.

CARVALHO, Fabiano. **Divergência doutrinária sobre a entrada em vigor do Novo CPC e propostas de resolução**. Disponível em: <<http://justificando.com/2015/06/19/divergencia-doutrinaria-sobre-a-entrada-em-vigor-do-novo-cpc-e-propostas-de-solucao/>>. Acesso em 31 de out. 2015.

CAVALCANTI, Marcos de Araújo. **Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas e Ações Coletivas**. Salvador: JusPodivm, 2015.

CUNHA, Leonardo José Carneiro da. Anotações sobre o incidente de resolução de demandas repetitivas previsto no projeto de novo Código de Processo Civil. In: **Revista de Processo**. São Paulo: RT, n. 193, mar., 2011.

\_\_\_\_\_. O regime processual das causas repetitivas. In: **Revista de Processo**. São Paulo: RT, n. 179, jan., 2011.

MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. **Novo curso de processo civil: tutela dos direitos mediante procedimento comum**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015. v. 2.

NÓBREGA, Guilherme Pupe da. **Improcedência liminar do pedido no Código de Processo Civil de 2015**. Coluna Processo e Procedimento do Migalhas. Disponível em: <<http://www.migalhas.com.br/ProcessoeProcedimento/106,MI221584,31047-Improcedencia+liminar+do+pedido+no+Codigo+de+Processo+Civil+de+2015>> Acesso em 05 de nov. 2015.

STRECK, Lênio; ABOUD, Georges. **O que é isto - o precedente judicial e as súmulas vinculantes?** 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014.

TUCCI, José Rogério Cruz e. **Precedente judicial como fonte do direito**. São Paulo: RT, 2004.



# COOPERAÇÃO INTERNACIONAL PARA A REPARTIÇÃO DE BENEFÍCIOS RELATIVOS AOS RECURSOS TRANSFRONTEIRIÇOS NO ÂMBITO DO PROTOCOLO DE NAGOYA

Jhonathan Witney Souza da Silva

**Resumo:** O Protocolo de Nagoya foi editado no âmbito da Convenção da Diversidade Biológica. Trata especificamente do acesso e da repartição equitativa dos benefícios auferidos da utilização do patrimônio biogenético. Esse instrumento internacional, no entanto, possui algumas lacunas que precisam ser negociadas e preenchidas para a consecução de seus objetivos. Uma dessas lacunas, e objeto desse trabalho, está relacionada ao acesso e à repartição dos benefícios oriundos de patrimônio biogenético transfronteiriço, aqui entendido, de maneira geral, como aquele que pode ser encontrado no território de mais de um país. Esse problema esbarra em algumas questões, como a soberania dos estados, que serão analisadas no decorrer do trabalho. O próprio Protocolo estipula que as partes dele compostas devem cooperar para a criação de um mecanismo que possibilite a repartição dos benefícios de maneira justa, equitativa e eficiente. Porém, deixa a critério dos países a escolha do melhor meio para atingir esse objetivo. Sugere-se, por fim, a criação de um Fundo Internacional específico, a exemplo de outros já existentes, para que os países provedores de recursos genéticos possam participar de maneira efetiva dos lucros e benefícios advindos desse patrimônio natural.

**Palavras-chave:** Protocolo de Nagoya. Cooperação Internacional. Recurso transfronteiriço. Fundo.

**Abstract:** The Nagoya Protocol was published under the Convention on Biological Diversity. It specifically access and equitable sharing of benefits accrued from the use of biogenetic resource. This international instrument, however, has some gaps that need to be negotiated and completed for achieving your goals. One of these gaps, and object of this work, is related to access to and benefit-sharing arising from transboundary biogenetic resources, meaning, in general, as one that can be found on the territory of more than one country. This issue touches on some issues, such as the sovereignty of states, which will be analyzed during the work. Even the Protocol stipulates that the composite parts of it shall cooperate in the creation of a mechanism for the sharing of benefits in a fair, equitable and efficient way. However, it leaves the discretion of countries to choose the best means to achieve this goal. It is suggested, finally, the creation of a specific International Fund, like other existing ones, so that the providers of genetic resources countries can participate effectively in profits and benefits from this natural resource.

**Keywords:** Nagoya Protocol. International cooperation. Transboundary resource. Fund.

## INTRODUÇÃO

Esse trabalho possui como objetivo a análise da Cooperação Internacional aplicada ao Protocolo de Nagoya, especificamente no que tange à repartição de benefícios oriundos da utilização de patrimônio biogenético transfronteiriço.

Para atingir essa finalidade, o trabalho está dividido em duas principais partes. A primeira, denominada “Questões Preliminares” traz uma abordagem geral da criação do Protocolo dentro da Convenção da Diversidade Biológica, seus objetivos, princípios e a situação do Brasil no que diz respeito à discussão do tema.

Na segunda parte, denominada “Cooperação Internacional”, serão analisados o contexto histórico da cooperação, modalidades de cooperação aplicadas ao Protocolo, benefícios e problemas do texto protocolar, cooperação transfronteiriça e, por fim, a criação de um fundo internacional como forma de se repartir de maneira justa e equitativa os benefícios auferidos da utilização de patrimônio biogenético.

## 1. APRESENTAÇÃO DO PROTOCOLO E CONTEXTUALIZAÇÃO JURÍDICA

A CF/88, em seu Art. 225, insere na esfera protetiva do Poder Público a obrigação de preservar a diversidade e o patrimônio genético do país<sup>234</sup>. Com isso vê-se a grande preocupação do constituinte originário em assegurar a utilização diligente e responsável desse recurso que representa uma das maiores riquezas do Brasil.

---

<sup>234</sup> Art. 225. Todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, impondo-se ao Poder Público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações  
§ 1º Para assegurar a efetividade desse direito, incumbe ao Poder Público:  
(...)II - preservar a diversidade e a integridade do patrimônio genético do País e fiscalizar as entidades dedicadas à pesquisa e manipulação de material genético.

Os recursos genéticos são utilizados como matéria-prima de produtos de vários segmentos industriais, como o farmacêutico, nutricional, químico, agrícola, etc. Nesse cenário, os países ricos em biotecnologia, detentores de maiores recursos financeiros e instrumentos para pesquisa com esses materiais, voltam-se para aqueles ricos em biodiversidade, com o objetivo de explorá-los. Ocorre que os benefícios auferidos dessa exploração eram revertidos apenas em favor dos países exploradores, privando os Estados detentores de grande riqueza natural e genética da utilização desses recursos para seu próprio desenvolvimento.<sup>235</sup>

Assim, “ao contrário de outras mercadorias, as mercadorias biotecnológicas tomam o lugar da biodiversidade original que elas consomem como matéria-prima e substituem-na”<sup>236</sup>.

Essa discrepância ocasionada pela concentração tecnológica contribui ainda para a fragmentação dos ecossistemas e, em decorrência disso, ameaça o desenvolvimento de espécies endêmicas, ocasionando significativa diminuição biogenética em longo prazo, de acordo com o PANORAMA DA BIODIVERSIDADE GLOBAL 3 (2010, p. 35).

A necessidade de diminuir essas desigualdades e elaborar um instrumento internacional que objetivasse a proteção e preservação da diversidade biológica remonta à década de 1980, após a Conferência de Estocolmo. Em relação a esse tema, assevera Marie-Angèle Hermitte<sup>237</sup> que:

A ideia de tal cobrança nasceu de várias disputas entre países do sul e do norte, conflito este que foi mais forte a partir da metade dos anos 1980. O primeiro conflito resultou da tomada de consciência do valor tecnológico dos recursos no processo de inovação; este valor foi realçado pelas biotecnologias que permitiam valorar a

---

<sup>235</sup> AZEVEDO, Cristina M. A, *et al.* **A Convenção Sobre Diversidade Biológica no Brasil: Considerações sobre sua implementação no que tange ao acesso ao patrimônio genético, conhecimentos tradicionais associados e repartição de benefícios.** Revista de Direito Ambiental. RDA 37/113. 2005.

<sup>236</sup> SHIVA, Vandana. **Biodiversity: Social and Ecological Perspectives.** Zed Press, United Kingdom, 1992. p. 181

<sup>237</sup> SMOUTS, Marie-Claude. **A cooperação internacional: da coexistência à governança mundial.** In: SMOUTS, Marie-Claude (org.). **As novas relações internacionais: práticas e teorias.** Brasília: Ed. Universidade de Brasília, 2004.p. 05

importância econômica de um único gene. O segundo conflito foi provocado pela propriedade intelectual. Parecia injusto que as indústrias dos seres vivos protegessem suas inovações com direitos de propriedade exclusivos, enquanto que os recursos que permitiam criá-las fossem de livre acesso. O remanejamento do regime de acesso aos recursos biológicos resulta dessa constatação.

Durante esse período (em 1987), o Programa das Nações Unidas para o Meio Ambiente reuniu um grupo de trabalho que tinha como principal objetivo avaliar a viabilidade de se estabelecer um documento normativo visando a proteção da biodiversidade. A partir daí, deu-se início à construção da Convenção da Diversidade Biológica (CDB), que finalmente foi aberta para assinaturas em 1992, no Rio de Janeiro.

Nessa esteira, a CDB é uma convenção-quadro idealizada no âmbito da Convenção das Nações Unidas sobre Meio Ambiente e Desenvolvimento (CNUMAD)<sup>238</sup>. Seus principais objetivos são a conservação da biodiversidade, o uso sustentável dela e, por fim, a repartição justa e equitativa dos benefícios advindos da utilização dos recursos biológicos.<sup>239</sup>

Em relação ao terceiro objetivo<sup>240</sup>, e um dos objetos de análise desse trabalho, a CDB estabelece que os países signatários, ou partes da convenção, possuem autonomia para gerenciar os recursos biogenéticos encontrados em seu território, inclusive estabelecendo regras para acesso a esse patrimônio.

Com a inauguração dessa ideia de soberania dos países sobre o recurso genético encontrado em seus territórios, a Convenção introduziu a necessidade

---

<sup>238</sup> Conferência realizada no Rio de Janeiro, no período de 3 a 14 de junho de 1992, segundo explicitado por KRIERGER (1998, p. 108) “teve a participação de 172 países, representados por cerca de 10.000 participantes incluindo 116 chefes de Estado, 1.400 ONGs e 9.000 jornalistas”.

<sup>239</sup>CDB, Artigo 1. Objetivos: Os objetivos desta Convenção, a serem cumpridos de acordo com as disposições pertinentes, são a conservação da diversidade biológica, a utilização sustentável de seus componentes e a repartição justa e equitativa dos benefícios derivados da utilização dos recursos genéticos, mediante, inclusive, o acesso adequado aos recursos genéticos e a transferência adequada de tecnologias pertinentes, levando em conta todos os direitos sobre tais recursos e tecnologias, e mediante financiamento adequado.

<sup>240</sup> CDB, Artigo 1. Objetivos: Os objetivos desta Convenção, a serem cumpridos de acordo com as disposições pertinentes, são (...) a repartição justa e equitativa dos benefícios derivados da utilização dos recursos genéticos, mediante, inclusive, o acesso adequado aos recursos genéticos e a transferência adequada de tecnologias pertinentes, levando em conta todos os direitos sobre tais recursos e tecnologias, e mediante financiamento adequado.

de se organizar e implementar uma estrutura normativa nacional que estivesse alinhada à proteção dos recursos genéticos encontrados *in situ*<sup>241</sup>, bem como estabelecesse os critérios nacionais para a repartição deles.

Percebe-se, contudo, que, apesar de a proteção e a importância da biodiversidade terem sido reconhecidas em âmbito mundial, o texto da CDB possui um delineamento voltado principalmente para a responsabilidade de cada país, em sua esfera interna<sup>242</sup>.

Visando a tornar possível o abrigo legal da biodiversidade no que diz respeito ao plano internacional, a CDB antecipa a construção de um mecanismo abrangente que ratifique os princípios da convenção, apoie o cumprimento de seus objetivos e que, principalmente, auxilie a troca e o compartilhamento de recursos genéticos, bem como das tecnologias utilizadas para a manipulação de tais recursos.

Em 2010, durante a 10ª Conferência das Partes adotou-se o Protocolo de Nagoya sobre Acesso a Recursos Genéticos e Repartição Justa e Equitativa, para viabilizar, em âmbito internacional a repartição igualitária e equitativa dos benefícios oriundos da utilização do patrimônio genético e do conhecimento tradicional associado, cujos países que dele participassem se comprometeriam em contribuir para o desenvolvimento sustentável da transferência de tecnologia e com a cooperação para a criação de capacidade em pesquisa e inovação.<sup>243</sup>

O Protocolo de Nagoya é um novo tratado internacional que visa a implementação de um dos três principais princípios da CDB, qual seja a repartição justa e equitativa de benefícios advindos da utilização de recursos genéticos.

---

<sup>241</sup> Condições *in situ* significa as condições em que recursos genéticos existem em ecossistemas e habitats naturais e, no caso de espécies domesticadas ou cultivadas, nos meios onde tenham desenvolvido suas propriedades características.

<sup>242</sup> Cita-se, por exemplo, o Art. 6º da CDB que estabelece como dever nacional o de “desenvolver estratégias, planos ou programas para a conservação e a utilização sustentável da diversidade biológica”.

<sup>243</sup> No decorrer da 7ª Conferência das Partes da CDB (COP 7), tentou-se estabelecer normas de caráter voluntário objetivando justamente maior controle do acesso aos recursos genéticos e possíveis repartições dos benefícios deles advindos. A essas normas deu-se o nome de Guia de Boas Condutas de Bonn.



Reforçando ideias estabelecidas na convenção, o Protocolo de Nagoya foi concebido carregado de princípios que visem a dar maior segurança jurídica às relações que envolvam a utilização de recursos genéticos. Tanto o é que o Protocolo reforça a exigência de consentimento prévio do país detentor do recurso genético para que este possa ser utilizado<sup>244</sup>.

Além disso, corrobora com o estabelecimento de legislações nacionais de acesso e proteção ao patrimônio genético dos países provedores. Essa legislação, no entanto, deve ser transparente, razoável e não-arbitrária.

Em uma análise um pouco mais detida do texto, percebe-se que, ao longo de seus 36 Artigos, o Protocolo inaugura uma série de novidades no que tange ao envolvimento dos países signatários e às suas responsabilidades quanto à observação dos princípios norteadores do Protocolo, bem como para a consecução de seus objetivos.

O Protocolo possibilita, também, o acesso ao conhecimento tradicional associado aos recursos genéticos. Essa disposição amplia de maneira significativa o disposto no texto na CDB<sup>245</sup>. Dessa forma, estimula-se a adoção de medidas que possibilitem o consentimento da população indígena ou tradicional detentora do recurso, bem como a participação dessas comunidades. (Art. 7º)

O Art. 9º, por sua vez, estabelece que medidas devem ser adotadas para que os Estados Parte concentremos benefícios e recursos que se originem da utilização do patrimônio genético e os dirija para a conservação da diversidade biológica e em sua utilização sustentável. Apesar de o artigo outorgar certa flexibilização às Partes por não prever medidas específicas, sua inclusão no Protocolo é um passo importante para o fortalecimento da relação

---

<sup>244</sup>Nos moldes do Art. 6 do Protocolo: No exercício de seus direitos soberanos sobre recursos naturais e sujeito à legislação ou requisitos legais domésticos sobre acesso e repartição de benefícios, o acesso a recursos genéticos para sua utilização será sujeito a consentimento prévio informado da Parte provedora de tais recursos que seja país de origem do recurso ou uma Parte que tenha adquirido o recurso genético em conformidade com a Convenção, a não ser que seja determinado de outra forma por essa Parte.

<sup>245</sup>A CDB estabelece que os países possuem direito soberano sobre os recursos genéticos. O mesmo não o faz com relação aos conhecimentos tradicionais associados, deixando uma lacuna, porém, preenchida pelo Protocolo de Nagoya.

entre o acesso e compartilhamento de benefícios e a conservação da biodiversidade.<sup>246</sup>

Pode-se ainda citar os requisitos legais, vigilância por parte do Estado, códigos e cláusulas contratuais, diretrizes e práticas (Art. 15 – 20), aumento da conscientização (Art. 21), transferência de tecnologia, colaboração e cooperação (Art. 23).

Quanto ao objeto de análise do presente artigo, o Protocolo ainda estipula, nos Arts. 10 e 11, a criação de mecanismo mundial multilateral de participação nos benefícios e cooperação transfronteiriça.

Por essas e outras razões, o Protocolo tem sido considerado como uma ferramenta fundamental para “conservar e utilizar de forma sustentável os recursos genéticos e, portanto, reforça a contribuição da biodiversidade para o desenvolvimento e bem-estar humano”.<sup>247</sup>

Juntamente com a vontade de criar e implementar mecanismos internacionais que visem à correta exploração, pesquisa, utilização e repartição dos benefícios auferidos de recursos genéticos, surgem diversas celeumas internas e regionais, demonstrando questões em aberto e até mesmo problemas decorrentes da implementação do Protocolo.

Para Carmen Richerzhagen<sup>248</sup>, o acesso ao patrimônio genético, bem como a repartição dos benefícios estão caracterizados por um ambiente institucional multifacetado, onde

“o uso de recursos genéticos é confrontado com muitas questões (conservação, investigação e desenvolvimento, dos direitos de propriedade intelectual, segurança alimentar, questões de saúde, mudança climática) que são regidos por diferentes instituições e acordos.”

---

<sup>246</sup>GREIBER, Thomas, *et al.* **Guía Explicativa del Protocolo de Nagoya**. UICIN Serie de Política y Derecho Ambiental No. 83. p. 142

<sup>247</sup><https://www.cbd.int/abs/about/#importance> .Acesso em: setembro 2015.

<sup>248</sup>Richerzhagen, C. **The Nagoya Protocol: Fragmentation or Consolidation?** Disponível em [www.mdpi.com/journal/resources](http://www.mdpi.com/journal/resources) . Acesso em: setembro 2015.

Assim, o Protocolo de Nagoya pode vir a aumentar ainda mais a fragmentação de toda essa estrutura, uma vez que implementa uma série de novas normas e procedimentos a serem observados pelos países signatários, além dos que já existem e estão em vigor em âmbitos regionalizados.

Olhando por um outro ângulo, o Protocolo surgiu no sentido de uniformizar as regras internacionais concernentes ao acesso ao patrimônio genético e compartilhamento de seus benefícios, servindo como guia a ser observado por todos os países signatários, objetivando dar maior segurança às relações, estabelecendo regras gerais e princípios norteadores das negociações envolvendo esse patrimônio. No entanto, as consequências reais do Protocolo dependerão da sua implementação a nível nacional e pelas reuniões que objetivem torná-lo mais claro.

Além disso, o Protocolo, em seu Art. 10<sup>249</sup>, versa sobre a possibilidade de criação de mecanismos multilaterais de repartição de benefícios. No Art. 11<sup>250</sup>, estabelece que as Partes devem cooperar com o envolvimento das comunidades e dos países diretamente afetados por situações transfronteiriças. Porém, deixa totalmente aberta a possibilidade de escolha pelo mecanismo mais apropriado para estabelecer delimitações e regras que possibilitem tal objetivo, de modo a estipular a origem do recurso ou o país detentor, pelo menos teoricamente, do recurso genético descoberto ou utilizado.

No que diz respeito a um marco legislativo nacional, a publicação da novel lei 13.123/2015 deu-se com o objetivo de mostrar a importância do tema, apesar do país ainda não ter ratificado o Protocolo de Nagoya.

---

<sup>249</sup>As Partes considerarão a necessidade e as modalidades de um mecanismo global de repartição de benefícios para tratar da repartição justa e equitativa de benefícios decorrentes do uso de tais recursos genéticos e do conhecimento tradicional associado aos recursos genéticos que ocorram em condições transfronteiriças ou para as quais não seja possível conceder ou obter consentimento prévio informado.

<sup>250</sup> 1. Em situações em que os mesmos recursos genéticos sejam encontrados in situ no território de mais de uma Parte, estas Partes devem cooperar, conforme adequado, com o envolvimento das respectivas comunidades indígenas e locais com vistas à implementação deste Protocolo.

2. Onde o mesmo conhecimento tradicional associado a recursos genéticos é compartilhado por uma ou mais comunidades indígenas e locais em diferentes Partes, essas Partes devem cooperar conforme adequado, com o envolvimento das respectivas comunidades indígenas e locais com vistas à implementação do objetivo deste Protocolo

O Brasil é o primeiro colocado no ranking dos países megadiversos<sup>251</sup>, assim denominados aqueles países que possuem, juntos, 70% de toda biodiversidade do planeta, o que para Russel Mittermeier, criador do conceito, acarreta grande responsabilidade e também oportunidades, inclusive econômicas, para esses países<sup>252</sup>.

Não é de hoje, entretanto, que o Brasil se preocupa em regular o disposto na Constituição Federal acerca do patrimônio biogenético existente em seu território. Em 2001, teve origem a Medida Provisória nº 2.186-16 que foi a primeira norma nacional objetivando regulamentar o acesso ao patrimônio biogenético e a repartição dos benefícios. Para tratar das questões envolvendo o tema, a MP instituiu o Conselho de Gestão do Patrimônio Genético (CGEN), inserido na estrutura do Ministério do Meio Ambiente.

Segundo *Emilia Malgueiro Campos*<sup>253</sup>:

O CGEN é um órgão deliberativo e normativo, no âmbito do Ministério do Meio Ambiente, e é integrado por representantes de 19 órgãos e entidades da administração pública federal, incluindo, dentre outros, o Ministério da Ciência e Tecnologia, Ministério das Relações Exteriores, Fundação Oswaldo Cruz e INPI. Uma das funções do CGEN é deliberar sobre os pedidos de autorização de acesso. Isso acontece em sessões realizadas mensalmente, onde participam representantes dos 19 órgãos que compõem o Conselho. E referida autorização de acesso deve ser solicitada no momento do início da pesquisa, com fins de prospecção econômica.

A edição da MP pode ser considerada um marco nacional, à época de sua edição, pois estava carregada de elementos, conceitos e princípios que, viam-se repetidos na CDB e, posteriormente, no Protocolo de Nagoya.

Porém, a implementação da MP deu-se de maneira conturbada pois era necessária a edição de uma série de medidas legais complementares para tornar seu texto mais claro.

---

<sup>251</sup> MITTERMEIER RA, GIL PR, MITTERMEIER CG. **Megadiversity: Earth's Biologically Wealthiest Nations**. Conservation International, Cemex. 1997.

<sup>252</sup> Disponível em <http://www.eco21.com.br/textos/textos.asp?ID=975> . Acesso em: Agosto 2015.

<sup>253</sup> CAMPOS, Emilia Malgueiro. **Os processos de Autorização de Acesso ao Patrimônio Genético e a atuação do Conselho de Gestão do Patrimônio Genético**. 2010.

Essas modificações não eram bem recebidas por vários segmentos econômicos, que se queixavam da falta de clareza a respeito das exigências a serem cumpridas a depender do tipo de autorização requerida, o que por vezes tornava os procedimentos bastante burocráticos.

A Lei 13.12/15 foi elaborada justamente porque a situação interna do Brasil não era condizente com o que vinha sendo demonstrado pelo país até a adoção definitiva do texto final do Protocolo. O Brasil foi um dos principais protagonistas no transcorrer das negociações e, com frequência, atuando como mediador entre aqueles países com posições mais extremas.

Porém, esse marco legal nacional ainda não afirma a posição esperada do país, uma vez que é o maior detentor de biodiversidade do mundo, e tinha demonstrado certo protagonismo nas negociações. Tampouco poderá ser oponível àqueles países que ratificaram o Protocolo de Nagoya, pois, nesse caso, as normas contidas no protocolo se sobrepõem ao texto nacional.

Conforme anteriormente pontuado, no âmbito do Protocolo de Nagoya cada parte possui direito soberano aos recursos genéticos e conhecimentos tradicionais a eles associados. Porém, o âmbito territorial da biodiversidade não obedece à limites e fronteiras políticas, podendo um mesmo recurso natural se espalhar por diversos países, até mesmo países não limítrofes<sup>254</sup>.

A Floresta Amazônica, por exemplo, está espalhada por territórios do Brasil, Venezuela, Colômbia, Peru, Bolívia, entre outros. Logo, difícil tarefa precisar à que país pertence o recurso genético de lá obtido, que por perpassar a área de vários países, denomina-se **recurso transfronteiriço**.

Define-se recurso transfronteiriço como sendo encontrado *in situ* dentro de território de mais de um país (parte do Protocolo). Essa definição aplica-se não só ao recurso em si, mas igualmente ao conhecimento tradicional a ele associado.

---

<sup>254</sup> Há recursos, por exemplo, de florestas tropicais que são encontrados tanto no Brasil quanto na Tailândia ou demais países que possuem tal ecossistema, o que complica ainda mais a repartição de benefícios decorrentes da exploração de tais recursos.

Aí reside uma das principais lacunas existentes no Protocolo. O próprio Artigo 11 orienta às partes a estabelecer um regime de cooperação. Porém, não especifica quais tipos de medidas essas mesmas partes devem considerar nesse tipo de negociação.

Pretende-se, pois, tecer considerações acerca das modalidades de cooperação internacional e que, apesar de existirem diversas, a criação de um fundo específico pode ser mais interessante e viável, do ponto de vista prático, para que se resolvam os possíveis problemas oriundos da dificuldade de determinar a origem dos recursos biogenéticos obtidos em situações transfronteiriças.

### **3. COOPERAÇÃO INTERNACIONAL E RECURSOS TRANSFRONTEIRIÇOS**

Tradicionalmente, tem-se identificado o fenômeno da cooperação quando os atores ajustam seu comportamento de acordo com as preferências atuais ou antecipadas dos outros, por meio de um processo de coordenação política (MILNER, 1992).

Dessa forma, a cooperação internacional é o apoio recíproco entre dois ou mais Estados-Nação para a consecução de objetivos comuns, podendo englobar várias áreas do conhecimento ou mesmo áreas assistenciais. Atualmente, porém, estende-se esse conceito para englobar as pessoas jurídicas de direito internacional, tendo em vista o relevante papel desempenhado pelas organizações não-governamentais<sup>255</sup>.

O Protocolo de Nagoya possui como um dos seus principais objetivos justamente a cooperação internacional para a proteção da biodiversidade. A utilização de determinado ordenamento jurídico nacional de maneira isolada

---

<sup>255</sup>MELLO, Celso D. de Albuquerque. **Curso de Direito Internacional Público**. Volume I. 15ª edição: revista e ampliada. Rio de Janeiro: Renovar, 2004, p. 55. A ressalva feita aos demais sujeitos de direito internacional faz sentido por ser a exploração econômica relacionada ao acesso ao patrimônio genético realizada por grandes empresas transnacionais, sobretudo farmacêuticas. Assim, para que o processo de cooperação seja bem sucedido, é fundamental a participação destes atores não-estatais. Entretanto, nosso objetivo neste artigo restringe-se à análise da cooperação entre países.

não corresponderia ao esperado quando se fala em proteção desse patrimônio que, em última análise, termina por ser considerado como bem comum<sup>256</sup>.

Compactuado com esse entendimento, o Protocolo cria incentivos para que as partes cooperem entre si, o que pode ser observado nos Art. 10 e 11 de seu texto.

O Art. 10, especificamente, trata da necessidade de criação de um mecanismo mundial multilateral de participação nos benefícios, sugerindo duas situações em que esse mecanismo poderia ser aplicado: situações transfronteiriças e situações em que não seja possível a obtenção de consentimento prévio fundamentado.

Conforme anteriormente mencionado, as situações transfronteiriças são aquelas em que as várias espécies de plantas e animais são encontradas distribuídas por diversos países e regiões, uma vez que as fronteiras seguidas quando se fala em biodiversidade são de caráter natural e não político.

Os casos de impossibilidade de obtenção de consentimento prévio podem ser inúmeros. Por exemplo, quando se utiliza de determinado recurso genético mas não se tem conhecimento de sua origem. Outro exemplo abarcado pelo previsto no Art. 10 está relacionado com a ausência de ratificação do Protocolo por parte do país de origem do recurso.

Para países como o Canadá, por exemplo, apesar de o Protocolo preencher uma lacuna no que tange à sensibilização para questões envolvendo patrimônio biogenético, as discussões acerca desses recursos devem incluir o direito soberano dos Estados de gerir os seus recursos genéticos, o alcance jurídico do Protocolo de Nagoya e da Convenção sobre a Diversidade Biológica, e o âmbito de outras instituições intergovernamentais.<sup>257</sup>

---

<sup>256</sup>Para mais informações ver “**A convenção sobre diversidade biológica no Brasil**”, Cristina M. A. Azevedo, Paula CerskiLavratti e Teresa C. Moreira.

<sup>257</sup>Government of Canada Submission to the Secretariat of the Convention on Biological Diversity on a Global Multilateral Benefit Sharing Mechanism under Article 10 of the Nagoya Protocol on Access to Genetic Resources and the Fair and Equitable Sharing of Benefits arising from their Utilization.

No que concerne ao Artigo 11, a cooperação transfronteiriça tem sido concebida como importante ferramenta para uma efetiva repartição de benefícios, da mesma forma para contribuir com a preservação da biodiversidade. No entanto, este dispositivo não estabelece de modo objetivo como a colaboração interestatal ocorrerá e quais serão as suas implicações para cada uma das partes.

Além disso, é importante salientar que até a adoção do Protocolo, os marcos legais vigentes, abordando temas de acesso e repartição de benefícios vinculados a conhecimentos tradicionais, não possuíam relevância ou sequer existiam.

Antes, porém, de se buscar mecanismos de cooperação, é fundamental definir qual será o objeto desta cooperação.

Durante as discussões *online* acerca do que poderia ser considerado situação transfronteiriça, os países delas participantes identificaram que os seguintes casos caracterizariam tal situação<sup>258</sup>:

- a) Países que compartilham o mesmo ecossistema ou espécies, recursos genéticos localizados cruzando as fronteiras nacionais, organismos em rios ou lagos compartilhados por mais de um país;
- b) Áreas além da jurisdição nacional, incluindo alto mar, Antártica e fossa abissal;
- c) as espécies migratórias, incluindo espécies que migram das áreas sob jurisdição nacional para áreas fora da jurisdição nacional<sup>259</sup>;
- d) os casos em que não é necessário acesso físico para a obtenção do recurso genético ou seu derivado (por exemplo, com banco de dados ou produção sintética de componentes bioquímicos);

---

<sup>258</sup> **SYNTHESIS OF THE ONLINE DISCUSSIONS ON ARTICLE 10 OF THE NAGOYA PROTOCOL ON ACCESS AND BENEFIT-SHARING.** Ficou consignado que em se tratando de áreas além da jurisdição nacional, o país legitimado a receber benefícios seria aquele que já possuísse algum interesse no recurso utilizado. De qualquer forma, essas imprecisões são apontadas como principais críticas a serem feitas ao Protocolo.

<sup>259</sup> Exemplo das espécies catádromas e anádromas da Convenção de Montego Bay sobre direito do mar de 1982.



- e) Os recursos ou conhecimentos tradicionais em coleções *ex situ* que estão sujeitas a acesso e utilização e a origem é desconhecida ou pode não ser rastreada;
- f) O conhecimento tradicional ou recursos genético é compartilhado por uma ou mais comunidades indígenas localizadas em diferentes países;
- g) Conhecimento tradicional disponível para acesso público, cuja origem seja desconhecida.

#### 4. MODALIDADES DE COOPERAÇÃO INTERNACIONAL

A partir do fim da Segunda Guerra Mundial, ficou clara a necessidade de se buscar novas formas de cooperação entre os Estados (MILNER, 1992, p. 467).

Sabe-se que são inúmeras<sup>260</sup> as modalidades em que poderá ser exercida a cooperação para a consecução dos objetivos do Protocolo. Importa, todavia, relacionar aquelas que podem ser de maior relevância, no que diz respeito à repartição de benefícios em situações transfronteiriças.

Philippe Le Prestre, no livro *Ecopolítica Internacional* aduz que a dinâmica da exploração de um determinado recurso perpassa pela delimitação de sua natureza, que para o autor pode ser público, comum, privado e submetido a pedágio. “Ou seja, o tipo de configurações institucionais, de regras e de normas (acesso aberto, propriedade comum, propriedade comum de um grupo, propriedade privada) que regulam sua gestão”<sup>261</sup>.

O autor apresenta cinco formas de cooperação internacional para a preservação daqueles que ele considera como Bens Comuns<sup>262</sup> (que, para

---

<sup>260</sup> <http://jus.com.br/artigos/26542/principio-da-cooperacao-internacional>. Acesso em: outubro 2015.

<sup>261</sup> LE PRESTRE, Philippe. **Ecopolítica Internacional**. Tradução Jacob Gorender. São Paulo: Editora SENAC. 2000. p. 45.

<sup>262</sup> No Capítulo 2 de seu citado livro, Le Prestre aborda um dos modelos fundamentais da problemática ambiental a partir de uma parábola retomada e desenvolvida pelo microbiologista Garrett Hardin, em 1968, intitulada “a tragédia dos bens comuns”, onde o problema é a gestão dos bens coletivos, no centro de numerosos esforços de proteção do meio ambiente.

fins desse trabalho, corresponderá, por analogia, ao recurso transfronteiriço): Regulamentação, imposições fiscais, subvenções, educação e modificação do direito de propriedade.

Conforme já mencionado, a cooperação internacional acontece no âmbito de pessoas jurídicas de direito internacional. Em uma acepção mais moderna, este conceito pode ser estendido para abarcar as organizações não-governamentais.

Nessa esteira, pode ocorrer a pactuação de acordos bilaterais ou plurilaterais desenvolvidos para atender uma determinada demanda envolvendo os países interessados. Esses interesses podem ser de ordem técnico-científica e econômico-financeira.

Os acordos técnico-científicos, quando se fala do Protocolo em si, objetivariam interesses conjuntos na pesquisa, desenvolvimento e inovação concernentes às tecnologias aplicadas na manipulação de material biogenético, bem como no intercâmbio de experiências entre os países desenvolvidos e em desenvolvimento.

Esse tipo de acordo, no âmbito do Protocolo, envolve o que se denomina de recurso não-monetário. Certos tipos de benefícios não-monetários podem ser direcionados para apoiar relações de cooperação a longo prazo entre as partes para transação de acesso e repartição de benefícios, como a partilha de resultados da investigação e desenvolvimento e colaboração na investigação científica<sup>263</sup>.

Há exemplos de outros acordos que desenvolvem seus mecanismos de cooperação. O protocolo de Quioto, por exemplo, cria o Mecanismo de Desenvolvimento Limpo (MDL), que é o

“único mecanismo por meio do qual países desenvolvidos, e com compromissos quantificados de

---

<sup>263</sup>MORGERA, Elisa; TSIΟΥMANI, Elsa; BUCK, Matthias. **Unraveling the Nagoya Protocol**. MartinusNijhoff Publishers. 2014.

“Outros casos de benefícios não-monetários envolvem a capacitação e treinamento. Além disso, esses benefícios podem ser direcionados para contribuir especificamente para os esforços de conservação e o desenvolvimento sustentável a nível nacional e local”. p. 133.

redução e limitação de emissões estabelecidos pelo Protocolo de Quioto (comumente denominados 'metas'), podem abater parte dessas metas mediante aquisição de Reduções Certificadas de Emissão (RCEs) geradas por projetos de MDL em países em desenvolvimento".<sup>264</sup>

Quanto aos acordos de ordem econômico-financeira, estes constituem um dos principais interesses do Protocolo. Ao longo dos anos, os países provedores de recursos genéticos (megadiversos) foram explorados e viram grande parte desses recursos serem utilizados por vários segmentos industriais, como farmacêutico, cosméticos, etc., sem que, contudo, tivessem algum retorno de todo esse investimento.

A partir dessas definições, sugeriram, nas discussões *online* a respeito dos Artigos 10 e 11, propostas de como implementar um mecanismo para repartição de benefícios. A proposta que mais ganhou destaque foi a criação de fundos de financiamento e captação de recursos, podendo ser bilaterais ou multilaterais a depender do caso.

No decorrer dessas discussões, no entanto, alguns estados que ainda não ratificaram o Protocolo manifestaram preocupação a respeito da coexistência dos Artigos 10 e 11 e o princípio da soberania dos estados<sup>265</sup>. Foi observado que o Protocolo de Nagoya possui como âmbito de aplicação a

---

<sup>264</sup> **O Mecanismo de desenvolvimento limpo: guia de orientação 2009** – Rio de Janeiro. FIDES, 2009.

Existem, ainda, outros mecanismos de acordos científicos: ver Princípio 20 da Declaração do Rio, o artigo 9º, d, da Convenção Internacional sobre Preparo, Resposta e Cooperação em Caso de Poluição por Óleo de 1990, art. 12 da Convenção sobre Poluentes Orgânicos Persistentes de 2001, Ver o artigo IX da Convenção de 1972 sobre Prevenção da Poluição Marinha por Alijamento de Resíduos e Outras Matérias e o artigo 17 da Convenção Internacional para a Prevenção da Poluição Causada por Navios – Convenção MARPOL de 1973. A Convenção-Quadro das Nações Unidas sobre Mudança do Clima de 1992, por exemplo, prevê a criação de um órgão subsidiário de assessoramento científico e tecnológico aberto à participação de todas as partes e encarregado não somente de identificar tecnologias e conhecimentos técnicos inovadores, eficientes e mais avançados, e opinar sobre os meios de promover o desenvolvimento e/ou a transferência dessas tecnologias, mas igualmente de prestar assessoramento sobre programas científicos e cooperação internacional em pesquisa e desenvolvimento, relativos à mudança do clima, bem como sobre formas e meios de apoiar a capacitação endógena em países em desenvolvimento (art. 9). Convenção de Viena para a Proteção da Camada de Ozônio de 1985 (art. 4).

<sup>265</sup> As discussões acerca da soberania dos países evidenciam a preocupação quanto à efetividade do Protocolo. Em momento oportuno será analisada essa questão que consiste em um dos desafios para a robustez dos processos estabelecidos no Protocolo.

Convenção da Diversidade Biológica, que reconhece aos países o direito soberano sobre os recursos genéticos.

Além disso, países da União Europeia<sup>266</sup> manifestaram preocupação sobre o melhor mecanismo a ser utilizado para a repartição dos benefícios, bem como qual deles melhor contribuiria para a conservação da diversidade biológica; e ainda quais os recursos biogenéticos que seriam cobertos por um potencial mecanismo global de repartição de benefícios.

No que tange à cooperação nos casos de recursos transfronteiriço, a gestão compartilhada dos recursos naturais é uma forma de lidar com os problemas comuns envolvendo recursos dessa natureza<sup>267</sup>. Assim, para que se possa desenvolver um mecanismo de repartição de benefícios entre países limítrofes, uma opção seria a adoção de acordos bilaterais ou multilaterais entre todos aqueles que possuam recursos comuns. Tais tratados poderiam prever, por exemplo, que em caso de pagamento a um determinado Estado pelo acesso a um recurso comum, este mesmo Estado automaticamente dividiria os valores adquiridos com todos os demais Estados partes no tratado. Tal acordo poderia ainda prever cláusulas de notificação e consulta diplomáticas para a respectiva divisão dos valores, bem como mecanismos de solução de controvérsias em caso de desentendimento acerca da repartição dos valores.

É o que ocorre, por exemplo, com os recursos hídricos transfronteiriços. “A gestão conjunta dos recursos hídricos transfronteiriços tem se mostrado uma solução para os problemas ocasionados pela interdependência física entre os países”. (SANT’ANNA, 2008, p. 07)

---

<sup>266</sup><https://www.cbd.int/abs/submissions/icnp-2/eu-en.pdf>. Acesso em: julho 2015.

Consignaram também que ao considerar possíveis situações em que poderia haver a necessidade de um mecanismo global de repartição de benefícios, será também importante ter em mente outros artigos pertinentes do Protocolo de Nagoya, designadamente seu artigo 4, que trata da relação do Protocolo de Nagoya com outros acordos, instrumentos internacionais e acordos e instrumentos especializados existentes ou potenciais de acesso e repartição de benefícios, desde que apoiem e não se oponham aos objetivos da CDB e do Protocolo de Nagoya eo princípio da cooperação, do artigo 11, sobre a cooperação transfronteiriça em relação recursos genéticos *in situ* e conhecimento tradicional.

<sup>267</sup>SANT’ANNA, Fernanda Mello. **As instituições internacionais e a gestão compartilhada dos recursos naturais transfronteiriços**. 2008.

No caso dos recursos naturais da Amazônia, por exemplo, há um tratado internacional que prevê mecanismos de gestão compartilhada entre os países. A Bacia Amazônica é compartilhada por oito países (Bolívia, Brasil, Colômbia, Equador, Guiana, Peru, Suriname e Venezuela)<sup>268</sup>. Estes países fazem parte da Organização de Cooperação Amazônica (OTCA).

O Tratado de Cooperação Amazônica tem como objetivo a preservação ambiental juntamente com o desenvolvimento da região amazônica.<sup>269</sup> Estão em execução mais de 20 iniciativas, projetos e programas, em áreas como meio ambiente, assuntos indígenas, ciência e tecnologia, saúde, turismo e inclusão social<sup>270</sup>. Esses investimentos contam com o financiamento do Fundo Amazônia/BNDES. Nesse sentido, se já há um texto internacional prevendo uma gestão compartilhada dos recursos amazônicos, porque também não prever uma gestão partilhada dos valores arrecadados pelo pagamento de acesso genético a estes mesmos recursos?

Em se tratando de medidas regionais para acesso e repartição de benefícios oriundos de recursos genéticos, no caso de repartição transfronteiriça, alguns grupos já existem e estão em funcionamento. Esses grupos são muito importantes pois já colocam em prática termos gerais estabelecidos na CDB<sup>271</sup>.

A exemplo do que ocorre com os recursos hídricos transfronteiriços, a cooperação, entre os países onde ocorrem situações transfronteiriças de recursos biogenéticos, pode trazer resultados igualmente satisfatórios.

É o caso, por exemplo, de alguns países da Ásia. *The Association of South East Asian Nations* (ASEAN) é um grupo regional formado por 10 países do sudeste asiático. De forma geral, o grupo possui definições bastante

---

<sup>268</sup> A França também faz parte da Amazônia através de seu território ultramarino, a Guiana Francesa, mas não faz parte do Tratado de Cooperação Amazônica (TCA).

<sup>269</sup> SANT'ANNA, Fernanda Mello. **O Papel da Cooperação Amazônica para a Gestão dos Recursos Hídricos Transfronteiriços**. 2007

<sup>270</sup> [http://www.itamaraty.gov.br/index.php?option=com\\_content&view=article&id=691:organizacao-do-tratado-de-cooperacao-amazonica-otca&catid=146&Itemid=434&lang=pt-BR](http://www.itamaraty.gov.br/index.php?option=com_content&view=article&id=691:organizacao-do-tratado-de-cooperacao-amazonica-otca&catid=146&Itemid=434&lang=pt-BR). Acesso em: outubro 2015.

<sup>271</sup> Como exemplos de grupos regionais, podem ser citados: Andean Community, The Association of South-East Asia, Organisation of African Unity, Commission on the Forest of Central Africa (COMIFAC).

amplas, e objetiva uma melhor interação entre os países e maior facilidade para transacionar com esses recursos<sup>272</sup>. Todavia, não estabelece um procedimento de acesso específico. Ele deixa cada Estado-Membro determinar a natureza do instrumento de acesso do país. Cada Estado-Membro deve designar uma autoridade nacional competente, que é responsável pela criação e aplicação da legislação nacional de acesso, entre outras coisas.

Apesar de possuir benefícios muito interessantes ambiental e economicamente falando, a implementação do Protocolo, assim como a criação do mecanismo global para repartição de benefícios esbarra em uma série de desafios.

O primeiro deles está relacionado à burocracia. O protocolo exige que os países fornecedores de recursos genéticos possuam uma legislação a nível nacional que cumpra alguns requisitos básicos, como segurança jurídica, clareza e transparência; além de regras e procedimentos justos e não arbitrários.

Ocorre que, em alguns casos, existem dificuldades relacionadas aos arranjos institucionais em vigor no país e algumas legislações acabam por ser muito vagas. Por exemplo, a legislação norueguesa não deixa muito claro o que deve ser feito para obter o consentimento prévio (em princípio, serão adotadas novas regras para completar o que eles chamam de Nature Diversity Act)<sup>273</sup>.

Dessa forma, deve-se ocorrer, primeiramente, uma harmonização legislativa interna de cada país objetivando dar uma maior fluidez ao sistema previsto no Protocolo.

Outra questão importante está relacionada a especificação da propriedade, ou a quem o recurso genético efetivamente pertence, pois os

---

<sup>272</sup>MEDAGLIA, Jorge Cabrera, *et al.* **Overview of the National and Regional Implementation of Measures on Access to genetic Resources and Benefit-Sharing.** CISDL Centre for International Sustainable Development Law. 2ª Edição. 2012.

<sup>273</sup> MEDAGLIA, Jorge Cabrera, *et al.* **Overview of the National and Regional Implementation of Measures on Access to genetic Resources and Benefit-Sharing.** CISDL Centre for International Sustainable Development Law. 2ª Edição. 2012.

utilizadores desses recursos precisarão ter certeza quanto aos direitos de posse aqui envolvidos.

No que diz respeito à soberania dos países, aqui ela não foi vista necessariamente como um problema. Os países possuem direitos soberanos quanto aos recursos encontrados em seus territórios, e isso precisa ser respeitado. Porém, em se tratando da criação de um mecanismo global de repartição de benefícios, a soberania seria exercida pela participação dos países na participação das negociações e aceitação dos termos estabelecidos<sup>274</sup>.

Feitas essas considerações, sabe-se que já estão em vigor uma série de instrumentos internacionais que possuem objetivos semelhantes ao estipulado no Protocolo de Nagoya e que, por isso, podem trazer lições a serem aprendidas para uma melhor implementação das normas ali estabelecidas.

Um exemplo disso é o Tratado Internacional sobre os Recursos Fitogenéticos para a Alimentação e a Agricultura. É um tratado que possui seu próprio sistema de repartição de benefícios, porém até agora não conseguiu entregar o nível previsto de benefícios, porque deixou aos usuários muitas opções para utilizar os recursos fitogenéticos para a alimentação ea agricultura, sem incorrer em obrigações de repartição de benefícios.<sup>275</sup>

Durante as discussões *online*, indicaram que dentro do Sistema de la Integración Centroamericana, a nível regional, a Comisión Centroamericana de Ambiente y Desarrollo desempenha um papel importante uma vez que é responsável por coisas como a Convenção para a Conservação da Biodiversidade e da Proteção das áreas naturais na América Central, e possui princípios baseados na solidariedade, complementariedade, justiça e cooperação<sup>276</sup>.

---

<sup>274</sup>SYNTHESIS OF VIEWS WITH RESPECT TO THE NEED FOR AND MODALITIES OF A GLOBAL MULTILATERAL BENEFIT-SHARING MECHANISM (ARTICLE 10). p. 16.

<sup>275</sup>Ibid., p. 21.

<sup>276</sup>Ibid., p. 30.

Um outro ponto importante relacionado aos recursos transfronteiriços é que a degradação de determinadas áreas pode afetar, ainda que indiretamente, o ecossistema de outra localidade. É o que pode ser percebido com espécies migratórias<sup>277</sup>.

Percebendo a importância do tema, foi assinada, em Espoo, Finlândia, em 25/02/1991, a Convenção sobre Avaliação de Impacto Ambiental Transfronteiriço, “estipulando que obrigações com o intuito de prevenir danos relacionados a projetos ou atividades que poderiam causar, de alguma forma, prejuízos ao meio ambiente”<sup>278</sup>. Devendo esses possíveis danos ser objeto de negociações bilaterais ou multilaterais entre os países afetados<sup>279</sup>.

Mesmo com todos esses problemas, nada impede que os Estados adotem mecanismos de sucesso para repartir os benefícios pois, além de uma melhor governança internacional, a cooperação entre os países para o estabelecimento de um mecanismo global de repartição de benefícios, o que incluiria a cooperação transfronteiriça, pode trazer uma série de outros benefícios.

Entre esses benefícios está o auxílio às Partes no que tange à satisfação de pelo menos algumas de suas obrigações junto ao Protocolo, a um custo de transação razoável, o que significa dizer que existindo um mecanismo global, não seria necessária a transação caso a caso com as demais partes<sup>280</sup>. Ainda é possível fornecer a governos nacionais, que possuem uma capacidade limitada para criação de um sistema próprio de repartição de benefícios, uma alternativa no que tange ao gerenciamento de seus recursos.

---

<sup>277</sup>Ver “CONVENÇÃO SOBRE A CONSERVAÇÃO DAS ESPECIES MIGRATORIAS DE ANIMAIS SILVESTRES”

<sup>278</sup> BRANQUINHO, Polianny Marques Freitas. **Estudo de impacto ambiental como instrumento de proteção do meio ambiente**. Disponível em [http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n\\_link=revista\\_artigos\\_leitura&artigo\\_id=10340](http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=10340). Acesso em: outubro 2015.

<sup>279</sup> Mesmo possuindo objetos totalmente diferentes, a cooperação entre os países no que diz respeito àquilo que ultrapassa suas fronteiras é um mecanismo que merece destaque e está sempre sendo incentivado, tanto na Convenção sobre Avaliação de Impacto Ambiental Transfronteiriço quanto no Protocolo.

<sup>280</sup>**SYNTHESIS OF VIEWS WITH RESPECT TO THE NEED FOR AND MODALITIES OF A GLOBAL MULTILATERAL BENEFIT-SHARING MECHANISM (ARTICLE 10)**,p. 13.



Pode-se citar ainda a ajuda às Partes em cumprir com a obrigação constante no Art. 9 do Protocolo (Contribuição para conservação e uso sustentável) e incentivar a conservação da diversidade biológica e o uso sustentável de seus recursos.

Para o setor privado, a criação de um mecanismo global de repartição de benefícios, além de maior segurança jurídica, clareza, transparência e regras não-arbitrárias, reforça a confiança mútua, fornecendo meios acordados internacionalmente para o setor privado para colmatar as lacunas existentes nos arranjos de acesso e repartição de benefícios. Ainda proporcionaria oportunidades para os atores do setor privado para demonstrar que são bons cidadãos globais, dispostos a apoiar a conservação e uso sustentável da fonte de sua riqueza<sup>281</sup>.

Esse mecanismo global deve representar, de maneira mais abrangente, recursos monetários. Por mais que a transferência de tecnologias entre os países seja um passo muito importante para o desenvolvimento e melhorias no manuseio dos recursos biogenéticos, a obtenção de aporte financeiro advindo de uma riqueza natural do país pode ser muito mais interessante do ponto de vista da transferência desses valores para outros setores importantes da economia local.

Sabe-se que dentro do sistema que objetiva a concretização do Protocolo de Nagoya já existe um fundo fiduciário multilateral, que iniciou suas operações em 2011 (The Nagoya Protocol Implementation Fund - NPIF)<sup>282</sup>. O Fundo apoia, entre outros, as oportunidades que conduzem ao desenvolvimento e implementação de acordos de acesso e repartição de benefícios com o envolvimento do setor privado.

Os projetos financiados no âmbito do NPIF existente incentiva o envolvimento com entidades do setor privado interessadas em explorar o

---

<sup>281</sup> **SYNTHESIS OF VIEWS WITH RESPECT TO THE NEED FOR AND MODALITIES OF A GLOBAL MULTILATERAL BENEFIT-SHARING MECHANISM (ARTICLE 10)**, p. 14.

<sup>282</sup> <https://www.thegef.org/gef/content/nagoya-protocol-implementation-fund-brochure>. Acesso em: outubro 2015.

potencial econômico dos recursos genéticos e facilitar a transferência adequada de tecnologias.

O NPIF, porém, não apresenta o suporte necessário para a repartição de benefícios oriundos de recursos genéticos transfronteiriços pois as atividades suportadas pelo fundo não abarcam estas situações.

Assim, a criação e implementação de um fundo específico que possua como fonte de financiamento o resultado monetário obtido de recursos transfronteiriços possa suprir essa lacuna do Protocolo, a exemplo do que ocorre com o FIPOL<sup>283</sup>.

Dessa forma, empresas ou países que negociassem com países provedores de recursos genéticos, caso percebam tratar-se de um recurso transfronteiriço, depositariam um percentual acordado no Fundo. Posteriormente, esses países provedores do mesmo recurso poderiam ter acesso a esses valores.

Esse fundo, portanto, seria um grande passo na consecução do objetivo que visa a repartição justa e equitativa dos benefícios auferidos de recursos genéticos transfronteiriços.

---

<sup>283</sup>The International Oil Pollution Compensation Funds (Fundos FIPOL) objetiva fornecer compensação financeira para prejuízos causados pela poluição que ocorrem nos Estados-Membros, resultantes de derramamentos de óleo dos navios petroleiros. Os Fundos FIPOL são financiados por contribuições pagas por entidades que recebem determinados tipos de óleo por transporte marítimo. Estas contribuições são baseadas na quantidade de hidrocarbonetos recebidos no ano civil relevante, a previsão de cobertura dos sinistros, juntamente com os custos de administração dos fundos. Disponível em <http://www.iopcfunds.org/about-us/>. Acesso em: outubro 2015.

## 5. CONCLUSÃO

O processo de negociações até chegar ao texto final do Protocolo de Nagoya foi lento e difícil. Porém, no final, foi aprovado um texto que complementa a visão holística da biodiversidade plantada na Convenção da Diversidade Biológica.

Percebe-se, no entanto, que o texto possui ainda uma série de brechas e omissões que serão sanadas ao longo do tempo e depende do engajamento dos países parte nas negociações.

Uma dessas omissões – bastante significativa para países megadiversos, diga-se de passagem – diz respeito aos procedimentos que deverão ser adotados quando o benefício auferido pela utilização do recurso biogenético for proveniente de um recurso transfronteiriço.

Essa lacuna, no entanto, não precisa ser vista, necessariamente, como uma barreira intransponível, do ponto de vista internacional, uma vez que existem mecanismos que podem oportunizar uma melhor governança internacional bem como a repartição justa e equitativa dos benefícios resultantes dos recursos em comento.

Nessa seara, ainda que o compartilhamento e a transferência de tecnologias que possibilitem o manuseio do patrimônio biogenético preencham, em última análise, o requisito da repartição de benefícios estipulado no Protocolo, penso que a criação de um Fundo específico, financiado por recursos monetários, ou seja, dinheiro, advindos das negociações com recursos genéticos transfronteiriços, possa contribuir de maneira mais efetiva para o progresso dos países provedores de recursos biogenéticos (em sua maioria trilhando caminhos para o desenvolvimento) uma vez que esses recursos podem ser aplicados em outras áreas econômicas e sociais.

## 6. REFERÊNCIAS

AZEVEDO, Cristina M. A, *et al.* **A Convenção Sobre Diversidade Biológica no Brasil: Considerações sobre sua implementação no que tange ao acesso ao patrimônio genético, conhecimentos tradicionais associados e repartição de benefícios.** Revista de Direito Ambiental. RDA 37/113. 2005.

BRANQUINHO, Polianny Marques Freitas. **Estudo de impacto ambiental como instrumento de proteção do meio ambiente.** Disponível em [http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n\\_link=revista\\_artigos\\_leitura&artigo\\_id=10340](http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=10340). Acesso em: outubro 2015.

CAMPOS, Emilia Malgueiro. **Os processos de Autorização de Acesso ao Patrimônio Genético e a atuação do Conselho de Gestão do Patrimônio Genético.** 2010.

**Government of Canada Submission to the Secretariat of the Convention on Biological Diversity on a Global Multilateral Benefit Sharing Mechanism under Article 10 of the Nagoya Protocol on Access to Genetic Resources and the Fair and Equitable Sharing of Benefits arising from their Utilization.** Disponível em <https://www.cbd.int/abs/submissions/icnp-2/canada-en.pdf> . Acesso em: outubro 2015.

GREIBER, Thomas, *et al.* **Guía Explicativa del Protocolo de Nagoya.** UICIN Serie de Política y Derecho Ambiental No. 83.

KRASNER, Stephen D. **Internatinoal regimes.** Ithaca: Cornell University Press. 1983.

LE PRESTRE, Philippe. **Ecopolítica Internacional.** Tradução Jacob Gorender. São Paulo: Editora SENAC. 2000.

MEDAGLIA, Jorge Cabrera, *et al.* **Overview of the National and Regional Implementation of Measures on Access to genetic Resources and Benefit-Sharing.** CISDL Centre for International Sustainable Development Law. 2ª Edição. 2012.

MELLO, Celso D. de Albuquerque. **Curso de Direito Internacional Público.** Volume I. 15ª edição: revista e ampliada. Rio de Janeiro: Renovar, 2004, p. 55  
MITTERMEIER RA, GIL PR, MITTERMEIER CG. **Megadiversity: Earth's Biologically Wealthiest Nations.** Conservation International, Cemex. 1997.

MORGERA, Elisa; TSIOUMANI, Elsa; BUCK, Matthias. **Unraveling the Nagoya Protocol**. MartinusNijhoff Publishers. 2014.

**O Mecanismo de desenvolvimento limpo: guia de orientação 2009** – Rio de Janeiro. FIDES, 2009.

Richerzhagen, C. **The Nagoya Protocol: Fragmentation or Consolidation?** Disponível em [www.mdpi.com/journal/resources](http://www.mdpi.com/journal/resources) . Acesso em: setembro 2015.

SANT'ANNA, Fernanda Mello. **As instituições internacionais e a gestão compartilhada dos recursos naturais transfronteiriços**. 2008.

\_\_\_\_\_. **O Papel da Cooperação Amazônica para a Gestão dos Recursos Hídricos Transfronteiriços**. 2007.

SHIVA, Vandana. **Biodiversity: Social and Ecological Perspectives**. Zed Press, United Kingdom, 1992.

SMOUTS, Marie-Claude. **A cooperação internacional: da coexistência à governança mundial**. In: SMOUTS, Marie-Claude (org.). **As novas relações internacionais: práticas e teorias**. Brasília: Ed. Universidade de Brasília, 2004.

# A CRIAÇÃO DE SÚMULAS VINCULANTES A PARTIR DE PRECEDENTES DO CONTROLE CONCENTRADO DE CONSTITUCIONALIDADE

Lorena Paiva de Oliveira

**Resumo:** Nesse trabalho se analisa a possibilidade de criação de Súmulas Vinculantes tendo como precedentes ações do controle concentrado de constitucionalidade. As referidas súmulas visam conferir eficácia *erga omnes* e efeito vinculante à decisão do Supremo Tribunal Federal, por meio de um enunciado abstrato e imperativo. No entanto, as decisões do controle concentrado já são dotadas dos efeitos mencionados, o que impediria a criação do enunciado. Desse modo, se desenvolve como problema o seguinte questionamento: em que medida o STF legislou ao criar Súmulas Vinculantes a partir de precedentes do controle abstrato? Na hipótese, se toma como válida a premissa de que esse órgão teria legislado, o que foi confirmado ao final do trabalho. Para tanto, se considerou que a Constituição Federal e a Lei da Súmula Vinculante estabelecem os requisitos necessários para a edição dos enunciados, e que, pelo uso da hermenêutica constitucional, é possível concluir que a utilização de decisões do controle concentrado como precedentes não atende ao critério estabelecido. Assim, a inobservância ou o descumprimento dessas determinações legais importam em uma atuação exorbitante por parte do STF, no que concerne às suas funções jurisdicionais. A criação de um comando genérico, abstrato, impessoal e imperativo sem o cumprimento da forma prescrita tem valor de lei, e merece críticas. O que se pretende é apontar algumas das falhas do modelo híbrido de controle de constitucionalidade adotado pelo Brasil, e demonstrar os conflitos que surgem entre os institutos jurídicos, em decorrência dessa opção.

**Palavras-chave:** Súmula Vinculante. Controle concentrado de constitucionalidade. Controle difuso de constitucionalidade. Eficácia *erga omnes*. Efeito vinculante. Hermenêutica Constitucional. Processo Legislativo.

**Abstract:** In this paper we analyze the possibility of creating binding precedents having as previous actions of the concentrated control of constitutionality. These overviews are intended to confer *erga omnes* effectiveness and binding effect to the decision of the Supreme Court, through an abstract and imperative statement. However, the decisions of the concentrate control are already equipped with the aforementioned effects, which prevent the creation of the statement. Thus develops as a problem the following question: to what extent the Supreme Court has legislated to create binding precedents from previous abstract control? In the event, was took as valid the assumption that this Court would have legislated, which was confirmed at the end of work. Therefore, it considered that the Federal Constitution and the Binding Precedent Law establishes the requirements for the creation of statements, and with the use of constitutional hermeneutics conclude that the use of concentrated control of

decisions as precedents does not obey this criterion. Thus, failure or non-compliance with these legal provisions mind an outrageous action by the Supreme Court, in relation to their judicial functions. Create a generic, abstract, impersonal and imperative command without compliance with the prescribed form has force of law, and deserves criticism. The aim is to point out some of the flaws of the hybrid model of judicial review adopted by Brazil, and show the conflicts that arise between the legal institutions as a result of this option.

**Keywords:** Binding precedent. Concentrated control of constitutionality. Diffuse Control of constitutionality. *Erga omnes* effectiveness. Binding effect. Constitutional hermeneutics. Legislative process.

## INTRODUÇÃO

O tema desse Trabalho de Conclusão de Curso foi escolhido após o estudo da Ação Declaratória de Constitucionalidade nº 12<sup>284</sup> em sala de aula, e surgiu com o interesse em analisar os critérios que o Supremo Tribunal Federal adota para a seleção dos precedentes para a criação das Súmulas Vinculantes.

Em específico, se é possível criar um enunciado a partir de decisão oriunda de ação do controle concentrado de constitucionalidade<sup>285</sup>. Esse é justamente o tema delimitado nesse estudo. Como problema, se analisou em que medida poderia o STF ter legislado ao criar enunciados oriundos de precedentes do controle concentrado.

Na hipótese, se estabeleceu como válida a premissa de que o Supremo Tribunal Federal teria legislado, o que foi confirmado ao final do trabalho. E por fim, no marco teórico, têm-se como institutos fundamentais para

---

<sup>284</sup> Trata-se de ação proposta pela Associação dos Magistrados Brasileiros (AMB) requerendo a solução da controvérsia judicial acerca da Resolução nº 7 de 2005 do CNJ, que trata da prática do nepotismo. Por unanimidade o Supremo Tribunal Federal julgou constitucional a referida resolução, entendendo que aquele órgão possui competência para editar normas de caráter primário, com as mesmas características de generalidade, impessoalidade e abstratividade que possuem as leis ordinárias. Diário de Justiça Eletrônico 18/12/09.

<sup>285</sup> É um dos sistemas de controle de constitucionalidade adotados pelo Brasil. Surgiu por influências Europeias, do Direito Romano-germânico, e permite que seja realizada a análise acerca da constitucionalidade das leis a partir de ações propostas diretamente na Suprema Corte, pelas figuras legitimadas para tanto.

serem abordados: a Súmula Vinculante, os controles difuso<sup>286</sup> e concentrado de constitucionalidade, a eficácia *erga omnes*<sup>287</sup> e o efeito vinculante<sup>288</sup>, a hermenêutica constitucional e o processo legislativo.

Conforme será desenvolvido, o julgamento da ADC nº 12 serviu de precedente, assim como outras ações do controle concentrado e difuso, para a criação da Súmula Vinculante nº 13<sup>289</sup>.

A utilização de uma decisão do controle concentrado de constitucionalidade como precedente para a criação do referido enunciado foi que motivou a escolha da súmula para estudo no presente trabalho.

Também serão objetos de estudo, com maior profundidade, no quarto capítulo desse trabalho, as Súmulas Vinculantes nº 2<sup>290</sup> e 28<sup>291</sup>. A escolha desses dois enunciados se deu em razão de terem eles sido criados exclusivamente em decorrência de precedentes do controle concentrado de constitucionalidade.

Além desses três enunciados, igualmente foram selecionados outros dois, cujos precedentes são exclusivamente decisões do controle difuso. São eles as Súmulas Vinculantes nº 11<sup>292</sup> e 53<sup>293</sup>, que serão trabalhadas no

---

<sup>286</sup> O sistema difuso de controle de constitucionalidade convive com o concentrado, pois o Brasil adota estrutura mista de controle. O sistema difuso surgiu nos Estados Unidos e foi adotado por influência do *common law*. Ele permite que seja realizada a análise acerca da constitucionalidade das leis a partir de ações com trâmite comum, que chegam à Suprema Corte por meio de recursos. Esses pedidos são analisados pelos Ministros em critérios de admissibilidade e mérito, e podem ser propostos por quaisquer das partes envolvidas na lide.

<sup>287</sup> Traduz-se no termo: eficácia contra todos. Trata-se de mecanismo que confere abstratividade às decisões ou enunciados criados pelo STF, ou seja, são preceitos gerais, oponíveis a qualquer um.

<sup>288</sup> O efeito vinculante possibilita a sujeição de outros casos às mesmas regras estipuladas pelo STF no enunciado criado ou na decisão estabelecida em controle de constitucionalidade.

<sup>289</sup> Súmula Vinculante 13: A nomeação de cônjuge, companheiro ou parente em linha reta, colateral ou por afinidade, até o terceiro grau, inclusive, da autoridade nomeante ou de servidor da mesma pessoa jurídica investido em cargo de direção, chefia ou assessoramento, para o exercício de cargo em comissão ou de confiança ou, ainda, de função gratificada na administração pública direta e indireta em qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, compreendido o ajuste mediante designações recíprocas, viola a Constituição Federal.

<sup>290</sup> Súmula Vinculante 2: É inconstitucional a lei ou ato normativo estadual ou distrital que disponha sobre sistemas de consórcios e sorteios, inclusive bingos e loterias.

<sup>291</sup> Súmula Vinculante 28: É inconstitucional a exigência de depósito prévio como requisito de admissibilidade de ação judicial na qual se pretenda discutir a exigibilidade de crédito tributário.

<sup>292</sup> Súmula Vinculante 11: Só é lícito o uso de algemas em casos de resistência e de fundado receio de fuga ou de perigo à integridade física própria ou alheia, por parte do preso ou de



terceiro capítulo.

Em consulta ao *site* do STF<sup>294</sup>, é possível ter acesso a todos os enunciados criados, bem como às decisões que levaram à sua edição e as discussões acerca do caso.

Na pesquisa, é possível observar que, dos atuais 53 enunciados, 40 só utilizam decisões do controle difuso como fundamento: os de número 1, de 3 a 6, de 8 a 12, de 14 a 20, de 22 a 27, a 31, de 33 a 37, a 40, a 41, a 44, a 45 e de 47 a 53.

Dez dos enunciados mesclam seus precedentes entre decisões dos controles difuso e concentrado, são elas as Súmulas Vinculantes nº 7, 13, 21, 29, 32, 38, 39, 42, 43 e 46.

E duas súmulas foram criadas somente em decorrência de Ações Diretas de Inconstitucionalidade: as súmulas de nº 2 e 28, que foram selecionadas para abordagem nos próximos capítulos.

Somente para fins de conclusão da contagem, cumpre ressaltar que uma das 53 súmulas ainda não foi publicada, a de número 30, cuja proposta é do ano de 2009.

Em consulta ao mesmo *site*, foi possível investigar a atualidade dos precedentes selecionados. Dentre os 53 enunciados, o que mais se mostrou carente de decisões recentes que o fundamentem foi a Súmula Vinculante 11, que foi escolhida para compor o estudo acerca do tema.

Ainda, foi possível constatar que a Súmula Vinculante 53 foi editada com base em apenas um precedente do controle difuso de constitucionalidade. Por essa razão, e para entender os motivos que levaram o

---

terceiros, justificada a excepcionalidade por escrito, sob pena de responsabilidade disciplinar, civil e penal do agente ou da autoridade e de nulidade da prisão ou do ato processual a que se refere, sem prejuízo da responsabilidade civil do Estado.

<sup>293</sup> Súmula Vinculante 53: A competência da Justiça do Trabalho prevista no art. 114, VIII, da Constituição Federal alcança a execução de ofício das contribuições previdenciárias relativas ao objeto da condenação constante das sentenças que proferir e acordos por ela homologados.

<sup>294</sup> *In*: <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verTexto.asp?servico=jurisprudenciaSumulaVinculante>. Acesso em 17/07/15.

STF a realizar tal medida, esse enunciado foi selecionado para estudo mais aprofundado.

Em decorrência da vinculação ao tema proposto no presente trabalho, se mostrou relevante o estudo das razões que levaram o STF a criar as súmulas de nº 2 e 28 exclusivamente a partir de precedentes do controle concentrado de constitucionalidade.

A primeira súmula foi criada a partir da utilização de seis Ações Diretas de Inconstitucionalidades como precedentes. E a segunda, a partir de apenas uma ADI.

Note que nesses casos a Corte Constitucional se utilizou de uma decisão já dotada de eficácia *erga omnes* e efeito vinculante para criar um precedente com os mesmos efeitos, do que se poderia deduzir que houve excesso na atuação do STF, já que não se observa a necessidade de conferir a uma decisão os mesmos efeitos que anteriormente tinha. No entanto, essa conclusão não pode ser feita de modo tão simples.

Desse julgamento, e de outros que serão abordados no presente trabalho, decorrem análises mais minuciosas. Dentre elas entender se a Súmula Vinculante só deve ser criada a partir de precedentes do controle difuso ou se a Constituição Federal e as Leis também autorizam o uso de precedentes do controle concentrado.

Nesse sentido, também é pertinente analisar se o enunciado criado, cujo conteúdo é obrigatoriamente de matéria constitucional, deverá versar somente sobre a controvérsia do decisório, vinculando o resultado do julgamento, ou se deverá dispor acerca dos motivos determinantes da decisão, extrapolando assim os limites da parte dispositiva do acórdão.

Munido dessa análise, pode-se observar a atuação do STF e os limites de sua atividade jurisdicional, sob o prisma de que, em referência a

John G. Roberts Jr<sup>295</sup>, em obra de Luís Roberto Barroso<sup>296</sup>, “o papel do juiz é como o do árbitro desportivo, não cabe a ele definir as regras do jogo, mas apenas assegurar que todos a cumpram e respeitem”.

A criação de comandos gerais, imperativos e abstratos deve decorrer, necessariamente, do devido processo legislativo, em respeito à legitimidade conferida pelo povo aos seus representantes.

Assim, em razão do Princípio da Separação dos Poderes, não é possível que o Magistrado afaste o comando da norma, mas apenas que a aplique, obedecendo aos critérios de hermenêutica.

A atualidade do presente trabalho se revela evidente, tendo em vista o crescimento do número de Súmulas Vinculantes aprovadas pelo STF, o que evidencia a necessidade de investigar melhor a atuação dessa Corte.

Apenas entre março e junho de 2015 foram aprovadas 16 Súmulas Vinculantes, aumentando de 37 para 53 enunciados. O número súmulas cresceu na proporção de quase metade dos enunciados que anteriormente existiam.

Para realizar a tarefa proposta, inicia-se o trabalho elaborando uma reflexão acerca do instituto da Súmula Vinculante, conceituando os termos que são fundamentais para o desenvolvimento do presente trabalho.

Nesse ponto, se parte do entendimento já consolidado de que as súmulas são sucedâneos normativos ao *stare decisis*<sup>297</sup>, instituto presente nas decisões Americanas de controle de constitucionalidade que não foi incorporado ao modelo brasileiro.

Logo após, é realizado um panorama acerca do uso de cada

---

<sup>295</sup> John G. Roberts Jr é Chefe de Justiça da Suprema Corte Americana. Biografia completa (em inglês) no site: <http://georgewbush-whitehouse.archives.gov/infocus/judicialnominees/roberts.html>. Acesso em 23/06/15.

<sup>296</sup> BARROSO, Luís Roberto. *O controle de constitucionalidade no direito brasileiro*: exposição sistemática da doutrina e análise crítica da jurisprudência. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 383.

<sup>297</sup> AMARAL JÚNIOR, José Levi Mello. *Controle de constitucionalidade*: Evolução brasileira determinada pela falta do *stare decisis*. Revista dos Tribunais, 2012, vol. 920. p. 133-149.

tipo de decisão utilizada como precedente (primeiro do controle difuso e depois do concentrado), com estudo, em específico, das súmulas já mencionadas, para que assim seja possível chegar a uma conclusão fundamentada.

A grande reflexão gira em torno da tentativa de compreender as decisões da Suprema Corte, e de apontar as falhas do modelo de controle de constitucionalidade adotado pelo Brasil.

E assim, alcançar as premissas que tomam os Magistrados como base para solucionar controvérsias, quando se deparam com situações em que os próprios institutos da jurisdição constitucional se conflitam.

## 1. O INSTITUTO DA SÚMULA VINCULANTE E A PREVISÃO LEGAL QUANTO AO MODO DE SELEÇÃO DE SEUS PRECEDENTES

A Súmula Vinculante está prevista no art. 103-A da Constituição Federal<sup>298</sup> e na Lei nº 11.417/06, que regulamenta aquele artigo da Lei Maior, e é um mecanismo do qual o Supremo Tribunal Federal poderá se dispor para vincular seus julgados, em razão de controvérsias suscitadas em precedentes.

Ela foi criada pela Emenda Constitucional nº 45/04, que implementou a Reforma Política. Nessa reforma, o principal fator para aprimoramento do Judiciário foi a busca por celeridade.

“A súmula vinculante surgiu, portanto, como uma resposta possível para a sobrecarga dos tribunais superiores e para a uniformização da

---

<sup>298</sup> Art. 103-A da CF: O Supremo Tribunal Federal poderá, de ofício ou por provocação, mediante decisão de dois terços dos seus membros, após reiteradas decisões sobre matéria constitucional, aprovar súmula que, a partir de sua publicação na imprensa oficial, terá efeito vinculante em relação aos demais órgãos do Poder Judiciário e à administração pública direta e indireta, nas esferas federal, estadual e municipal, bem como proceder à sua revisão ou cancelamento, na forma estabelecida em lei. (Incluído pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004).

jurisprudência”<sup>299</sup>, afirma Maria Olívia Pessoni Junqueira.

Observa-se, assim, o claro intuito de conferir maior celeridade aos julgamentos, pela formação de precedentes que obstariam o ingresso de demandas repetitivas.

Esse instituto obsta que a discussão seja novamente submetida ao STF. Do contrário, a reanálise somente ocorreria nos casos de alteração das circunstâncias fáticas ou concepções jurídicas dominantes.

Nesse sentido, ressalta-se o disposto no art. 557, § 1º-A do Código de Processo Civil de 1973<sup>300</sup>, acrescentado pela Lei n. 9.756, de 1998, que autoriza o “relator a dar provimento ao recurso se a decisão recorrida estiver em manifesto confronto com súmula ou com a jurisprudência dominante do respectivo tribunal, do Supremo Tribunal Federal ou de Tribunal Superior”.

Assim, elas são utilizadas com o caráter impeditivo de recursos<sup>301</sup>, e tornam definitivos os entendimentos firmados pelo STF, obstando assim, o ingresso de novas ações suscitando discussões em sentido contrário ao disposto no enunciado.

Ainda, as Súmulas Vinculantes foram criadas com o propósito de dirimir controvérsia que gere insegurança jurídica. Nessa lógica, Wanessa Cerqueira<sup>302</sup> expõe que:

---

<sup>299</sup> PESSONI JUNQUEIRA, Maria Olívia. *A construção da Súmula Vinculante pelo STF: Observação dos dezesseis primeiros enunciados de súmula vinculante editados*. São Paulo: Sociedade Brasileira de Direito Público, 2009. In: [http://www.sbdp.org.br/ver\\_monografia.php?idMono=149](http://www.sbdp.org.br/ver_monografia.php?idMono=149). p. 19.

<sup>300</sup> Art. 557 do CPC: O relator negará seguimento a recurso manifestamente inadmissível, improcedente, prejudicado ou em confronto com súmula ou com jurisprudência dominante do respectivo tribunal, do Supremo Tribunal Federal, ou de Tribunal Superior. (Redação dada pela Lei nº 9.756, de 17.12.1998). § 1º-A Se a decisão recorrida estiver em manifesto confronto com súmula ou com jurisprudência dominante do Supremo Tribunal Federal, ou de Tribunal Superior, o relator poderá dar provimento ao recurso. (Incluído pela Lei nº 9.756, de 17.12.1998).

<sup>301</sup> Conforme ficou assentado pelo Plenário do STF durante a aprovação da Súmula Vinculante 11. In: <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=94536>. Acesso em 08/08/15.

<sup>302</sup> CERQUEIRA, Wanessa Gabrielle Maia. *A abstrativização do controle difuso de constitucionalidade – cenário atual do controle difuso de constitucionalidade no direito constitucional brasileiro*. Brasília: IDP/EDB, 2014. Monografia (Especialização). Instituto Brasiliense de Direito Público. p. 29.

O objetivo do instituto é definir a validade, a interpretação e a eficácia de preceitos legais determinados, sobre os quais exista controvérsia real entre os órgãos judiciais, ou entre estes e a Administração Pública. A controvérsia, entretanto, deve ter o condão de causar grave insegurança jurídica e multiplicação de processos sobre uma questão idêntica.

Elas visam, portanto, reter o grande fluxo de demandas processuais surgidas em decorrência da falta de pacificação social acerca de um tema.

Por essa razão, as Súmulas Vinculantes conferem eficácia *erga omnes* e efeito vinculante à determinação contida em seu enunciado, pois, dessa forma, é possível impor a orientação cabível por meio de um comando imperativo.

A eficácia *erga omnes* decorre do processo objetivo, que não possui partes nem litígio. Esse atributo só possui razão de ser nesses processos, nos quais se discute a lei em tese, pois são do interesse de todos. Nos demais processos, não faria sentido ampliar a decisão para terceiros não ligados à lide.

Já o efeito vinculante é o elemento que dá causa à propositura da Reclamação Constitucional. Ele está intimamente ligado ao papel institucional da Suprema Corte e à natureza da jurisdição constitucional, qual seja a de zelar pelo cumprimento da ordem constitucional.

Tendo em vista essa premissa, defende o Min. Gilmar Mendes<sup>303</sup> que o efeito vinculante poderia ser estendido “a outras decisões de controvérsias constitucionais proferidas pela Corte”.

A diferença entre os institutos reside na parte da decisão que se torna vinculante. Enquanto a eficácia *erga omnes* torna obrigatória a observância somente do dispositivo da decisão, o efeito vinculante o estende também à fundamentação.

O Brasil adotou estrutura mista de controle de

---

<sup>303</sup> MENDES, Gilmar Ferreira. *Controle Abstrato de Constitucionalidade: ADI, ADC e ADO – Comentários à Lei nº 9.868/99*. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 500.

constitucionalidade, o que significa que as leis podem ser analisadas, quanto à sua adequação às normas constitucionais, tanto pelo sistema difuso, quanto pelo concentrado.

O primeiro deles surgiu nos Estados Unidos e foi adotado no Brasil por influência do *common law*. Ele permite que seja realizada a análise acerca da constitucionalidade das leis a partir de ações com trâmite comum, que chegam à Suprema Corte por meio de recursos. Esses pedidos são analisados pelos Ministros em critérios de admissibilidade e mérito, e podem ser propostos por quaisquer das partes envolvidas na lide.

Já o segundo, surgiu por influências Europeias, do Direito Romano-germânico, e permite que seja realizada a análise acerca da constitucionalidade das leis a partir de ações propostas diretamente na Corte Maior, pelas figuras legitimadas para tanto.

O objetivo da Súmula Vinculante é conferir autoridade ao entendimento fixado, pacificando-o nos demais órgãos do Poder Judiciário e em toda a Administração Pública (direta e indireta), nas esferas Federal, Estadual e Municipal.

Somente perante o Poder Legislativo, as súmulas não imporão sua autoridade, mas apenas quanto à sua função típica, a legiferante. Quanto às funções atípicas do órgão, como a administrativa, haverá imposição do comando sumular.

Isso se dá, pois o processo de criação de leis é um exercício democrático, que perpassa as condições políticas da sociedade. Assim, impedir que uma lei suprima a validade de uma súmula é impedir que o povo, por meio de seus representantes, não possa atuar de forma livre. Seria um ataque direto ao princípio da Separação dos Poderes.

Dessa forma, o instituto é um elemento de abstrativização das decisões concretas. Ela transpõe os efeitos das decisões do controle difuso para o concentrado, criando um enunciado que seja suficientemente abstrato para valer para todos, ou seja, para possuir eficácia *erga omnes*.

O Brasil não incorporou o modelo de controle de constitucionalidade Norte-americano em sua totalidade, o *stare decisis* não foi incluído no nosso sistema. Por meio desse elemento, a Suprema Corte dos Estados Unidos torna as suas decisões vinculantes a todo o Judiciário.

O termo, em latim, advém da sentença *stare decisis et non quieta movere*, que se traduz em “continuar com as coisas decididas e não mover as ‘coisas quietas’”<sup>304</sup>, e está fortemente arraigada no *common law*, em razão da importância dos precedentes para esse sistema.

Logo, é possível concluir que a Súmula Vinculante aproxima o *common law* do *civil law*, pois confere às decisões do modelo romano-germânico o mesmo efeito que o *stare decisis* emprega às decisões do modelo anglo-saxão<sup>305</sup>.

Cappelletti<sup>306</sup> enumerou os inconvenientes advindos da não incorporação do instituto ao direito brasileiro. Em síntese, seriam dois: as divergências de entendimento entre as instâncias ordinárias e a extraordinária e a necessidade de que cada pessoa, singularmente, requeira a tutela judicial em um caso idêntico ao já litigado por outrem. Observa o doutrinador que essas incongruências poderiam ser evitadas, como ocorreu em outros países.

Com o intuito de sanar esses inconvenientes, o legislador formulou construções jurídicas que funcionam como sucedâneos<sup>307</sup> ao *stare decisis*, são tentativas de solucionar os problemas advindos da não inclusão desse elemento no sistema brasileiro de controle de constitucionalidade.

Dentre elas, podemos citar a Repercussão Geral, versão do *writ of certiorari* Norte-americano (juízo de discricionariedade utilizado pela Suprema Corte para selecionar os casos que serão julgados), a suspensão da

---

<sup>304</sup> STRECK, Lenio Luiz. *O que é isto – O precedente judicial e as súmulas vinculantes*. 2. ed. Rev. atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2014. p. 33.

<sup>305</sup> TAVARES, André Ramos. *Nova Lei da Súmula Vinculante: Estudos e comentários à Lei 11.417 de 19.12.2006*. 3. ed. São Paulo: Método, 2009. p. 24.

<sup>306</sup> CAPPELLETTI, Mauro. *O controle judicial de constitucionalidade das leis no direito comparado*. Tradução de Aroldo Plínio Gonçalves. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 1984. p. 76-80.

<sup>307</sup> AMARAL JÚNIOR, José Levi Mello. loc. cit.



execução das leis pelo Senado Federal (art. 52, X da CF<sup>308</sup>) e as próprias Súmulas Vinculantes.

Por meio da utilização dos mencionados sucedâneos, o STF tem alterado o caráter subjetivo das suas decisões no controle difuso para o caráter objetivo, de modo a abstrativizar seus julgamentos e torná-los vinculantes a todos.

No entanto, a criação de uma diversidade de mecanismos que conferem eficácia ampla aos julgados da Suprema Corte, acaba por trazer choques entre os institutos.

Nesse sentido, o advento da Súmula Vinculante acabou por reduzir utilização da suspensão de leis pelo Senado Federal, prevista no art. 52, X da CF, pois o próprio STF poderá atribuir eficácia *erga omnes* e efeito vinculante ao enunciado, sem a necessidade de submeter sua vontade a outro órgão.

Todavia, o efeito que cada instituto produz é diverso. Enquanto a Súmula Vinculante transpõe dos precedentes um enunciado que orienta uma forma de interpretar os dispositivos de lei, a Resolução criada pelo Senado Federal tem o poder de suspender a eficácia da lei. Este é, portanto, mecanismo mais forte de mudança de entendimento, que incide no processo legislativo.

Passando à análise legal, conforme similar redação dos dispositivos que regulamentam a Súmula Vinculante (art. 103-A da CF e art. 2º, *caput* e § 1º da Lei 11.417/06<sup>309</sup>), o STF poderá editar, revisar ou cancelar

---

<sup>308</sup> Art. 52 da CF: Compete privativamente ao Senado Federal: X - suspender a execução, no todo ou em parte, de lei declarada inconstitucional por decisão definitiva do Supremo Tribunal Federal.

<sup>309</sup> Art. 2º da Lei 11.417/06: O Supremo Tribunal Federal poderá, de ofício ou por provocação, após reiteradas decisões sobre matéria constitucional, editar enunciado de súmula que, a partir de sua publicação na imprensa oficial, terá efeito vinculante em relação aos demais órgãos do Poder Judiciário e à administração pública direta e indireta, nas esferas federal, estadual e municipal, bem como proceder à sua revisão ou cancelamento, na forma prevista nesta Lei. § 1º: O enunciado da súmula terá por objeto a validade, a interpretação e a eficácia de normas determinadas, acerca das quais haja, entre órgãos judiciários ou entre esses e a administração pública, controvérsia atual que acarrete grave insegurança jurídica e relevante multiplicação de processos sobre idêntica questão.

súmula “de ofício ou por provocação, mediante decisão de dois terços dos seus membros, após reiteradas decisões sobre matéria constitucional” e esta “terá efeito vinculante em relação aos demais órgãos do Poder Judiciário e à administração pública direta e indireta, nas esferas federal, estadual e municipal”.

São, portanto, requisitos cumulativos para a edição de Súmulas Vinculantes, por força do disposto no art. 2º, *caput* e § 1º da Lei 11.417/06, conforme ensinamento de André Ramos Tavares<sup>310</sup>:

(i) [...] *reiteradas decisões* (idênticas); (ii) sobre normas acerca das quais haja *controvérsia atual* entre órgãos judiciários (não intra-STF, portanto) ou entre estes e a Administração; (iii) desde que essa situação acarrete grave *insegurança* jurídica e, concomitantemente; (iv) redunde em *multiplicação* de processos idênticos (quanto à matéria), causando um aumento desnecessário do volume de processos na Justiça.

E ainda:

Para os casos de processo de edição de súmula vinculante deflagrado por Município: (v) haver processo (judicial) em curso no qual o Município seja parte e discuta, incidentalmente, o tema que será objeto principal do processo de súmula vinculante.

Além do exposto, é obrigatório que súmula verse acerca de matéria constitucional. Mesmo que o enunciado tenha como objeto norma federal, estadual, municipal ou distrital, não pode tratar exclusivamente sobre o direito infraconstitucional.

Depreende-se do afirmado pelo autor no item “i”, e ainda, do comando legal expresso nos arts. 103-A da CF e 2º, *caput* e § 1º da Lei 11.417/06, que um enunciado não deve advir de apenas um precedente, mas de “reiteradas decisões”.

Assim, não é possível concluir que apenas uma decisão seja apta a ensejar a criação de uma Súmula Vinculante, pois seria incompatível com a imposição taxativa das referidas normas.

---

<sup>310</sup> TAVARES, André Ramos. *Nova Lei da Súmula Vinculante: Estudos e comentários à Lei 11.417 de 19.12.2006*. 3. ed. São Paulo: Método, 2009. p. 33.

Ainda, conforme o disposto na Lei da Súmula Vinculante, ao final do § 1º de seu art. 2º, reiterado pelo autor nos itens “iii” e “iv”, é necessário que o precedente evidencie a “grave insegurança jurídica e relevante multiplicação de processos sobre idêntica questão”.

Desse modo, é possível inferir que somente pelo uso de diversos processos como precedentes é possível editar um enunciado, que solucione a excessiva demanda causada pela propositura de diversas ações originárias ou interposição de diversos recursos perante o STF.

Por fim, quanto ao item “ii”, mencionado pelo autor, é possível inferir que para comprovar a controvérsia entre órgãos do Judiciário é dispensável o uso apenas de precedentes do controle difuso de constitucionalidade, pois também Ações Declaratórias de Constitucionalidade cumprem essa função.

É essencial para a propositura das ADC's a demonstração da “controvérsia judicial relevante” entre os Tribunais, conforme dispõe o art. 14, III da Lei 9.868/99<sup>311</sup>. Assim, o cumprimento desse requisito legal de admissibilidade também pode ser visto como um fator favorável para o uso dessas ações como precedentes.

Todavia, não existe semelhante exigência para as demais ações do controle concentrado. Logo, apenas por uma análise legal, não é possível inferir que por meio dessas outras ações possa ser demonstrada a controvérsia atual entre órgãos do Judiciário acerca da matéria objeto da Súmula Vinculante.

Desse modo, analisando apenas a necessidade de que seja demonstrada a “controvérsia atual entre órgãos judiciários”, seria possível admitir, junto aos precedentes do controle difuso, o uso de ADC's para a criação de Súmulas Vinculantes.

---

<sup>311</sup> Art. 14 da Lei 9.868/99: A petição inicial indicará: I - o dispositivo da lei ou do ato normativo questionado e os fundamentos jurídicos do pedido; II - o pedido, com suas especificações; III - a existência de controvérsia judicial relevante sobre a aplicação da disposição objeto da ação declaratória.

No entanto, para chegar a uma conclusão definitiva é imprescindível um exame dos demais requisitos dispostos no comando normativo.

De forma expressa, a Constituição e a Lei não proibiram o uso de ações do controle concentrado como precedentes. A despeito disso, pelo uso da hermenêutica constitucional é possível concluir que a utilização dessas decisões é incompatível com o instituto em estudo.

A hermenêutica constitucional consiste num método utilizado para a assimilação dos princípios e institutos constitucionais, de modo a possibilitar sua compreensão pela sociedade.

Pela interpretação lógica<sup>312</sup> do comando constitucional, pode-se concluir que ele somente atribuiria eficácia *erga omnes* e efeito vinculante a uma decisão que não fosse dotada desses efeitos. De outra forma, não seria lógico que uma norma previsse uma atribuição a uma decisão que já os possuísse.

Do mesmo modo se depreende pela interpretação sistemática<sup>313</sup>, por meio da qual se busca a coesão do ordenamento jurídico como um todo. Por esse raciocínio, seria inviável pensar que a norma iria prever a atribuição dos mencionados efeitos a um tipo de decisão que já os tivesse. Se assim fosse, estaria repetindo o mesmo comando.

A melhor conclusão acerca dos dispositivos é aquela que os vê como inovador na Jurisdição Constitucional e, portanto, como provedor de uma nova forma de se atribuir efeitos às decisões do controle difuso.

Em consonância com o exposto é o que determina a interpretação teleológica<sup>314</sup>, que avalia a norma a partir do fim social que visa alcançar. Nesse diapasão, as normas em comento não poderiam exprimir finalidade diversa do que a de atribuição de efeitos a decisões que antes não

---

<sup>312</sup> MAGALHÃES FILHO, Glauco Barreira. *Curso de hermenêutica jurídica*. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2015. p. 63-67.

<sup>313</sup> MAGALHÃES FILHO, op. cit., p. 67-70.

<sup>314</sup> MAGALHÃES FILHO, op. cit., p. 72-74.

os tinham. Por outro lado, se visassem atribuir tais efeitos a decisões do controle concentrado, se tornariam repetições legais e, portanto, desnecessárias.

Desse modo, pelo uso da hermenêutica é possível concluir que o sentido da norma exprime a vontade de atribuir efeitos gerais a decisões deles não dotadas, para assim, possibilitar a redução de reiteradas demandas em um mesmo sentido, e conferir maior celeridade aos julgamentos realizados pelo STF.

Apesar da defesa do uso de decisões do controle difuso como precedentes, o uso de decisões do controle concentrado é um dado real. Na análise das circunstâncias fáticas se constata que o STF se serve desses casos para criar Súmulas Vinculantes.

Em consulta ao site do STF é possível concluir que de um total de 53 enunciados, 12 deles contém como precedentes ADI's e ADC's. São as Súmulas Vinculantes nº 2, 7, 13, 21, 28, 29, 32, 38, 39, 42, 43 e 46.

Desde o início, quando da edição da Súmula Vinculante nº 2, o STF tem utilizado ações do controle concentrado de constitucionalidade como precedentes para a criação de alguns enunciados.

No caso da Súmula Vinculante 32, três ADI's foram utilizadas como precedentes, e apenas um Recurso Extraordinário foi adotado para compor a edição do enunciado. Em casos como o da súmula 28, somente uma Ação Direta de Inconstitucionalidade foi utilizada como fundamento, descumprindo, portanto, o requisito de "reiteradas decisões".

Assim, os julgados revelam que a Corte não se opõe ao uso desses tipos de precedentes, pois permanece utilizando-os reiteradamente. Todavia, no presente estudo essa prática é confrontada. A Lei e a Constituição não devem ser interpretadas no sentido de permitir tais atos.

Nesse sentido, há reprovação, inclusive, quanto à coerência do instituto em si, pois é criado e aplicado pelo mesmo órgão. Ao mesmo tempo

em que o STF impõe o cumprimento de uma determinação judicial, também aplica seu próprio entendimento. Lenio Luiz Streck<sup>315</sup> expõe que as súmulas revelam, em si, um verdadeiro contrassenso jurídico:

[...] Talvez por isso as súmulas vinculantes representem uma contradição do sistema: o STF é, ao mesmo tempo, o criador do texto e seu aplicador no momento em que julga as reclamações em virtude da não aplicação das Súmulas Vinculantes. São, pois, “quase ordenanças” com valor de lei [...].

É notório o paradoxo existente, o que se torna ainda mais grave quando não são obedecidos os mencionados critérios para a edição dos enunciados.

A inobservância desses requisitos pode conduzir o STF à criação de um comando genérico, abstrato, impessoal e imperativo sem o cumprimento das exigências legais que o permitem fazê-lo.

Somente por meio de lei é possível criar um comando com os valores acima mencionados. As súmulas podem atender a esses requisitos apenas se criadas em conformidade com os requisitos legais para tanto.

Logo, o descumprimento desses critérios importam em uma atuação exorbitante por parte do STF, que ultrapassa os limites de suas funções jurisdicionais.

Assim, esse comando, se não é uma súmula, por não atender às exigências para tanto, teria valor de lei, o que não pode ser admitido no Judiciário, por violação ao Princípio da Separação dos Poderes.

Uma lei nasce de uma técnica e processo legislativo que envolve desde a ponderação quanto à imprescindibilidade de regulamentação, até a sua publicação. Esta atividade deve estar adstrita ao Poder Legislativo, responsável pela mediação política entre a vontade do povo, o discurso ideológico e a atividade legiferante.

Portanto, uma lei é formada para atribuir ordem comum e abrangente, diferentemente de uma Súmula Vinculante, que deve surgir como forma de orientar conflitos originados em situações delimitadas pelos

---

<sup>315</sup> STRECK, Lenio Luiz. *O que é isto* – O precedente judicial e as súmulas vinculantes. 2. ed. Rev. atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2014. p. 68-70.

precedentes.

Desse modo, é possível concluir que uma súmula não pode ser criada em desconformidade com seus pressupostos de edição, pois acabaria se tornando objeto de transposição das barreiras entre os poderes.

## 2. A UTILIZAÇÃO DE DECISÕES DO CONTROLE DIFUSO DE CONSTITUCIONALIDADE COMO PRECEDENTES PARA A CRIAÇÃO DE SÚMULAS VINCULANTES

A utilização de precedentes do controle difuso de constitucionalidade para a edição de Súmulas Vinculantes é a escolha mais defensável, pois por meio deles se confere a uma decisão do caso concreto a eficácia *erga omnes* e o efeito vinculante que antes não possuía.

Ademais, o procedimento que conduz à criação do enunciado é objeto de maior discussão, por terem sido as ações do controle difuso alvo de intenso debate pelas partes e por todas as autoridades envolvidas em cada um dos processos utilizados como precedentes. Assim, a matéria é polemizada em todas as instâncias do Judiciário, e ainda, no processo de criação da Súmula Vinculante.

Entretanto, ainda existem falhas práticas no uso desse tipo de decisão como precedente, razão pela qual são formuladas diversas críticas à atuação do STF.

Conforme pode ser observado pelo enunciado da Súmula Vinculante 53, somente um precedente, o Recurso Extraordinário 569.056<sup>316</sup>

---

<sup>316</sup> Trata-se de recurso interposto pelo INSS (Instituto Nacional do Seguro Social) suscitando controvérsia relativa ao alcance do art. 114, VIII da CF, que dispõe: "Compete à Justiça do Trabalho processar e julgar: VIII a execução, de ofício, das contribuições sociais previstas no art. 195, I, a, e II, e seus acréscimos legais, decorrentes das sentenças que proferir (Incluído pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004)". Coube ao STF decidir se a execução de ofício das contribuições sociais era devida apenas quanto ao determinado em condenação ou acordo judicial, ou se poderia ser estendida ao período de relação de emprego.

(Diário de Justiça Eletrônico nº 236 de 12/12/2008), foi utilizado como fundamento para a sua edição.

O referido recurso foi proposto pelo INSS (Instituto Nacional do Seguro Social) objetivando ver reconhecida, em suma, a competência da Justiça do Trabalho para executar as contribuições previdenciárias devidas, que incidem sobre todo o período de contrato trabalhista.

No caso, foi reconhecida a Repercussão Geral da matéria, ante a multiplicação de processos idênticos no Tribunal Superior do Trabalho. Assim, essa poderia ter sido a fundamentação utilizada para cumprir com o requisito de “reiteradas decisões sobre matéria constitucional”, previsto na Constituição (art. 103-A) e na Lei nº 11.417/06 (art. 2º). No entanto, na Proposta de Súmula Vinculante (PSV), os Ministros não o declararam expressamente.

Nesse documento, o Relato se limitou a aduzir que: “Bem examinada a matéria, entendo que a presente proposta de edição de súmula vinculante preenche todos os requisitos para sua aprovação”.

Desse modo, se fosse estabelecida a premissa de que a Repercussão Geral foi utilizada como critério para o preenchimento do requisito para a criação da súmula, ainda assim, tal medida merece reprovação.

Como já mencionado, a Repercussão Geral é versão do *writ of certiorari* Norte-americano e sucedâneo normativo ao *stare decisis*. Assim, o seu uso combinado com o da Súmula Vinculante, outro sucedâneo, se torna excessivo.

Um precedente criado pelo STF em Repercussão Geral já está revestido dos atributos de generalidade e imperatividade necessários para tornar o comando gerado na decisão obrigatório em todo o país.

A utilização de outro instituto para reiterar a determinação contida no acórdão é redundante. A ordem judicial já teria força necessária para solucionar o conflito apresentado ao judiciário, tornando ilógica a



aprovação de um enunciado para cumprir a mesma função.

Ademais, a Repercussão Geral demonstrou a multiplicação de processos perante o TST, mas não provou a existência de “reiteradas decisões sobre matéria constitucional”, pois estas são publicadas exclusivamente pelo STF, guardião da Constituição Federal.

Dessa forma, conclui-se que no caso analisado um dos requisitos para a criação de Súmulas Vinculantes não foi cumprido e ainda, o instituto foi utilizado sem necessidade, o que ocorreu sem que houvesse qualquer justificativa dos Ministros.

Outro ponto a ser criticado na edição das súmulas é a atualidade dos precedentes. Conforme pode ser observado nos precedentes da Súmula Vinculante nº 11, a disparidade de tempo entre um precedente e outro põe em cheque o real cumprimento dos requisitos para a edição do enunciado.

A Súmula Vinculante 11 foi criada com base em quatro precedentes: os *Habeas Corpus* nº 91.952 (Diário de Justiça Eletrônico nº 241 de 19/12/2008), 89.429, (Diário de Justiça de 02/02/2007), 71.195 (DJ de 04/08/1995), e o Recurso Ordinário em *Habeas Corpus* nº 56.465 (DJ de 06/10/1978).

No primeiro dos precedentes, publicado no mesmo ano em que o foi a súmula, os Ministros, por unanimidade, tornaram sem efeito a decisão tomada no Tribunal do Júri, na qual o réu permaneceu algemado durante toda a sessão de julgamento.

No segundo precedente, publicado um ano antes da súmula, foi concedida a ordem em *habeas corpus*, por unanimidade, para determinar às Autoridades Policiais que se abstenham de fazer uso de algemas no paciente. Exceto na hipótese em que este oferecer risco à segurança de todos.

No terceiro precedente, publicado 13 anos antes da súmula, foi autorizado, por unanimidade, o uso de algemas durante a sessão do Tribunal do Júri em réu que comprovadamente oferecia risco à segurança das

autoridades julgadora.

No mesmo sentido foi a decisão proferida no processo que deu origem ao último precedente, publicado antes mesmo da vigência da atual Constituição Federal.

Consoante o disposto na parte final do § 1º do art. 2º da Lei da Súmula Vinculante é essencial, para a criação de um enunciado, a demonstração de uma "controvérsia atual que acarrete grave insegurança jurídica e relevante multiplicação de processos sobre idêntica questão".

Logo, é possível concluir que a disparidade de tempo entre uma decisão e outra, que foi utilizada como precedente, seria um óbice à edição de Súmulas Vinculantes.

Um dos precedentes utilizados para a sua criação foi uma decisão publicada apenas seis meses antes da publicação da súmula, o *habeas corpus* nº 89.429. Outro foi uma decisão publicada quatro meses após a súmula, o HC 91.952, o que desafia a lógica.

Já o HC 71.195, também utilizado como precedente, foi publicado treze anos antes da publicação do enunciado, em 1995. E o recurso ordinário em *habeas corpus* nº 56.465 foi publicado em 1978, antes mesmo da promulgação da atual Constituição Federal.

A criação de um enunciado deveria advir da necessidade de se firmar um posicionamento pacificador, diante da demanda de ações semelhantes, que reiteradamente propostas, provocariam um acúmulo desnecessário no judiciário.

No entanto, essa dedução não é compatível com o exemplo citado, pois os precedentes não demonstram a atualidade da controvérsia, nem a existência de reiteradas demandas num mesmo sentido, que levariam à necessidade de sua edição. Em crítica ao tratamento processual dispensado

para a edição de Súmulas Vinculantes, André Ramos Tavares<sup>317</sup> argumenta que:

[...] o STF tem insistido na informalidade do manejo das súmulas vinculantes, criando novas súmulas sem uma discussão envolvente de todas as nuances e particularidades que os temas exigem, dispensando pouca atenção à formula redacional final e suas possíveis consequências, bem como à questão temporal da aplicação das súmulas.

[...] Esse baixo compromisso com a questão processual revela-se, ainda, pelo teor e alcance da resolução 388/2008, da Presidência do Supremo Tribunal Federal, que passou a disciplinar o trâmite da PSV, e cuja aplicação prática levantará uma série de dificuldades para aplicá-la em se desviar dos preceitos legais e constitucionais.

É possível observar que a atuação do Supremo Tribunal Federal, no manejo com as Súmulas Vinculantes, está sujeita a diversas censuras, pela forma como as edita e modifica.

No mesmo sentido caminha o presente trabalho, pontuando seu inconformismo com a seleção de precedentes para a criação de Súmulas Vinculantes.

### 3. A UTILIZAÇÃO DE DECISÕES DO CONTROLE CONCENTRADO DE CONSTITUCIONALIDADE COMO PRECEDENTE PARA A CRIAÇÃO DE SÚMULAS VINCULANTES

Conforme mencionado nos capítulos anteriores, ainda que não seja identificado o sentido e a coerência, na prática, as decisões do controle concentrado são utilizadas como precedentes para a criação de Súmulas Vinculantes.

Essa incongruência suscitada tem como premissa o fato de que as decisões do controle concentrado já possuem a eficácia *erga omnes* e o efeito vinculante que se pretende dar com a edição do enunciado, conforme o

---

<sup>317</sup> TAVARES, André Ramos. *Nova Lei da Súmula Vinculante: Estudos e comentários à Lei 11.417 de 19.12.2006*. 3. ed. São Paulo: Método, 2009. p. 113.

disposto nos arts. 102, § 2º da CF<sup>318</sup> e 28, parágrafo único, da Lei 9.868/99<sup>319</sup>.

Além disso, outro contraste está na vulnerabilidade que o precedente do controle concentrado causa, em oposição ao do controle difuso, que, em regra, pode ser mais estável.

O rol dos legitimados do art. 103 da CF<sup>320</sup> taxa as figuras que participarão da discussão, no STF, acerca da questão constitucional. São, portanto, limitadas. Assim como aquelas que podem propor a criação de Súmulas Vinculantes. Todavia, estas estão em maior número que aquelas, o que dá maior possibilidade de alteração do enunciado criado.

Conforme dispõe o art. 3º, incisos I a XI e § 1º da Lei 11.417/06<sup>321</sup>, podem propor a edição, a revisão ou o cancelamento de enunciado de Súmula Vinculante quaisquer dos legitimados do art. 103 da CF<sup>322</sup> para propor

---

<sup>318</sup> Art. 102, § 2º da CF: As decisões definitivas de mérito, proferidas pelo Supremo Tribunal Federal, nas ações diretas de inconstitucionalidade e nas ações declaratórias de constitucionalidade produzirão eficácia contra todos e efeito vinculante, relativamente aos demais órgãos do Poder Judiciário e à administração pública direta e indireta, nas esferas federal, estadual e municipal. (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004).

<sup>319</sup> Art. 28, parágrafo único, da Lei nº 9.868/99: A declaração de constitucionalidade ou de inconstitucionalidade, inclusive a interpretação conforme a Constituição e a declaração parcial de inconstitucionalidade sem redução de texto, têm eficácia contra todos e efeito vinculante em relação aos órgãos do Poder Judiciário e à Administração Pública federal, estadual e municipal.

<sup>320</sup> Art. 103 da CF: Podem propor a ação direta de inconstitucionalidade e a ação declaratória de constitucionalidade: (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004) I - o Presidente da República; II - a Mesa do Senado Federal; III - a Mesa da Câmara dos Deputados; IV a Mesa de Assembléia Legislativa ou da Câmara Legislativa do Distrito Federal; (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004) V - o Governador de Estado ou do Distrito Federal; (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004) VI - o Procurador-Geral da República; VII - o Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil; VIII - partido político com representação no Congresso Nacional; IX - confederação sindical ou entidade de classe de âmbito nacional.

<sup>321</sup> Art. 3º da Lei 11.417/06: São legitimados a propor a edição, a revisão ou o cancelamento de enunciado de súmula vinculante: I - o Presidente da República; II - a Mesa do Senado Federal; III - a Mesa da Câmara dos Deputados; IV - o Procurador-Geral da República; V - o Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil; VI - o Defensor Público-Geral da União; VII - partido político com representação no Congresso Nacional; VIII - confederação sindical ou entidade de classe de âmbito nacional; IX - a Mesa de Assembléia Legislativa ou da Câmara Legislativa do Distrito Federal; X - o Governador de Estado ou do Distrito Federal; XI - os Tribunais Superiores, os Tribunais de Justiça de Estados ou do Distrito Federal e Territórios, os Tribunais Regionais Federais, os Tribunais Regionais do Trabalho, os Tribunais Regionais Eleitorais e os Tribunais Militares. § 1º O Município poderá propor, incidentalmente ao curso de processo em que seja parte, a edição, a revisão ou o cancelamento de enunciado de súmula vinculante, o que não autoriza a suspensão do processo.

<sup>322</sup> Art. 103 da CF: Podem propor a ação direta de inconstitucionalidade e a ação declaratória de constitucionalidade: (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004) I - o Presidente da República; II - a Mesa do Senado Federal; III - a Mesa da Câmara dos Deputados; IV a Mesa de Assembléia Legislativa ou da Câmara Legislativa do Distrito

ações do controle concentrado, acrescidos a esse rol o Defensor Público-Geral da União, os Tribunais Superiores e os de segunda instância da justiça comum, federal e especializada, e os Municípios, de forma incidental, nos processos em que for parte.

Desse modo, observa-se pela ampliação do rol de legitimados, que a utilização de ações do controle concentrado como precedentes para a edição de Súmulas Vinculantes diminuiria a segurança jurídica da decisão, pois existem mais autoridades legitimadas para rediscutir a questão.

Além disso, a matéria objeto de discussão perde alguma segurança se for considerado que o número de figuras que detém competência para propor a ação do controle concentrado é menor do que os que propõem a edição e cancelamento da súmula. Assim, alguns dos legitimados que não participaram do processo anterior podem solicitar o cancelamento do enunciado.

Por essa lógica, utilizando um precedente de ações do controle difuso, a vulnerabilidade do enunciado diminui, já que foi objeto de ampla discussão em diversas instâncias e por um espectro muito maior de autoridades, e pode ser rediscutida por um grupo menor de figuras, como um processo de afunilamento.

Alem disso, nas decisões do controle difuso não há uma limitação de autoridades que possam discutir a matéria, que não será abordada apenas em um órgão, mas em diversas instâncias do Judiciário.

No entanto, para edição, revisão e cancelamento de Súmulas Vinculantes faz-se necessário o voto favorável de 2/3 dos Ministros, oito deles. Já para declarar a constitucionalidade ou inconstitucionalidade de determinada norma, tanto em sede de controle concentrado de constitucionalidade, quanto difuso, é necessário o voto da maioria absoluta, ou seja, seis julgadores.

---

Federal; (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004) V - o Governador de Estado ou do Distrito Federal; (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004) VI - o Procurador-Geral da República; VII - o Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil; VIII - partido político com representação no Congresso Nacional; IX - confederação sindical ou entidade de classe de âmbito nacional.

Desse modo, é possível concluir, portanto, que, a despeito do modo como foi levada a controvérsia para o STF, a sua conversão em um enunciado de Súmula Vinculante contaria com um filtro maior em seu quórum de aprovação. No entanto, somente no caso concreto, e com a ponderação de outros elementos, será possível chegar a essa solução de forma segura.

Sendo assim, foram selecionadas três Súmulas Vinculantes para serem trabalhadas, com o objetivo de investigar as razões que levaram o STF a utilizar decisões do controle concentrado como fundamento para sua edição.

Primeiro, será analisada a Súmula Vinculante 2. Ela foi criada com base em precedentes exclusivamente do controle concentrado de constitucionalidade, nas ADI's 2.847-2/DF (Diário de Justiça 26/11/04), 3.277/PA (DJ 25/05/07), 2.690/RN (DJ 20/10/06), 3.183/MS (DJ 20/10/06), 2.996/SC (DJ 16/03/07), 3.147/PI (Diário de Justiça Eletrônico 13/06/14).

O enunciado dispõe ser competência privativa da União legislar acerca dos sistemas de consórcios e sorteios, bingos e loterias. As ações foram propostas contra algumas leis estaduais e distritais, e acusavam a violação aos incisos I e X do art. 22 da CF<sup>323</sup>, por ser de competência privativa da União a disposição acerca de consórcios e sorteios, no que se incluíam as loterias.

Para o STF, o enunciado se fez necessário, pois as decisões do controle concentrado só declararam a inconstitucionalidade de dispositivos de determinadas leis, sem, contudo, vincular os demais estados à exigência.

Assim, pela abstratividade da súmula vinculante seria possível estender a abrangência da decisão e aplicar maior economia processual à tutela jurisdicional do Supremo Tribunal Federal.

Nesse julgamento, é possível observar que se a

---

<sup>323</sup> Art. 22 da CF: Compete privativamente à União legislar sobre: I - direito civil, comercial, penal, processual, eleitoral, agrário, marítimo, aeronáutico, espacial e do trabalho; [...] X - regime dos portos, navegação lacustre, fluvial, marítima, aérea e aeroespacial.

fundamentação da decisão do STF em ADI fosse vinculante, não seria necessária a edição da súmula, pois os demais estados compreenderiam o óbice abstrativamente imposto, que ficou restrito à parte dispositiva do acórdão.

No entanto, isso só seria possível caso o STF aderisse à Teoria da Transcendência Motivos Determinantes, todavia, isso ainda não ocorreu.

De acordo com a Teoria da Transcendência dos Motivos Determinantes<sup>324</sup>, encabeçada pelo Min. Gilmar Mendes, a fundamentação das decisões também deveria ser vinculante, não somente seu dispositivo, mas a teoria ainda não encontrou adesão, nem gerou mudanças legais.

No *common law* dos Estados Unidos da América, essa teoria também não é aceita, assim, o *holding* de uma decisão seria como para nós é o dispositivo, aquilo que vincula, e se distingue do *dictum*, que deve ser desconsiderado para efeitos de vinculação de precedentes<sup>325</sup>.

Logo, para o caso, houve a necessidade de criação do enunciado, para combater a multiplicação de processos perante o STF, o que é um dos requisitos para a sua criação.

A escolha por um modelo de controle de constitucionalidade misto acaba por gerar falhas no sistema, que são provisoriamente solucionadas por institutos que geram outros problemas. E assim esse ciclo se repete, gerando cada vez mais a incompreensão dos julgados e o descrédito nos institutos jurídicos.

Quanto à Súmula Vinculante 13, esta teve como precedentes

---

<sup>324</sup> No julgamento da Reclamação Constitucional 11.477, em 2012, a Primeira Turma do STF reforçou o entendimento de que a teoria não é aceita pela Corte. No caso, o Prefeito de uma cidade no interior do Ceará alegou descumprimento do decidido pelo STF nas ADI's 3.715/TO, 1.779/PE e 849/MT, nas quais ficou assentado que as contas dos Prefeitos não são julgadas pelo Tribunal de Contas, mas sim pela Câmara Municipal. Entretanto, no julgamento da Reclamação a Primeira Turma asseverou que a fundamentação das decisões em ADI não vinculam os demais jurisdicionados, mas apenas a parte dispositiva, que no caso não era relativa ao Prefeito em questão. Ainda que se tratasse de ações do controle concentrado, com eficácia *erga omnes* e efeito vinculante, portanto, não se tornariam obrigatórias para as partes não envolvidas na controvérsia.

<sup>325</sup> STRECK, Lenio Luiz. *O que é isto – O precedente judicial e as súmulas vinculantes*. 2. ed. Rev. atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2014. p. 39-45.

ações do controle difuso e concentrado de constitucionalidade, dentre eles a Ação Declaratória de Constitucionalidade nº 12. Nela se suscitava a controvérsia judicial relevante acerca da constitucionalidade da Resolução nº 7 de 2005, do CNJ, que trata da prática do nepotismo.

O entendimento fixado foi de que a Resolução do CNJ, a despeito de não estar listada no rol dos atos normativos abstratos e autônomos do art. 59 da CF<sup>326</sup>, também possui caráter normativo primário, por estar revestida dos mesmos “atributos da generalidade, [...] impessoalidade [...] e abstratividade” de que estão estes atos.

Por fim, em razão do art. 37, V, da CF<sup>327</sup> definir como cargos em comissão os de direção, chefia e assessoramento, e a Resolução só mencionar os de direção e assessoramento, o Ministro dá interpretação conforme ao art. 2º, II, III, IV e V da Resolução para assinalar que o termo “direção” nele contido abarca as funções de chefia.

Após o julgamento da ADC, o plenário decidiu editar no próximo dia a Súmula Vinculante nº 13, que veda o nepotismo e o nepotismo cruzado. E ainda, que estipula o terceiro grau de parentesco como critério para auferir a irregularidade. Mais abrangente, portanto, que a Resolução.

Maria Olívia Pessoni Junqueira<sup>328</sup> critica a medida tomada pelo Supremo Tribunal Federal, e alega que esse órgão extrapolou os limites de sua atuação jurisdicional:

Ainda que o STF tenha estabelecido, nos diversos precedentes, que a proibição ao nepotismo decorre

---

<sup>326</sup> Art. 59 da CF: O processo legislativo compreende a elaboração de: I - emendas à Constituição; II - leis complementares; III - leis ordinárias; IV - leis delegadas; V - medidas provisórias; VI - decretos legislativos; VII - resoluções. Parágrafo único. Lei complementar disporá sobre a elaboração, redação, alteração e consolidação das leis.

<sup>327</sup> Art. 37, V, da CF: V - as funções de confiança, exercidas exclusivamente por servidores ocupantes de cargo efetivo, e os cargos em comissão, a serem preenchidos por servidores de carreira nos casos, condições e percentuais mínimos previstos em lei, destinam-se apenas às atribuições de direção, chefia e assessoramento; (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 19, de 1998).

<sup>328</sup> PESSONI JUNQUEIRA, Maria Olívia. *A construção da Súmula Vinculante pelo STF: Observação dos dezesseis primeiros enunciados de súmula vinculante editados*. São Paulo: Sociedade Brasileira de Direito Público, 2009. In: [http://www.sbdp.org.br/ver\\_monografia.php?idMono=149](http://www.sbdp.org.br/ver_monografia.php?idMono=149). p. 51-54.



diretamente do caput do art. 37 da Constituição Federal, valendo para todos os Poderes, independentemente de norma secundária, entende-se que não havia base material nos precedentes para que se fixasse o parentesco “até terceiro grau” para todos os Poderes. Não havia sequer norma constitucional ou infraconstitucional que o estabelecesse de forma tão abrangente a todos os Poderes.

Assim, os mesmos fundamentos utilizados para a criação de enunciado com base em princípios elencados no texto constitucional, não dão suporte a análises mais criteriosas, como o grau de parentesco.

Deduzir que o nepotismo viola a moralidade administrativa, dentre outros princípios, não significa o mesmo que estabelecer o grau de parentesco para a configuração da ilegalidade, pois isso não emana diretamente do texto constitucional.

Logo, é possível concluir que na criação do referido enunciado o STF exorbitou os limites da fundamentação prevista nos precedentes.

Por fim, se analisa a Súmula Vinculante 28, que dispõe ser “inconstitucional a exigência de depósito prévio como requisito de admissibilidade de ação judicial na qual se pretenda discutir a exigibilidade de crédito tributário” e foi editada com base em apenas um precedente, e do controle concentrado de constitucionalidade: a ADI 1.074-3/DF de 2007 (DJ 25/05/07).

Essa ação direta foi proposta pela CNI (Confederação Nacional da Indústria), com o intuito de ver declarada a inconstitucionalidade do art. 19 da Lei nº 8.870/94<sup>329</sup>, que exigia o depósito prévio da totalidade do INSS, corrigido monetariamente e acrescido de juros, multa de mora e demais encargos, nas ações nas quais se discutisse esse débito, alegando ofensa ao direito de ação e ao contraditório e ampla defesa (art. 5<sup>a</sup>, XXXV e LV da CF<sup>330</sup>).

---

<sup>329</sup> Art. 19 da Lei nº 8.870/94: As ações judiciais, inclusive cautelares, que tenham por objeto a discussão de débito para com o INSS serão, obrigatoriamente, precedidas do depósito preparatório do valor do mesmo, monetariamente corrigido até a data de efetivação, acrescido dos juros, multa de mora e demais encargos. (Vide ADIN nº 1.074-3).

<sup>330</sup> Art. 5º da CF: 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

Os dez Ministros presentes, por unanimidade, declararam a inconstitucionalidade do dispositivo legal, sob o fundamento de que o artigo mencionado importa em cerceamento do direito à tutela jurisdicional.

Após o julgamento, o Min. Joaquim Barbosa propôs a criação do enunciado de Súmula Vinculante, no Projeto de Súmula Vinculante (PSV) nº 37/10.

Na análise do projeto, o Min. Gilmar Mendes enfatizou que a decisão já era dotada de eficácia *erga omnes*, e que a súmula tornaria vinculante agora, os motivos determinantes da decisão, como ocorreu com a redação mais abrangente da súmula.

Vê-se, novamente, portanto, a intenção dos julgadores de tornar determinante parte do julgado, que não estava abrangido pelo dispositivo da decisão. Nesse caso e no da Súmula Vinculante 2, é possível observar que a matéria objeto de pacificação jurisprudencial não pôde tomar a abrangência que se pretendia dar, em razão das limitações inerentes ao modo como se configuram decisões do STF.

É possível concluir, portanto, que a adoção de um modelo híbrido de controle de constitucionalidade, com a consequente criação de diversos institutos que solucionem suas falhas, acaba por colocá-los em conflito, resultando em decisões pouco coesas e num Judiciário que se atém cada vez menos ao positivismo e às formas prescritas em lei.

#### 4. CONCLUSÃO

As exposições apresentadas nesse trabalho reforçam a ideia de que existe uma falha no sistema jurisdicional atual, o que contribui para uma

---

à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: [...] XXXV - a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito; [...] LV - aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes.

prática contraditória, que é a criação de Súmulas Vinculantes a partir de precedentes do controle concentrado de constitucionalidade.

Conforme foi abordado durante todo o trabalho, os mecanismos de seleção de precedentes para a criação de Súmulas Vinculantes perpassam análises variáveis, objetivando interesses que por vezes esbarram em conceitos normativos rígidos.

Assim, os motivos que levam à edição de um novo enunciado podem terminar conflitando com exigências legais, como a de “reiteradas decisões”, tão evidenciada nesse trabalho, como foi o caso das Súmulas 28 e 53, a primeira, que teve como precedente apenas uma ADI, a de número 1.074 e a segunda, apenas o RE 569.056.

Ainda, foi possível concluir que as contradições surgidas em decorrência dos numerosos institutos que visam sanar as falhas do modelo de controle de constitucionalidade adotado, acabam por gerar novos problemas.

Foi o caso exposto nas Súmulas 2 e 28, nas quais os Ministros expuseram a necessidade de tornar vinculante os motivos determinantes da decisão, ou seja, sua fundamentação. O caso não seria solucionado apenas pela parte dispositiva da decisão.

Depreende-se da análise da Súmula 13 que é censurável sua criação com disposições que vão além da matéria discutida nos julgamentos utilizados como precedentes, pois o Supremo Tribunal Federal não pode exceder os limites que lhe são conferidos, por sua atuação jurisdicional.

Já no caso da Súmula 11, a atualidade dos precedentes foi um fator decisivo, deixado de lado na sua criação, o que revelou um descumprimento com os requisitos legais para a sua edição.

Dessa forma, se infere do estudo apresentado, que a criação de um enunciado deve obedecer aos requisitos legais e constitucionais para tanto. O descumprimento desses critérios importa em uma exorbitante atuação por parte do Supremo Tribunal Federal.

No caso dos quatro enunciados apresentados (de número 11, 13, 28 e 53), foi constatado o excesso no uso das atribuições conferidas à Suprema Corte, pelo descumprimento das determinações legais para a sua criação.

Na Súmula Vinculante 11 não foi atendida à necessidade de edição do enunciado para reter a multiplicação de processos idênticos, pois os precedentes não eram atuais. Na de número 13, o enunciado versou acerca de matéria excedente aos limites dos precedentes que o fundamentam.

Já nas Súmulas 28 e 53 não foi cumprido o requisito de “reiteradas decisões sobre matéria constitucional”. Quanto à última, é reprovável a sua criação combinada com o uso da Repercussão Geral.

Por fim, quanto ao enunciado de número 2, e aqui acrescenta-se a crítica também ao de número 28, foi possível inferir que, pela aplicação da hermenêutica constitucional, não é possível a criação de Súmulas Vinculantes exclusivamente a partir de precedentes do controle concentrado de constitucionalidade.

Desse modo, conclui-se que na inobservância dos requisitos legais e na utilização de precedentes do controle concentrado de constitucionalidade para a criação das súmulas o STF exorbita suas funções e acaba extrapolando a esfera legislativa, editando enunciados genéricos, abstratos e imperativos, agindo além dos limites que a Constituição e a Lei lhe oferecem.

Portanto, a crítica que se elabora é no sentido de incentivar o maior cuidado com as formas dos institutos, a fim de evitar a continuidade do ciclo de incongruências presente no sistema de controle de constitucionalidade brasileiro.

## 5. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALENCAR, Ildgard Hevelyn de Oliveira. *Abstrativização do controle difuso: uma análise crítica da tese defendida pelos Ministros Gilmar Mendes e Eros Grau na Reclamação nº 4335-5/AC*. Brasília: IDP/EDB, 2012. 63f – Monografia (Especialização). Instituto Brasiliense de Direito Público.

AMARAL JÚNIOR, José Levi Mello. *Controle de constitucionalidade: Evolução brasileira determinada pela falta do stare decisis*. Revista dos Tribunais, 2012.

BARROSO, Luís Roberto. *O controle de constitucionalidade no direito brasileiro: exposição sistemática da doutrina e análise crítica da jurisprudência*. São Paulo: Saraiva, 2012.

CAPPELLETTI, Mauro. *O controle judicial de constitucionalidade das leis no direito comparado*. Tradução de Aroldo Plínio Gonçalves. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 1984.

CERQUEIRA, Wanessa Gabrielle Maia. *A abstrativização do controle difuso de constitucionalidade – cenário atual do controle difuso de constitucionalidade no direito constitucional brasileiro*. Brasília: IDP/EDB, 2014. Monografia (Especialização). Instituto Brasiliense de Direito Público.

FREIRE, Natália de Miranda. *Técnica e processo legislativo: comentários à Lei Complementar n. 95/98*. Belo Horizonte: Del Rey, 2002.

HÄBERLE, Peter. *Hermenêutica constitucional, a sociedade aberta dos intérpretes da Constituição: contribuição para a interpretação pluralista e “procedimental” da Constituição*. Trad. Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 1997.

MAGALHÃES FILHO, Glauco Barreira. *Curso de hermenêutica jurídica*. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2015.

MENDES, Gilmar Ferreira. *Controle Abstrato de Constitucionalidade: ADI, ADC e ADO – Comentários à Lei nº 9.868/99*. São Paulo: Saraiva, 2012.

NÓBREGA, Guilherme Pupe da. *Jurisdição Constitucional: limites ao subjetivismo judicial*. São Paulo: Saraiva, 2014.

PESSONI JUNQUEIRA, Maria Olívia. *A construção da Súmula Vinculante pelo STF: Observação dos dezesseis primeiros enunciados de súmula vinculante editados*. São Paulo: Sociedade Brasileira de Direito Público, 2009. In: [http://www.sbdp.org.br/ver\\_monografia.php?idMono=149](http://www.sbdp.org.br/ver_monografia.php?idMono=149).

STRECK, Lenio Luiz. *O que é isto – O precedente judicial e as súmulas vinculantes*. 2. ed. Rev. atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2014.

TAVARES, André Ramos. *Nova Lei da Súmula Vinculante: Estudos e comentários à Lei 11.417 de 19.12.2006*. 3. ed. São Paulo: Método, 2009.

<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verTexto.asp?servico=jurisprudenciaSumulaVinculante>.

<http://georgewbush-whitehouse.archives.gov/infocus/judicialnominees/roberts.html>.

<http://www.conjur.com.br/2015-fev-07/observatorio-constitucional-controle-constitucionalidade-aco-es-coletivas-desafia-logica>.

# A SUPRESSÃO DO JUÍZO DE ADMISSIBILIDADE DO RECURSO ESPECIAL NOS TRIBUNAIS DE SEGUNDO GRAU E A FORÇA VINCULANTE DOS PRECEDENTES NO NOVO CPC: UMA ANÁLISE SISTEMÁTICA FRENTE À RAZOÁVEL DURAÇÃO DO PROCESSO

Luiz Fernando Leite da Silva

**RESUMO:** Este trabalho analisa a supressão do juízo de admissibilidade do recurso especial no âmbito do tribunal recorrido trazida pelo novo Código de Processo Civil frente à razoável duração do processo. Para isso, busca-se descrever a atual sistemática do juízo de admissibilidade dos recursos excepcionais regulada pelo Código de 1973, conceituando os institutos pertinentes. Após, passa-se a relatar o histórico da tramitação do novo Código de Processo Civil de 2015, com destaque para as mudanças referentes ao tema estudado. Comenta-se, ainda, algumas proposições legislativas posteriores à promulgação do novo Código, tendentes a restabelecer o duplo juízo de admissibilidade. Mais adiante, apresentam-se os instrumentos de julgamento de casos repetitivos e a força vinculante dos precedentes, previstos na nova legislação. Por fim, relacionam-se esses instrumentos com a ideia de filtros de mérito e com o princípio da razoável duração do processo.

**Palavras-chave:** Recurso especial. Juízo de admissibilidade. Código de Processo Civil de 2015. Precedentes. Filtros de mérito. Razoável duração do processo.

**ABSTRACT:** This paper analyzes the abolition of the admissibility of the special appeal of the court judgment under appeal brought by the new Civil Procedure Code against the reasonable duration of the process. For this, it seeks to describe the current system of judgment on the admissibility of exceptional resources regulated by the 1973 Code, conceptualizing the relevant institutes. After passes to report the history of the processing of the new Civil Procedure Code 2015, highlighting the changes for the studied subject. Comments is also some subsequent legislative proposals the promulgation of the new Code, aimed at restoring the dual judgment of admissibility. Further, it presents the instruments of judgment of repetitive cases and the binding force of precedents, provided for in the new legislation. Finally, related to these instruments with the idea of merit filters and the principle of reasonable duration of the process.

**Keywords:** Special appeal. Admissibility. 2015 Civil Procedure Code. Precedents. Merit filters. Reasonable duration of the process.

## 39 INTRODUÇÃO

Com o advento do novo Código de Processo Civil (Lei nº. 13.105/15), uma nova ritualística processual foi estabelecida. Entre as principais alterações em relação ao atual Código, de 1973, está o fim do juízo de admissibilidade dos recursos excepcionais, *in casu*, recursos especial e extraordinário, no âmbito do tribunal recorrido, passando a ser feito diretamente nas cortes *ad quem*, ou seja, Supremo Tribunal Federal e Superior Tribunal de Justiça.

Tal mudança, seguindo uma diretriz constitucional que permeia todo o novo Código, se presta a dar maior celeridade<sup>331</sup> ao rito, já demasiadamente prolongado em virtude do caminho percorrido até essa fase processual, tendo em vista, em última análise, o princípio da razoável duração do processo, insculpido no art. 5º, inciso LXXVIII da Constituição Federal e no art. 4º do novo CPC, como norma fundamental do processo civil.

Entretanto, não há notícias de estudos prévios que constatassem a real necessidade de retirada desse instituto do ordenamento jurídico. Cumpre ressaltar que o juízo de admissibilidade dos recursos excepcionais no Tribunal *a quo* tem a função de filtrar os recursos que ascendem às instâncias superiores, eliminando aqueles que não possuem requisitos mínimos de cognoscibilidade, ou aqueles em que se discuta matéria de fato, por exemplo. Assim, a retirada dessa fase pode ocasionar nos tribunais superiores um represamento dos recursos pendentes de juízo de admissibilidade, elastecendo seu tempo de tramitação e, conseqüentemente, tornando-os menos céleres.

Outra inovação trazida pelo CPC/2015 foi a tentativa de se estabelecer uma cultura dos precedentes no cenário brasileiro, através de julgamentos de demandas repetitivas, com força vinculante. Entre os instrumentos mais importantes, destacam-se o julgamento de recursos especial e extraordinário repetitivos e o incidente de demandas repetitivas.

---

<sup>331</sup> BRASIL. Congresso Nacional. Senado Federal. Comissão de Juristas Responsável pela Elaboração de Anteprojeto de Código de Processo Civil. Código de Processo Civil: anteprojeto/Comissão de Juristas Responsável pela Elaboração de Anteprojeto de Código de Processo Civil. – Brasília: Senado Federal, Presidência, 2010. p. 381. Disponível em <http://www.senado.gov.br/senado/novocpc/pdf/Anteprojeto.pdf>. p. 3. Acesso em 18/06/2015.



Dessa forma, o presente trabalho se propõe a abordar a alteração legislativa, nesse ponto, tendo como tema a “supressão do juízo de admissibilidade do recurso especial no tribunal *a quo* frente à razoável duração do processo”. Ao tema se relacionam, ainda, os institutos de julgamento de casos repetitivos.

A escolha do tema se justifica pela atualidade do assunto e pelos impactos, positivos ou negativos, que a nova ritualística processual pode causar nos processos em curso e futuros.

Cumprе ressaltar, ainda, que o tema escolhido possui grande relevância social, haja vista interferir num ponto sensível do processo, qual seja, a sua razoável duração, o que, nos dias atuais, é tão importante para o jurisdicionado quanto o próprio bem da vida em litígio. “Em verdade, a demora na solução do litígio impõe a todos os litigantes um prejuízo: autor e réu perdem simultaneamente em razão do prolongamento injustificado da lide.”<sup>332</sup>

O tema é relevante, também, do ponto de vista acadêmico, por não haver, como já dito, um grande número de estudos sobre a necessidade de mudança na lei, no que se refere ao juízo de admissibilidade recursal.

Diante desse novo cenário, o presente trabalho se propõe a relacionar a alteração legislativa com o princípio da celeridade processual, buscando responder ao seguinte questionamento: em que medida a supressão do juízo de admissibilidade do recurso especial no tribunal *a quo* afeta a razoável duração do processo?

A hipótese inicial é a de que a retirada do juízo prévio de admissibilidade no âmbito do tribunal recorrido afetará a razoável duração do processo, na medida em que ocasionará um acúmulo de processos nos tribunais superiores pendentes de juízo de admissibilidade.

---

<sup>332</sup> CABRAL, Antonio do Passo. **A duração razoável do processo e a gestão do tempo no projeto de novo Código de Processo Civil**. In: FREIRE, Alexandre (org.) et al. **Novas tendências do processo civil – estudos sobre o projeto do novo CPC**. Vol. 2. Salvador: Editora Juspodivm, 2013. p. 76.

Para se chegar à resposta ao problema, se faz necessário, primeiramente, demonstrar o funcionamento da atual sistemática de duplo juízo de admissibilidade dos recursos excepcionais. Portanto, a primeira parte do presente trabalho se dedicará a apresentar os institutos relacionados ao juízo de admissibilidade recursal, de acordo com o Código de Processo Civil de 1973.

O atual modelo de processamento dos recursos especial e extraordinário, disciplinado a partir o art. 541 do Código de Processo Civil de 1973, se inicia com a interposição do recurso perante o presidente ou o vice-presidente do Tribunal recorrido. Após a abertura de prazo para contrarrazões, a autoridade competente fará o primeiro juízo de admissibilidade. Caso admitido o recurso, por decisão irrecorrível, os autos subirão ao Tribunal Superior respectivo. A decisão que inadmitir o recurso poderá ser atacada por agravo nos próprios autos, nos termos do art. 544, CPC/73.

Já o novo CPC/2015 determina que o recurso especial ou extraordinário serão remetidos ao Tribunal superior competente independentemente de juízo de admissibilidade.

Nota-se, assim, que houve uma mudança substancial no processamento dos recursos especial e extraordinário, com a supressão de uma fase, de modo que se faz necessário um estudo sobre a pertinência dessa alteração.

Para tornar mais nítida a alteração legislativa objeto do presente trabalho, eis a atual redação do Código de Processo Civil de 1973, no que interessa:

Art. 541. O recurso extraordinário e o recurso especial, nos casos previstos na Constituição Federal, serão interpostos perante o presidente ou o vice-presidente do tribunal recorrido, em petições distintas, que conterão:

(...)

Art. 542. Recebida a petição pela secretaria do tribunal, será intimado o recorrido, abrindo-se-lhe vista, para apresentar contra-razões. § 1º Findo esse prazo, serão os autos conclusos para admissão ou não do recurso, no prazo de 15 (quinze) dias, em decisão fundamentada.

(...)

Agora, a redação do novo CPC/2015:

Art. 1.029. O recurso extraordinário e o recurso especial, nos casos previstos na Constituição Federal, serão interpostos perante o presidente ou o vice-presidente do tribunal recorrido, em petições distintas que conterão:

(...)

Art. 1.030. Recebida a petição do recurso pela secretaria do tribunal, o recorrido será intimado para apresentar contrarrazões no prazo de 15 (quinze) dias, findo o qual os autos serão remetidos ao respectivo tribunal superior.

Parágrafo único. A remessa de que trata o caput dar-se-á independentemente de juízo de admissibilidade.

Assim, as categorias teóricas a serem discutidas no trabalho são o duplo juízo de admissibilidade dos recursos, o princípio da razoável duração do processo, e os novos institutos de julgamento de casos repetitivos trazidos pelo novo CPC, precisamente o julgamento de recurso especial repetitivo e o incidente de resolução de demandas repetitivas.

Por fim, serão abordados os institutos relativos ao fortalecimento dos precedentes no novo CPC, em especial o julgamento de recursos especiais repetitivos e o incidente de resolução de demandas repetitivas, relacionando-os com a razoável duração do processo e com a ideia de “filtro de mérito”<sup>333</sup>, a ser melhor explanada ao longo do trabalho.

#### 40 **CAPÍTULO 1: JUÍZO DE ADMISSIBILIDADE NO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL DE 1973 E A ALTERAÇÃO NO NOVO CÓDIGO DE 2015**

De início, antes de discorrer acerca da mudança trazida pelo Código de Processo Civil de 2015, faz-se necessário entender como funciona o atual procedimento do duplo juízo de admissibilidade dos recursos excepcionais. Dessa forma, este primeiro capítulo se presta a desenvolver conceitos básicos atinentes ao tema trabalhado, além de fornecer as informações necessárias para a correta compreensão da alteração legislativa que se pretende debater. Portanto, como ponto de partida, passa-se a expor os institutos referentes ao juízo de admissibilidade de acordo com a sistemática do Código de 1973.

---

<sup>333</sup> A ideia de “filtros de mérito” foi retirada do texto de NÓBREGA, Guilherme Pupe da. **A supressão do juízo de admissibilidade do especial e do extraordinário em segundo grau e as tentativas legislativas de seu restabelecimento.** Disponível em: <http://www.migalhas.com.br/ProcessoeProcedimento/106.MI226206.81042-A+supressao+do+juizo+de+admissibilidade+do+especial+e+do>. Acesso em 10/11/2015.

#### 40.1 1.1 A DISTINÇÃO ENTRE JUÍZO DE ADMISSIBILIDADE E JUÍZO DE MÉRITO

Os recursos, para que sejam examinados quanto ao mérito, necessitam antes passar pela análise dos requisitos de admissibilidade, que podem ser conceituados como sendo “as exigências legais que devem estar satisfeitas para que o órgão julgador possa ingressar no juízo de mérito do recurso”<sup>334</sup>.

José Saraiva assim define o juízo de admissibilidade: “O juízo de admissibilidade consiste, pois, na verificação do atendimento dos pressupostos externos do recurso, ou seja, não vinculados ao mérito da impugnação, mas previstos em lei como necessários à validade da prestação jurisdicional na fase recursal”.<sup>335</sup> Portanto, o juízo de admissibilidade recursal é uma análise prefacial acerca da possibilidade de conhecimento de determinado recurso, ou seja, limita-se a verificar a existência dos pressupostos recursais, bem como se o recurso preenche os requisitos necessários para a análise do mérito pelo juízo competente. No caso do recurso especial, esse primeiro juízo de admissibilidade é feito pelos Tribunais de Justiça e Tribunais Regionais Federais, antes da chegada do recurso ao Superior Tribunal de Justiça para o julgamento do mérito, caso seja admitido.

Cassio Scarpinella Bueno ensina que o juízo de admissibilidade tem a ver com o próprio direito de recorrer, antes do direito de obter a prestação jurisdicional pretendida:

Somente se preenchidos os pressupostos atinentes ao “juízo de *admissibilidade*” – reconhecendo-se, conseqüentemente, que o recorrente tem o *direito* de recorrer e que o *exerceu* devidamente – é que será possível passar ao “juízo de *mérito*”, voltado a saber se o recorrente tem, ou não, razão, isto é, se a decisão impugnada deve ou não prevalecer e em que medida.<sup>336</sup>

---

<sup>334</sup> SOUZA, Bernardo Pimentel. **Introdução aos Recursos Cíveis e à Ação Rescisória**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2008. p. 36.

<sup>335</sup> SARAIVA, José. **Recurso especial e o Superior Tribunal de Justiça**. São Paulo: Saraiva, 2002. p. 340.

<sup>336</sup> BUENO, Cassio Scarpinella. **Curso sistematizado de direito processual civil. Vol. 5: recursos, processos e incidentes nos tribunais, sucedâneos recursais: técnicas de controle das decisões jurisdicionais**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 68.

Já o juízo de mérito, como o nome já sugere, é “o exame do recurso pelo seu fundamento, isto é, saber se o recorrente tem ou não razão quanto ao objeto do recurso”<sup>337</sup>. Aqui, o foco do recurso é apontar erros substanciais na decisão recorrida, seja um *error in iudicando* ou um *error in procedendo*.

*Error in iudicando*, ou vício de juízo ou de julgamento<sup>338</sup>, significa a má apreciação e/ou aplicação do Direito à espécie, ou seja, é quando o juiz aplica o ordenamento jurídico ao caso concreto de forma errônea, na visão do recorrente. Aqui, o que se busca é a reforma da decisão recorrida, com a prolação de uma nova decisão de mérito, dotada de efeito substitutivo, não tendo nenhuma relação com o juízo de admissibilidade.

Já o *error in procedendo*, ou vício de atividade, é ligado a defeitos procedimentais, tornando a decisão formalmente errada. Nesse caso, o recurso buscará a anulação, pelo órgão *ad quem*, da decisão recorrida, com o proferimento de nova decisão pelo juízo *a quo*:

O vício de atividade, por sua vez, significa que o recurso se volta a questionar não, propriamente, a decisão, em si mesma considerada, é dizer, a sua *qualidade*, mas o *procedimento* que foi observado até o seu proferimento; a decisão é, nesse sentido, *formalmente* e não *materialmente* errada, de forma diversa do que se dá nos casos de vício de juízo. Por exemplo, um magistrado, indeferindo o pedido de produção de provas feito pelo réu, acolhe integralmente o pedido de tutela jurisdicional feito pelo autor. Aqui, o recorrente não busca o proferimento de uma nova decisão, que substitua a anterior, mas, ao invés, a sua anulação (ou invalidação) pelo órgão *ad quem* viabilizando, com isto, que uma nova decisão seja proferida pelo órgão *a quo* com a correção de sua atividade.<sup>339</sup>

É importante ressaltar que, embora o defeito seja procedimental, a decisão, ou juízo, que corrige o vício é de mérito, não se confundindo com juízo de admissibilidade.

---

<sup>337</sup> SARAIVA, José. **Recurso especial e o Superior Tribunal de Justiça**. São Paulo: Saraiva, 2002. p. 340.

<sup>338</sup> Cassio Scarpinella Bueno traz, em sua obra, os termos “vício de juízo” ou “vício de julgamento” como sinônimo para “error in iudicando”, bem como estabelece a locução “vício de atividade” como sinônimo de “error in procedendo”. In: BUENO. op. cit. p. 98.

<sup>339</sup> BUENO, Cassio Scarpinella. **Curso sistematizado de direito processual civil. Vol. 5: recursos, processos e incidentes nos tribunais, sucedâneos recursais: técnicas de controle das decisões jurisdicionais**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2014. pp. 98-99.

## 40.2 1.2 O PROCEDIMENTO DO DUPLO JUÍZO DE ADMISSIBILIDADE DO RECURSO ESPECIAL

Feita a diferenciação entre juízo de admissibilidade e de mérito, cumpre dizer que alguns recursos, dentre eles o recurso especial, possuem um duplo juízo de admissibilidade, que será “exercido sucessivamente pelo órgão de interposição do recurso (‘órgão *a quo*’) e também pelo órgão que julgará o recurso (‘órgão *ad quem*’), sendo certo que a deliberação feita pelo órgão de interposição não vincula o órgão de julgamento.”<sup>340</sup>

### 1.2.1 O JUÍZO DE ADMISSIBILIDADE NO JUÍZO A QUO

De acordo com o Código de Processo Civil de 1973, o procedimento do recurso especial se inicia com a interposição do recurso perante o presidente ou vice-presidente do tribunal recorrido, a depender das normas regimentais de cada Tribunal. Após a intimação do recorrido para apresentar contrarrazões, serão os autos conclusos a uma das autoridades acima citadas, para a admissão ou não do recurso (art. 542, § 1º). Percebe-se, assim, que o presidente ou vice-presidente do tribunal recorrido detém competência para a análise da admissibilidade do recurso especial. Para melhor visualização do procedimento acima descrito, eis a transcrição dos dispositivos legais pertinentes:

Art. 541. O recurso extraordinário e o recurso especial, nos casos previstos na Constituição Federal, serão interpostos perante o presidente ou o vice-presidente do tribunal recorrido, em petições distintas, que conterão:

(...)

Art. 542. Recebida a petição pela secretaria do tribunal, será intimado o recorrido, abrindo-se-lhe vista, para apresentar contra-razões.

§ 1º Findo esse prazo, serão os autos conclusos para admissão ou não do recurso, no prazo de 15 (quinze) dias, em decisão fundamentada.

Cumpre ressaltar, nesse ponto, que o recurso especial é um recurso de fundamentação vinculada, diferentemente da apelação e do agravo, por exemplo, que são recursos de fundamentação livre. Isso significa dizer que, para fins de cabimento, o recorrente deve demonstrar tipos específicos de vício

---

<sup>340</sup> BUENO. op. cit. p. 71.

ou defeito<sup>341</sup>, previstos, no caso do recurso especial, no art. 105, inciso III, alíneas “a”, “b” e “c”, da Constituição:

Art. 105. Compete ao Superior Tribunal de Justiça:

(...)

III - julgar, em recurso especial, as causas decididas, em única ou última instância, pelos Tribunais Regionais Federais ou pelos tribunais dos Estados, do Distrito Federal e Territórios, quando a decisão recorrida:

- a) contrariar tratado ou lei federal, ou negar-lhes vigência;
- b) julgar válido ato de governo local contestado em face de lei federal;
- c) der a lei federal interpretação divergente da que lhe haja atribuído outro tribunal.

Assim, caso seja interposto recurso especial com fundamento na alínea “a” do permissivo constitucional, ou seja, quando a decisão recorrida, no entender do recorrente, contrariar lei ou tratado federal, ou negar-lhes vigência, a petição do recurso deve se adstringir, necessariamente, a apontar, no acórdão recorrido, a alegada contrariedade ou negativa de vigência à determinada e especificada lei ou tratado federal, não sendo permitido uma fundamentação mais ampla, ou livre, para fins de conhecimento do recurso. É importante frisar que essa regra interfere na devolutividade do recurso, que fica limitada:

Ademais, a motivação vinculada restringe a extensão e a profundidade do efeito devolutivo do recurso, impedindo que o órgão *ad quem* julgue além ou fora do erro típico que torna admissível o remédio. Tal característica impede que o STF e o STJ, ao aplicarem o direito à espécie, transmudem-se em indesejável terceira instância, conquanto jungida ao reexame das questões de direito.<sup>342</sup>

É válido informar, ainda, que a redação do referido dispositivo constitucional recebe críticas da doutrina, uma vez que dá margem a uma interpretação de que seria necessário ao recorrente a comprovação da efetiva

---

<sup>341</sup> Na mesma esteira, entende Felipe Teles Santana: “Assim, quando a norma trazer a tipificação dos vícios ou defeitos passíveis de impugnação, estaremos diante de recurso de fundamentação vinculada, ao passo que, quando não houver dita tipificação normativa, de fundamentação livre será o recurso.” SANTANA, Felipe Teles. **Análise crítica à verificação do cabimento do recurso especial com fundamento na alínea ‘a’, inc. III, do art. 105 da Constituição Federal: o juízo de admissibilidade a serviço da prestação jurisdicional sem dilações.** In: OLIVEIRA, Bruno Silveira de (org.) et al. **Recursos e a duração razoável do processo.** - 1. ed. Brasília: Gazeta Jurídica, 2013. p. 89.

<sup>342</sup> ASSIS, Araken de. **Manual dos recursos.** 6. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014. pp. 66-67.

contrariedade ou negativa de vigência à lei ou tratado federal para que o recurso especial seja conhecido, o que confunde o juízo de admissibilidade com o próprio juízo de mérito do recurso.

É de se notar, também, que, assim como o recurso especial deve se prender aos fundamentos constitucionais de sua interposição, a decisão de admissibilidade do recurso pelo presidente ou vice-presidente do tribunal *a quo* também deve se conter a analisar apenas os aspectos relativos à admissibilidade do recurso, e não sobre seu mérito, que é de competência do Superior Tribunal de Justiça.

Resumindo este tópico: caso haja juízo positivo de admissibilidade, seguirá o recurso especial para julgamento no Superior Tribunal de Justiça. Já a decisão que inadmite o recurso poderá ser atacada por agravo nos próprios autos, situação a ser mais bem explanada a seguir.

### 1.2.2 O AGRAVO NOS PRÓPRIOS AUTOS

Como dito acima, caso o recurso seja inadmitido, dessa decisão caberá agravo nos próprios autos, com base no art. 544 do CPC/73, 12.322/2010:

Art. 544. Não admitido o recurso extraordinário ou o recurso especial, caberá agravo nos próprios autos, no prazo de 10 (dez) dias.

§ 1º O agravante deverá interpor um agravo para cada recurso não admitido.

§ 2º A petição de agravo será dirigida à presidência do tribunal de origem, não dependendo do pagamento de custas e despesas postais. O agravado será intimado, de imediato, para no prazo de 10 (dez) dias oferecer resposta, podendo instruí-la com cópias das peças que entender conveniente. Em seguida, subirá o agravo ao tribunal superior, onde será processado na forma regimental.

§ 3º O agravado será intimado, de imediato, para no prazo de 10 (dez) dias oferecer resposta. Em seguida, os autos serão remetidos à superior instância, observando-se o disposto no art. 543 deste Código e, no que couber, na Lei nº 11.672, de 8 de maio de 2008.

§ 4º No Supremo Tribunal Federal e no Superior Tribunal de Justiça, o julgamento do agravo obedecerá ao disposto no respectivo regimento interno, podendo o relator:

I - não conhecer do agravo manifestamente inadmissível ou que não tenha atacado especificamente os fundamentos da decisão agravada;



II - conhecer do agravo para: [\(incluído pela Lei nº 12.322, de 2010\)](#)

- a) negar-lhe provimento, se correta a decisão que não admitiu o recurso;
- b) negar seguimento ao recurso manifestamente inadmissível, prejudicado ou em confronto com súmula ou jurisprudência dominante no tribunal;
- c) dar provimento ao recurso, se o acórdão recorrido estiver em confronto com súmula ou jurisprudência dominante no tribunal.

A petição do agravo em recurso especial será dirigida à presidência do tribunal recorrido, abrindo-se prazo de 10 (dez) dias ao agravado para apresentar resposta (art. 544, § 2º). Após, os autos serão remetidos ao STJ. O mesmo acontece com o recurso em recurso extraordinário dirigido ao STF. Vale ressaltar que, “em nenhuma hipótese, o presidente ou vice-presidente do Tribunal recorrido ou da Turma Recursal pode deixar de remeter os autos ao tribunal superior competente, sob pena de usurpação de competência”<sup>343</sup>.

Esse dispositivo dá azo à mudança legislativa ora estudada. Isso porque, pela existência do agravo nos próprios autos, o juízo de admissibilidade feito pela Corte recorrida pode não exercer, em verdade, o papel de filtrar a subida de recursos aos Tribunais Superiores. A crítica se baseia no fato de que, caso inadmitidos, tais recursos chegarão, de toda forma, ao STJ, por meio do agravo nos próprios autos. Vale notar que, como dito acima, o agravo nos próprios autos, diferentemente dos recursos especial e extraordinário, não passa por um juízo prévio de admissibilidade no órgão *a quo*, a uma, por não haver previsão legal de tal competência aos tribunais recorridos, e a duas, por não ser lógico.

O parágrafo 4º do art. 544 do CPC/73 diz que o agravo nos próprios autos será processado, no Supremo Tribunal Federal e no Superior Tribunal de Justiça, na forma regimental. Pode o relator, no entanto, adotar algumas medidas, descritas nos incisos I e II, que, de alguma forma, dão celeridade ao trâmite processual, pois são decisões tomadas por ele próprio, sem a

---

<sup>343</sup> SOUZA, Bernardo Pimentel. **Introdução aos recursos cíveis e à ação rescisória**. 10 ed. São Paulo: Saraiva, 2014. pp. 447-448.

necessidade de o processo ir ao colegiado. A propósito, esse alargamento nos poderes do relator é alvo da crítica de Athos Gusmão Carneiro<sup>344</sup>:

Esta ampliação dos poderes do relator, transformado em “julgador” único, foi motivada, claro está, pela necessidade de limitar o número de recursos a serem julgados *em sessão*, tendo-se em vista o desmedido aumento do volume de processos (fenômeno, aliás, de âmbito mundial), sem o correspondente aumento no quantitativo de magistrados.

O inciso I do § 4º do art. 544 orienta o relator a não conhecer do agravo manifestamente inadmissível ou que não tenha atacado especificamente os fundamentos da decisão agravada.

O inciso II do referido parágrafo traz hipóteses de conhecimento do agravo, e possíveis ações a serem tomadas pelo relator. A alínea “a” permite ao relator conhecer do agravo para negar-lhe provimento, quando entender que não merece reparo a decisão agravada, qual seja, a decisão que inadmitiu o recurso especial.

Já as alíneas “b” e “c” conferem ao relator o poder de conhecer do agravo e adentrar o próprio mérito do recurso especial. Nesses casos, o relator conhecerá do agravo para negar seguimento ao recurso especial manifestamente inadmissível, prejudicado ou em confronto com súmula ou jurisprudência dominante no tribunal (alínea “b”); poderá, ainda, conhecer do agravo para dar provimento ao recurso especial, caso o acórdão recorrido estiver em confronto com súmula ou jurisprudência dominante do tribunal (alínea “c”).

De toda forma, uma vez conhecido e provido o agravo nos próprios autos, e passando-se à análise do recurso especial, o relator deverá, antes de adentrar o mérito do recurso, sobre ele fazer um novo juízo de admissibilidade. Como já falado anteriormente, o juízo de admissibilidade feito pelo tribunal *a quo* não vincula o julgador no órgão *ad quem*.

### 1.2.3 JUÍZO DE ADMISSIBILIDADE NO JUÍZO *AD QUEM*

---

<sup>344</sup> CARNEIRO, Athos Gusmão. **Recurso especial, agravos e agravo interno**. 7. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011. p. 276.

Uma vez admitido na origem, o recurso especial será distribuído a um relator no Superior Tribunal de Justiça. Após a distribuição, o relator poderá julgar monocraticamente o recurso, nas hipóteses previstas no art. 557 do CPC/73. Não sendo o caso de julgamento monocrático, o relator procederá à confecção do relatório, dando seguimento ao trâmite processual até o julgamento pelo colegiado.

De toda sorte, assim como no procedimento do agravo nos próprios autos, seja o julgamento monocrático ou colegiado, o relator deve, antes de mais nada, fazer novamente o juízo de admissibilidade do recurso.

#### **40.3 1.3 A SUPRESSÃO DO JUÍZO DE ADMISSIBILIDADE A QUO NO CPC/2015**

A supressão do juízo de admissibilidade na instância ordinária é uma das novidades mais discutíveis da reforma legislativa, gerando críticas e elogios pelos diversos atores da comunidade jurídica brasileira, o que será mostrado mais à frente.

O novo CPC, de 2015, ao tratar do recurso especial e do recurso extraordinário, prevê, no art. 1.030, parágrafo único, o seguinte:

Art. 1.030. Recebida a petição do recurso pela secretaria do tribunal, o recorrido será intimado para apresentar contrarrazões no prazo de 15 (quinze) dias, findo o qual os autos serão remetidos ao respectivo tribunal superior.

Parágrafo único. A remessa de que trata o caput dar-se-á independentemente de juízo de admissibilidade.

Assim, a partir da vigência do novo Código de Processo Civil, os Tribunais de Justiça e os Tribunais Regionais Federais passarão a ter a atribuição apenas de intimar o recorrido para apresentar contrarrazões e, logo após, tão-somente remeter os autos ao respectivo tribunal superior. A nova lei retira dos tribunais ordinários a competência para fazer o juízo de admissibilidade dos recursos especial e extraordinário, que passa a ser exclusiva dos tribunais superiores respectivos.

#### 40.4 1.4 O DUPLO JUÍZO DE ADMISSIBILIDADE E O PRINCÍPIO DA CELERIDADE PROCESSUAL

A mudança acima retratada, à primeira vista, parece trazer benefícios relativos à celeridade, já que se retira do trâmite processual uma de suas fases, qual seja, a do juízo de admissibilidade recursal no âmbito do tribunal recorrido. Tal mudança, numa primeira análise, diminuiria o tempo para o julgamento dos recursos. Entretanto, a nova ritualística poderá, ao contrário do que se espera, influir negativamente no período gasto até o julgamento do recurso.

Como já ventilado alhures, o juízo de admissibilidade feito no âmbito do tribunal recorrido tem a função de filtrar a subida ao STJ e ao STF de recursos manifestamente inadmissíveis, como os intempestivos e desertos, por exemplo. Como forma de esclarecimento do tema, eis os ensinamentos de Athos Gusmão Carneiro<sup>345</sup>:

Acrescentemos que esse juízo crítico pronunciado pela Presidência do tribunal de origem, no admitir ou no negar seguimento ao recurso especial, não padece de eiva alguma de inconstitucionalidade, mesmo porque o conhecimento da causa pelo Tribunal Superior estará sempre assegurado pela faculdade de interposição do agravo nos próprios autos (art. 544, na redação da Lei n. 12.322/2010). E é indispensável para impedir a automática remessa à instância extraordinária de uma pletera de irrisignações fadadas, mui provavelmente, ao insucesso. Ante a generosidade com que a legislação brasileira propicia sucessivos recursos (e sucedâneos recursais...), a existência de prévios juízos de triagem afigura-se evidentemente necessária à própria eficácia do processo.

Além disso, há quem entenda que o juízo de admissibilidade no juízo *a quo* pode ser interpretado como facilitador do trâmite processual:

A competência para o juízo de admissibilidade dos recursos é do órgão *ad quem*. Ao tribunal destinatário cabe, portanto, o exame definitivo sobre a admissibilidade do recurso. Ocorre que, para facilitar os trâmites procedimentais, em atendimento ao princípio da economia processual, o juízo de admissibilidade é normalmente diferido ao juízo *a quo* para, num primeiro

---

<sup>345</sup> CARNEIRO, Athos Gusmão. **Recurso especial, agravos e agravo interno**. 7. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011. p. 94.

momento, decidir provisoriamente sobre a admissibilidade do recurso.<sup>346</sup>

Destarte, para os autores acima citados, o duplo juízo de admissibilidade não tem o condão de dificultar o trâmite processual. Ao invés, exerce importante papel de filtro recursal, colaborando para a tramitação célere e eficaz dos processos.

Nos dias atuais, o entendimento esposado acima ganhou coro nos próprios tribunais superiores – o que reforça a importância do presente trabalho – quando alguns ministros do STF e STJ, como Gilmar Mendes e Sebastião Reis Júnior, declararam que a mudança trazida pelo Código de Processo Civil de 2015 poderia trazer um sem número de processos diretamente para as Cortes Superiores, que não teriam estrutura física para suportar a demanda<sup>347</sup>. Dessa forma, mais que afetada a celeridade dos processos, restaria inviabilizada a própria prestação jurisdicional.

Na visão de alguns ministros, haverá, de fato, o agravamento da situação de feitos nos tribunais superiores, trazendo inúmeros problemas adicionais, como o aumento excessivo de trabalho com o juízo de admissibilidade dos recursos. Há o temor, ainda, de que os tribunais deixem de se voltar para as questões realmente relevantes, de mérito, consumindo seu tempo na análise da admissibilidade dos recursos.

Para demonstrar os problemas operacionais que a mudança legislativa ora em estudo pode acarretar, o Superior Tribunal de Justiça manifestou sua preocupação com o possível aumento no número de recursos que lá chegarão. De acordo com dados do próprio Tribunal, no ano de 2014, foram interpostos 452,7 mil recursos especiais. Desses, 146,8 mil foram inadmitidos na origem e

---

<sup>346</sup> NERY JR., Nelson. **Princípios fundamentais – teoria geral dos recursos**. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000. p. 525.

<sup>347</sup> Como exemplo, leiam-se as notícias a seguir: **Novo CPC pode criar situação alarmante na distribuição de processos no STJ**. Disponível em: <http://www.migalhas.com.br/Quentes/17,MI217534,11049Novo+CPC+pode+criar+situacao+alarmante+na+distribuicao+de+processos>. Acesso em 20/10/2015; **STJ propõe ao Congresso restabelecer regras de admissibilidade dos recursos**. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2015-jul-14/stj-restabelecer-regras-admissibilidade-cpc>. Acesso em 20/10/2015; **Ministros de STF e STJ criticam mudança no juízo de admissibilidade do novo CPC**. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2015-out-20/ministros-stf-stj-criticam-mudanca-juizo-admissibilidade>. Acesso em 21/10/2015.

não foram agravados, número relevante que evidencia a importância do juízo de admissibilidade na Corte *a quo* como filtro.

É importante ressaltar que o novo CPC, por ser lei processual, produz efeitos imediatos logo após sua vigência, em razão do princípio *tempus regit actum* e do art. 14 do novo Código. Ou seja, logo após sua entrada em vigor, todos os recursos especiais ainda pendentes de juízo de admissibilidade nos Tribunais de Justiça e nos Tribunais Regionais Federais deverão ser remetidos ao STJ, independentemente de juízo de admissibilidade, na forma do art. 1.030, parágrafo único, do novo Código. Isso pode ocasionar, como vem sendo alardeado pelos membros do Tribunal, um acúmulo de processos à espera de admissão, dificultando sobremaneira os trabalhos no Tribunal da Cidadania e afetando frontalmente a celeridade processual.

Feitas as considerações acerca do procedimento do recurso especial na sistemática do Código de Processo Civil de 1973, se faz necessário entender as razões da alteração trazida pelo CPC/2015. Para isso, passa-se agora a um breve relato da tramitação do novo Código. Após, será feita uma análise de algumas proposições legislativas posteriores ao novo CPC referentes ao juízo de admissibilidade dos recursos excepcionais.

#### 41 **CAPÍTULO 2: BREVE HISTÓRICO DA TRAMITAÇÃO DO NOVO CPC E ALGUMAS PROPOSIÇÕES LEGISLATIVAS APÓS A SUA PROMULGAÇÃO**

A mudança no juízo de admissibilidade dos recursos especial e extraordinário não constava do anteprojeto do novo CPC, confeccionado pela comissão de juristas responsável pela construção da nova lei processual civil, liderada pelo Ministro Luiz Fux, no ano de 2010. A matéria estava disciplinada no art. 945 do anteprojeto<sup>348</sup>, que tinha a seguinte redação:

Art. 944. O recurso extraordinário e o recurso especial, nos casos previstos na Constituição da República, serão

---

<sup>348</sup> BRASIL. Congresso Nacional. Senado Federal. Comissão de Juristas Responsável pela Elaboração de Anteprojeto de Código de Processo Civil. Código de Processo Civil: anteprojeto/Comissão de Juristas Responsável pela Elaboração de Anteprojeto de Código de Processo Civil. – Brasília: Senado Federal, Presidência, 2010. p. 273. Disponível em <http://www.senado.gov.br/senado/novocpc/pdf/Anteprojeto.pdf>. Acesso em 27/10/2015.

interpostos perante o presidente ou vice-presidente do tribunal recorrido, em petições distintas que conterão:

(...)

Art. 945. Recebida a petição pela secretaria do tribunal, o recorrido será intimado, abrindo-se-lhe vista, para apresentar contrarrazões.

Parágrafo único. Findo esse prazo, serão os autos conclusos para admissão ou não do recurso, no prazo de quinze dias, em decisão fundamentada.

Portanto, como se vê, o duplo juízo de admissibilidade dos recursos excepcionais estava presente na proposta inicial do novo Código, nos mesmos moldes como consta no Código de 1973.

A primeira ideia de modificar a sistemática do juízo de admissibilidade dos recursos excepcionais ocorreu na 7ª audiência pública para se debater o novo Código, em Porto Alegre/RS. Na ocasião, sugeriu-se:

Que o juízo de admissibilidade do RE/REsp seja feito exclusivamente pelo tribunal competente para o julgamento da causa. Facilitaria a atuação dos advogados não radicados em Brasília, bem como diminuiria o número de recursos, evitando o agravo de instrumento contra a inadmissibilidade pelo juízo a quo.<sup>349</sup>

Nada obstante, a proposta não seria levada a efeito.

Da mesma maneira, quando da conversão do anteprojeto no Projeto de Lei do Senado nº 166/2010, foi mantido o duplo juízo de admissibilidade dos recursos especial e extraordinário, no mesmo art. 945 e parágrafo único<sup>350</sup>, tal qual no anteprojeto.

Após mudanças e discussões no Senado Federal, o PLS nº 166/2010 foi encaminhado à Câmara dos Deputados, onde transformou-se no Projeto de Lei nº 8.046/2010. O duplo juízo de admissibilidade recursal encontrava-se intacto,

---

<sup>349</sup> BRASIL. Congresso Nacional. Senado Federal. Comissão de Juristas Responsável pela Elaboração de Anteprojeto de Código de Processo Civil. Código de Processo Civil: anteprojeto/Comissão de Juristas Responsável pela Elaboração de Anteprojeto de Código de Processo Civil. – Brasília: Senado Federal, Presidência, 2010. pp. 364-365. Disponível em <http://www.senado.gov.br/senado/novocpc/pdf/Anteprojeto.pdf>. Acesso em 28/10/2015.

<sup>350</sup> BRASIL. Senado Federal. Projeto de lei iniciado no Senado nº 166/2010. Disponível em: <https://www2.mppa.mp.br/sistemas/gcsubsites/upload/25/Texto%20PLS%20166.pdf>. p. 224. Acesso em 27/10/2015.

na mesma redação do anteprojeto, agora localizado no art. 984 e parágrafo único<sup>351</sup>.

Entretanto, o Deputado Gabriel Guimarães (PT/MG) apresentou a emenda nº 825/2011<sup>352</sup>, na qual se propôs a alteração da redação do parágrafo único do referido art. 984, que passaria a dispor da seguinte forma:

Art.984.

.....  
Parágrafo único. Findo esse prazo, serão os autos remetidos ao tribunal superior competente, no prazo de quinze dias, onde será realizado o juízo de admissibilidade. Caso haja recursos especial e extraordinário, aquele será enviado ao Superior Tribunal de Justiça e, somente após o retorno dos autos desse tribunal, é que será encaminhado o recurso extraordinário ao Supremo Tribunal Federal.

Na justificação projeto, o parlamentar aponta que os tribunais das instâncias ordinárias invadem a competência dos tribunais superiores quando da realização do juízo de admissibilidade dos recursos excepcionais. Argumenta ainda que, após a apresentação das contrarrazões pelo recorrido, o trâmite processual no âmbito do tribunal *a quo* se prolonga por várias semanas. Nesse ponto, diz o deputado: “Cerca de 85% das decisões denegatórias são agravadas, o que mostra que não é tão eficaz assim esse método de filtragem dos recursos.”

Apesar dos argumentos, a proposta teve parecer contrário, no âmbito de comissão especial, dos deputados Sérgio Barradas Carneiro e Paulo Teixeira. Para rejeitar a emenda, disseram os parlamentares:

A presente sugestão visa transferir para os Tribunais Superiores a competência do juízo de admissibilidade dos recursos especial e extraordinário, que hoje é feito pelo Tribunal de origem.

Ora, é cediço que o grande volume de trabalho dos Tribunais Superiores é um dos gargalos que impedem a razoável duração do processo. Nesse passo, não seria aconselhável

---

<sup>351</sup> BRASIL. Câmara dos Deputados. Projeto de lei nº 8.046/2010. Disponível em: [http://www2.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop\\_mostrarintegra?codteor=831805&filename=PL+8046/2010](http://www2.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=831805&filename=PL+8046/2010). p. 170. Acesso em 27/10/2015.

<sup>352</sup> Disponível em: [http://www2.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop\\_mostrarintegra?codteor=955703&filename=EMC+825/2011+PL602505+%3D%3E+PL+8046/2010](http://www2.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=955703&filename=EMC+825/2011+PL602505+%3D%3E+PL+8046/2010). Acesso em 27/10/2015.



transferir o juízo de admissibilidade dos recursos especiais e extraordinários para as cortes Superiores.<sup>353</sup>

Apesar dos pareceres contrários, a mudança ocorreu, no âmbito da Comissão Especial, e foi posteriormente aprovada pelo Plenário.<sup>354</sup>

De volta ao Senado Federal, a alteração no juízo de admissibilidade se estabilizou, tomando lugar, na redação final do Código, no art. 1.030, parágrafo único.

Todo esse cenário demonstra o quão polêmica é essa alteração. Há argumentos tanto para defender a mudança quanto para refutá-la. Certo é que o assunto foi carecedor de discussões mais profundas a seu respeito antes da promulgação da lei nº 13.105/2015, tanto que já tramitam no Congresso Nacional projetos de lei que buscam restabelecer o juízo prévio de admissibilidade dos recursos excepcionais no tribunal recorrido, como será melhor debatido a seguir.

A matéria, definitivamente, não é unanimidade entre os operadores do Direito. Tanto que, após a promulgação da lei nº 13.105/2015, de 16 de março de 2015, já foram manejados ao menos três projetos de lei, dois na Câmara dos Deputados e um no Senado Federal, objetivando alterar o novo regime de juízo único de admissibilidade.

No Senado Federal, há o PLS nº 414/2015<sup>355</sup>, de autoria do Senador Blairo Maggi (PR/MT). Esse projeto de lei, segundo sua ementa, “dispõe sobre o juízo de admissibilidade do recurso especial ou extraordinário e instaura o recurso de agravo de admissão, nos próprios autos, dessa decisão, alterando dispositivos da Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015 – Código de Processo

---

<sup>353</sup> Parecer do Dep. Sérgio Barradas Carneiro. Disponível em: [http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop\\_mostrarintegra?codteor=1026407](http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=1026407). p. 688. Acesso em 28/10/2015; Parecer do Dep. Paulo Teixeira. Disponível em: <http://www2.camara.leg.br/atividade-legislativa/comissoes/comissoes-temporarias/especiais/54a-legislatura/8046-10-codigo-de-processo-civil/proposicao/pareceres-e-relatorios/parecer-do-relator-geral-paulo-teixeira-08-05-2013>. p. 733. Acesso em 28/10/2015.

<sup>354</sup> A informação foi retirada de BUENO, Cassio Scarpinella. **Projetos de Novo Código de Processo Civil Comparados e Anotados. Senado Federal PLS nº 166/2010 e Câmara dos Deputados PL nº 8.046/2010**. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 498.

<sup>355</sup> Disponível em: <http://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/122069>. Acesso em 28/10/2015.

Civil.” Em suma, o projeto pretende restabelecer o juízo de admissibilidade na instância ordinária, com a possibilidade de agravo nos próprios autos, rebatizado de agravo de admissão, caso denegatória a decisão. Na justificação do projeto, o Senador argumenta o seguinte:

Registro que a exclusão do filtro prévio realizado pelos tribunais originário no novo Código de Processo Civil irá propiciar, a um só tempo, dois aspectos negativos à prestação jurisdicional: i) incremento no número de processos nos tribunais superiores, como visto acima e ii) dificulta o trabalho dos Ministros responsáveis pelo exame do processo, que terão de realizar pela primeira vez a análise dos requisitos de admissibilidade recursal.

Na Câmara dos Deputados, há os Projetos de Lei nº 2.384/2015 e 2.468/2015, que tramitaram apensados. No PL nº 2.384<sup>356</sup> também se busca o restabelecimento do juízo de admissibilidade no juízo *a quo*. Porém, o projeto traz ainda a inovação de conferir efeito suspensivo ao recurso especial ou extraordinário até a decisão de admissibilidade no tribunal *a quo*, além de mudanças no regime do agravo nos próprios autos.

Na redação proposta pelo projeto em comento, o novo Código de Processo Civil passaria a dispor da seguinte maneira:

Art.1.029.§5º :

I – ao tribunal superior respectivo, no período compreendido entre a admissibilidade positiva do recurso nos tribunais locais ou de seu agravo, nos termos do art. 1.030-A, e sua distribuição, ficando o relator designado para seu exame prevento para julgá-lo;

§ 6º O recurso especial ou extraordinário terão efeito suspensivo até a publicação da decisão do juízo prévio de admissibilidade (art. 1.030), após a qual se regula, conforme o caso, pelo disposto no inciso I do parágrafo anterior.

Art. 1.030. Recebida a petição do recurso pela secretaria do tribunal, o recorrido será intimado para apresentar contrarrazões no prazo de 15 (quinze) dias, findo o qual os autos serão conclusos para admissão ou não do recurso, em decisão fundamentada.

Parágrafo único. Admitido o recurso, proceder-se-á na forma do art. 1.031.

Art. 1.030-A. Não admitido o recurso extraordinário ou o recurso especial, caberá agravo nos próprios autos, no prazo de 10 (dez) dias.

(...)

§ 4º No Supremo Tribunal Federal e no Superior Tribunal de Justiça, o relator poderá, em decisão fundamentada:

I – não conhecer do agravo, se intempestivo;

II – conhecer do agravo para dar ou negar-lhe provimento.

Na justificação do projeto nº 2.384/2015, o Deputado Carlos Manato (SD/ES) argumenta que, com a proposta, acabariam as hipóteses rígidas de conhecimento e provimento do agravo nos próprios autos hoje existentes (art. 544, § 4º do CPC/73), apoiando seu entendimento na ideia de fortalecimento dos precedentes trazida pelo novo Código, o que será objeto de análise pelo presente trabalho mais à frente. Assim, aduz o deputado:

Por outro lado, abandonou-se o rígido delineamento de hipóteses de conhecimento e provimento do agravo atualmente adotada pelo ainda vigente art. 544, § 4.º, do Código de Processo Civil (Lei n.º 5.869, de 11 de janeiro de 1973). E isso porque, considerado todo o *framework* de valorização e vinculatividade dos precedentes, entoados pela nova Lei Processual, somados aos ganhos de objetividade epistêmica com a exigência de estabilidade, integridade e coerência da jurisprudência (Lei n.º 13.105, art. 926), evidencia-se desnecessária a repetição das fórmulas que consagram, para o mal das práticas judiciárias, a malsinada jurisprudência defensiva dos tribunais superiores.

Assim, constrangeu-se o não conhecimento do agravo aos casos de intempestividade, sem possibilidade de superação desse óbice, dada a excepcionalidade do agravo. Já o ônus argumentativo para o provimento do referido recurso, por sua vez, ficou a cargo dos tribunais superiores, de acordo com os parâmetros justificatórios mencionados no parágrafo anterior, na qualidade de reflexos imediatos do dever constitucional de fundamentação das decisões (CF, art. 93, IX).

Já o Projeto de Lei nº 2.468/2015<sup>357</sup> também pretende alterar o regime de um único juízo de admissibilidade dos recursos excepcionais, entre outras modificações. Entretanto, esse projeto define, expressamente, as ações a serem tomadas pelo presidente ou vice-presidente do tribunal recorrido. Para melhor visualização das mudanças pretendidas, segue a transcrição do art. 1.030, na redação do PL nº 2.468/2015:

---

357

Disponível

em:

[http://www2.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop\\_mostrarintegra?codteor=1366100&filename=PL+2468/2015](http://www2.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=1366100&filename=PL+2468/2015). Acesso em 09/11/2015.

Art. 1.030. Recebida a petição do recurso pela secretaria do tribunal, o recorrido será intimado para apresentar contrarrazões no prazo de 15 (quinze) dias, findo o qual os autos serão conclusos ao presidente ou ao vice-presidente do tribunal recorrido, que deverá:

I – negar seguimento a recurso extraordinário que trate de controvérsia a que o Supremo Tribunal Federal tenha negado a repercussão geral;

II – negar seguimento a recurso extraordinário ou a recurso especial interposto contra acórdão em conformidade com o precedente de repercussão geral ou de recurso especial em questão repetitiva;

III – encaminhar o processo ao órgão julgador para juízo de retratação, se o acórdão recorrido divergir de precedente de repercussão geral ou de recurso especial em questão repetitiva;

IV – sobrestar o recurso que versar sobre controvérsia de caráter repetitivo ainda não decidida por tribunal superior;

V – selecionar o recurso como representativo de controvérsia constitucional ou infraconstitucional de caráter repetitivo, nos termos do § 6º do art. 1.036;

VI – realizar juízo de admissibilidade e, se positivo, remeter o feito ao tribunal superior correspondente, desde que:

a) o recurso ainda não tenha sido submetido ao regime da repercussão geral ou do recurso especial repetitivo;

b) o recurso tenha sido selecionado como representativo da controvérsia; ou

c) o tribunal recorrido tenha refutado o juízo de retratação.

§ 1º Das decisões de inadmissibilidade proferidas com fundamento no inciso VI, caberá agravo ao tribunal superior, nos termos do art. 1.042.

§ 2º Das decisões proferidas com fundamento nos incisos I, II e IV, caberá agravo interno, nos termos do art. 1.021.

Na justificação do projeto, o Deputado Leonardo Picciani (PMDB/RJ) ressalta o *know-how* dos tribunais de 2ª instância na feitura do juízo de admissibilidade, além de evidenciar a função de filtrar a subida de recursos aos tribunais superiores:

Destaque-se que as alterações do presente projeto não inovam as competências dos tribunais ordinários, antes as mantêm, pelo menos como ainda são antes da vigência do Novo CPC.

Nesse sentido, uma das principais medidas adotadas no projeto apresentado é a de manter o juízo de admissibilidade dos recursos especial e extraordinário na origem, isto é, no tribunal recorrido. Isso porque esses tribunais exercem esse crivo há algumas décadas e, assim, dispõem de expertise e, sobretudo, do material humano necessário para se desincumbirem da tarefa.

Não bastasse isso, o crivo dos tribunais de origem sobre a admissibilidade dos recursos de natureza extraordinária permite que eles filtrem as matérias encaminhadas às Cortes

Superiores, impedindo que uma avalanche de feitos bloqueie os trabalhos nas instâncias superiores e imponha a necessidade de contratação de servidores para exercer o juízo de admissibilidade que já vem sendo feito a contento pelas Cortes de origem.

Cumprе ressaltar que foi apresentado substitutivo ao PL nº 2.384/2015 pelo Deputado Fernando Coelho Filho (PSB/PE), que dava ao projeto a redação trazida pelo PL nº 2.468/2015. O substitutivo foi aprovado, e a redação final do PL nº 2.384/2015 passou a ser idêntica à do PL nº 2.468/2015. Dessa forma, a Câmara dos Deputados aprovou o PL nº 2.384/2015, desapensando o PL nº 2.468/2015, que foi arquivado por prejudicialidade ao primeiro. A proposta aprovada já foi encaminhada ao Senado Federal, onde foi registrada como PLC nº 168/2015<sup>358</sup>, de relatoria do Senador Blairo Maggi, mesmo relator do PLS nº 414/2015.

Percebe-se, com esses projetos de lei, que há a intenção de membros do parlamento de restabelecer o juízo prévio de admissibilidade dos recursos especial e extraordinário nas cortes *a quibus*. Para sustentar as mudanças almejadas, foram utilizados, entre outros, argumentos baseados no *common law*, na força dos precedentes, pretendida pelo novo Código. Esse assunto passa a ser abordado de forma mais profunda a seguir.

#### 42 CAPÍTULO 3: O FORTALECIMENTO DOS PRECEDENTES E OS FILTROS DE MÉRITO NO CPC/2015

A atividade jurisdicional, por ser atividade estatal, está subordinada aos princípios constitucionais que regem a Administração Pública, previstos no art. 37 da Constituição, sobretudo ao da eficiência. Observando isso, o Código de Processo Civil de 2015 tem como uma de suas bases a intenção de fortalecer os precedentes judiciais, a fim de se chegar a uma maior segurança jurídica e estabilidade das decisões, aumentando, assim, a eficiência da jurisdição.

---

<sup>358</sup> Disponível em: <http://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/123769>. Acesso em 10/11/2015.

Essa nova política judiciária, entretanto, afeta também a razoável duração do processo, outra faceta da eficiência, na medida em que decisões iguais para casos iguais evitam a interposição de recursos, reduzindo o tempo de tramitação dos processos. Com relação a esse princípio, previsto no art. 5º, inciso LXXVIII, da Constituição, e à luz do novo Código de Processo Civil, ensina Cassio Scarpinella Bueno:

O que o princípio quer, destarte, é que a atividade jurisdicional e os métodos empregados por ela sejam *racionalizados, otimizados*, tornados mais *eficientes* (...), sem prejuízo, evidentemente, do atingimento de seus objetivos mais amplos. Por isso mesmo, não há por que recusar referir-se a essa faceta do dispositivo constitucional em exame como “princípio da *eficiência* da atividade jurisdicional”.<sup>359</sup>

Dessa forma, passa-se a expor os dispositivos do novo CPC que tratam da vinculatividade dos precedentes, bem como dos instrumentos trazidos pelo novo Código para a obtenção do resultado pretendido, qual seja, o fortalecimento dos precedentes.

#### 42.1 3.1 O FORTALECIMENTO DOS PRECEDENTES NO NOVO CPC

O livro III do novo CPC, “dos processos nos tribunais e dos meios de impugnação das decisões judiciais”, se inicia com o título I, “da ordem dos processos e dos processos de competência originária dos tribunais”. Esse título, por sua vez, possui nove capítulos, sendo o primeiro deles o das disposições gerais, que compreende os arts. 926 a 928.

Nos artigos acima citados estão situadas normas diretivas básicas para se chegar a um sistema de previsibilidade jurídica, com o fortalecimento dos precedentes como norte para tal. Para isso, o art. 926 diz que:

Art. 926. Os tribunais devem uniformizar sua jurisprudência e mantê-la estável, íntegra e coerente.  
§ 1º Na forma estabelecida e segundo os pressupostos fixados no regimento interno, os tribunais editarão enunciados de súmula correspondentes a sua jurisprudência dominante.

---

<sup>359</sup> BUENO, Cassio Scarpinella. **Manual de direito processual civil: inteiramente estruturado à luz do novo CPC – Lei n. 13.105, de 16-3-2015**. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 50.

§ 2º Ao editar enunciados de súmula, os tribunais devem ater-se às circunstâncias fáticas dos precedentes que motivaram sua criação.

Clara está, portanto, a mensagem do legislador para que os tribunais produzam decisões efetivamente paradigmáticas, que sejam uniformes, estáveis, íntegras e coerentes, aptas a serem replicadas nos casos análogos, estabelecendo, assim, uma cultura de precedentes. Esse processo se dá, inclusive, com o incentivo à criação de enunciados de súmula. Isso ocorre pelo motivo de que as súmulas serão, juntamente com os demais institutos que serão mostradas a seguir, parâmetro para a aplicação do sistema de precedentes pelas primeira e segunda instâncias.

O novo CPC traz, no art. 927, quais decisões deverão servir de paradigmas para os juízes e tribunais na aplicação do precedente no julgamento do caso concreto, efetivando, assim, a vinculatividade dos precedentes judiciais:

Art. 927. Os juízes e tribunais observarão:

I – as decisões do Supremo Tribunal Federal em controle concentrado de constitucionalidade;

II – os enunciados de súmula vinculante;

III – os acórdãos em incidente de assunção de competência ou de resolução de demandas repetitivas e em julgamento de recursos extraordinário e especial repetitivos;

IV – os enunciados das súmulas do Supremo Tribunal Federal em matéria constitucional e do Superior Tribunal de Justiça em matéria infraconstitucional;

V – a orientação do plenário ou do órgão especial aos quais estiverem vinculados.

§ 1º Os juízes e os tribunais observarão o disposto no art. 10 e no art. 489, § 1º, quando decidirem com fundamento neste artigo.

§ 2º A alteração de tese jurídica adotada em enunciado de súmula ou em julgamento de casos repetitivos poderá ser precedida de audiências públicas e da participação de pessoas, órgãos ou entidades que possam contribuir para a rediscussão da tese.

§ 3º Na hipótese de alteração de jurisprudência dominante do Supremo Tribunal Federal e dos tribunais superiores ou daquela oriunda de julgamento de casos repetitivos, pode haver modulação dos efeitos da alteração no interesse social e no da segurança jurídica.

§ 4º A modificação de enunciado de súmula, de jurisprudência pacificada ou de tese adotada em julgamento de casos repetitivo observará a necessidade de fundamentação

adequada e específica, considerando os princípios da segurança jurídica, da proteção da confiança e da isonomia.

§ 5º Os tribunais darão publicidade a seus precedentes, organizando-os por questão jurídica decidida e divulgando-os, preferencialmente, na rede mundial de computadores.

Aqui, o novo CPC estabelece os parâmetros para que os juízes e tribunais inferiores apliquem a dinâmica dos precedentes, elencando, em seus incisos, quais os tipos de instrumentos da atividade jurisdicional deverão ser observados como precedentes. Para Cassio Scarpinella Bueno, esse dispositivo não dá margem aos juízes e tribunais para deixar de aplicar o precedente:

O *caput* do dispositivo, ao se valer do verbo “observar” conjugado no imperativo afirmativo insinua, não há por que negar, que não há escolha entre adotar ou deixar de adotar as diferentes manifestações das decisões jurisdicionais estabelecidas em seus cinco incisos.<sup>360</sup>

Apesar de o raciocínio do autor acima citado ser coerente, vale registrar a crítica de que o verbo “observar”, presente no *caput* do art. 927 do novo CPC, não está escrito no imperativo afirmativo, mas sim no futuro do presente do indicativo.

Como forma de assegurar a segurança jurídica, princípio caro ao novo Código, foi posto no § 1º do art. 927 que os juízes e tribunais, mesmo ao decidirem o caso com a aplicação dos precedentes, deverão sempre oportunizar o contraditório, além de decidirem de forma fundamentada. Nos demais parágrafos, foram colocadas regras que devem ser observadas na ocasião de alteração da jurisprudência pelos tribunais superiores, sempre tendo em vista, em última análise, a segurança jurídica.

Seguindo no assunto, o art. 928, em complemento ao artigo anterior, explica o significado da expressão “julgamento de casos repetitivos”:

Art. 928. Para os fins deste Código, considera-se julgamento de casos repetitivos a decisão proferida em:  
I – incidente de resolução de demandas repetitivas;  
II – recursos especial e extraordinário repetitivos.

---

<sup>360</sup> BUENO, Cassio Scarpinella. **Novo código de processo civil anotado**. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 571.



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

Eis, aqui, os instrumentos mais importantes para o estabelecimento da cultura de precedentes almejada pelo novo Código. O incidente de resolução de demandas repetitivas, ou IRDR, novidade trazida pelo novo Código, e a sistemática dos recursos especial e extraordinário repetitivos, aprimorada e robustecida pela nova legislação, são os principais meios de estabilização da jurisprudência. A seguir, passa-se a tratar com mais acuidade sobre os institutos, relacionando-os com a ideia de filtros de mérito.

#### **42.2 3.2 A SISTEMÁTICA DO RECURSO ESPECIAL REPETITIVO**

O julgamento dos recursos especial e extraordinário repetitivos tem previsão no novo Código de Processo Civil a partir do art. 1.036. No caso do recurso especial, verificada a multiplicidade de recursos versando sobre a mesma questão de direito federal, o presidente ou vice-presidente do tribunal de justiça ou tribunal regional federal selecionará dois ou mais recursos para serem afetados para julgamento pelo Superior Tribunal de Justiça segundo a sistemática dos repetitivos (art. 1.036, § 1º). Há a hipótese, também, de o próprio relator no STJ escolher dois ou mais recursos para afetação (art. 1.036, § 5º).

Uma vez enviados pelo TJ ou TRF os recursos para afetação, o presidente ou vice-presidente do tribunal determinará a suspensão do trâmite de todos os processos pendentes, individuais ou coletivos, que tratem da mesma matéria, no âmbito do seu respectivo Estado ou região, conforme o caso, até o julgamento do recurso especial repetitivo pelo STJ.

No âmbito da Corte Superior, o relator proferirá decisão de afetação, na qual, entre outras providências, determinará a suspensão da tramitação de todos os processos pendentes que versem sobre a mesma questão de direito em todo o território nacional (art. 1.037, II).

Outro importante dispositivo é o § 4º do referido art. 1.037, que diz que os recursos afetados deverão ser julgados no prazo de um ano e terão preferência sobre os demais feitos, ressalvados os que envolvam réu preso e

os pedidos de *habeas corpus*. O sentido desse dispositivo é aplicar a decisão de mérito proferida pelo STJ aos casos suspensos, evitando a produção desnecessária de decisões nos tribunais *a quo*. A esse respeito, Cassio Scarpinella Bueno afirma que

é cabível que alguns recursos sejam selecionados e decididos pelo STF e pelo STJ, com o sobrestamento de todos os demais, na expectativa de que a solução dada nos casos julgados por aqueles Tribunais seja aplicada e observada por todos os demais órgãos jurisdicionais.<sup>361</sup>

Aqui se percebe que a decisão paradigma proferida pelo STJ no recurso repetitivo funcionará como filtro à interposição de eventual recurso especial, já que a tese firmada pelo Tribunal Superior será preventivamente aplicada ao caso concreto nos processos suspensos. Tem-se, assim, um filtro de mérito à subida de eventual recurso especial ao STJ.

Nota-se com esses dispositivos que o novo Código de Processo Civil preza pela celeridade nos julgamentos, sobretudo os de casos repetitivos, e por decisões de mérito.

Ocorre que, caso não haja a colaboração dos tribunais superiores, tais normas podem se tornar inócuas. Isso porque, se o julgamento dos recursos afetados como repetitivos não ocorrer de forma atempada, cessam, em todo território nacional, a afetação e a suspensão dos processos, que tomam seu curso normal, conforme o art. 1.037, § 5º do novo CPC. Haverá, assim, enorme prejuízo, do ponto de vista da celeridade, devido à paralisação, por um ano, de inúmeros processos nas instâncias ordinárias, sem a definição da tese jurídica aplicável por parte do tribunal superior.

Há de se pensar, ainda, se realmente será possível ao STJ julgar os casos repetitivos dentro do período de um ano, sobretudo tendo em vista que haverá apenas um juízo de admissibilidade do recurso especial, a ser realizado pelo próprio STJ, o que, como já dito, pode tornar mais lenta a atividade do tribunal.

---

<sup>361</sup> BUENO, Cassio Scarpinella. **Manual de direito processual civil: inteiramente estruturado à luz do novo CPC – Lei n. 13.105, de 16-3-2015**. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 651.

É importante, agora, verificar os efeitos da decisão do Superior Tribunal de Justiça no julgamento dos recursos especiais repetitivos.

No próprio Tribunal, o julgamento de recurso especial repetitivo acarretará, na forma do art. 1.039, *caput*, do novo CPC, a declaração de prejudicialidade dos recursos sobrestados, ou a aplicação da tese definida no repetitivo, conforme o acórdão recorrido convirja ou diverja do entendimento estabelecido.

No âmbito dos Tribunais de Justiça e Tribunais Regionais Federais, o presidente ou vice-presidente do tribunal negará seguimento aos recursos especiais ali sobrestados, se o acórdão recorrido estiver em conformidade com o paradigma do STJ (art. 1.040, I). Essa medida deixa clara a função de impedir a subida desnecessária de recursos ao tribunal superior, exercendo o papel de filtro recursal. Por haver a aplicação da tese jurídica ao caso concreto, pode-se afirmar que esse filtro recursal é de mérito.

Caso, porém, o acórdão recorrido divergir da orientação do STJ no repetitivo, os autos retornarão ao órgão prolator da decisão divergente para reexame do recurso (art. 1.040, II). Mantida a decisão divergente, o recurso especial será remetido ao Superior Tribunal de Justiça (art. 1.041, *caput*). É possível, entretanto, que o tribunal de origem exerça juízo de retratação, alterando o acórdão divergente, devendo proceder ao exame das demais questões não decididas cujo enfrentamento se tornou necessário em decorrência da alteração (art. 1.041, § 1º). Aqui, mais uma vez, haverá uma diminuição na subida de processos ao STJ.

O julgamento de recurso especial repetitivo alberga, inclusive, os processos que ainda estão na primeira instância, além dos que estão pendentes de julgamento perante o tribunal de origem. De acordo com o art. 1.040, III, do novo CPC, uma vez julgado o repetitivo, esses processos, que estavam suspensos, retomarão seu curso normal para julgamento e aplicação da tese definida pelo Superior Tribunal de Justiça, evitando, assim, o prolongamento dessas ações com resultado previamente definido. Nesse ponto, também, se aplica a tese definida no repetitivo como filtro de mérito à

subida indiscriminada de recursos. Merece destaque, também, o alcance da referida norma, que atinge até mesmo processos no primeiro grau de jurisdição.

Por fim, há de se ressaltar os §§ 1º e 2º do art. 1.040. Segundo esses dispositivos, a parte poderá desistir da ação, antes de proferida a sentença, se a questão posta em juízo tiver sido objeto de repetitivo (§ 1º). Se a desistência ocorrer antes de oferecida contestação, haverá ainda a isenção de custas e honorários sucumbenciais (§ 2º). Por mais uma vez, poderá haver o arquivamento de processos com fundamento no julgamento de recurso especial repetitivo, impedindo a chegada de demandas aos tribunais superiores.

Como demonstrado, o julgamento de recursos especiais repetitivos é instrumento hábil a reduzir substancialmente o número de demandas no âmbito do Superior Tribunal de Justiça, o que acarreta um menor volume de trabalho àquele tribunal, afetando diretamente na celeridade da tramitação dos processos que lá chegarem.

Passa-se, agora, a expor um outro instrumento de filtragem à subida de recursos ao Superior Tribunal de Justiça, também de mérito. Trata-se do incidente de resolução de demandas repetitivas, o IRDR.

### **42.3 3.3 O INCIDENTE DE RESOLUÇÃO DE DEMANDAS REPETITIVAS – IRDR**

O Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas é uma novidade trazida pelo novo Código de Processo Civil. Inspirado em instituto similar do direito alemão (*Musterverfahren*), se presta a uniformizar a jurisprudência no âmbito dos Tribunais de Justiça e Tribunais Regionais Federais, com força vinculante. Sobre o incidente, ensina Cassio Scarpinella Bueno:

O instituto quer viabilizar uma verdadeira concentração de processos que versem sobre uma mesma questão de direito no âmbito dos Tribunais e permitir que a decisão a ser proferida

nele *vincule* todos os demais casos que estejam sob a competência territorial do Tribunal competente para julgá-lo.<sup>362</sup>

A instauração do incidente, segundo o art. 976, incisos I e II do CPC/2015, é cabível quando houver a efetiva repetição de processos que contenham controvérsia sobre a mesma questão unicamente de direito. Simultaneamente a esse requisito, deve haver o risco de ofensa à isonomia e à segurança jurídica. Com isso, percebe-se que o novo CPC busca evitar decisões díspares em casos idênticos no âmbito de um mesmo tribunal, em homenagem a esses princípios.

Essa intenção do novo Código pretende, como já dito no início deste capítulo, racionalizar a atividade jurisdicional, dando cumprimento ao princípio da eficiência e respeitando, em última análise, o princípio constitucional da razoável duração do processo (art. 5º, LXXVIII, CF).

O referido art. 976 traz ainda algumas regras que visam a facilitar a construção do precedente paradigma pelo tribunal, a fim de uniformizar sua jurisprudência, em consonância com o art. 926, que trata das disposições gerais, já comentado acima. É o que se pode extrair dos parágrafos 1º, 3º e 5º do art. 976.

Diz o § 1º que, uma vez instaurado o incidente, a desistência ou abandono do processo não impede o exame do mérito do incidente. O § 3º autoriza a instauração de um novo incidente, caso o primeiro tenha sido inadmitido por ausência de qualquer requisito de admissibilidade, desde que sanado tal vício. Por fim, o § 5º diz que não serão exigidas custas para a instauração do IRDR. Esses mecanismos de facilitação à produção do paradigma retomam a ideia de se estabelecer a cultura dos precedentes, pujante no novo CPC, evitando, assim, a proliferação de recursos sobre a mesma questão de direito.

Apesar de todos esses instrumentos de incentivo ao IRDR, há um dispositivo que obsta à sua instauração. O art. 976, § 4º, diz ser incabível a

---

<sup>362</sup> BUENO, Cassio Scarpinella. **Manual de direito processual civil: inteiramente estruturado à luz do novo CPC – Lei n. 13.105, de 16-3-2015**. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 577.

instauração do incidente quando a matéria já for objeto de recurso especial ou extraordinário afetado para julgamento sob a sistemática dos repetitivos. Vê-se, aqui, que a restrição à instauração do incidente se dá para evitar decisões conflitantes com as proferidas pelos tribunais superiores.

O pedido de instauração do incidente de resolução de demandas repetitivas, dirigido ao presidente do tribunal, poderá ser feito pelo juiz ou relator, por meio de ofício, pelas partes, pelo Ministério Público e pela Defensoria Pública, através de petição (art. 977, *caput*). Em todos os casos, o ofício ou petição deverá ser instruído com os documentos necessários à demonstração do preenchimento dos pressupostos para a instauração do incidente (art. 977, parágrafo único), quais sejam, a efetiva repetição de processos que contenham controvérsia sobre a mesma questão unicamente de direito e o risco de ofensa à isonomia e à segurança jurídica, constantes dos incisos I e II do art. 976.

O CPC/2015 deixou para os próprios tribunais a definição, por normas regimentais, do órgão fracionário competente para o julgamento do IRDR, dentre aqueles responsáveis pela uniformização da jurisprudência do tribunal (art. 978, *caput*). Porém, o novo Código estabeleceu, de antemão, que o órgão competente para o julgamento do incidente também o será para o julgamento do recurso, a remessa necessária ou o processo de competência originária de onde se originou o incidente (art. 978, parágrafo único).

Esse dispositivo dá celeridade ao processo, já que não será necessário, ao contrário do que normalmente ocorre com os incidentes, que o processo retorne ao órgão julgador de origem para aplicação do que decidido no incidente. De outro modo, a tese definida no IRDR será desde logo aplicada ao caso concreto ensejador de sua instauração pelo próprio órgão responsável pelo julgamento do incidente.

Admitido o incidente, o relator ordenará a suspensão de todos os processos pendentes que versem sobre a mesma matéria, individuais ou coletivos, que tramitem no Estado ou região, conforme o caso (art. 982, I).

Entretanto, é permitido às partes, ao Ministério Público e à Defensoria Pública, visando à garantia da segurança jurídica, requerer ao Supremo Tribunal Federal ou ao Superior Tribunal de Justiça, conforme a matéria discutida trate de dispositivos constitucionais ou da legislação federal, a suspensão de todos os processos individuais ou coletivos em todo o território nacional que versem sobre a mesma questão debatida no incidente (art. 982, § 3º). O pedido de suspensão poderá ser feito, ainda, por qualquer parte de outro processo idêntico ao submetido ao incidente, ainda que tramite fora do território de jurisdição do tribunal competente para o julgamento do IRDR instaurado (art. 982, § 4º).

Com a possibilidade de suspensão dos processos em todo o território nacional, o IRDR se mostra como instrumento capaz de impedir a chegada de uma grande quantidade de processos aos tribunais superiores, o que reforça a ideia de filtro de mérito.

Assim como ocorre com o STJ no julgamento do recurso especial repetitivo, o TJ ou TRF tem o prazo de um ano para julgar o IRDR, que terá a preferência sobre os demais casos, ressalvados os que envolvam réu preso e os pedidos de *habeas corpus* (art. 980, *caput*). Da mesma forma, caso não ocorra o julgamento nesse período, cessa a suspensão dos processos pendentes, salvo decisão fundamentada do relator em sentido contrário (art. 980, parágrafo único). Aqui, servem as mesmas críticas feitas ao julgamento de recursos especiais repetitivos, no sentido de haver a possibilidade de diversos processos ficarem parados por um ano, sem a resolução do incidente, enfraquecendo a celeridade e a razoável duração do processo.

As consequências da decisão do incidente são definidas pelo art. 985 do novo Código:

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

§ 1º Não observada a tese adotada no incidente, caberá reclamação.  
(...)

A respeito desse dispositivo, é relevante observar que a tese definida no julgamento do IRDR será aplicada aos processos que versem sobre a mesma questão de direito, inclusive no âmbito dos juizados especiais (inciso I), além dos casos futuros sobre idêntica controvérsia (inciso II). Esses incisos demonstram o viés vinculante que se quer atribuir às decisões em incidente de resolução de demandas repetitivas, prevendo até mesmo o cabimento de reclamação ao tribunal, caso não seja respeitada a tese adotada no incidente (§ 1º).

O art. 985 e seus incisos denotam, ainda, a função que o IRDR tem de impedir não só a interposição de inúmeros recursos, mas até mesmo o ajuizamento de ações malfadadas ao insucesso. Está-se diante, então, de um importante filtro (de mérito, repise-se) à chegada de processos nas instâncias superiores, que atua já na primeira instância, aplicando a tese firmada nos eventuais processos lá ajuizados que versem sobre a mesma questão resolvida no incidente.

O art. 987 do novo CPC diz que é cabível a interposição de recurso especial ou extraordinário, conforme o caso, do julgamento do mérito do incidente de resolução de demandas repetitivas. Ambos os recursos serão dotados de efeito suspensivo, e a questão constitucional discutida no eventual recurso extraordinário terá repercussão geral presumida (art. 987, § 1º).

Merece destaque o § 2º do referido art. 987, que diz que “apreciado o mérito do recurso, a tese jurídica adotada pelo Supremo Tribunal Federal ou pelo Superior Tribunal de Justiça será aplicada no território nacional a todos os processos individuais ou coletivos que versem sobre idêntica questão de direito”. Dessa forma, será desnecessária a instauração de novos incidentes de resolução de demandas repetitivas nos demais Estados ou regiões, bem como a interposição de novos recursos especiais acerca da matéria decidida. De novo, tem-se um mecanismo de mérito que evita a chegada de recursos ao STJ.



## 43 CONCLUSÃO

Neste trabalho buscou-se discutir algumas inovações trazidas pelo novo Código de Processo Civil de 2015, à luz do princípio constitucional da razoável duração do processo, insculpido no art. 5º, LXXVIII, da Constituição da República.

Em especial, voltaram-se os olhos para a mudança relativa ao juízo de admissibilidade dos recursos excepcionais, notadamente do recurso especial, que deixou de ser duplo, não mais ocorrendo no âmbito do tribunal recorrido. Será feito, outrossim, exclusivamente pelo tribunal superior responsável pelo julgamento do mérito. No caso do recurso especial, pelo Superior Tribunal de Justiça.

Em princípio, tal alteração servirá para dar maior celeridade ao rito, já que se retira uma fase do processo, culminando num menor tempo de tramitação e consagrando a razoável duração do processo.

Entretanto, a nova sistemática de juízo único de admissibilidade não foi bem aceita por todos, tanto que foi alvo de críticas de personalidades consagradas do Direito.

Para os céticos à mudança, o fim do juízo de admissibilidade do recurso especial no juízo *a quo* poderá acarretar uma enxurrada de processos remetidos diretamente ao Superior Tribunal de Justiça, já que não haverá mais o filtro recursal exercido pelos Tribunais de Justiça e Tribunais Regionais Federais. Esse cenário, em última análise, inviabilizará os trabalhos na Corte, o que nem de longe é o que se deseja para o Tribunal da Cidadania, sobretudo sob a ótica da celeridade e da razoável duração do processo.

Dessa forma, o presente trabalho pretendeu relacionar o fim do juízo de admissibilidade do recurso especial no tribunal recorrido com o princípio constitucional da razoável duração do processo, fazendo uma análise sistemática de alguns institutos trazidos pelo novo CPC que podem contribuir para evitar a catástrofe prenunciada no parágrafo anterior.

Para tanto, buscou-se, primeiramente, explicar para o leitor o funcionamento do atual modelo de duplo juízo de admissibilidade do recurso especial, previsto no Código de Processo Civil de 1973, para tentar entender os motivos que deram ensejo à sua mudança.

Após análise minuciosa acerca dos institutos que envolvem o tema trabalhado, inclusive com ensinamentos doutrinários a respeito, relacionou-se o duplo juízo de admissibilidade com o princípio da celeridade, corolário da razoável duração do processo.

Nesse ponto, mostrou-se que o juízo de admissibilidade feito no âmbito do tribunal *a quo*, enquanto filtro recursal, exerce o papel de barreira à subida indiscriminada de recursos aos tribunais superiores, funcionando como mecanismo de facilitação aos trâmites procedimentais no STJ e no STF.

Após, passou-se a relatar o histórico de tramitação do novo Código de Processo Civil – nos pontos pertinentes ao trabalho – desde o anteprojeto elaborado pela Comissão de Juristas responsável, em 2010, até a promulgação da lei nº 13.105, em 16 de março de 2015.

Verificou-se que a alteração do sistema de duplo juízo de admissibilidade do recurso especial não estava na proposta original do novo Código, tendo surgido já na tramitação do projeto no Congresso Nacional. Viu-se, ainda, que a mudança teve parecer contrário de alguns parlamentares, o que evidencia que o tema não é unânime, enriquecendo o debate aqui proposto.

Mesmo após a aprovação do fim do duplo juízo de admissibilidade, com a promulgação da nova lei, o assunto foi objeto de proposições legislativas, algumas já em fase avançada de tramitação, nos mais diversos sentidos. Todas pretendem, de alguma maneira, restabelecer o juízo de admissibilidade nos tribunais recorridos. As proposições têm em comum o argumento de que a retirada do filtro recursal no tribunal *a quo* inviabilizaria os trabalhos nas cortes superiores.

Em seguida, foi apresentada a nova diretriz do Código de Processo Civil de 2015, baseada no fortalecimento dos precedentes e na uniformização da jurisprudência. Apresentou-se, inclusive, os dispositivos da nova lei que demonstram a intenção do legislador de estabelecer uma cultura dos precedentes.

Assim, o presente trabalho caminhou para a apresentação dos instrumentos trazidos pelo novo CPC que serão utilizados para a formação do precedente, consubstanciados no julgamento de casos repetitivos. Passou-se a discorrer, então, sobre o julgamento de recursos especiais repetitivos e o incidente de resolução de demandas repetitivas. Foi lembrado, também, o julgamento liminar de improcedência do pedido.

A partir daí foram destrinchados os institutos citados acima, relacionando-os com o princípio da razoável duração do processo. Constatou-se que eles funcionarão como filtros de mérito à subida indiscriminada de recursos aos tribunais superiores, pelo motivo de que a tese jurídica definida será aplicada desde a primeira instância.

Pelo exposto, conclui-se que a retirada do juízo de admissibilidade nos tribunais de segunda instância poderá ocasionar, num primeiro momento, um crescimento na remessa de processos ao Superior Tribunal de Justiça, devido à ausência do filtro recursal exercido pelas cortes ordinárias.

Entretanto, a mudança não afetará a celeridade processual e a razoável duração do processo. Isso porque, a médio e longo prazo, a aplicação aos casos novos dos precedentes elaborados em julgamentos de casos repetitivos reduzirá efetivamente o número de recursos especiais interpostos.

Quer dizer, a tese jurídica fixada em recurso especial repetitivo ou em incidente de resolução de demandas repetitivas terá força vinculante e será de pronto aplicada aos processos que versarem sobre questão idêntica. Dessa forma, evita-se o prolongamento dos processos já previamente decididos pelo STJ ou pelo TJ's e TRF's.

Além disso, os que defendem o duplo juízo de admissibilidade sustentam seu ponto de vista em apenas um argumento, de filtro recursal, apesar de o cotidiano da prática forense mostrar o contrário. Todavia, tal alegação pode ser refutada com base no próprio sistema vigente, que permite a interposição de agravo nos próprios autos diretamente no tribunal superior. Assim, fica, de fato, enfraquecida a tese de que o juízo de admissibilidade no juízo *a quo* tem a função de filtrar a subida de recursos aos tribunais superiores.

Portanto, deve-se analisar o novo Código de Processo Civil como um todo. Nessa perspectiva, o fim do juízo de admissibilidade dos recursos excepcionais no âmbito do tribunal *a quo* não será um retrocesso, do ponto de vista da celeridade. Ao contrário, tal medida trará uma economia de tempo ao trâmite processual.

Por outro lado, a boa aplicação dos mecanismos de filtro de mérito, leia-se, julgamento de casos repetitivos, redundará numa esperada cultura dos precedentes, com a uniformização e a estabilidade da jurisprudência.

Em suma: o juízo de admissibilidade dos recursos excepcionais será feito exclusivamente nos tribunais superiores. Mas, após a proliferação dos precedentes, apenas uma quantidade mínima de recursos chegará ao Supremo Tribunal Federal e ao Superior Tribunal de Justiça. Esse quadro em nada afeta a razoável duração do processo. Ao contrário, só tende a contribuir para uma prestação jurisdicional mais célere e íntegra.

#### 44 REFERÊNCIAS

ASSIS, Araken de. **Manual dos recursos**. 6. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014

BRASIL. Câmara dos Deputados. Projeto de lei nº 8.046/2010

BRASIL. Câmara dos Deputados. Projeto de lei nº 2.384/2015

BRASIL. Câmara dos Deputados. Projeto de lei nº 2.468/2015

BRASIL. Congresso Nacional. Senado Federal. Comissão de Juristas Responsável pela Elaboração de Anteprojeto de Código de Processo Civil. Código de Processo Civil: anteprojeto/Comissão de Juristas Responsável pela Elaboração de Anteprojeto de Código de Processo Civil. – Brasília: Senado Federal, Presidência, 2010. p. 381.

BRASIL. Senado Federal. Projeto de lei iniciado na Câmara nº 168/2015

BRASIL. Senado Federal. Projeto de lei iniciado no Senado nº 166/2010.

BRASIL. Senado Federal. Projeto de lei iniciado no Senado nº 414/2015.

BUENO, Cassio Scarpinella. **Curso sistematizado de direito processual civil. Vol. 5: recursos, processos e incidentes nos tribunais, sucedâneos recursais: técnicas de controle das decisões jurisdicionais.** 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2014

\_\_\_\_\_. **Projetos de Novo Código de Processo Civil Comparados e Anotados. Senado Federal PLS nº 166/2010 e Câmara dos Deputados PL nº 8.046/2010.** São Paulo: Saraiva, 2014

\_\_\_\_\_. **Manual de direito processual civil: inteiramente estruturado à luz do novo CPC – Lei n. 13.105, de 16-3-2015.** São Paulo: Saraiva, 2015

\_\_\_\_\_. **Novo código de processo civil anotado.** São Paulo: Saraiva, 2015.

CABRAL, Antonio do Passo. **A duração razoável do processo e a gestão do tempo no projeto de novo Código de Processo Civil.** In: FREIRE, Alexandre (org.) et al. **Novas tendências do processo civil – estudos sobre o projeto do novo CPC. Vol. 2.** Salvador: Editora Juspodivm, 2013

CARNEIRO, Athos Gusmão. **Recurso especial, agravos e agravo interno.** 7. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011

GALDIANO, José Eduardo Berto. **Princípio da razoável duração do processo: mais que celeridade, uma questão de qualidade e eficiência.** In: OLIVEIRA, Bruno Silveira de (org.). et al. **Recursos e a duração razoável do processo.** 1. ed. Brasília: Gazeta Jurídica, 2013

MANCUSO, Rodolfo de Camargo. **Recurso extraordinário e recurso especial.** 10. ed. rev. ampl. e atual. de acordo com as leis 11.417 e 11.418/2006 e a emenda regimental STF 21/2007. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007

**Ministros de STF e STJ criticam mudança no juízo de admissibilidade do novo CPC.** Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2015-out-20/ministros-stf-stj-criticam-mudanca-juizo-admissibilidade>

NERY JR., Nelson. **Princípios fundamentais – teoria geral dos recursos**. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000

NÓBREGA, Guilherme Pupe da. **A supressão do juízo de admissibilidade do especial e do extraordinário em segundo grau e as tentativas legislativas de seu restabelecimento**. Disponível em: <http://www.migalhas.com.br/ProcessoeProcedimento/106,MI226206,81042-A+supressao+do+juizo+de+admissibilidade+do+especial+e+do>

**Novo CPC pode criar situação alarmante na distribuição de processos no STJ**. Disponível em: <http://www.migalhas.com.br/Quentes/17,MI217534,11049Novo+CPC+pode+criar+situacao+alarmante+na+distribuicao+de+processos>

SANTANA, Felipe Teles. **Análise crítica à verificação do cabimento do recurso especial com fundamento na alínea ‘a’, inc. III, do art. 105 da Constituição Federal: o juízo de admissibilidade a serviço da prestação jurisdicional sem dilações**. In: OLIVEIRA, Bruno Silveira de (org.) et al. **Recursos e a duração razoável do processo**. - 1. ed. Brasília: Gazeta Jurídica, 2013

SARAIVA, José. **Recurso especial e o Superior Tribunal de Justiça**. São Paulo: Saraiva, 2002

SOUZA, Bernardo Pimentel. **Introdução aos recursos cíveis e à ação rescisória**. 10 ed. São Paulo: Saraiva, 2014

**STJ propõe ao Congresso restabelecer regras de admissibilidade dos recursos**. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2015-jul-14/stj-restabelecer-regras-admissibilidade-cpc>

# CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE E DEMOCRACIA: UM EMBATE ENTRE RONALD DWORKIN E JEREMY WALDRON

Maraíse Sobral de Farias

**RESUMO:** O presente artigo tem um dos temas mais discutidos no que tange à legitimidade para analisar o controle de constitucionalidade, no atual cenário do constitucionalismo contemporâneo. Um possível conflito de legitimidade existente entre o Poder Legislativo e o Judiciário é o foco central desta discussão. Para tanto, foram escolhidos os autores Ronald Dworkin e Jeremy Waldron devido ao antagonismo que defendem suas teorias democráticas de legitimidade. Enquanto Dworkin defende a legitimidade do controle judicial de constitucionalidade, justificado pela leitura moral da Constituição e do modelo de juiz Hércules, Waldron, em contraposição, argumenta a favor da supremacia do Legislativo porque este respeita o ideal de democracia fundado na soberania popular. Dessa forma, o trabalho coloca em confronto as duas teorias propondo que, dentro dos argumentos traçados pelos autores, a que dispõe de fonte legítima de tomada de decisões é a defendida por Jeremy Waldron, qual seja, a teoria de supremacia do Legislativo.

**PALAVRA-CHAVE:** Controle de Constitucionalidade. Democracia. Legitimidade. Ronald Dworkin. Jeremy Waldron.

**ABSTRACT:** This article is one of the most discussed issues regarding the legitimacy to examine the *judicial review* in the current scenario of the contemporary constitutionalism. A possible existing legitimacy of conflict between the legislature and the judiciary is a central focus of this discussion. To this end, the authors Ronald Dworkin and Jeremy Waldron were chosen due to the antagonism defending its democratic legitimacy theories. While Dworkin defends the legitimacy of judicial review of constitutionality, justified by the moral reading of the Constitution and the Hercules judge model, Waldron, by contrast, argues for the supremacy of the legislature because it respects the

ideal of democracy based on popular sovereignty. Thus, the work confronts the two theories proposing that within the arguments outlined by the authors, who have legitimate source of decision-making is advocated by Jeremy Waldron, namely the legislative supremacy theory.

**KEYWORDS:** Judicial Review. Democracy. Legitimacy. Ronald Dworkin. Jeremy Waldron.

## INTRODUÇÃO

O controle de constitucionalidade é tema de amplo interesse e destaque nos debates acadêmicos atuais. Ultimamente, a discussão que se tem levantado diz respeito a quem tem legitimidade para concretização dos ideais constitucionais, a partir da revisão judicial ou não da legislação, para tomadas de decisões finais em sociedades livres e democráticas.

Com observância ao assunto, desenvolveu-se o interesse pela pesquisa na área de controle de constitucionalidade e democracia, e na escolha dos dois jusfilósofos que terão suas teorias contrapostas para elaboração do artigo. Assim, a pergunta-problema proposta para desenvolvimento do trabalho foi: Em que medida as situações de desacordos morais podem ser analisadas à luz das teorias de legitimidade democrática do controle de constitucionalidade, defendidas por Waldron e Dworkin?

Busca-se com o artigo fazer um confronto entre as teorias de legitimidade democrática defendidas pelos autores e transpô-las para uma análise das situações de desacordos morais nas democracias contemporâneas. Para tanto, utilizar-se-á pesquisa bibliográfica como metodologia de pesquisa, desenvolvendo o estudo a partir de livros, dissertações e artigos que tratem da matéria.

O cenário atual do controle de constitucionalidade nas democracias contemporâneas é favorável à revisão judicial da legislação, portanto, mais



próximo à teoria defendida por Ronald Dworkin, o que pode acarretar uma mitigação do controle pelo Legislativo. Mas, se aceitas as argumentações contrapostas por Waldron, o debate de temas em discordância na sociedade por meio do processo político, torna-se mais democrático porque tomado a partir da soberania popular.

Nesse diapasão, a hipótese proposta é a de que, em uma sociedade livre e democrática, onde se pressupõe a soberania popular, e que disponha das quatro pressuposições argumentativas de Jeremy Waldron, a legitimidade para tomada de decisões controversas pertence ao Poder Legislativo, não subsistindo a tese de Ronald Dworkin a favor da revisão judicial da legislação.

O artigo será desenvolvido em três partes: a primeira tratará sobre o aparente conflito que existe entre democracia e controle de constitucionalidade, como se posicionam as teses constitucionais a respeito da questão; o segundo ponto abordará a teoria de Ronald Dworkin a favor da revisão judicial; e o terceiro capítulo busca desenvolver os argumentos de Jeremy Waldron para sua tese de supremacia do Legislativo.

## **1. O APARENTE CONFLITO ENTRE CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE E DEMOCRACIA.**

Entre os problemas mais latentes dos atuais Estados Democráticos de Direito está o de quem detém legitimidade para interpretar e aplicar a Constituição. No Brasil, assim como nos Estados Unidos, a decisão para declarar uma lei inconstitucional é de competência do Judiciário. Mas, ao aplicar a Constituição a determinados casos, o Judiciário pode acabar por criar direitos não previstos em lei. Estaria o Judiciário adentrando no campo de legitimidade do Legislativo, ferindo a democracia e criando um conflito entre esses poderes?

Luís Roberto Barroso diz que a noção de democracia começou a desenvolver-se e aprofundar-se após a consolidação do Estado Democrático de Direito, quando se incorporou à discussão idéias como fonte legítima do poder e representação política. A vigência do Estado de Direito, em sentido formal, pode ser afirmada pela simples existência de algum tipo de ordem legal

cujos preceitos materiais e procedimentais sejam observados tanto pelos órgãos de poder quanto pelos particulares. No tocante à democracia, inclui-se a ideia de governo da maioria e de respeito aos direitos individuais realizáveis mediante abstenção ou cumprimento de deveres negativos pelo Estado<sup>363</sup>.

Com a inclusão aos conceitos de democracia na concepção do Estado Democrático de Direito, de ideais como fonte autêntica de poder e representação política, para que se tenha um governo legítimo, iniciou a discussão no meio jus-filosófico e acadêmico acerca da legitimidade no processo decisório das questões constitucionais.

Nesse contexto, as teses constitucionais sobre legitimidade democrática ganharam defensores tanto no Poder Judiciário, com a defesa voraz ao controle judicial de constitucionalidade por meio da intervenção de juízes e tribunais para garantir a concretização de direitos fundamentais, em contrapartida aos que afirmam que o Poder Legislativo é o legítimo para efetivar os ideais constitucionais por ser derivado da soberania popular.

A soberania popular, nas sociedades democráticas de direito, tem sentido na participação do povo nos mecanismos de produção e controle de decisões políticas, exercido efetivamente por parlamentares escolhidos em eleições, por vontade expressa da população. Assim, o Estado Democrático de Direito obtém o verdadeiro status de ideal político democrático e o Legislativo adquire legitimidade para garantir a elaboração de leis emanadas da vontade popular.

Porém, a compreensão de Estado Democrático de Direito também leva à discussão acerca da atuação do Judiciário como garantidor de direitos advindos de conflitos entre leis e Constituição, fazendo com que este, em um ideal político de democracia, faça prevalecer a aplicação e a soberania da Constituição, por meio do controle judicial de constitucionalidade, em detrimento da vontade do legislador.

Galvão diz que entre os argumentos utilizados na discussão sobre a legitimidade da jurisdição constitucional, quatro merecem atenção: a vontade

---

<sup>363</sup> BARROSO, Luís Roberto. **Curso de Direito Constitucional Contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo**. Saraiva: São Paulo, 2009. p. 40.

popular, um suposto conhecimento técnico adquirido pelos juízes, um argumento procedimental e a preocupação com a proteção dos direitos fundamentais<sup>364</sup>.

De acordo a concepção da vontade popular, as normas jurídicas não conseguem refletir os valores da sociedade, seja por vícios no processo legislativo ou em virtude de uma realidade social cambiante, sendo necessária a intervenção dos tribunais por meio do controle de constitucionalidade para reaproximar a ordem fático-social da jurídica. [...] para os adeptos da competência funcional, o que importa é que a atividade estatal seja dividida em varias esferas de atuação e que as funções sejam designadas aos órgãos que tenham as melhores condições de cumpri-las.

A terceira forma de defesa do controle de constitucionalidade advoga que a atuação judicial é legítima desde que seja exercida em benefício do processo político democrático. [...] a lógica do argumento da proteção de direitos é a de que nenhum ato governamental deve quedar-se imune ao crivo dos tribunais. A submissão dos outros poderes ao Judiciário, por meio do controle de constitucionalidade, baseado em um texto constitucional repleto de cláusulas substantivas foi a fórmula encontrada para monitorar a atividade governamental.

Com o embate de argumentos em defesa dos dois poderes iniciou um suposto contexto de conflito entre as supremacias do Parlamento e da Constituição, que ganhou grande destaque na Europa, com os movimentos liberais, a partir do século XVII, onde se deu ênfase ao princípio da supremacia das leis. E posteriormente, nos Estados Unidos, por volta do início do século XIX, onde o debate colaborou para que a Constituição tivesse um valor jurídico único, superior às leis, adotando-se o controle jurisdicional de constitucionalidade, para que fosse um instrumento de submissão dos poderes a limites, efetivando essa supremacia<sup>365</sup>.

O controle de constitucionalidade surgiu nos Estados Unidos, sob uma Constituição que não o prevê expressamente. No célebre caso *Marbury versus Madison*, o juiz Marshall pôde, em conhecida argumentação:

---

<sup>364</sup> GALVÃO, Jorge Octávio Lavocat. **O Neoconstitucionalismo e o Fim do Estado de Direito**. Saraiva: São Paulo, 2014. p. 79-100.

<sup>365</sup> MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. 9 edição. Saraiva: São Paulo, 2014.

Demonstrar que se a Constituição americana era a base do direito e imutável por meios ordinários, as leis comuns que a contradissem não eram verdadeiramente leis, não eram direito. Assim, essas leis seriam nulas, não obrigando os particulares. Demonstrou mais que, cabendo ao Judiciário dizer o que é o direito, é a ele que compete indagar da inconstitucionalidade de uma lei. De fato, se duas leis entrarem em conflito, deve o juiz decidir qual aplicará<sup>366</sup>.

Assim, ao expor seus argumentos, Marshall indicou as razões que justificam o controle judicial de constitucionalidade: (a) a supremacia da Constituição, como consequência desse fundamento, (b) a nulidade de lei que contrarie a Constituição, e (c) o Judiciário como interprete final da Constituição<sup>367</sup>.

Por força dessa histórica decisão de Marshall, abriu-se o primeiro precedente para que a Suprema Corte americana exercesse o controle de constitucionalidade, no constitucionalismo moderno, declarando a inconstitucionalidade de leis, de acordo com a interpretação dada pelo juiz ou tribunal, e conseqüentemente, sua não aplicação ao caso concreto quando há conflito de normas, firmando a idéia de soberania da Constituição sobre a vontade do legislador.

O raciocínio aplicado para a argumentação de Marshall é categórico quando aplicado à teoria constitucional de supremacia da Constituição. Portanto, se uma lei inconstitucional é aplicada a uma determinada situação, produzindo efeitos na sociedade, representaria a negativa de vigência da Constituição e violaria sua soberania.

A doutrina pela qual o Judiciário se ordena a declarar que as normas contrárias à Constituição não são aplicáveis, assim como o reconhecimento de que esta é a norma jurídica aplicável à solução de pendências ficou conhecido

---

<sup>366</sup> FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Curso de Direito Constitucional**. 39 edição. Saraiva: São Paulo, 2013.

<sup>367</sup> BARROSO, Luís Roberto. **O controle constitucional no Direito Brasileiro: exposição sistemática da doutrina e análise crítica da jurisprudência**. 6 edição. Saraiva: São Paulo, 2012.

como *judicial review*<sup>368</sup>. É a partir dessa concepção de revisão judicial da legislação que os autores escolhidos para esse debate defendem suas teses.

Ronald Dworkin enxerga a defesa dos direitos fundamentais como a tarefa central das cortes. Para ele, a objeção democrática contra a legitimidade do *judicial review*<sup>369</sup> confunde o que a democracia efetivamente significa. De acordo com sua concepção de democracia, esse regime tem alguns requisitos morais substantivos que não são atendidos necessariamente por um procedimento majoritário, mas pela “resposta certa” sobre direitos fundamentais, pouco importando, nesse caso, o procedimento decisório para a legitimidade da decisão<sup>370</sup>.

Luís Roberto Barroso explica a lógica do *judicial review* sob a ótica da supremacia da Constituição e o papel do Judiciário como intérprete qualificado e competente para controlar a constitucionalidade das leis:

Se a Constituição é a lei suprema, qualquer lei com ela incompatível é nula. Juízes e tribunais, portanto, diante da situação de aplicar a Constituição ou uma lei com ela conflitante, deverão optar pela primeira. Se o poder de controlar a constitucionalidade fosse deferido ao legislativo, e não ao Judiciário, um mesmo órgão produziria e fiscalizaria a lei, o que o tornaria onipotente<sup>371</sup>.

Em tese contrária, o professor neozelandês Jeremy Waldron, defensor da supremacia do Parlamento, argumenta que o *judicial review* é vulnerável em duas frentes:

ele não fornece, como freqüentemente se alega, uma maneira pela qual uma sociedade possa claramente enfocar as questões reais em jogo quando cidadãos discordam sobre direitos; pelo contrário ele os distrai com questões secundárias sobre

---

<sup>368</sup> MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. 9 edição. Saraiva: São Paulo. p. 49.

<sup>369</sup> A expressão *judicial review* que se utilizará neste artigo terá como sentido a revisão judicial realizada sobre a legislação.

<sup>370</sup> HÜBNER MENDES, Conrad. **Direitos Fundamentais, separação de poderes e deliberação**. Tese de Doutorado – Faculdade de Filosofia, Letras e Ciências Humanas, Universidade de São Paulo – USP, São Paulo, 2008.

<sup>371</sup> BARROSO, Luís Roberto. **O controle constitucional no Direito Brasileiro: exposição sistemática da doutrina e análise crítica da jurisprudência**. 6 edição. Saraiva: São Paulo, 2012. p. 66-67.

precedentes, textos e interpretação. E ele é politicamente ilegítimo, naquilo que diz respeito aos valores democráticos: ao privilegiar a maioria dos votos entre um número pequeno de juízes não eleitos e não responsabilizáveis, ele priva os cidadãos comuns de seus direitos e rejeita estimados princípios de representação e igualdade política na resolução final de questões de direitos<sup>372</sup>.

Coelho diz que a legitimidade para criação de normas jurídicas, em um regime de democracia representativa, nas quais as decisões políticas pertencem ao povo, manifestadas através de seus representantes, é uma atividade política. Por isso, se fosse dado aos juízes o poder de criar normas jurídicas a pretexto de aplicá-las, haveria uma incompatibilidade com a ordem jurídico-política fundamentada na Constituição porque a investidura no magistério obedece a critério diverso da escolha popular pela maioria do eleitorado<sup>373</sup>.

Nesse sentido, Conrad Hüber Mendes entende que:

A corte não está em posição vantajosa e nem tem capacidade para saber se uma lei é inconstitucional ou não. Seria subverter uma escolha já feita pelo legislador. É claro que à ela continuará a função de desenvolver a lei e adaptá-las às circunstâncias concretas cambiantes. Mas isso não justifica que ela possa revogá-la, pura e simplesmente<sup>374</sup>.

A discricionariedade de legislar, em um Estado Democrático de Direito, é de prerrogativa do Poder Legislativo. Portanto, em uma teoria democrática de legitimidade do controle de constitucionalidade é irrefutável que, em tempos de crescente ativismo judicial<sup>375</sup> qualquer interpretação judicial que crie novas normas e que subordine os demais poderes e particulares ao seu

---

<sup>372</sup> WALDRON, Jeremy. **A essência da Oposição ao *Judicial Review***. Tradução de Adauto Vilella. Revisão da tradução: Eliana Valdares Santos. In: BIGONHA, Antonio Carlos Alpino e MOREIRA, Luiz (orgs.). *Limites do controle de constitucionalidade*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009. p. 98.

<sup>373</sup> COELHO, Inocêncio Mártires. **Interpretação Constitucional**. 3 edição. Saraiva: São Paulo, 2007. p. 56.

<sup>374</sup> HÜBNER MENDES, Conrad. **Direitos Fundamentais, separação de poderes e deliberação**. Tese de Doutorado – Faculdade de Filosofia, Letras e Ciências Humanas, Universidade de São Paulo – USP, São Paulo, 2008. p. 91.

<sup>375</sup> Luís Roberto Barroso explica que o ativismo judicial “está associado a uma participação mais ampla e intensa do Judiciário na concretização dos valores e fins constitucionais, com maior interferência no espaço de atuação dos outros dois poderes”.

entendimento, viola a supremacia do Legislativo, criando riscos à democracia e à soberania popular.

A teoria constitucional supõe, explícita ou implicitamente, que parlamentos seriam a expressão mais direta do ideal democrático, enquanto que constituições e declarações de direitos, somados à instituição do controle judicial de constitucionalidade, seriam a manifestação do constitucionalismo. A controvérsia sobre quem deveria ter a última palavra em conflito sobre direitos fundamentais são percebidos como uma tensão entre corte e parlamento, assim como democracia e constitucionalismo<sup>376</sup>.

O presente artigo tem o objetivo de fazer um confronto entre as teorias constitucionais de legitimidade democrática, defendidas por Ronald Dworkin e Jeremy Waldron. Assim, no capítulo dois serão abordados os principais pontos adotados por Dworkin e sua tese a favor do *judicial review*, como a discussão em torno das cortes, e sua fundamentação a favor do controle judicial de constitucionalidade. No capítulo subsequente, a posição defendida por Jeremy Waldron a favor da supremacia do Legislativo será destacada levando-se em consideração os desacordos sobre direitos, e sua crítica ao controle judicial de constitucionalidade.

## **2. RONALD DWORKIN E A FUNDAMENTAÇÃO A FAVOR DO JUDICIAL REVIEW**

Ronald Dworkin é um dos principais defensores da legitimidade do Poder Judiciário para exercer o controle de constitucionalidade de leis. Esse capítulo se propõe a tecer os argumentos que levaram o professor norte-americano a acreditar que, nas democracias contemporâneas, onde se adota o constitucionalismo como tese judicial de proteção da minoria, as cortes exercem o principal meio de proteção dos direitos porque são dotadas de melhores argumentos.

---

<sup>376</sup> HÜBNER MENDES, Conrad. **Direitos Fundamentais, separação de poderes e deliberação**. Tese de Doutorado – Faculdade de Filosofia, Letras e Ciências Humanas, Universidade de São Paulo – USP, São Paulo, 2008.

A partir da leitura moral da Constituição, do juiz Hércules e dos argumentos de princípios para defesa do interesse da minoria, Dworkin, trilha seu entendimento de favorecimento das cortes, como instituição privilegiada, e do *judicial review* como processo apropriado de proteção dos direitos dos indivíduos, porque é dotada de expertise para tomada de decisões morais favoráveis à coletividade.

## 2.1. A DISCUSSÃO ENTRE DEMOCRACIA E O PAPEL DAS CORTES

Dworkin, no início do seu livro *O império do Direito*, diz que as pessoas freqüentemente se vêem “na eminência de perder ou ganhar muito mais em decorrência de um aceno da cabeça de um juiz do que de qualquer norma geral que provenha do legislativo”<sup>377</sup>. A partir desse pensamento pode-se constatar o quanto é importante o papel dos juízes e das cortes no pensamento dworkiniano.

Para o autor, os efeitos de uma decisão judicial injusta podem provocar um dano moral irreparável para o acusado e seus dependentes, ou ter atuação importante no que diz respeito à legitimidade para dar a *última palavra* em decisões que acreditem estar contrárias à Constituição. Esse capítulo, portanto, se propõe a discutir o papel que as cortes exercem sobre a tomada de decisões nas democracias contemporâneas, a partir do pensamento do autor.

Hübner, em recente estudo sobre o controle de constitucionalidade e democracia, caracterizou o regime democrático, segundo a visão de Dworkin, da seguinte forma:

Democracia não é apenas um regime em que indivíduos se juntam para tomar decisões coletivas, processar seus interesses individuais e convertê-los em política pública por intermédio da regra da maioria. Democracia, também é isso, mas, antes precisa conquistar a filiação moral de seus membros da comunidade política. Portanto,

---

<sup>377</sup> DWORKIN, Ronald. **O império do Direito**. Tradução Jefferson Luiz Camargo. Martins Fontes: São Paulo, 1999, p. 03.



para que todos possam se juntar, agregar seus interesses e conferir qual será o produto final, é preciso que se sintam pertencentes a essa comunidade<sup>378</sup>.

Para Dworkin, um regime democrático legítimo não se contentaria apenas com decisões coletivas. Para ele, “a melhor estrutura institucional é aquela que produz as melhores respostas para a pergunta (de caráter essencialmente moral) de quais são efetivamente as condições democráticas e que melhor garante uma obediência estável a essas condições<sup>379</sup>”. Nesse sentido, o autor entende que os tribunais desempenham melhor a função de dar respostas corretas às decisões porque dotados de expertise para encontrar tal resposta.

Nesse sentido, o debate que se estabelece entre controle de constitucionalidade e democracia, na visão do professor norte-americano, se dá em torno do papel dos juízes nas decisões que possam criar novos direitos.

Segundo Dworkin, o questionamento sobre a “criação” de novos direitos através das decisões dadas pelos membros das cortes, pode se dar por meio da declaração de “um princípio, uma regra ou ressalva a alguma disposição nunca antes declarados e, que em regra, se apresentam como relatos aperfeiçoados daquilo que o direito já é”<sup>380</sup>. A legitimidade, nesse caso, se dá em razão da adequada percepção que os juízes têm dos fundamentos que envolvem os direitos divergentes advindos das leis.

Os juízes, ao tomar decisões, se fundamentam em suas próprias percepções, fazendo com que as teorias interpretativas utilizadas por eles sejam o reflexo da moralidade que têm das leis aprovadas pelo Legislativo. Dworkin assim entende:

Numa democracia, as pessoas têm, pelo menos, um forte direito moral *prima facie* a que os tribunais imponham os direitos que o legislativo aprovou. [...] se está

---

<sup>378</sup> HÜBNER MENDES, Conrad. **Direitos Fundamentais, separação de poderes e deliberação**. Tese de Doutorado – Faculdade de Filosofia, Letras e Ciências Humanas, Universidade de São Paulo – USP, São Paulo, 2008. p. 07.

<sup>379</sup> DWORKIN, Ronald. **O direito da liberdade: A leitura moral da Constituição norte-americana**. Tradução: Marcelo Brandão Cipolla. Revisão técnica: Alberto Alonzo Munoz. Martins Fontes: São Paulo, 2006. p. 52.

<sup>380</sup> DWORKIN, Ronald. **O império do Direito**. Tradução Jefferson Luiz Camargo. Martins Fontes: São Paulo, 1999, p. 09.

claro o que o legislativo lhes concedeu, então também está claro o que elas têm direito moral de receber no tribunal<sup>381</sup>.

Assim, determinadas decisões contrárias, que alterem ou declarem inconstitucional uma lei poderiam ser vistas como antidemocráticas se fossem dadas por especialistas não-eleitos, mesmo que a alteração fosse para corrigir injustiças. Porém, Dworkin sustenta que a própria estrutura constitucional permite aos tribunais de justiça fazer essa análise, para que o valor da democracia permaneça e os valores morais estabelecidos na lei sejam preservados<sup>382</sup>.

Explica Galvão que, de acordo com a visão de Dworkin, é necessário que exista violação de um princípio para que o tribunal possa declarar a inconstitucionalidade de uma lei ou a revogação de um precedente porque não é admitido a nenhum órgão ignorar os direitos dos indivíduos da comunidade<sup>383</sup>.

Diversas teorias surgiram tentando conter a discricionariedade dos juízes ao tomar decisões por meio do controle judicial de constitucionalidade<sup>384</sup>, alegando argumentos derivados da democracia para refutar a legitimidade da vontade dos juízes sobre a vontade legislativa. Alegam, segundo Dworkin, “que em uma democracia todas as questões não resolvidas, inclusive aquelas relativas a princípios morais e políticos, devem ser resolvidas por instituições que sejam politicamente responsabilizáveis de um modo que os tribunais não são<sup>385</sup>”.

Porém, Dworkin entende que os argumentos de democracia utilizados para contestar as decisões dos juízes são bastante fracos. Tendo como base democracias que utilizam o constitucionalismo, - teoria de proteção da minoria

---

<sup>381</sup> DWORKIN, Ronald. **Uma questão de princípio**. Tradução Luís Carlos Borges. 2 edição. Martins Fontes: São Paulo, 2005. p. 14.

<sup>382</sup> DWORKIN, Ronald. **O direito da liberdade: A leitura moral da Constituição norte-americana**. Tradução: Marcelo Brandão Cipolla. Revisão técnica: Alberto Alonzo Munoz. São Paulo: Martins Fontes, 2006. p. 49-51.

<sup>383</sup> GALVÃO, Jorge Octávio Lavocat. **O Neoconstitucionalismo e o Fim do Estado de Direito**. Saraiva: São Paulo, 2014. p. 174-176.

<sup>384</sup> Como exemplo, temos a teoria de supremacia do Legislativo, defendida por Jeremy Waldron, que será discutida mais adiante no trabalho.

<sup>385</sup> Dworkin, Ronald. **Levando os Direitos à Sério**: Tradução e Notas de Nelson Boeira – São Paulo: Martins Fontes, 2002, p. 221.

em face do abuso da maioria - deixar que o legislativo tome decisões porque é mais justo para a maioria ignora os princípios de justiça, tornando-se desfavorável aos argumentos derivados da democracia porque não é equânime permitir que a própria maioria tome decisões desfavoráveis a elas.

Assim, as cortes ganham legitimidade para revisar decisões tomadas pelo Legislativo, que possam ser contrárias aos padrões constitucionais. Dworkin entende que essa premissa, dando legitimidade às cortes, adquiriu confiança no famoso caso *Marbury vs. Madison*, em que a Suprema Corte americana afirmou, pela primeira vez, seu poder de revisão judicial de leis<sup>386</sup>, muito embora a Constituição americana não preveja esse instituto.

As cortes têm papel fundamental, na visão de Dworkin, para dar respostas certas, que possam proteger e assegurar a proteção das minorias diante de decisões contrárias ao entendimento das leis, nas atuais democracias constitucionais. Mesmo quando a resposta dada não é justa o suficiente, os tribunais são instituições legítimas porque são municiadas de melhores argumentos morais e de princípios para atingir tal fim.

No capítulo seguinte serão abordados os principais pontos de discussão sobre os principais argumentos que levaram o professor Ronald Dworkin a defender o Judiciário como a instituição democrática legitimada para decidir sobre a invalidade de leis, que sejam contrárias aos dispositivos constitucionais, através do instituto do *judicial review*.

## 2.2. DWORKIN E A FUNDAMENTAÇÃO A FAVOR DO JUDICIÁRIO

Levando-se em consideração a discussão sobre o suposto conflito da legitimidade para interpretar e aplicar a Constituição, Ronald Dworkin traça uma abordagem de pensamentos a favor do *judicial review*, não encontrando óbice para que juízes não eleitos, por meio representativo, possam declarar inválidas as leis aprovadas pelo Legislativo, fazendo-se necessário, para isso, entender sua teoria da decisão judicial.

---

<sup>386</sup> Dworkin, Ronald. **Levando os Direitos à Sério**: Tradução e Notas de Nelson Boeira. Martins Fontes: São Paulo, 2002, p. 223.

Dworkin parte do pressuposto que as leis devem ser aplicadas, pelos juízes, como foram criadas por outras instituições, não podendo, portanto, criar novos direitos. Mas, na prática, esse ideal de aplicabilidade não pode ser realizado porque “as leis e regras do direito costumeiro (*common law*)<sup>387</sup> são quase sempre vagas e devem ser interpretadas antes de se poder aplicá-las aos novos casos”. Assim, diante de casos novos, em que os juízes não puderem resolvê-los, mesmo estendendo ou reinterprestando as regras existentes, estes devem agir como se fossem “delegados do poder legislativo, promulgando as leis que, em sua opinião, os legisladores promulgariam caso se vissem diante do problema”<sup>388</sup>.

Para entender como os juízes formulam essas teses sobre o que a intenção legislativa, e as leis e regras do direito costumeiro querem, Dworkin formulou um juiz chamado Hércules. Segundo ele, o juiz Hércules:

é um jurista de capacidade, sabedoria e sagacidade sobre-humanas, considerando que ele aceita que as leis tem o dever geral de criar e extinguir direitos jurídicos, e que os juízes tem o dever geral de seguir as decisões anteriores de seu tribunal ou dos tribunais superiores cujo fundamento racional aplica-se ao caso em juízo<sup>389</sup>. O juiz Hércules deve construir um esquema de princípios abstratos e concretos que forneça uma justificação coerente a todos os precedentes de direito costumeiro e, na medida em que estes devem ser justificados por princípios, também um esquema que justifique as disposições constitucionais e legislativas<sup>390</sup>.

A teoria da decisão judicial de Hércules, baseada na aplicação de princípios, embora deixe transparecer suas convicções filosóficas e intelectuais, devem dizer respeito ao que a lei ou os precedentes exigem. Ele não adotará as teorias de decisão judicial que indiquem aos juízes que sigam

---

<sup>387</sup> Em nota de rodapé (p. 37) do livro *Levando os Direitos à sério*, o tradutor explica que Dworkin utiliza o termo *common law* para “designar o sistema de direitos de leis originalmente baseadas em leis costumeiras e não escritas na Inglaterra, que se desenvolveu a partir da doutrina do precedente. De maneira geral, a expressão refere-se ao conjunto de leis que deriva e se desenvolve a partir das decisões dos tribunais, em oposição às leis promulgadas através de processo legislativo.”

<sup>388</sup> Dworkin, Ronald. **Levando os Direitos à Sério**: Tradução e Notas de Nelson Boeira. Martins Fontes: São Paulo, 2002, p.129.

<sup>389</sup> Dworkin, Ronald. **Levando os Direitos à Sério**: Tradução e Notas de Nelson Boeira. Martins Fontes: São Paulo, 2002, p.165.

<sup>390</sup> Dworkin, Ronald. **Levando os Direitos à Sério**: Tradução e Notas de Nelson Boeira. Martins Fontes: São Paulo, 2002, p. 182.

as leis e precedentes até que estes tenham clareza suficiente para fazer com que os juízes se sintam livres para agir por conta própria<sup>391</sup>.

### Segundo Dworkin

A teoria da decisão judicial de Hércules não configura, em momento algum, nenhuma escolha entre suas próprias convicções políticas e aquelas que ele considera como as convicções políticas do conjunto da comunidade. Ao contrário, sua teoria identifica uma concepção particular de moralidade comunitária como um fator decisivo para os problemas jurídicos; essa concepção sustenta que a moralidade comunitária é a moralidade política que as leis e as instituições da comunidade pressupõem<sup>392</sup>.

Dworkin entende que os juízes ao tomar suas decisões sobre o direito costumeiro (common law), devem fazê-lo com base em princípios<sup>393</sup>, não com base em política. Para o autor, “a visão correta é a de que os juízes devem basear seus julgamentos de casos controversos em argumentos de princípio político, mas não em argumentos de procedimento político”<sup>394395</sup>. Os juízes “devem apresentar argumentos que digam por que as partes realmente teriam direitos e deveres legais “novos” que eles aplicariam na época em que as partes agiram, ou em qualquer outro momento pertinente do passado”<sup>396</sup>.

Victor discorrendo sobre a teoria da decisão judicial de Dworkin, diz:

[...] ao pensar sua teoria da decisão judicial, Dworkin pressupõe a consideração de princípios morais. Para ele, o conceito de Direito sempre compreendeu o de moral. Seu raciocínio pode ser assim resumido: em uma

---

<sup>391</sup> Dworkin, Ronald. **Levando os Direitos à Sério**: Tradução e Notas de Nelson Boeira. Martins Fontes: São Paulo, 2002, p.184.

<sup>392</sup> Dworkin, Ronald. **Levando os Direitos à Sério**: Tradução e Notas de Nelson Boeira. Martins Fontes: São Paulo, 2002, p.197.

<sup>393</sup> Galvão (2014, pag. 176) explica que “os princípios, no pensamento dworkiniano, são extraídos a partir de uma reconstrução dos valores morais que animam a prática jurídica, não sendo possível transformar uma razão teleológica em princípio apenas por designá-la como tal”.

<sup>394</sup> DWORKIN, Ronald. **Uma questão de princípio**. Tradução Luís Carlos Borges. 2ª edição – São Paulo: Martins Fontes, 2005, p.06.

<sup>395</sup> Segundo Dworkin (2005, p.6), os juízes podem valer-se de dois tipos de argumentos políticos ao tomar suas decisões: os argumentos de princípio político e os argumentos de procedimento político. Os primeiros recorrem aos direitos políticos de cidadãos individuais, e os segundos exigem que uma decisão particular promova alguma concepção de bem-estar geral ou do interesse público.

<sup>396</sup> DWORKIN, Ronald. **O império do Direito**. Tradução Jefferson Luiz Camargo – São Paulo: Martins Fontes, 1999, p. 292-293.

democracia, todos possuem o direito moral de obter dos tribunais, no mínimo decisões que lhes imponham os direitos que o Poder Legislativo aprovou<sup>397</sup>.

Para tanto, Dworkin propõe a leitura moral<sup>398</sup> dos dispositivos abstratos em que a maioria das constituições contemporâneas expõem os direitos do indivíduo perante o governo, propondo que os operadores do Direito – juízes, advogados e cidadãos – “interpretem e apliquem esses dispositivos considerando que eles fazem referência a princípios morais de decência e justiça”<sup>399</sup>.

A leitura moral da Constituição, segundo Dworkin, não é antidemocrática, muito pelo contrário, torna-se indispensável porque é uma teoria sobre o significado dos dispositivos constitucionais, e não sobre quem diz o que significa. A leitura moral “encoraja juristas e juízes a interpretar uma constituição abstrata à luz de sua concepção de justiça<sup>400</sup>”, tornando-se uma teoria de decisão utilizada para preservação de um estado democrático.

As teorias de decisão judicial precisam conter uma teoria da controvérsia, que estabeleça os padrões que os juízes devem utilizar para decidir os casos difíceis. Dworkin explica o que são casos difíceis:

os casos difíceis se apresentam, para qualquer juiz, quando sua análise preliminar não fizer prevalecer uma entre duas ou mais interpretações de uma lei ou julgado. Ele então deve fazer uma escolha entre as interpretações aceitáveis, perguntando-se qual delas apresenta em sua melhor luz, do ponto de vista da moral política, a estrutura das instituições e decisões da comunidade – suas normas públicas como um todo<sup>401</sup>.

---

<sup>397</sup> VICTOR, Sérgio Antônio Ferreira. **Dialogo institucional, Democracia e Estado de Direito: o debate entre o Supremo Tribunal Federal e o Congresso Nacional sobre a interpretação da Constituição**. Tese de Doutorado - Universidade de São Paulo – USP, São Paulo, 2013.

<sup>398</sup> Dworkin chamou de leitura moral, o método de ler e executar uma constituição política.

<sup>399</sup> DWORKIN, Ronald. **O direito da liberdade: A leitura moral da Constituição norte-americana**. Tradução: Marcelo Brandão Cipolla. Revisão técnica: Alberto Alonzo Munoz. Martins Fontes: São Paulo, 2006.

<sup>400</sup> DWORKIN, Ronald. **O direito da liberdade: A leitura moral da Constituição norte-americana**. Tradução: Marcelo Brandão Cipolla. Revisão técnica: Alberto Alonzo Munoz. Martins Fontes: São Paulo, 2006. p. 57.

<sup>401</sup> DWORKIN, Ronald. **O império do Direito**. Tradução Jefferson Luiz Camargo. Martins Fontes: São Paulo, 1999, p. 306.

Diante do exposto, Dworkin afirma que os juízes estão em melhor posição para decidir sobre o exame de reivindicações de direitos porque a técnica de coerência especulativa é mais desenvolvida em juízes do que nos legisladores ou nos cidadãos que os elegeram. Segundo ele, os legisladores estão sujeitos a pressões que os juízes não estão, contando como razão para que eles cheguem a conclusões mais fundamentadas sobre direitos<sup>402</sup>.

Segundo Hübner, as cortes adquiriram posição institucional vantajosa que se deu, principalmente, à sua composição, feita por membros que, embora não sejam eleitos diretamente, são escolhidos através de métodos dos quais participaram autoridades eleitas. Além da composição das cortes, outros argumentos utilizados para colaborar com a premissa de posição institucional vantajosa estão: a estabilidade dada aos juízes depois de nomeados, o que lhes garante não poderem ser retirados do cargo mesmo em razão de suas decisões; e, a falta de resignação a qualquer tipo de alternância, como os parlamentares, e por isso, considera-se que estão isentos de responsabilização política e prestação de contas<sup>403</sup>.

Dworkin tem preferência por instituições que lidem com argumentos de princípios, ou seja, os que defendem os direitos das minorias em detrimento da maioria. Por isso, as cortes têm posição privilegiada no entendimento de democracia do autor, porque cuida das decisões morais dos indivíduos. Embora Dworkin entenda que um erro de decisão judicial possa prejudicar sua legitimidade, “o olhar mais atento ao conjunto de sua obra revela [...] a legitimação da Corte não apenas quando acerta a resposta, mas também quando sincera e transparentemente tenta fazê-lo<sup>404</sup>”.

### **3. WALDRON: LEGITIMIDADE DEMOCRÁTICA E A FUNDAMENTAÇÃO A FAVOR DA SUPREMACIA DO LEGISLATIVO.**

---

<sup>402</sup> DWORKIN, Ronald. **Uma questão de princípio**. Tradução Luís Carlos Borges. 2 edição. Martins Fontes: São Paulo, 2005, p.27.

<sup>403</sup> HÜBNER MENDES, Conrad. **Direitos Fundamentais, separação de poderes e deliberação**. Tese de Doutorado – Faculdade de Filosofia, Letras e Ciências Humanas, Universidade de São Paulo – USP, 2008. p. 56.

<sup>404</sup> VICTOR, Sérgio Antônio Ferreira. **Diálogo institucional, Democracia e Estado de Direito: o debate entre o Supremo Tribunal Federal e o Congresso Nacional sobre a interpretação da Constituição**. Tese de Doutorado - Universidade de São Paulo – USP, São Paulo, 2013. p.111.

Waldron, em sentido contrário ao entendimento de Dworkin, defende que a instituição dotada de legitimidade para tomar decisões que melhor satisfaça a vontade da comunidade, é o Legislativo. Apoiado nesse juízo, o capítulo se propõe a levantar os principais argumentos que levam o professor neozelandês a defender tal posicionamento.

Ao explicar sua teoria da dignidade da legislação, Waldron se baseia em situações de desacordos morais entre direitos e deveres, da participação da comunidade no processo de decisões, e na legitimidade derivada da soberania popular.

Além disso, faz severas críticas ao *judicial review*, defendido por Dworkin, amparando-se em quatro pressuposições que, se satisfeitas, tornam justificáveis sua tese de oposição ao controle de constitucionalidade e favoráveis a dignidade da legislação.

#### 4.1 WALDRON E O DESACORDO SOBRE DIREITOS

Em contrapartida à teoria a favor do *judicial review* de Dworkin, Jeremy Waldron sustenta a teoria da dignidade da legislação como fundamento da legitimidade democrática nos Estados de Direito, buscando “recuperar e destacar maneiras de pensar a respeito da legislatura que a apresentem como um modo de governança dignificado e uma fonte de direito respeitável<sup>405</sup>” em situações de discordância de direitos.

A intenção do autor é que o processo legislativo ou a legislatura eleita seja vista na sua melhor forma, como fonte legítima de tomada de decisões sociais, não como algo indecoroso como as pessoas convenceram-se:

As pessoas convenceram-se de que há algo indecoroso em um sistema no qual a legislatura eleita, dominada por partidos políticos e tomando suas decisões com base no governo da maioria, tem a palavra final em questões de direito e princípios. [...] o pensamento parece ser que os tribunais, com suas perucas e cerimônias, seus

---

<sup>405</sup> WALDRON, Jeremy. **A dignidade da legislação**. Martins Fontes: São Paulo, 2003. p. 02-03.



volumes encadernados em couro e seu relativo isolamento ante a política partidária, sejam um local mais adequado para solucionar questões desse caráter<sup>406</sup>.

Em situações de desacordos entre direitos e deveres, o processo político é o meio pelo qual a sociedade utiliza para definir que posição deve prevalecer em uma disputa de interesses na comunidade<sup>407</sup>. Esse mecanismo se dá através de “registros e implementação de posições por meio de indivíduos e agências que atuam em nome da comunidade”.

“O processo político não é capaz de mitigar senso crítico dos cidadãos sobre quais direitos temos ou deveríamos ter, tampouco superar a existência de profundos desacordos sobre seus próprios resultados”<sup>408</sup>. Dada a irremediável aparição de desacordos na sociedade, as decisões referentes a essas questões dependem de uma série de procedimentos que devem definir desígnios sociais. Portanto, nesse diapasão, os próprios membros da sociedade são os detentores do poder para decidir tais questões.

Assim, se a medida adotada como posição prevalente pela comunidade for considerada como o direito inerente a esta, então a flexibilidade do processo político é “aquilo ou parte daquilo que queremos designar como o *estado de direito*”<sup>409</sup>.

Partindo desse entendimento, o Estado de Direito, segundo o autor é o princípio pelo qual os funcionários e os cidadãos devem aplicar as leis mesmo que estas estejam em conflito com seus interesses ou que as considerem injustas ou moralmente incorretas porque fora decorrente do consenso da comunidade, compatível com a integridade e o caráter homogêneo de justiça<sup>410</sup>.

---

<sup>406</sup> WALDRON, Jeremy. **A dignidade da legislação**. Martins Fontes: São Paulo, 2003 p. 05.

<sup>407</sup> Waldron denomina de *circunstâncias da política*. VICTOR (2013, p. 125) explica que circunstâncias da política, segundo Waldron, seria o sentimento compartilhado pelos membros de determinados grupos sobre a necessidade de construir estruturas, decisões ou formas de agir comuns para solucionarem problemas, mesmo quando discordem sobre como estabelecer essa estrutura ou sobre quais as melhores decisões para resolver os assuntos em comum.

<sup>408</sup> POLI, Vinícius José. **Controle de Constitucionalidade: das teorias da última palavra às teorias do diálogo**. São Paulo. Universidade de São Paulo – USP. 2012. p. 118.

<sup>409</sup> WALDRON, Jeremy. **A dignidade da legislação**. São Paulo: Martins Fontes, 2003. p. 44.

<sup>410</sup> WALDRON, Jeremy. **A dignidade da legislação**. Martins Fontes: São Paulo, 2003. p. 44-45.

O contrário disso, ou seja, a não obediência às leis por parte dos funcionários ou cidadãos, seria considerado abandono das idéias da própria comunidade, ou nas palavras de Waldron “é um retorno à situação em que cada pessoa simplesmente age com base no próprio julgamento e faz o que lhe parece bom ou correto”.

Nesse diapasão, Galvão explica:

O desafio posto por Waldron é refletir sobre o que representa o Estado de Direito em uma sociedade que considera a política majoritária como forma legítima de tomada de decisões coletivas. A legislação, resultado de um processo deliberativo em que os diversos pontos de vista são representados, apresenta-se, nas democracias contemporâneas, como o único *médium* em que inúmeras identidades dos sujeitos podem ser unificadas de maneira não arbitrária. É através das normas jurídicas que a comunidade de princípios se personifica, e não por meio de um metadiscurso ideológico que tente minimizar o fato de que há inúmeros desacordos na sociedade<sup>411</sup>.

No âmbito dos próprios tribunais, as decisões conferidas por seus membros, quando há situações de desacordos, também são tomadas por meio de votação e decisão majoritária. Portanto, a diferença da decisão legislativa para a deslocada ao judiciário, é uma questão de grupo de constituintes, não sobre a maneira como foi dada a decisão.

Desse modo, a questão não é substituir um modelo de decisão majoritária por outro não-majoritário, mas verificar a legitimidade de um modelo democrático que é feito pela representação e consentimento de toda a comunidade<sup>412</sup>, em detrimento de outro, em que as decisões são tomadas por um pequeno grupo de magistrados, sem que isso pareça arbitrário.

Como bem explica Waldron:

A decisão majoritária não é apenas um processo decisório eficaz, é um processo respeitoso. Respeita os indivíduos de duas maneiras. Primeiro, respeita e considera seriamente a realidade das duas diferenças de opinião quanto à justiça e ao

---

<sup>411</sup> GALVÃO, Jorge Octávio Lavocat. **O Neoconstitucionalismo e o Fim do Estado de Direito**. Saraiva: São Paulo, 2014. p. 221.

<sup>412</sup> WALDRON (2003, p.178) explica, utilizando o argumento de Locke, que “não é que a decisão majoritária esteja certa, mas que a decisão majoritária é legítima ou adequada, em relação às questões para os quais o consentimento (da sociedade) é relevante”.

bem comum. A decisão majoritária não requer que a opinião de ninguém seja menosprezada ou silenciada por causa da importância imaginada do consenso. Ao impor o nosso apoio e o nosso respeito como processo decisório, ele não exige que nenhum de nós finja haver um consenso quando não há, meramente porque pensamos que deveria haver – quer porque qualquer consenso é melhor do que nenhum, quer porque a visão evidentemente correta por si que não conseguimos imaginar como alguém poderia sustentar o contrário<sup>413</sup>.

Nesse ponto, Waldron discorda de Dworkin. O professor norte-americano entende que um processo de decisão democrático só é legítimo quando respeitados os direitos da comunidade e entre membros que concordem entre si; além do que, a decisão majoritária não tem legitimidade, nesse contexto, porque é necessário que cada indivíduo se veja inserido nessas decisões com igual respeito e direitos. Contraoendo os argumentos de Ronald Dworkin, o professor neozelandês diz que, se aceitas as premissas de Dworkin, nenhum sistema de tomada de decisões as satisfariam, e segundo que, a discordância sobre direitos não impede que as pessoas levem os direitos dos outros a sério porque é prática comum entre os sistemas de decisão, não enfraquecendo a legitimidade do processo majoritário<sup>414</sup>.

Desse modo, em uma democracia representativa, a legislação reflete a discordância da sociedade sobre direitos, permitindo que a comunidade participe das tomadas de decisões, utilizando-se de argumentos que busquem melhores soluções para os problemas de toda a coletividade.

Waldron é um fervoroso defensor do Legislativo como instituição legítima, nos Estados Democráticos de Direito, para tomada de decisões sobre discordância de direitos. Como se verá no capítulo seguinte, o professor neozelandês tece críticas ao modelo do *judicial review* e afirma que a discricionariedade dada aos juízes, por meio desse instituto, tornam as leis letras mortas.

---

<sup>413</sup> WALDRON, Jeremy. **A dignidade da legislação**. Martins Fontes: São Paulo, 2003. p. 192-193.

<sup>414</sup> WALDRON, Jeremy. **A essência da Oposição ao Judicial Review**. Tradução de Adauto Vilella. Revisão da tradução: Eliana Valdares Santos. In: BIGONHA, Antonio Carlos Alpino e MOREIRA, Luiz (orgs.). *Limites do controle de constitucionalidade*. Lumen Juris: Rio de Janeiro, 2009. pp. 148-151.

### 3.1. A CRÍTICA AO CONTROLE JURISDICIONAL DE CONSTITUCIONALIDADE E A DIGNIDADE DA LEGISLAÇÃO.

Jeremy Waldron dedicou um artigo<sup>415</sup> para tecer argumentos sobre o instituto da revisão judicial (*judicial review*) realizada sobre a legislação: “o *judicial review* é inapropriado como modelo de decisão final em uma sociedade livre e democrática”<sup>416</sup>. A crítica do autor é que, embora, a prática do *judicial review* tenha o condão de revogar leis que violem direitos individuais, ainda possui deficiências no processo democrático, que vão além de suas decisões e efeitos.

Nos últimos anos, a procura pelo Judiciário para resolver conflitos de discordância sobre decisões legislativas por meio do controle judicial de constitucionalidade tem feito prevalecer a vontade dos juízes sobre o que fora decidido na legislatura. A crescente interferência do Poder Judiciário sobre as decisões tomadas no Poder Legislativo faz com este se torne submisso às normas jurídicas.

Waldron denominou de controle de constitucionalidade forte, a prevalência da vontade dos tribunais para deixar de aplicar uma lei ou modificar seus efeitos com a intenção de deixá-la em conformidade com direitos fundamentais, mesmo quando elas claramente se aplicam a determinados casos, ou que não estejam de acordo como a lei sugeriu. Esse tipo de controle tornou-se alvo de sua crítica porque deu aos tribunais força para a criação de precedentes que tornam as leis letras morta, devido à sua recusa em aplicá-las<sup>417</sup>.

Para explicar suas argumentações contra o *judicial review*, Jeremy Waldron, expõe pressuposições que, se utilizadas pelas sociedades, tornam

---

<sup>415</sup> O título do artigo é: A essência da oposição ao *judicial review* – traduzido do inglês por Adauto Villela.

<sup>416</sup> WALDRON, Jeremy. **A essência da Oposição ao *Judicial Review***. Tradução de Adauto Villela. Revisão da tradução: Eliana Valdares Santos. In: BIGONHA, Antonio Carlos Alpino e MOREIRA, Luiz (orgs.). **Limites do controle de constitucionalidade**. Lumen Juris: Rio de Janeiro, 2009. p. 94.

<sup>417</sup> Waldron distinguiu o controle de constitucionalidade forte do controle de constitucionalidade fraco, que a este denominou o sistema pelo qual os tribunais podem examinar minuciosamente a legislação quanto à sua conformidade com direitos individuais, mas não podem se recusar a aplicá-la (ou moderar sua aplicação) simplesmente porque os direitos seriam, em caso contrário, violados. Ver BIGONHA, Antonio Carlos Alpino e MOREIRA, Luiz. **A essência da Oposição ao *Judicial Review***. In: BIGONHA, Antonio Carlos Alpino e MOREIRA, Luiz (orgs.). **Limites do controle de constitucionalidade**. Lumen Juris: Rio de Janeiro, 2009. p. 101.

suas instituições legislativas legítimas para resolver conflitos quanto a direitos. Suas pressuposições, afirma o autor, permitem que as decisões tomadas por juízes anulando disposições de cunho parlamentar deixam de satisfazer critérios importantes de legitimidade política.

Nesse diapasão, Waldron propõe quatro premissas, que se satisfeitas, tornam sua concepção de oposição ao controle judicial de constitucionalidade e posição a favor da supremacia do legislativo, legitimamente justificáveis. Assim dispõem suas quatro pressuposições:

Devemos imaginar uma sociedade que possua (1) instituições democráticas em condições de funcionamento razoavelmente boas, incluindo um legislativo representativo, eleito por sufrágio universal; (2) um conjunto de instituições judiciais, também em boas condições de funcionamento, erigidas sobre uma base não representativa para conhecer de ações individuais, resolver controvérsias e defender o Estado de direito; (3) um comprometimento da parte da maioria dos membros da sociedade e da maioria de suas autoridades com a idéia de direitos individuais e de minorias e (4) discordância persistente, substancial e de boa-fé quanto a direitos (isto é, quanto ao que realmente significa o comprometimento com direitos e quais são suas implicações) entre os membros da sociedade que estão comprometidos com a idéia de direitos<sup>418</sup>.

Assim, na teoria de Waldron, há instituições legislativas e judiciárias em boas condições de funcionamento, comprometimento da maioria da sociedade e das autoridades quanto aos direitos individuais e das minorias, e um dos pontos mais importantes, que se contrapõe à idéia de princípios de Dworkin, há desacordos quanto a direitos entre os membros da sociedade que com eles estão comprometidos.

A sociedade imaginada pelo autor possui membros que entendem a importância de evitar ou minimizar os resultados decorrentes da discordância quanto a direitos. “Respostas erradas podem ser toleradas em matéria política;

---

<sup>418</sup> WALDRON, Jeremy. **A essência da Oposição ao *Judicial Review***. Tradução de Adauto Vilella. Revisão da tradução: Eliana Valdares Santos. In: BIGONHA, Antonio Carlos Alpino e MOREIRA, Luiz (orgs.). **Limites do controle de constitucionalidade**. Lumen Juris: Rio de Janeiro, 2009. p. 106.

mas, em matéria de princípios, se for dada a resposta errada, então direitos serão violados<sup>419</sup>”.

Como os procedimentos decisórios relacionados à discordância sobre direitos não são perfeitos, Waldron propõe dois tipos de razões que podem ser consideradas neste processo, e que podem ajudar a dirimir a questão no procedimento decisório. São elas: razões relacionadas ao resultado e razões relacionadas ao processo.

As razões relacionadas ao processo<sup>420</sup> levam em consideração as razões que um determinado indivíduo utilizou para sua tomada de decisão, independentemente do julgamento sobre o resultado apropriado. Em sentido contrário, as razões relacionadas ao resultado<sup>421</sup>, levam em consideração as razões que, de alguma maneira, assegurarão um resultado apropriado através da decisão.

Sopesando sobre os dois tipos de razões que ajudam a dirimir as discordâncias sobre direitos, Waldron conclui que as razões relacionadas ao processo são mais conclusivas e parciais, deixando desacreditado o *judicial review*, enquanto as razões relacionadas ao resultado não conseguem provar a importância da soberania desse instituto. “E essa é a essência da oposição ao *judicial review*”<sup>422</sup>.

Os defensores do *judicial review*, por fim, alegam que os procedimentos de um parlamento democrático, por decidirem em nome da maioria da comunidade, podem resultar, no que chamam “tirania da maioria”. Nesse caso,

---

<sup>419</sup> WALDRON, Jeremy. **A essência da Oposição ao Judicial Review**. Tradução de Adauto Vilella. Revisão da tradução: Eliana Valdares Santos. In: BIGONHA, Antonio Carlos Alpino e MOREIRA, Luiz (orgs.). **Limites do controle de constitucionalidade**. Lumen Juris: Rio de Janeiro, 2009. p. 120.

<sup>420</sup> Waldron (2009, p. 120) diz que: “na política, as razões mais conhecidas relacionadas ao processo são aquelas baseadas na igualdade política e no direito democrático ao voto, no direito de ser ouvido mesmo quando outras pessoas discordem do que diz”.

<sup>421</sup> Waldron (2009, pp. 124-127) esclarece que, muitas vezes, costuma-se associar, erroneamente, as razões relacionadas ao processo como oposição às razões relacionadas ao resultado porque esta apóia, completamente, o *judicial review*, no sentido de contrariedade ao processo participativo, e não observam que as razões relacionadas ao resultado podem seguir duas direções. Existe vulnerabilidade nos parlamentos quanto ao à pressão sobre os direitos que devem prevenir; e, também motivações que dificultam a luta dos tribunais contra as questões morais sobre discordância de direitos.

<sup>422</sup> WALDRON, Jeremy. **A essência da Oposição ao Judicial Review**. Tradução de Adauto Vilella. Revisão da tradução: Eliana Valdares Santos. In: BIGONHA, Antonio Carlos Alpino e MOREIRA, Luiz (orgs.). **Limites do controle de constitucionalidade**. Lumen Juris: Rio de Janeiro, 2009. p. 123.

Waldron desmonta tal argumento sob a premissa de que, entende-se por tirania “aquilo que acontece quando seus direitos são negados<sup>423</sup>”.

Em casos de discordância, não há direitos negados ou sobreposições de direitos. Não há tirania quando a decisão da maioria da comunidade prevalece em detrimento da opinião de um pequeno grupo de indivíduos não satisfeitos com a decisão.

Assim, na visão de Jeremy Waldron, o *judicial review* não é apropriado em sociedades democráticas porque o problema não está na disfunção das instituições legislativas, e sim, na discordância sobre direitos que a sociedade se atém. A legitimidade da supremacia do Legislativo, como sistema ideal de tomada de decisões se dá, assim, porque este respeita o ideal de igualdade decisória dos membros da sociedade. Portanto, um sistema efetivamente democrático.

## CONCLUSÃO

O presente artigo se propôs a fazer uma contraposição entre as teorias dos professores Ronald Dworkin e Jeremy Waldron sobre a legitimidade para tomada de decisões na busca pela concretização de ideais constitucionais.

O cenário atual das democracias contemporâneas é mais tendente a adotar o controle jurisdicional de constitucionalidade, portanto, a teoria defendida por Ronald Dworkin seria mais favorável de ser acolhida. Assim, o *judicial review* se tornaria um sistema pelo qual a minoria se socorreria em detrimento de um possível prejuízo que as decisões tomadas por instituições legislativas, em nome da maioria, tenham lhes causado.

Embora o instituto do *judicial review* traga arraigado consigo a ideologia de melhor percepção dos juízes e instituição com melhor estrutura para dar respostas certas quanto às questões constitucionais controversas, a hipótese inicial desse trabalho é a de que dentro das premissas adotadas pelo Jeremy Waldron, a legitimidade para soluções de conflitos advindos de desacordos sobre leis é do Poder Legislativo.

---

<sup>423</sup> WALDRON, Jeremy. **A essência da Oposição ao Judicial Review**. Tradução de Adauto Vilella. Revisão da tradução: Eliana Valdares Santos. In: BIGONHA, Antonio Carlos Alpino e MOREIRA, Luiz (orgs.). **Limites do controle de constitucionalidade**. Lumen Juris: Rio de Janeiro, 2009. p. 144.

As críticas do professor Jeremy Waldron ao controle de constitucionalidade forte e sua procura por dignidade da legislação através das quatro pressuposições que ele estabelece para tanto, são justificativas suficientes para considerar sua teoria de decisão por meio do legislativo representativo, processo legítimo para tomada de decisões incontroversas, em sociedades livres e democráticas, um processo moral de tomada de decisões coletivas.

## REFERÊNCIAS BIBLIOGRAFICAS

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

\_\_\_\_\_. **O controle constitucional no Direito Brasileiro: exposição sistemática da doutrina e análise crítica da jurisprudência**. 6 edição. Saraiva: São Paulo, 2012.

\_\_\_\_\_. **Judicialização, Ativismo Judicial e Legitimidade democrática**. Disponível em:

<http://www.oab.org.br/editora/revista/users/revista/1235066670174218181901.pdf>.

Acesso em: junho de 2015.

COELHO, Inocêncio Mártires. **Interpretação Constitucional**. 3 edição. Saraiva: São Paulo, 2007.

DWORKIN, Ronald. **O império do Direito**. Tradução Jefferson Luiz. Martins Fontes: São Paulo, 1999.

\_\_\_\_\_. **Levando os Direitos à Sério**: Tradução e Notas de Nelson Boeira. Martins Fontes: São Paulo, 2002.



\_\_\_\_\_. **Uma questão de princípio.** Tradução Luís Carlos Borges. 2 edição. Martins Fontes: São Paulo, 2005.

\_\_\_\_\_. **O direito da liberdade: A leitura moral da Constituição norte-americana.** Tradução: Marcelo Brandão Cipolla. Revisão técnica: Alberto Alonzo Munoz. Martins Fontes: São Paulo, 2006.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Curso de Direito Constitucional.** 39 edição. Saraiva: São Paulo, 2013.

GALVÃO, Jorge Octávio Lavocat. **O Neoconstitucionalismo e o Fim do Estado de Direito.** Saraiva: São Paulo, 2014.

HÜBNER MENDES, Conrad. **Direitos Fundamentais, separação de poderes e deliberação.** Tese de Doutorado – Faculdade de Filosofia, Letras e Ciências Humanas, Universidade de São Paulo – USP, 2008.

MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional.** 9 edição. Saraiva: São Paulo, 2014.

POLI, Vinícius José. **Controle de Constitucionalidade: das teorias da última palavra às teorias do diálogo.** Dissertação de Mestrado - Universidade de São Paulo – USP, 2012.

VICTOR, Sérgio Antônio Ferreira. **Dialogo institucional, Democracia e Estado de Direito: o debate entre o Supremo Tribunal Federal e o Congresso Nacional sobre a interpretação da Constituição.** Tese de Doutorado - Universidade de São Paulo – USP, São Paulo, 2013.

WALDRON, Jeremy. **A dignidade da legislação**. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

\_\_\_\_\_. **A essência da Oposição ao *Judicial Review***. Tradução de Adauto Vilella. Revisão da tradução: Eliana Valdares Santos. In: BIGONHA, Antonio Carlos Alpino e MOREIRA, Luiz (orgs.). **Limites do controle de constitucionalidade**. Lumen Juris: Rio de Janeiro, 2009.

# PSICOPATA HOMICIDA: UM ENFOQUE PSICO-JURÍDICO EM FACE DO DIREITO PENAL BRASILEIRO POR MEIO DE ESTUDOS DE CASOS

Ricardo Rodolfo Rios Bezerra

**RESUMO:** O presente trabalho visa analisar a situação jurídica, especificamente a jurídico-criminal, do psicopata. Busca-se conceituar a psicopatia, seus subtipos e a delimitação de serial killer segundo a psicologia jurídica, elencando suas características gerais. Foram delimitados alguns institutos vigentes no direito penal pátrio que relacionam-se com a situação legal do psicopata, tais quais a imputabilidade penal, a pena, suas finalidades e limitações constitucionais e a medida de segurança. Foram elegidos dois casos aplicados no âmbito do direito penal brasileiro e baseado em outro sistema normativo legal, e por fim, foi delineado um comparativo entre os dois casos, tangenciando tanto os conceitos trazidos pela psicologia jurídica quanto os tópicos delimitados das ciências jurídico-criminais.

**Palavras-chave:** Psicopata homicida. Psicologia jurídica. Culpabilidade. Pena.

**ABSTRACT:** This paper attempt to examine the psycopath legal situation, specifically in the criminal sphere. The aim is to conceptualize psychopathy, subtypes and the serial killer delimitation concept according to forensic psychology, listing its general characteristics. Were delimited few institutes in foreign criminal law which are related to the legal situation of the psychopath, such as the criminal responsibility, the punishment, its purposes and constitutional limitations. There were two cases applied under the Brazilian criminal law and based on other legal normative system chosen. After that, built a comparison between the two designed cases, connecting to both the concepts brought by forensic psychology as delimited topics of legal and criminal science.

**Key words:** Serial Killer. Forensic psychology. Culpability. Purpose of punishment.

## INTRODUÇÃO

As razões que levam um indivíduo a cometer um crime são motivo de constante discussão, tanto no âmbito acadêmico, quanto no social. Explicações médicas, psicológicas, sociológicas e jurídicas são abundantes e buscam um mesmo objetivo: entender a mente criminoso, ou seja, o que leva uma pessoa

ao cometimento de um crime de maneira mais ousada, com detalhes e métodos mais incisivos.

Há, no entanto, alguns crimes que causam maior impacto na opinião pública. Dentre esses pode-se citar o homicídio como o de maior comoção. Ao se deparar com um assassinato, o círculo social busca uma justificativa racional baseada nas teses levantadas pela ciência e pelos meandros do comportamento humano em si. Contudo, quando os delitos não se amoldam às explicações, de certa maneira, compreendidas no imaginário popular, passam a causar fascínio e tomam proporções que mobilizam a sociedade.

Cabe então, frente aos casos descritos, à psicologia forense, a análise da psique do criminoso, buscando a fonte psicológica ou emocional motivadora do delito em questão. A discussão da psicopatia no âmbito legislação penal ainda é rasa no Brasil. Os casos documentados demonstram uma fragilidade jurídica, justificada pela falta de uma legislação específica que aborde o distúrbio como fator determinante para o cometimento do crime de homicídio. Existem diversas situações nas quais o indivíduo psicopata encontra-se nas lacunas da lei, apresentando, portanto, uma desproporcionalidade quanto a aplicação e efetividade da legislação vigente.

Para tanto pergunta-se, existe na atual legislação penal trato adequado a situação do psicopata, e em especial do assassino em série? Existe, em outros ordenamentos jurídicos, uma aplicação legal mais efetiva no trato do psicopata homicida? Sendo assim, objetivo geral desse trabalho permeia uma reflexão sobre a psicopatia em destaque os serial killers e como a legislação brasileira aborda esses indivíduos, buscando o entendimento de um caso compatível porém de um outro país para suscitar possíveis ponderações a respeito dos nosso institutos penais.

A relevância de tal análise é demonstrada a partir da necessidade da implementação de políticas públicas criminais voltadas ao trato de indivíduos portadores do distúrbio de personalidade antissocial. Somente com a real compreensão das estruturas psicológicas motivadoras do homicídio e sua adequação ao arcabouço jurídico é possível determinar medidas sancionatórias

e punitivas. Diminuindo, conseqüentemente, a insegurança social. A análise dos casos realizada neste estudo, tenta apresentar ao operador do Direito, parâmetros frente ao estudo relacionado ao psicopata homicida e traz a possibilidade de suscitar o pensamento do surgimento de readequação jurídica quanto ao tratamento empregado ao mesmo.

Cumprir analisar as peculiaridades psicológicas desses indivíduos, entendendo-os como seres cujas motivações são distintas das quais normalmente depara-se, e buscar em novos paradigmas normativos, meios mais efetivos, e que mais se adequam aos estudos de casos trazidos.

Dentre os questionamentos levantados neste trabalho, surge uma dúvida quanto a eficácia da aplicação do sistema penal brasileiro nos casos referentes aos psicopatas homicidas. De tal forma, se propõe uma descrição de um caso ocorrido sob a égide da legislação pátria e outro, buscando uma reflexão referente à existência de uma forma ideal de tratamento aos homicidas portadores do distúrbio.

Uma das hipóteses levantadas é de que a análise comparativa, utilizando como instrumento o estudo de caso, poderá servir para demonstrar que os parâmetros da legislação brasileira ainda se apresentam imaturos frente à complexidade de um indivíduo que não possui funções mentais e emocionais adequadas dentro de um padrão de normalidade e afigura-se com potencial lesivo frente à sociedade. Ademais a pena não mostra-se realmente efetiva dentro de suas finalidades, tendo em vista que o serial killer possui capacidade reduzida de reinserção na sociedade. Como última hipótese, surge a medida de segurança, que no campo hipotético e teórico deveria ser aplicada a todos os psicopatas, encontrando-se na condição de semi-imputáveis, abarcando, por lógico, os serial killers, contudo, pela dificuldade de diagnóstico no andamento de uma persecução criminal, isso não ocorre na prática, sendo por vezes sujeitos as penas como se imputáveis fossem.

Apresentando-se todos os parâmetros a serem retratados no decorrer do trabalho, a metodologia utilizada foi uma pesquisa psico-jurídica, que interrelacionará temas e institutos presentes do direito penal, como temáticas

pertinentes às cadeiras de psicologia jurídica. Para isso foi utilizada a técnica de estudo de caso, na qual serão selecionados dois casos, um ocorrido no Brasil e o outro em um país distinto (EUA) com características semelhantes, incluindo-se perfil psicológico e moral, modus operandi, consequências resultantes da ação criminosa homicida e impacto sócio jurídico dentro do âmbito de inserção.

## 45 CAPÍTULO I – A PSICOPATIA

Uma das grandes incógnitas, seja no âmbito da psiquê seja no âmbito jurídico, é como a psicopatia pode ser caracterizada e identificada. Não são tão explícitas as designações no âmbito biopsiconeurológico específico, muito menos, nas relações judiciais referentes àqueles que cometem algum tipo de delito e o como proceder com os mesmos.

No Brasil, a psicopatia ainda é tema nebuloso no que tange à sua implicação jurídica, tanto em aspectos relativos à classificação do transtorno de personalidade antissocial como uma doença mental semi-incapacitante, quanto a um enquadramento diverso do agente homicida. Um estudo mais aprofundado se mostra necessário à manutenção do Estado Democrático de Direito, em que pese a função da figura do Estado na manutenção da segurança pública e da propositura de medida de contenção frente à violência nos dias atuais.

### 1.1 O psicopata

Para a conceituação de psicopatia faz-se necessário, a priori, a compreensão do terreno sinuoso pelo qual essa conceituação se desenvolveu com o passar das décadas, inclusive com definições distintas a depender do doutrinador e do momento histórico. Há de se fazer uma diferenciação quanto às posições adotadas frente ao psicopata, conforme entendimento do professor Marcus Vinicius Ribeiro Cunha, que em seu artigo<sup>424</sup>, destaca que existem três correntes, sendo a primeira filiada ao conceito clássico, e até mesmo

---

<sup>424</sup> CUNHA, Marcus Vinicius Ribeiro e PALHARES, Diego de Oliveira. **PSICOPATA E O DIREITO PENAL BRASILEIRO QUAL A SANÇÃO PENAL ADEQUADA?**. revista praxis interdiciplinar, Monte Carmelo/MG, 2012. Disponível em: <<http://www.cesrei.com.br/ojs/index.php/orbis/article/view/139>, acesso em: 06 de julho de 2015.

etimológico de psicopatia. Este conceito também é preconizado por Ana Beatriz B. Silva<sup>425</sup>. Estes autores explicitam que “A palavra psicopata literalmente significa doença da mente (do grego, psyche = mente; e pathos = doença)”, ou seja, entende a psicopatia como uma disfunção de ordem mental, contudo esse posicionamento encontra barreira na maioria dos estudiosos, em não havendo quaisquer comprovações de deficiências cognitivas ou racionais.

Já a segunda corrente é filiada à concepção de psicopatia como uma “doença moral” ou “loucura moral”, verbete este bastante utilizado por Ana Beatriz Silva<sup>426</sup>. Ou seja, por esta definição ter-se-ia como consequência um indivíduo incapaz de respeitar preceitos socialmente postos, incluindo-se aí regramentos jurídicos. O indivíduo saberia sobre sua conduta e sobre possíveis erros comportamentais frente às regras socialmente estipuladas para determinado contexto. Na visão do professor Jorge Trindade<sup>427</sup>:

(...) o psicopata é um sujeito que não internalizou a noção de lei, transgressão ou culpa. Por isso, vive regido por regras próprias. Em seu imaginário fantasioso, e ao mesmo tempo empobrecido de metas e valores, a norma não é para ser obedecida, pelo menos por ele, que não consegue elaborar o alcance social da regra estabelecida

Por fim, a terceira corrente, agarra-se à ideia médico-científica de que a psicopatia encontra-se dentro do universo patológico do Transtorno de Personalidade Antissocial, como descrito adiante. Neste sentido, seria uma psicopatologia, uma doença da mente com bases fisiológicas que também implicariam em desvios de condutas e comportamentos cotidianos. Segundo o professor Jorge Trindade<sup>428</sup> o conceito de psicopatia por muitas vezes se confunde e até mesmo se funde com o Transtorno de Personalidade Antissocial. Contudo, ainda existem pensadores tanto no ramo jurídico, quanto no da psicologia vêm entendendo que as nomenclaturas representam patologias diversas.

O Manual Diagnóstico e Estatístico de Transtornos Mentais, o chamado DSM – IV, desde o ano 1980, não mais adota o termo psicopatia, somente

---

<sup>425</sup> SILVA, Ana Beatriz B. **Mentes perigosas: o psicopata mora ao lado**, Rio de Janeiro: Objetiva, 2008 p.32

<sup>426</sup> IDEM.

<sup>427</sup> TRINDADE, Jorge, **Psicopatia – a máscara da Justiça**. Jorge Trindade, Andréa Beheregaray, Mônica Rodrigues Cuneo. Porto alegre: Livraria do advogado Editora, 2009 p. 41

<sup>428</sup> TRINDADE, Jorge, **Psicopatia – a máscara da Justiça** / Jorge Trindade, Andréa Beheregaray, Mônica Rodrigues Cuneo. Porto alegre: Livraria do advogado Editora, 2009 p. 41

sendo utilizado o vocábulo Transtorno de Personalidade Antissocial, relativo às condutas delinquentes e socialmente indesejáveis.

Trindade<sup>429</sup> ainda define a personalidade psicopática como uma série de características singulares do indivíduo, referente a diversos aspectos, tais quais relacionados aos pensamentos, sentimentos e comportamentos, e que se manifestam de maneira multifacetada no portador. Nesse sentido, supracitado autor esclarece<sup>430</sup>:

Esse transtorno, historicamente, foi conhecido por diferentes nomes: a) insanidade sem delírio (Pinel, 1806); b) insanidade moral (Prichard, 1837); c) delinqüência nata (Lombroso, 1911); d) psicopatia (Koch, 1891); e) sociopatia (Lykken, 1957). **Atualmente, é conhecido por Transtorno de Personalidade Antissocial.** Negrito nosso.

Contudo, a doutrina atual vem se posicionando pela distinção, ainda que tênue, do conceito de psicopatia e Transtorno de Personalidade Antissocial, atribuindo pontos discrepantes no tocante aos critérios de diagnósticos.

De acordo com o professor Jorge Trindade<sup>431</sup>, os indivíduos caracterizados como psicopatas também preenchem os critérios postos no tocante ao diagnóstico do Transtorno de Personalidade Antissocial, contudo o inverso não se mostra verdadeiro. É possível então inferir que o diagnóstico de psicopatia estará sempre abarcado pelo gênero TPAS<sup>432</sup>, entretanto, somente a incidência de alguns fatores específicos podem elevar o nível do reconhecimento de um psicopata, tais quais os citados no PCL-R<sup>433</sup> desenvolvido pelo Psicólogo Canadense Robert Hare. Segundo o professor de psicologia Matthew T. Huss<sup>434</sup>, a maior parte dos 20 (vinte) itens contidos na tabela PCR-L pode ser agrupada em dois fatores ou categorias distintas, sendo o primeiro fator relativo a aspectos interpessoais, inerente à expressão

---

<sup>429</sup> TRINDADE, Jorge. **Manual de Psicologia Jurídica...**, 2012, p. 166.

<sup>430</sup> IDEM, p.161

<sup>431</sup> TRINDADE, Jorge, **Psicopatia – a máscara da Justiça** / Jorge Trindade, Andréa Beheregaray, Mônica Rodrigues Cuneo. Porto alegre: Livraria do advogado Editora, 2009 p. 97

<sup>432</sup> Transtorno de Personalidade Anti-social

<sup>433</sup> Instrumento desenvolvido para traçar tendências comportamentais anti-sociais e relacionadas a psicopatia.

<sup>434</sup> HUSS, Matthew T. **Psicologia Forense: pesquisa, prática clínica e aplicações.** Porto Alegre: Artmed, 2011 p. 96



emocional, já o segundo fator refere-se ao comportamento social e/ou estilo de vida adotado. Sendo assim, o PCR-L<sup>435</sup> destaca os seguintes itens.

Itens que se sobrepõem:

1. Lábia/charme superficial – fator 1 /
2. Senso grandioso de autoestima - fator 1
3. Mentira patológica - fator 1
4. Ausência de remorso ou culpa - fator 1
5. Afeto superficial - fator 1
6. Crueldade/falta de empatia - fator 1
7. Comportamento sexual promíscuo
8. Falta de objetivos realistas de longo prazo - fator 2
9. Impulsividade - fator 2
10. Irresponsabilidade - fator 2
11. Falhas em aceitar responsabilidade pelas próprias ações - fator 1
12. Versatilidade criminal

Itens que não se sobrepõem :

13. Necessidade de estimulação - fator 2
14. Ludibriador/Manipulador - fator 1
15. Estilo de vida parasita - fator 2
16. Controle deficiente do comportamento - fator 2
17. Problemas comportamentais precoces - fator 2
18. Muitas relações conjugais de curta duração
19. Delinquência juvenil - fator 2
20. Revogação de liberdade condicional - fator 2

No tocante aos percentuais de incidência, também existe uma diferenciação entre o TPAS e a Psicopatia, segundo estudos do psicólogo forense Matthew T. Huss<sup>436</sup> no âmbito geral da população, cerca de 3% a 5% pode ser diagnosticado com TPAS, contudo dentro do ambiente carcerários esses números crescem em proporções notáveis atingindo uma faixa entre 50% e 80%.

Contudo os números relativos à psicopatia mostram-se mais discretos, atingindo uma faixa de 1% da população e uma variação de 15% a 30% no que tange os criminosos encarcerados. Cabe, entretanto, salientar que nem todo o psicopata pode ser automaticamente considerado um assassino em série, pois diversos são os níveis de psicopatia.

No que tange os subtipos de psicopatia, é possível distinguir essa psicopatologia em dois ramos distintos. O primário enquadra-se no protótipo conhecido genericamente, atribuindo a psicopatia de forma inerente ou intrínseca. Já no caso da psicopatia secundária, existe uma causa concreta

---

<sup>435</sup> Idem. P.94

<sup>436</sup> HUSS, Matthew T. **Psicologia Forense: pesquisa, prática clínica e aplicações**. Porto Alegre: Artmed, 2011

para a incidência psicopática, seja um déficit cognitivo, condição social ou alguma outra psicopatologia, agindo por vezes, segundo Trindade<sup>437</sup> “tipicamente como revanche, como reação a circunstâncias que exacerbam seu conflito, de natureza neurótica, razão pela qual ele é acessível a uma abordagem de natureza psicoterápica ” Nessa mesma toada, o supracitado autor ainda elucida<sup>438</sup>:

como antes anunciado, o protótipo do psicopata é o denominado psicopata primário: cruel e sem emoção. Já o psicopata secundário parece emocionalmente lábil, possui sentimento de raiva e apresenta alguma forma de ansiedade. Assim, a psicopatia primária seria produto de uma condição hereditária, enquanto a psicopatia do tipo secundário, o resultado das influências ambientais, particularmente experiências traumáticas da infância

Essa diferenciação relativa aos subtipos de psicopatia demonstra além das causas dessa psicopatologia como também explicita a disparidade quanto aos meios de abordagens médicas e jurídicas aplicadas a cada subtipo, devendo, portanto, ser objeto de intenso estudo e mapeamento em ambas as frentes de tratamento.

Preconiza o professor Jorge Trindade: “Diversos estudos confirmam a consistente relação entre psicopatia e criminalidade, principalmente entre psicopatia e crimes violentos. Psicopatas também tendem a cometer mais crimes violentos, movidos por metas imediatas e prementes. ”<sup>439</sup>

Em torno da análise psicológica e subjetiva da mente de um criminoso envolvido em tais situações surge a hipótese do diagnóstico de psicopatia, definida por Garcia<sup>440</sup> como um distúrbio de personalidade antissocial na qual o indivíduo apresenta desvios de conduta que ocasionalmente infligem determinados preceitos morais, éticos e por muitas vezes tipificações jurídicas.

## 1.2 O Serial Killer

---

<sup>437</sup> TRINDADE, Jorge, **Psicopatia – a máscara da Justiça**. Jorge Trindade, Andréa Beheregaray, Mônica Rodrigues Cuneo. Porto alegre: Livraria do advogado Editora, 2009 p. 69

<sup>438</sup> IDEM.

<sup>439</sup> TRINDADE, Jorge, **Psicopatia – a máscara da Justiça**. Jorge Trindade, Andréa Beheregaray, Mônica Rodrigues Cuneo. Porto alegre: Livraria do advogado Editora, 2009 p. 111

<sup>440</sup> GARCIA, J. Alves. **Psicopatologia Forense**. 2 ed. Rio de Janeiro: Irmãos Pongetti Editores, 1958.

É possível afirmar que existe uma relação muito tênue entre a psicopatia e a condição de um assassino em série (*serial killer*), podendo inferir que nem todos os psicopatas estarão enquadrados na conceituação de assassino em série, contudo o inverso mostra-se verdadeiro. Segundo Ilana Casoy<sup>441</sup>, a definição de serial killer é o indivíduo que comete uma série de homicídios, durante um período de tempo, e que tenha uma pausa periódica entre os crimes cometidos.

A terminologia *serial killer*, ou assassino em série, notadamente remonta a uma noção contemporânea de classificação criminosa, contudo é possível inferir que somente a nomenclatura mostra-se recente, já que a prática de assassinatos em série remete a tempos pretéritos. Segundo o escritor criminal Harold schechter<sup>442</sup>:

O exemplo mais antigo já publicado da expressão “serial killer” que os editores do dicionário de inglês Oxford conseguiram encontrar data de apenas algumas décadas atrás. Trata-se do artigo *Leading the Hunt in Atlanta’s Murders* (“Liderando a Caçada aos Assassinos de Atlanta”), escrito por M.A. Faber e publicado em 3 de maio de 1981 pela revista do *New York Times*

Dentre as definições de serial killer, o FBI (Federal Bureau of Investigation), em seu manual de classificação de crimes de 1992, vem enfatizando três elementos relativos à quantidade de homicídios, aos locais de consumação dos delitos e ao quesito temporal relativo cometimento desses homicídios em série. Em suma, o FBI<sup>443</sup> preconiza que devem haver três ou mais eventos distintos em pelo menos três locais diversos com um período de intervalo (calmaria) entre os atos comissivos.

A definição específica relativa ao assassino em série, vem para lastrear minimamente o modus operandi desses criminosos para apresentar um contraste entre esses indivíduos e outras categorias de assassinos, tais quais homicidas em massa e homicidas relâmpago.

Os homicidas em massa em quase nada se assemelham aos assassinos em série. Normalmente o assassinato em massa acontece como

---

<sup>441</sup> CASOY, Ilana, **Serial Killers: Louco ou cruel**, Rio de Janeiro: Darkside books, 2014 p.20

<sup>442</sup> SCHECHTER, Harold. **Serial killers, anatomia do mal**; tradução de Lucas Magdiel – Rio Janeiro: Dark de side Books, 2013 p.15

<sup>443</sup> SCHECHTER, Harold. **Serial killers, anatomia do mal**; tradução de Lucas Magdiel – Rio Janeiro: Dark de side Books, 2013 p.15

consequência de extrema pressão emocional ou psicológica, podendo ser considerada como um surto, e tem como viés o caráter suicida causando, por conseguinte, o maior dano possível. Schechter<sup>444</sup> explicita que “enquanto o assassino em série é frequentemente descrito como um predador, o assassino em massa é estereotipicamente definido como uma bomba-relógio humana”.

A conceituação de assassinato relâmpago pode ser por muitas vezes confundida com o assassino em massa, contudo temos uma diferenciação de extrema importância, o itinerário percorrido pelo assassino. Harold Schechter<sup>445</sup> explicita:

A diferença determinante entre o assassino relâmpago e o assassino em massa tem a ver com o movimento. Enquanto este mata em um só lugar, o assassino relâmpago se desloca de um lugar a outro matando no percurso. Nesse sentido, o assassinato relâmpago poderia ser mais bem descrito como um assassinato em massa itinerante.

Contudo, resta claro que essa definição não se mostra acertada, uma vez que, se por um lado mostra-se ampla demais, não levando em consideração aspectos subjetivos ou psicológicos em torno do cometimento do ato. Por outro lado, essa mesma definição mostra-se restritiva no momento em que é confrontada com aspectos factuais, como o caso do famoso serial killer brasileiro Francisco Costa Rocha, o “Chico Picadinho”, que cometeu dois assassinatos, sendo ambos cometidos em seu apartamento, o que segundo a definição do FBI, não consideraria-se um crime advindo de um psicopata homicida, tanto pela inalcançável quantidade de vítimas, quanto pelo aspecto espacial.

O trecho transcrito abaixo revela discussão à cerca da temática ora abordada, entrevista feita pela escritora criminal Ilana Casoy, com Chico Picadinho<sup>446</sup>:

Ilana: ... agora, eu acho que o que você pode questionar é o seguinte: por que sou um serial killer se eu matei duas [vítimas]? Aí eu que vou te perguntar: se você não tivesse sido preso naquela época, no nível de degradação que você estava, quantas teria

---

<sup>444</sup> IDEM p.19

<sup>445</sup> SCHECHTER, Harold. **Serial killers, anatomia do mal**; tradução de Lucas Magdiel – Rio Janeiro: Dark side Books, 2013 p.22

<sup>446</sup> CASOY, Ilana. **Arquivos Serial Killers Made In Brazil**. Rio de Janeiro: Dark Side Books, 2014 p. 145

matado? Francisco: Olha, sinceramente... eu não sei... não sei... não sei.

Nesse sentido, surge o questionamento visceral, quanto à real necessidade de o indivíduo cometer ao menos três homicídios em locais diversos para a caracterização do assassino em série.

No ano de 1984 a unidade de ciência comportamental do FBI apresentou trabalho<sup>447</sup> baseado no estudo de 36 criminosos seriais encarcerados, listando, por fim, algumas “características gerais”:

|     |   |
|-----|---|
| 01. | A maioria é composta por homens brancos e solteiros   |
| 02. | Tendem a ser inteligentes, com QI médio de “superdotados”   |
| 03. | Apesar da inteligência, eles têm fraco desempenho escolar, histórico de empregos irregulares e acabam se tornando trabalhadores não qualificados.   |
| 04. | Vêm de um ambiente familiar conturbado ao extremo. Normalmente foram abandonados quando pequenos por seus pais e cresceram em lares desfeitos e disfuncionais dominados por suas mães.                        |
| 05. | Há um longo histórico de problemas psiquiátricos, comportamento criminoso e alcoolismo em suas famílias.  |
| 06. | Enquanto crianças, sofrem consideráveis abusos – às vezes psicológicos, às vezes físicos, muitas vezes sexuais. Os brutais maus tratos incutem profundos sentimentos de humilhação e impotência neles.        |
| 07. | Devido a ressentimentos em relação a pais distantes, ausentes ou abusivos, possuem dificuldade de lidar com figuras de autoridade masculinas. Dominados por suas mães, nutrem por elas uma forte hostilidade. |
| 08. | Manifestam problemas mentais em uma idade precoce e muitas vezes são internados em instituições psiquiátricas quando crianças.  |
| 09. | Extremo isolamento social e ódio generalizado pelo mundo e por todos (inclusive eles mesmos), costumam ter tendência suicida na juventude.  |
| 10. | Demonstram interesse precoce e duradouro pela sexualidade degenerada e são obcecados pelo fetichismo, voyeurismo e pornografia violenta.  |

Essa lista de características não tem o condão de delimitar em *numerus clausus*, a condição necessária para a conceituação do assassino em série, e tão somente uma pauta norteadora que foi encontrada durante os estudos realizados em face dos 36 criminosos já determinados como assassinos em série.

## CAPÍTULO II – CONSEQUÊNCIAS JURÍDICO-CRIMINAIS

A partir da conceituação de psicopatia, bem como sua delimitação, traçado, de igual modo o conceito de serial killer, urge a necessidade de examinar as implicações desses indivíduos no âmbito jurídico, delimitando alguns institutos relacionados.

<sup>447</sup> SCHECHTER, Harold. **Serial killers, anatomia do mal**; tradução de Lucas Magdiel – Rio Janeiro: Dark Side books, 2013 p. 35

## 45.1 2.1 Correlação entre ciência jurídico-criminal e a psicopatia

Ao debruçar sobre a temática de psicopatia, resta patente seu reflexo no campo jurídico. Contudo esse retrato não se limita a um ramo específico do direito, é possível traçar inter-relações nas mais diversas frentes jurídico-dogmáticas, tais quais o direito civil, trabalhista, tributário e penal.

Não há que se negar que o ramo de associação mais latente são as ciências jurídico-criminais, e esse aspecto é o que será aqui abordado de forma mais incisiva. O Direito Penal ocupa-se, em nosso arcabouço jurídico, de desempenhar papel crucial, pois tutela os bens jurídicos<sup>448</sup> de maior relevância para a manutenção da intrínseca relação entre Estado e Indivíduo. Segundo assevera ainda o professor Damásio<sup>449</sup> “o Direito Penal visa a proteger os bens jurídicos mais importantes, intervindo somente nos casos de lesão de bens jurídicos fundamentais para vida em sociedade”

A partir desse pensamento acima exposto, o doutrinador Rogério Greco<sup>450</sup> assevera: “A pena, portanto é simplesmente o instrumento de coerção de que se vale o direito penal para a proteção dos bens, valores e interesses mais significativos da sociedade”. Ainda na visão do professor Cezar Roberto Bitencourt<sup>451</sup>:

O direito penal apresenta-se por um lado, como um conjunto de normas jurídicas que tem por objeto a determinação de infrações de natureza penal e suas sanções correspondentes - penas e medidas de segurança. Por outro lado, apresenta-se como um conjunto de valorações e princípios que orientam a própria aplicação e interpretação das normas penais.

Contudo esse pensamento acerca da finalidade do direito penal vem tomando outras direções em face da mera proteção de um bem jurídico, Greco<sup>452</sup> sustenta que parte da doutrina, encabeçada principalmente pelo Prof. Gunther Jakobs, vem entendendo que a finalidade do direito penal não está na

---

<sup>448</sup> Segundo o professor Damásio de Jesus bem é tudo aquilo que pode satisfazer as necessidades humanas. Todo valor conhecido pelo Direito torna-se um bem Jurídico.

<sup>449</sup> JESUS, Damásio Evangelista de. **Direito penal**. 35. ed. rev. São Paulo: Saraiva, 2014. v. 1, p. 46.

<sup>450</sup> GRECCO, Rogério. **Curso de direito penal: parte geral**. 16. ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2014. p. 02

<sup>451</sup> BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de direito penal**. 20.ed. São Paulo: Saraiva, 2014. v. 1. p.36.

<sup>452</sup> GRECCO, Rogério. **Curso de direito penal: parte geral**. 16. ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2014.

proteção dos bens jurídicos, tendo em vista que o bem jurídico tutelado, no momento da aplicação do direito penal, já se encontra violado ou atacado. Ou seja, a finalidade do Direito Penal seria a proteção das próprias normas penais. Cabendo salientar, contudo, que esse entendimento não se mostra majoritário.

É possível apontar de maneira exemplificativa alguns dos bens jurídicos tutelados penalmente, notadamente o direito à vida, propriedade privada, incolumidade física e psíquica. Contudo, cabe ao ramo penal objetivar essa tutela jurídica criando legislação, editando normas, impondo ou proibindo determinadas condutas aceitas ou não no bojo do anseio social coletivo.

Diversos são os temas do direito penal que se concatenam com a situação psicológica e moral do portador da psicopatia e que foram as delimitações deste trabalho. Dentre eles pode-se citar a culpabilidade do agente em face da teoria do crime, incluindo aí a imputabilidade penal e seus critérios de aferição, a pena, suas finalidades e teorias fundamentadoras bem como a teoria adotada pelo artigo 59 do Código Penal Brasileiro e seus limites constitucionais e por fim o instituto da medida de segurança e suas espécies.

#### 45.2 2.2 Psicopatia e seus efeitos na culpabilidade

Para compreender de maneira esmerada o conceito de culpabilidade, faz-se imprescindível uma análise da teoria do crime e dos elementos fundamentais caracterizadores do crime. Sendo, pois, a culpabilidade um dos elementos constitutivos do crime ou delito. Zaffaroni<sup>453</sup> conceitua teoria do delito como:

a parte da ciência do direito penal que se ocupa de explicar o que é o delito em geral, que dizer, quais são as características que devem ter qualquer delito. Essa explicação não é um mero discorrer sobre o delito com interesse puramente especulativo, senão que atende à função essencialmente prática, consistente na facilitação da averiguação da presença ou ausência de delito em cada caso concreto.

---

<sup>453</sup> ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **Manual de Derecho Penal – Parte General**  
**Manual de derecho penal**: parte general. Buenos Aires: Editar, 2006, p.317

Não há que se falar aqui em fragmentação do crime, conforme preceitua o professor Rogério Greco<sup>454</sup>, contudo para efeitos doutrinários cabe aqui um desmembramento das características fundamentais, quais sejam, o fato típico, a antijuridicidade e a culpabilidade, como antecedentes lógicos e necessários para a apreciação do delito.

Segundo o conceito analítico de crime, conceito esse que busca analisar os elementos que integram a conceituação de infração penal, o Direito Penal Brasileiro adotou como elementos do crime o fato típico, ilícito e culpável, e na medida em que um desses elementos não esteja presente na situação fática aplicada, não há que se falar em crime, considerando-se portanto um indiferente penal<sup>455</sup>.

Há que suscitar celeuma doutrinária entre o conceito bipartido e tripartido de crime. Exponentes doutrinários tais quais Damásio<sup>456</sup>, Dotti<sup>457</sup>, Mirabete<sup>458</sup> e Delmanto<sup>459</sup>, são partidários da teoria bipartida, excluindo, portanto, a culpabilidade, contudo como esse não é o posicionamento predominante nem na doutrina pátria, o terceiro elemento constitutivo será coadunado com o conceito em si

Como o enfoque será dado ao terceiro elemento, a culpabilidade, imperioso se faz conceituação sintética dos dois primeiros elementos, salientando que ao debruçar sobre o terceiro elemento aludido, subentende-se que os primeiros fundamentos já estejam preenchidos e sem vícios.

Fernando Capez<sup>460</sup> conceitua fato típico como “o fato material que se amolda perfeitamente aos elementos constantes do modelo previsto na lei penal.” Ou seja, o fato material deve conter uma conduta dolosa ou culposa,

---

<sup>454</sup> GRECCO, Rogério. **Curso de direito penal: parte geral**. 16. ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2014.

<sup>455</sup> IDEM p.150

<sup>456</sup> JESUS, Damásio Evangelista de. **Direito penal**. 28. ed. rev. São Paulo: Saraiva, 2005. v. 1, p. 156.

<sup>457</sup> DOTTI, René Ariel. **Curso de direito penal: parte geral**. Rio de Janeiro: Forense, 2001. p. 339- 339.

<sup>458</sup> MIRABETE, 2006, p. 94.

<sup>459</sup> DELMANTO, Celso **CÓDIGO penal comentado: acompanhado de comentários, jurisprudência, súmulas em matéria penal e legislação complementar**. 6. ed. atual. e ampl. Rio de Janeiro: Renovar, 2002. p. 18-19.

<sup>460</sup> CAPEZ, Fernando. **Curso de Direito Penal. Parte Geral**. 17. ed. São Paulo: Saraiva, 2013, vol. 1.



um resultado, um nexo de causalidade entre conduta e resultado e a tipicidade.

Victor Eduardo Rios Gonçalves<sup>461</sup> assevera:

Tipicidade é o nome que se dá ao enquadramento da conduta concretizada pelo agente na norma penal descrita em abstrato. Em suma, para que haja crime é necessário que o sujeito realize, no caso concreto, todos os elementos componentes da descrição típica.

Já a antijuridicidade, ou ilicitude, pode ser definida, conforme Greco<sup>462</sup> como uma relação de contrariedade entre a conduta do agente e o ordenamento jurídico em geral. Pressupõe, então, uma norma penal anterior que ao ser infringida pela conduta, comissiva ou omissiva, gera a conduta tida como ilícita.

Zaffaroni<sup>463</sup> entrega o conceito de antijuridicidade como:

o choque da conduta com a ordem jurídica, entendida não só uma ordem jurídica (antinormatividade), mas como uma ordem normativa e de preceitos permissivos. Consiste na constatação de que uma conduta típica (antinormativa) não está permitida por qualquer causa de justificação (preceito permissivo), em parte alguma da ordem jurídica (não somente no direito penal, mas tampouco no civil, comercial, administrativo, trabalhista etc.)

O terceiro elemento, qual seja, a culpabilidade é tema essencial para o estudo da psicopatia, pois pode ser considerado como o ponto de afluência no qual se encontram o elemento volitivo da consciência da ilicitude em face do resultado final obtido por meio da conduta.

Partindo do pressuposto da adoção da teoria normativa pura da culpabilidade, na qual os fatores psicológicos são afastados, atendo apenas aos aspectos valorados pela legislação imposta. Desse modo, a culpabilidade tem por fundamento a capacidade de querer e de entender, a capacidade de entender a ilicitude da conduta e a normalidade das circunstâncias justapostas.

Segundo Damásio<sup>464</sup> a culpabilidade “é composta pela inimputabilidade, exigibilidade de conduta diversa e potencial consciência da ilicitude”.

---

<sup>461</sup> GONÇALVES, Victor Eduardo Rios, **Direito Penal Parte Geral** 16. ed. São Paulo: Saraiva 2010.p.53

<sup>462</sup> GRECCO, Rogério. **Curso de direito penal: parte geral**. 16. ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2014.

<sup>463</sup> ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **Manual de direito penal brasileiro: parte geral**. 10. ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013. p. 510.

A respeito da temática, suscita uma rápida explanação acerca da teoria finalista da ação, cujo criador foi Hans Welzel, na qual o professor Rogério Greco<sup>465</sup> aduz:

Da culpabilidade foram extraídos o dolo e a culpa, sendo transferidos para a conduta do agente, característica integrante do fato típico. O dolo, após a sua transferência, deixou de ser normativo, passando a ser um dolo tão somente natural.

Importante citar, previamente, a culpabilidade na sua concepção finalista pois esta foi a teoria adotada pelo Código Penal Brasileiro, da qual fazem parte a imputabilidade, a potencial consciência sobre a ilicitude do fato e a exigibilidade de conduta diversa.

#### 45.2.1      2.2.1 Imputabilidade do psicopata

A respeito da imputabilidade, primeiro requisito a ser levantado, faz-se mister tecer algumas considerações a respeito da matéria, analisando a imputabilidade como regra genérica, bem como suas hipóteses de exclusão e as teorias relativas à inimputabilidade penal.

Segundo Capez<sup>466</sup>, a imputabilidade é a capacidade de compreender a ilicitude de determinado fato e de se comportar dentro de tal entendimento. Se faz necessário que o agente apresente condições psicológicas, mentais, morais e físicas para reconhecer que está cometendo um ato ilícito penal. Porém, para o autor, acima mencionado, além de tais condições é necessário que o agente se encontre em “totais condições de controle sobre sua vontade”. A partir de tal afirmação, depreende-se que o imputável é aquele que tem ciência sobre a significação de sua conduta e também o comando pleno de sua própria vontade. Dessa maneira, esclarece Capez<sup>467</sup>, a imputabilidade assume dois aspectos. O volitivo, que consiste na capacidade de comandar e controlar a própria vontade e o intelectual, baseado na possibilidade de entendimento do agente quanto ao ato cometido. A união dos dois ângulos estabelece a

---

<sup>464</sup> JESUS, Damásio Evangelista de. **Direito penal**. 35. ed. rev. São Paulo: Saraiva, 2014. v. 1, p. 507

<sup>465</sup> GRECCO, Rogério. **Curso de direito penal: parte geral**. 16. ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2014, p. 389

<sup>466</sup> CAPEZ, Fernando. **Curso de Direito Penal. Parte Geral**. 17. ed. São Paulo: Saraiva, 2013, vol. 1. p. 332

<sup>467</sup> CAPEZ, Fernando. **Curso de Direito Penal. Parte Geral**. 17. ed. São Paulo: Saraiva, 2013, vol. 1. p. 332

imputabilidade. Greco<sup>468</sup> determina a imputabilidade como “[...] a possibilidade de se atribuir, imputar o fato típico e ilícito ao agente. A imputabilidade é a regra; [...]”.

Ainda sobre a dualidade da constituição da imputabilidade, Sanzo Brodt<sup>469</sup> afirma que o elemento intelectual consiste na compreensão das proibições ou determinações jurídicas. Já o volitivo, se apoia na condição do agente de dirigir os próprios atos conforme a percepção ético-jurídica.

Trabalhando o conceito de forma mais densa e indo um pouco mais além do que os autores citados anteriormente, explicita-se a definição de Zaffaroni e Pierangeli. Há, no texto, uma ponderação quanto ao amplo aspecto do conceito de imputabilidade, os autores trazem os dois maiores extremos já atribuídos à concepção da imputabilidade. Em primeiro, vem a ideia de que a mesma se resume “a total incapacidade psíquica para o delito pelo que devia situar-se com anterioridade à própria conduta[...]”<sup>470</sup>. Em seguida, trazem o outro extremo, no qual se encontram os autores que não enxergam como parte do delito, mas sim da teoria da sanção. Nesse caso, a inexistência da imputabilidade dá lugar à medida de segurança em lugar da pena.

Eximindo-se um pouco da amplitude do conceito, os autores afirmam que no Direito a imputabilidade é o meio pelo qual se busca determinar a capacidade psíquica da culpabilidade. Delimitando ainda mais a definição da imputabilidade dentro do universo processual alegam que para ser possível reprovar a conduta do autor, é preciso que este tenha procedido com determinado grau de capacidade ou consciência, o que o permitiria ter o mínimo de autodeterminação.

---

<sup>468</sup> GRECCO, Rogério. **Curso de direito penal: parte geral**. 16. ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2014, p. 392

<sup>469</sup> SANZO BRODT, 1996 apud Greco, 2014, p.393

<sup>470</sup> ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **Manual de direito penal brasileiro: parte geral**. 10. ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013. p. 558

A regra geral é a imputabilidade, devendo esta ser aplicada, segundo o professor Cezar Roberto Bitencourt<sup>471</sup> a todo agente que demonstra condições mínimas de normalidade e madureza psíquica, ou nas palavras de Jorge Trindade<sup>472</sup> “para haver imputabilidade, há necessidade de haver integridade de cognição e de volição”. Contudo essa definição não se revela categórica, e as duas outras possibilidades estão elencadas no Código Penal Brasileiro, em seu artigo 26<sup>473</sup>, que segundo entendimento doutrinário, trata-se da inimputabilidade trazida pelo caput do dispositivo legal ao passo que o parágrafo único revela o conceito de semi-imputabilidade.

Art. 26: É isento de pena o agente que, por doença mental ou desenvolvimento mental incompleto ou retardado, era, ao tempo da ação ou omissão, inteiramente incapaz de entender o caráter ilícito do fato ou de determinar-se de com esse entendimento. Parágrafo único: A pena pode ser reduzida de um a dois terços, se o agente, em virtude de perturbação de saúde mental ou por desenvolvimento mental incompleto ou retardado não era inteiramente capaz de entender o caráter ilícito do fato ou de determinar-se de acordo com esse entendimento

A condição particular do Psicopata dentro desse conjuntura não se mostra de todo pacífica do ponto de vista doutrinário, ou seja, a definição do indivíduo psicopata entre imputável, semi-imputável e inimputável não se encontra uníssona na doutrina. Pode-se encontrar na literatura doutrinária argumentos de diversos autores e pensadores que validam o enquadramento do indivíduo psicopata em quaisquer das modalidades de imputabilidade acima citadas. Sob o argumento de inexistência de doença mental propriamente dita, expoentes como Nelson Hungria<sup>474</sup> e Manzini<sup>475</sup>, entendem que mesmo portadores de loucura moral, sua condição particular não os torna incapazes de

---

<sup>471</sup> BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de Direito penal: parte geral**. 20. ed. Rev., ampl. e atual – São Paulo : Saraiva 2014.

<sup>472</sup> TRINDADE, Jorge, **Psicopatia – a máscara da Justiça**. Jorge Trindade, Andréa Beheregaray, Mônica Rodrigues Cuneo – Porto alegre: Livraria do advogado Editora, 2009 p. 124

<sup>473</sup> BRASIL. Decreto-lei nº 2.848 de 7 de dezembro de 1940. **Código Penal**. Diário Oficial da União, 31 de dez. 1940. Disponível em <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm)>

<sup>474</sup> HUNGRIA, N. Comentários ao Código Penal. Rio de Janeiro: Forense, 2003, apud TRINDADE, Jorge; BEHEREGARAY, Andréa; CUNEO, Monica Rodrigues. **Psicopatia – a máscara da justiça**. Porto Alegre:Livraria do Advogado,. 2009.

<sup>475</sup> MANZINI V. Trattato di Diritto Penale Italiano. Torino: Unione Tipografico-Editrice Torinese – UTET, 1983, apud TRINDADE, Jorge; BEHEREGARAY, Andréa; CUNEO, Monica Rodrigues. **Psicopatia – a máscara da justiça**. Porto Alegre:Livraria do Advogado. 2009.

compreender a ilegalidade da conduta e nem mesmo alterar a vontade do indivíduo.

Segundo Manzini<sup>476</sup>: “A doença moral, não acompanhada de lesão na esfera intelectual ou volitiva, não tolhe e não diminui a imputabilidade”.

Encabeçando a corrente diametralmente oposta temos a figura do professor Fernando Capez<sup>477</sup> que sustenta que a psicopatia é capaz de alterar a capacidade cognitiva e volitiva do agente, incluindo a psicopatia no mesmo rol das doenças mentais tais quais neurose, psicose e esquizofrenia. Cabe ressaltar que esse entendimento mostra-se minoritário e não encontra consonância com a jurisprudência pátria.

Existe ainda terceira corrente que defende que os psicopatas, ou como a jurisprudência trata, indivíduos com personalidade psicopata devem ser enquadrados como semi-inimputáveis, ou seja, devem ser abarcados pelo texto normativo contido no parágrafo único do artigo 26 do Código Penal Brasileiro, pois teriam sua capacidade intelectual e volitiva alteradas em face da sua perturbação mental, que não se confunde com doença mental.

Esse entendimento mostra-se dominante na doutrina e na jurisprudência, dentre seus principais expoentes é possível citar Cezar Roberto Bitencourt<sup>478</sup> que ensina:

situam-se nessa faixa intermediária os chamados fronteirícios, que apresentam situações atenuadas ou residuais de psicose, de oligofrenias e, particularmente, grande parte das chamadas personalidades psicopáticas ou mesmo transtornos mentais transitórios.”

De igual modo Júlio Fabrini e Renato Mirabete<sup>479</sup> asseveram:

Os psicopatas, por exemplo, são enfermos mentais, com capacidade parcial de entender o caráter ilícito do fato. A personalidade psicopática não se inclui na categoria das moléstias mentais, mas no elenco das perturbações da saúde mental pelas perturbações da conduta, anomalia psíquica que

---

<sup>476</sup> IDEM

<sup>477</sup> CAPEZ, Fernando. **Curso de Direito Penal. Parte Geral**. 17. ed. São Paulo: Saraiva, 2013, vol. 1.

<sup>478</sup> BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de Direito penal: parte geral**. 20. ed. Rev., ampl. e atual – São Paulo : Saraiva 2014. P. 481

<sup>479</sup> MIRABETE, Julio Fabrini. MIRABETE, Renato N. Fabrini. **Manual de direito penal volume 1: parte geral**. São Paulo. Editora Atlas, 2011. p. 199

se manifesta em procedimento violento, acarretando a sua submissão ao art. 26, parágrafo único.

Cabe ressaltar entretanto que a semi-imputabilidade não tem como finalidade a exclusão da culpabilidade, incidindo tão somente causa de diminuição de pena, instituto que iremos esmiuçar posteriormente, pelo fato de, segundo Trindade<sup>480</sup>, mesmo “possuindo entendimento sobre a natureza criminosa de seus atos, não possuem, no entanto, capacidade de comportar-se de acordo com esse entendimento devido à falta de controle dos impulsos e de determinação.”

Como consequência jurídica desse entendimento o parágrafo único, artigo 26 do supracitado Código, remete inexoravelmente à aplicação do artigo 98<sup>481</sup> da mesma carta:

Art. 98, *in verbis* : Na hipótese do parágrafo único do artigo 26 deste código e necessitando o condenado de especial tratamento curativo, a pena privativa de liberdade pode ser substituída pela internação, ou tratamento ambulatorial, pelo prazo de no mínimo de um a três anos, nos termos do artigo anterior e respectivos §§ 1º a 4º.

Desse modo, o tratamento dado ao psicopata, passa por uma sensível redução na aplicação da pena, e faculta ainda ao magistrado a substituição da pena privativa de liberdade pela internação ou tratamento ambulatorial. Medida essa que mostra-se no mínimo temerária frente à forte condição de reincidência e o elevado grau de periculosidade dos indivíduos psicopatas.

### 2.2.2 Critérios de aferição da inimputabilidade

Dentre os critérios para a definição da culpabilidade diminuída, três sistemas são utilizados como balizadores desse conceito. O primeiro é o Sistema Biológico ou Etiológico, que tem como cerne principal a aferição do normal funcionamento do sistema mental, bem como se existe

---

<sup>480</sup> TRINDADE, Jorge, **Psicopatia – a máscara da Justiça**. Jorge Trindade, Andréa Beheregaray, Mônica Rodrigues Cuneo. Porto alegre: Livraria do advogado Editora, 2009 p. 132

<sup>481</sup> BRASIL. Decreto-lei nº 2.848 de 7 de dezembro de 1940. **Código Penal**. Diário Oficial da União, 31 de dez. 1940. Disponível em <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm)>

desenvolvimento mental incompleto ou retardado do ponto de vista clínico, não havendo necessidade de indagação psicológica. Nas palavras de Capez<sup>482</sup>:

há uma presunção legal de que a deficiência ou doença mental impede o sujeito de compreender o crime ou comandar sua vontade, sendo irrelevante indagar acerca de suas reais e efetivas consequências no momento da ação ou omissão.

Cabe salientar que essa teoria tem aplicação excepcional na legislação criminal no bojo do artigo 27 do Código Penal Brasileiro<sup>483</sup>: “Os menores de 18 (dezoito) anos são penalmente inimputáveis, ficando sujeitos às normas estabelecidas na legislação especial”, ou seja, nos casos de menores de dezoito anos de idade, indivíduos com desenvolvimento mental incompleto.

O segundo Sistema a ser analisado é o psicológico, que em essência não tem como pressuposto o desenvolvimento mental do agente e sim a possibilidade de discernimento e avaliação do caráter delituoso do fato e de orientar-se de acordo com esse prévio entendimento. Nesse sentido assevera Bitencourt<sup>484</sup>:

declara a irresponsabilidade se, ao tempo do crime, estava abolida no agente, seja qual for a causa, a faculdade de apreciar a criminalidade do fato (momento intelectual) e de determinar-se de acordo com essa apreciação (momento volitivo).

O próprio legislador foi claro em descartar esse sistema, pois nosso Código Criminal, em seu Artigo 28, inciso I, aduz que a emoção e a paixão não excluem a imputabilidade penal.

Por fim, temos a Teoria Biopsicológica, que é adotada pelo Código Penal Brasileiro para a aferição da inimputabilidade do agente. Esse sistema pode ser considerado uma mescla conceitual entre as duas primeiras, exigindo três requisitos da inimputabilidade, a causa biológica, considerada como doença mental, desenvolvimento mental incompleto ou retardado (elemento causal), e a perda total do elemento intelectual e volitivo ( elemento consequencial) ao

---

<sup>482</sup> CAPEZ, Fernando. **Curso de Direito Penal. Parte Geral**. 17. ed. São Paulo: Saraiva, 2013, vol. 1. P. 338

<sup>483</sup> BRASIL. Decreto-lei nº 2.848 de 7 de dezembro de 1940. **Código Penal**. Diário Oficial da União, 31 de dez. 1940. Disponível em <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm)>

<sup>484</sup> BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de Direito penal: parte geral**. 20. ed. Rev., ampl. e atual – São Paulo : Saraiva 2014. P. 474

tempo da ação ou omissão delituosa (elemento cronológico). Ainda nas palavras de Capez<sup>485</sup>:

será inimputável aquele que, em razão de uma causa prevista em lei (doença mental ou desenvolvimento mental incompleto ou retardado), atue no momento da prática da infração penal sem capacidade de entender o caráter criminoso do fato ou de determinar-se de acordo com esse entendimento. Foi adotado como regra, conforme se verifica pela leitura do art. 26, *caput*, do Código Penal.

## 2.3 Pena

Ponto crucial na discussão acerca da análise psico-jurídica do indivíduo portador de psicopatia é a penalidade a ele imposta, ou seja a sanção aplicada pelo Estado frente ao delito, cabendo aqui elencar seu conceito, características e finalidades, explicitando ainda as escolas penais e as teorias levantadas por cada corrente, com a finalidade de indagar se a pena cumpre seu papel frente à especial condição do psicopata.

Cabe ressaltar que apesar do conceito moderno de pena, as sanções aplicadas a um indivíduo transgressor de costumes ou práticas comumente aceitas, remete aos tempos mais antigos, sendo até hoje objeto de estudo da antropologia, e segundo Bitencourt<sup>486</sup>, as teorias da pena vem sofrendo forte influência ao longo das décadas pelo contexto cultural, social, ideológico político nas quais estão inseridos. Contudo, devemos nos ater à pena surgida com advento dos códigos criminais.

Esse controle exercido pelo Direito Penal em face das punições atribuídas ao ente descumpridor de preceitos normativos pode ser considerado como formal, com a elaboração de Leis e regras no campo instrumental, sem por vezes fornecer afetividade ou lastro fundamentador. Nas palavras do Professor Felipe Machado Caldeira<sup>487</sup> :

[...] o Direito Penal é um meio de controle social formal –, que necessita de limites substanciais ao controle do crime: a

---

<sup>485</sup> CAPEZ, Fernando. **Curso de Direito Penal. Parte Geral**. 17. ed. São Paulo: Saraiva, 2013, vol. 1. P. 339

<sup>486</sup> BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de Direito penal: parte geral**. 20. ed. Rev., ampl. e atual – São Paulo : Saraiva 2014. P. 130

<sup>487</sup> CALDEIRA, Felipe Machado. **A evolução histórica, filosófica e Teórica da Pena**. Revista EMERJ. Revista 45. Disponível em [http://www.emerj.tjrj.jus.br/revistaemerj\\_online/edicoes/revista45/Revista45\\_255.pdf](http://www.emerj.tjrj.jus.br/revistaemerj_online/edicoes/revista45/Revista45_255.pdf). Acesso em: 06 de setembro de 2015



vinculação da atuação jurídico-penal aos princípios valorativos (proporcionalidade, dignidade da pessoa humana etc.).

O conceito de Pena vem tomando novas roupagens conforme o avanço da percepção de sanção dentro do ordenamento jurídico. Aspectos antes não abarcados na conceituação da pena, vem mostrando-se de extrema relevância, tais quais a readaptação do criminoso ao convívio social e a prevenção de novos atos criminosos. Sebastian Soler<sup>488</sup> conceitua:

Pena é a sanção aflitiva imposta pelo Estado, mediante ação penal, ao autor de uma infração (penal), como retribuição de seu ato ilícito, consistente na diminuição de um bem jurídico, e cujo fim é evitar novos delitos

Zaffaroni<sup>489</sup> nos apresenta um conceito mais constricto: “Por coerção penal se entende a ação de conter ou de reprimir, que o direito penal exerce sobre os indivíduos que cometeram delitos”.

Ante a análise da conceituação da pena, que não se mostra conflitante perante a doutrina, cabe aqui a indagação a respeito das finalidades da pena, este sim campo de amplo embate doutrinário encabeçado por três correntes que entendem a pena com finalidades diversas, sendo a primeira a das teorias absolutas ou retributivas da pena, a segunda, das teorias relativas ou preventivas da pena e, por fim, a terceira teoria mista ou unificadora da pena.

Na dissecação das três posições protagonistas, surgem diversas teorias e conceitos que são de extrema relevância no campo doutrinário, conceitos esses que serão, *a posteriori*, pinçados para a situação jurídica do portador de Transtorno de Personalidade Antissocial.

### 2.3.1 Teorias acerca da finalidade da pena

As Teorias retributivas se fundam na vindita estatal, ou seja, retribuição de um mal causado (crime) por meio de uma violação de preceito legal. A reprimenda estatal configura-se como sanção, que deve ser plenamente capaz de realizar a justiça, dentro de sua concepção mais primitiva. Segundo Bitencourt<sup>490</sup>:

a característica essencial das teorias absolutas consiste em conceber a pena como um mal, um castigo, como retribuição

<sup>488</sup> SOLER, Sebastian. Derecho penal argentino. Buenos aires: Tipografia Ed Argentina, 1970. V.2 p 342 apud MIRABETE, Julio Fabbrini. **Manual de Direito Penal – Parte Geral**. 22° ed. São Paulo: Editora Atlas, 2014. P. 232

<sup>489</sup> ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **Manual de direito penal brasileiro: parte geral**. 10. ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013. p. 661

<sup>490</sup> BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de Direito penal: parte geral**. 20. ed. Rev., ampl. e atual – São Paulo : Saraiva 2014. P. 133

ao mal causado através do delito, de modo que sua imposição estaria justificada, não como meio para o alcance de fins futuros, mas pelo valor axiológico intrínseco de punir o fato passado[...]

Do mesmo modo assevera Fernando Vernice do Anjos<sup>491</sup> que a pena, segundo essa corrente, seria apenas uma correspondência do mal do crime com o mal da sanção estatal, fundada portanto no princípio da proporcionalidade, não havendo, desta feita, finalidade futura. A teoria também denominada absolutista, se funda pela falta de finalidade na pena, alcançando somente o fim nela mesma, tornando-se então absoluta.

As teorias preventivas da pena apresentam-se diametralmente opostas às teorias, e remontam aos tempos do estado moderno, sem o viés meramente punitivo e centrado em políticas de intervenção estatal frente às políticas criminais. Deste modo surgem as políticas de prevenção dos delitos, ou teorias utilitaristas, que conferem à pena fins úteis diversos da mera vingança estatal. Segundo Luigi Ferrajoli<sup>492</sup>:

a concepção de pena enquanto meio, em vez de como fim ou valor, representa um traço comum de todas as doutrinas relativas ou utilitaristas, desde aquelas da emenda e da defesa social àquelas da intimidação geral, daquelas da neutralização do delinquente àquelas da integração de outros cidadãos.

Com essa citação, é possível inferir que a pena tornou-se meio, modo, instrumento ou processo, no qual a finalidade toma diversas dimensões e ângulos segundo autores, épocas e momentos sociais distintos.

Dentro das correntes intrínsecas à visão preventiva da pena, essa desdobra-se em preventiva geral, na qual a finalidade da pena é destinada à sociedade como um todo, e preventiva especial, em que o fim debruça-se sob a égide do indivíduo que praticou o crime.

No bojo da prevenção geral, na qual o fim da pena volta-se ao âmago público, essa subdivide-se em duas correntes que a analisam sob óticas

---

<sup>491</sup> SANTOS, Fernando Venice dos. **Análise crítica da finalidade da pena na execução penal: ressocialização e o direito brasileiro**. 2009. 175. Dissertação de Mestrado – Universidade de São Paulo – USP p. 13. Disponível em: [www.teses.usp.br/.../Versao\\_integral\\_dissertacao\\_de\\_mestrado\\_Fernando\\_Vernice\\_dos.pdf](http://www.teses.usp.br/.../Versao_integral_dissertacao_de_mestrado_Fernando_Vernice_dos.pdf) Acesso em: 06 de setembro de 2015

<sup>492</sup> Direito e Razão 2ª ed. Trad. Ana Paula Zomer sica et. Al São Paulo RT, 2006, P. 240 APUD SANTOS, Fernando Venice dos. **Análise crítica da finalidade da pena na execução penal: ressocialização e o direito brasileiro**. 2009. 175. Dissertação de Mestrado – Universidade de São Paulo – USP p. 13. Disponível em: [www.teses.usp.br/.../Versao\\_integral\\_dissertacao\\_de\\_mestrado\\_Fernando\\_Vernice\\_dos.pdf](http://www.teses.usp.br/.../Versao_integral_dissertacao_de_mestrado_Fernando_Vernice_dos.pdf) Acesso em: 06 de setembro de 2015

distintas, sendo a primeira a prevenção geral negativa, também conhecida por intimidatória, e a segunda, a teoria da prevenção geral positiva. Bitencourt<sup>493</sup> apresenta essas vertentes das teorias relativas da pena como detentoras do encargo de desadmoestar o indivíduo inclinado ao cometimento do crime pela aplicação da sanção estatal, caso negativo, e o reforço ou robustecimento à fidelidade dos cidadãos à ordem social e preceitos normativos vigentes, prevenção geral positiva.

A prevenção geral negativa, então, confunde-se com a própria função do direito penal, por seu caráter intimidador, pois o valor da intimidação direcionada em concreto ao criminoso aproveita-se ao restante da sociedade, coagindo todos a evitarem uma futura conduta delituosa.<sup>494</sup> Como viés ilustrativo é possível citar a ampla publicidade dada às penas com forte impacto social, tais quais penas executórias, como forca, guilhotina, fuzilamento ou cadeira elétrica, devido à sua função intimidatória geral.

A prevenção geral positiva, como já dito, analisa a finalidade da pena também sob o enfoque da sociedade, contudo deixa seu lado negativo, intimidação social de lado, buscando o fortalecimento da relação Estado e cidadão, adquirindo um reforço no sistema normativo, muito ligado à ideia de pacto social.

Claus Roxin<sup>495</sup> empresta três efeitos da prevenção geral positiva, são eles:

[...]o efeito da aprendizagem através da motivação sociopedagógica dos membros da sociedade; efeito de reafirmação de confiança no Direito Penal; e o efeito da pacificação social quando a pena aplicada é vista como solução ao conflito gerado pelo delito.

Deste modo, a pena atinge fins não só pedagógicos, como também confirma o direito vigente como ordem a ser preservada e respeitada,

---

<sup>493</sup> BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de Direito penal: parte geral**. 20. ed. Rev., ampl. e atual – São Paulo : Saraiva 2014. P. 143

<sup>494</sup> SANTOS, Fernando Venice dos. **Análise crítica da finalidade da pena na execução penal: ressocialização e o direito brasileiro**. 2009. 175. Dissertação de Mestrado – Universidade de São Paulo – USP p. 13. Disponível em: <[www.teses.usp.br/.../Versao\\_integral\\_dissertacao\\_de\\_mestrado\\_Fernando\\_Vernice\\_dos.pdf](http://www.teses.usp.br/.../Versao_integral_dissertacao_de_mestrado_Fernando_Vernice_dos.pdf)> Acesso em: 06 de setembro de 2015

<sup>495</sup> Roxin, Derecho Penal, cit., p. 91-92 APUD BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de Direito penal: parte geral**. 20. ed. Rev., ampl. e atual – São Paulo : Saraiva 2014. P. 147

relacionando-se com o finalismo penal e a proteção de valores fundamentais de uma sociedade.

Em contrapartida às teorias gerais, a prevenção especial volta-se contra a figura do indivíduo delinquente, e sua periculosidade frente à sociedade. Esta subdividindo-se, do mesmo modo, em geral e especial. Nas palavras de Fernando Vernice do Anjos<sup>496</sup>:

[...] a sanção penal, segundo a visão preventivo-especial, serviria para atingir a pessoa que, ao praticar um crime, demonstrou sua “personalidade deformada”, “atentatória contra à ordem social” e “potencialmente perigosa”, evitando a reincidência.

Sem tecer comentários a respeito das diferentes contribuições dadas por autores que debruçaram-se sobre essa corrente, cabe aqui tecer a distinção entre prevenção especial negativa e a positiva, que, vale ressaltar, não são apresentadas de maneira contraposta, e sim concebidas como fins múltiplos e mutuamente aplicados, visando a prevenção criminal.

Desde logo, é possível aduzir que a faceta negativa desta teoria está intrinsecamente ligada ao fator intimidatório, assim como na sua versão geral negativa, contudo esse não é seu maior traço característico sendo portanto a inocuidade, ou segregação social do indivíduo delinquente do seio social.

Dentro desse contexto tem-se a retirada do indivíduo delinquente do seio social, e por vezes até mesmo do convívio carcerário, a depender da situação e periculosidade do apenado. No contexto da legislação brasileira cita-se o instituto do Regime Disciplinar Diferenciado (RDD), tratado no bojo da Lei de Execuções Penais, em seu artigo 52<sup>497</sup>, na qual o mesmo cumprirá, por tempo determinado em lei, sua pena em cela individual.

---

<sup>496</sup> SANTOS, Fernando Venice dos. **Análise crítica da finalidade da pena na execução penal: ressocialização e o direito brasileiro**. 2009. 175. Dissertação de Mestrado – Universidade de São Paulo – USP p. 13. Disponível em: [www.teses.usp.br/.../Versao\\_integral\\_dissertacao\\_de\\_mestrado\\_Fernando\\_Vernice\\_dos.pdf](http://www.teses.usp.br/.../Versao_integral_dissertacao_de_mestrado_Fernando_Vernice_dos.pdf) acesso em: 06 de julho de 2015.

<sup>497</sup> Art. 52. A prática de fato previsto como crime doloso constitui falta grave e, quando ocasione subversão da ordem ou disciplina internas, sujeita o preso provisório, ou condenado, sem prejuízo da sanção penal, ao regime disciplinar diferenciado, com as seguintes características:

Cabe ressaltar que na visão do Estado Democrático de Direito, essa teoria não pode ser aplicada de maneira absoluta e de maneira isolada. Entretanto, países como os Estados Unidos da América utilizam a construção teórica dessa corrente na aplicação de penas de caráter perpétuo e penas capitais, como no estudo de caso a ser estudado *a posteriori*.

Por fim, a prevenção especial positiva, tendência mais moderna no tocante aos fins da pena, seu conceito está relacionado à ressocialização, retorno ao convívio social do agente transgressor das leis penais. O conceito mais humanista de pena na verdade surge como fator principal na construção da penal tanto na legislação estrangeira como em nossa legislação pátria, voltado na busca por refrear a reincidência. Paulo Queiroz<sup>498</sup>, a respeito desse posicionamento, explicita:

para o defensores da prevenção integradora ou positiva, a pena presta-se não à prevenção negativa dos delitos, demovendo aqueles que já tenham incorrido na prática do delito; seu propósito vai além disso: infundir, na consciência geral, a necessidade de respeito a determinados valores, exercitando a fidelidade ao direito; promovendo, em última análise, a integração social.

Dentro dessas teorias e conceituações surge a teoria mista, também conhecida como unificadora da pena. Teoria essa que intenta unir diversos aspectos das teorias absolutas e relativas.<sup>499</sup> Santiago Mir Puig<sup>500</sup> sintetiza a teoria mista afirmando que “a retribuição, a prevenção geral e especial são distintos aspectos de um fenômeno complexo da pena”.

---

I - duração máxima de trezentos e sessenta dias, sem prejuízo de repetição da sanção por nova falta grave de mesma espécie, até o limite de um sexto da pena aplicada;

II - recolhimento em cela individual;

III - visitas semanais de duas pessoas, sem contar as crianças, com duração de duas horas;

IV - o preso terá direito à saída da cela por 2 horas diárias para banho de sol.

§ 1º O regime disciplinar diferenciado também poderá abrigar presos provisórios ou condenados, nacionais ou estrangeiros, que apresentem alto risco para a ordem e a segurança do estabelecimento penal ou da sociedade.

§ 2º Estará igualmente sujeito ao regime disciplinar diferenciado o preso provisório ou o condenado sob o qual recaiam fundadas suspeitas de envolvimento ou participação, a qualquer título, em organizações criminosas, quadrilha ou bando.

<sup>498</sup> QUEIROZ, Paulo de Souza. Funções do direito penal. P 40. APUD GRECCO, Rogério. Curso de direito penal: parte geral. 16. ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2014, p. 482

<sup>499</sup> BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de Direito penal: parte geral**. 20. ed. Rev., ampl. e atual – São Paulo : Saraiva 2014.

<sup>500</sup> MIR PUIG, Santiago. Derecho penal – Parte general, p.56 APUD GRECCO, Rogério. **Curso de direito penal: parte geral**. 16. ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2014, p. 483

A doutrina penal brasileira adota a teoria mista<sup>501</sup>, conforme redação do artigo 59 caput do Código Penal Brasileiro<sup>502</sup>:

Art. 59 - O juiz, atendendo à culpabilidade, aos antecedentes, à conduta social, à personalidade do agente, aos motivos, às circunstâncias e consequências do crime, bem como ao comportamento da vítima, estabelecerá, conforme seja necessário e suficiente para reprovação e prevenção do crime.

Resta claro da parte final do dispositivo, que o legislador contemplou tanto o caráter reprovador, consubstanciado pela teoria retributiva, como o preventivo, entendendo-se aqui tanto a prevenção geral, quanto a especial, em seus aspectos positivos e negativos.

Ademais, a o caráter ressocializador da pena mostra-se especialmente tratado na Lei de Execuções Penais, a título exemplificativo cita-se o artigo 1º: "Art. 1º A execução penal tem por objetivo efetivar as disposições de sentença ou decisão criminal e proporcionar condições para a harmônica integração social do condenado e do internado.", que traz como objetivo da execução a integração social do apenado.

### 2.3.2 Limites da pena

Os limites das penas dentro do Estado brasileiro empregam especial respeito às funções da prevenção social positiva, ressocialização, motivo esse à vedação expressa das penas de caráter perpétuo.

A Constituição Federal assevera, em seu artigo 5º, XLVII<sup>503</sup>: “não haverá penas: a) de morte, salvo em caso de guerra declarada, nos termos do art. 84, XIX; b) de caráter perpétuo; c) de trabalhos forçados; d) de banimento; e)

---

<sup>501</sup> GRECCO, Rogério. **Curso de direito penal: parte geral**. 16. ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2014, p. 483

<sup>502</sup> BRASIL. Decreto-lei nº 2.848 de 7 de dezembro de 1940. **Código Penal**. Diário Oficial da União, 31 de dez. 1940. Disponível em [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm). Acesso em: 12 de outubro de 2015.

<sup>503</sup> BRASIL. **Constituição Federal de 1988**. Promulgada em 5 de outubro de 1988. Disponível em [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm). Acesso em: 12 de outubro de 2015.

cruéis;”. Portanto, a vedação tem status de preceito constitucional, e nesse mesmo sentido o artigo 75 caput do Código Penal<sup>504</sup> aduz:

O tempo de cumprimento das penas privativas de liberdade não pode ser superior a 30 (trinta) anos.

§ 1º - Quando o agente for condenado a penas privativas de liberdade cuja soma seja superior a 30 (trinta) anos, devem elas ser unificadas para atender ao limite máximo deste artigo.

§ 2º - Sobrevindo condenação por fato posterior ao início do cumprimento da pena, far-se-á nova unificação, desprezando-se, para esse fim, o período de pena já cumprida.

Nessa toada, é possível inferir que, diferentemente do conceito adotado por outros países, a função da pena no Brasil não está adstrita à função retributiva, a mera penalização do indivíduo, levando em conta o aspecto de reintegração social da pena.

Zaffaroni<sup>505</sup> tece um comparativo entre a pena de caráter perpétuo e a pena privativa de liberdade por período prolongado, como a pena de 30 (trinta) anos em regime fechado, alegando que ambas atentam contra a integridade física, psíquica e moral do apenado, sendo consideradas como sanções arruinadoras. Segundo o autor<sup>506</sup> : “Não se trata de execução penal que tenha objetivos ressocializadores, nem de melhoria, mas de deterioração irreversível e neutralizadora.”

## 2.4 Medida de segurança e sua aplicabilidade nos casos de psicopatia

Atrelado ao instituto da pena, surge ainda, no âmbito da legislação penal vigente a medida de segurança, que mesmo sendo considerada sanção penal, tem por enfoque principal a periculosidade do agente.<sup>507</sup> Basileu Garcia<sup>508</sup> assevera ainda que a finalidade das medidas de segurança diferem-se das

---

<sup>504</sup>BRASIL. Decreto-lei nº 2.848 de 7 de dezembro de 1940. **Código Penal**. Diário Oficial da União, 31 de dez. 1940. Disponível em <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm)> Acesso em: 12 de outubro de 2015.

<sup>505</sup> ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **Manual de direito penal brasileiro: parte geral**. 10. ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013. p. 708

<sup>506</sup> Idem, p. 708

<sup>507</sup> MIRABETE, Julio Fabrini. MIRABETE, Renato N. Fabrini. **Manual de direito penal volume 1: parte geral**. São Paulo. Editora Atlas, 2011. p. 355

<sup>508</sup> GARCIA, Basileu. Instituições de direito penal, v. I,t. II, p. 593-594 APUD GRECCO, Rogério. **Curso de direito penal: parte geral**. 16. ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2014, p. 483

penas por sua destinação curativa e ambulatorial, que perdura enquanto persistir a periculosidade do agente.

Em relação aos pressupostos de aplicação da supracitada medida, o Código Penal Brasileiro alude o determinado tema na redação de seus artigos 97 e 98<sup>509</sup>. Artigo 97 Código Penal:

“Se o agente for inimputável, o juiz determinará sua internação (art. 26). Se, todavia, o fato previsto como crime for punível com detenção, poderá o juiz submetê-lo a tratamento ambulatorial.

**Prazo**

§ 1º - A internação, ou tratamento ambulatorial, será por tempo indeterminado, perdurando enquanto não for averiguada, mediante perícia médica, a cessação de periculosidade. O prazo mínimo deverá ser de 1 (um) a 3 (três) anos.

**Perícia médica**

§ 2º - A perícia médica realizar-se-á ao termo do prazo mínimo fixado e deverá ser repetida de ano em ano, ou a qualquer tempo, se o determinar o juiz da execução.

**Desinternação ou liberação condicional**

§ 3º - A desinternação, ou a liberação, será sempre condicional devendo ser restabelecida a situação anterior se o agente, antes do decurso de 1 (um) ano, pratica fato indicativo de persistência de sua periculosidade.

§ 4º - Em qualquer fase do tratamento ambulatorial, poderá o juiz determinar a internação do agente, se essa providência for necessária para fins curativos.

No mesmo sentido, artigo 98 do Código Penal Brasileiro:

**Substituição da pena por medida de segurança para o semi-imputável**

Art. 98 - Na hipótese do parágrafo único do art. 26 deste Código e necessitando o condenado de especial tratamento curativo, a pena privativa de liberdade pode ser substituída pela internação, ou tratamento ambulatorial, pelo prazo mínimo de 1 (um) a 3 (três) anos, nos termos do artigo anterior e respectivos §§ 1º a 4º.

Resta pacífico na doutrina que após a reforma penal de 1984, a medida de segurança substituiu o sistema duplo binário, ou sistema de dois trilhos, que tinha o condão de aplicar a medida de segurança de maneira isolada, para o casos de inimputabilidade, e a pena e a medida de segurança conjuntamente,

---

<sup>509</sup> BRASIL. Decreto-lei nº 2.848 de 7 de dezembro de 1940. **Código Penal**. Diário Oficial da União, 31 de dez. 1940. Disponível em <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm)> Acesso em: 12 de outubro de 2015.



para os casos de semi-imputabilidade e aos imputáveis considerados com alto grau de periculosidade.

O novo modelo aplicado é o sistema vicariante, conhecido também por unitário, no qual a medida de segurança é aplicada ao inimputável e a pena ao imputável e semi-imputável, podendo, neste último caso, se substituída por medida de segurança. Nas palavras de Júlio Mirabete<sup>510</sup>:

Em decorrência da reforma penal ficaram extintas as medidas de segurança impostas aos semi-imputáveis que estão cumprindo ou já cumpriram pena, e aos imputáveis considerados real ou presumidamente perigosos. A adoção do sistema vicariante impede a execução de medida de segurança em casos que tais, já que a nova lei eliminou a possibilidade de sua aplicação para os imputáveis e a imposição da pena exclui a medida para os semi-imputáveis

A temática ganha especial importância principalmente no contexto dos semi-imputáveis, pois, conforme assentado anteriormente, assim são considerados os psicopatas para a parte dominante da doutrina. Contudo é possível notar, a partir dos estudos de caso posteriormente estudados, que, pela dificuldade no diagnóstico desses indivíduos o instituto quase sempre não os abarca.

Existem duas espécies de medidas de segurança, ambas elencadas pela legislação no artigo 96 do Código Penal Brasileiro<sup>511</sup>:

“Art. 96. As medidas de segurança são:

- I - Internação em hospital de custódia e tratamento psiquiátrico ou, à falta, em outro estabelecimento adequado;
- II - sujeição a tratamento ambulatorial”

A internação, tem caráter detentivo, e é realizada em hospitais de custódia e tratamento psiquiátrico. Esta diretamente relacionada com a realização de exames psiquiátricos, criminológico e de personalidade, com a finalidade de verificar a cessação da periculosidade.<sup>512</sup>

---

<sup>510</sup> MIRABETE, Julio Fabrini. MIRABETE, Renato N. Fabrini. **Manual de direito penal volume 1: parte geral**. São Paulo. Editora Atlas, 2011. p. 358

<sup>511</sup> BRASIL. Decreto-lei nº 2.848 de 7 de dezembro de 1940. **Código Penal**. Diário Oficial da União, 31 de dez. 1940. Disponível em <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm)> Acesso em: 12 de outubro de 2015.

<sup>512</sup> MIRABETE, Julio Fabrini. MIRABETE, Renato N. Fabrini. **Manual de direito penal volume 1: parte geral**. São Paulo. Editora Atlas, 2011. p. 361

Zaffaroni<sup>513</sup> explicita: “É sabido que, na moderna terapêutica psiquiátrica, a internação ocupa lugar cada vez mais reduzido. Existe uma série de análises que tendem para sua abolição, enquanto se fomenta o tratamento ambulatorial.” O tratamento ambulatorial por sua vez não tem caráter detentivo e sim restritivo, ou seja, o paciente ficará obrigado a comparecer à instituição de custódia e tratamento psiquiátrico com regularidade para realizar tratamento. Nessa espécie, diferentemente da internação, a segregação social não é valorada, pois o agente não é privado do convívio social.

### **CAPÍTULO III ANÁLISE PSICOJURÍDICA DOS ASPECTOS RELEVANTES DOS ESTUDOS DE CASOS**

Nesta etapa do trabalho, será iniciada a discussão referente ao estudo de casos proposto no início do trabalho. Serão apresentados e analisados as principais informações de dois casos diversos, um deles se passa sob a égide do ordenamento brasileiro, já o segundo acontece em âmbito estrangeiro (EUA). O relato da história dos psicopatas Pedro Rodrigues Filho e Jeffrey Dahmer permite análise e comparação quanto a diferentes tipos de psicopatas. Utilizando as duas histórias é possível trazer óticas diversas quanto ao tratamento legal destinado aos indivíduos considerados psicopatas

Como método de análise, compete o cotejo das informações centrais, traçando um paralelo, por meio de tabelas informacionais entre ambos os seriais para, por fim levantar novos parâmetros e referências, no âmbito multidisciplinar para o trato de temática tão delicada e particular.

#### 45.2.2 Quadro 01 - Ambiente familiar – pais

|  |   |
|--|---|
| <b>Pedrinho Matador</b> <ul style="list-style-type: none"><li>- Família de classe baixa.</li><li>- Filho primogênito.</li><li>- Brigas constantes entre os pais.</li><li>- Ambiente familiar hostil e violento, o pai agredia a mãe frequentemente.</li><li>- Esquecido na conjuntura familiar devido às constantes brigas.</li><li>- Apanhava muito da mãe.</li></ul> | <b>Jeffrey Dahmer</b> <ul style="list-style-type: none"><li>- Família de classe média.</li><li>- Filho primogênito.</li><li>- Brigas constantes entre os pais.</li><li>- Ambiente familiar hostil.</li><li>- Esquecido na conjuntura familiar devido às constantes brigas.</li><li>- Abandonado pelos pais após o divórcio aos 18 anos.</li></ul> |
|--|---|

<sup>513</sup> ZAFFARONI, Eugênio Raúl. Reflexões acerca do anteprojeto de lei referente à parte geral do código penal do Brasil. Ciência penal 1/13. APUD MIRABETE, Julio Fabrini. MIRABETE, Renato N. Fabrini. **Manual de direito penal volume 1: parte geral**. São Paulo. Editora Atlas, 2011. p. 361

|  |                     |
|--|---------------------|
| - Influenciado pelos avós pela falta de atenção dos pais.<br>- Não tinha amigos. | - Não tinha amigos. |
|--|---------------------|

A situação familiar de ambos os assassinos em série mostra-se similar, dentro de um ambiente familiar excessivamente hostil e conturbado. A negligência parental e a solidão fomentam o desvio de conduta que será presente na mais tenra infância. A violência era tida como valor constantemente reforçado dentro dos lares, e a figura de poder também era quase sempre a figura que impunha castigos, tanto de natureza física quanto psicológica, minando a já frágil estrutura psicológica desses indivíduos. Isso corrobora com o que os autores determinam como fatores de pré-disposição, aspectos sintomáticos que sugerem uma possível conduta porvindoura.

#### 45.2.3 Quadro 02 - Episódios na infância

|   |  |
|---|--|
| <p><b>Pedrinho Matador</b></p> <ul style="list-style-type: none"> <li>- Ainda na fase gestacional sua mãe foi agredida pelo marido, sofreu um chute na região do ventre ocasionando uma lesão craniana em Pedro, cicatriz que carrega até os dias atuais.</li> <li>- Após a demissão do pai por um suposto caso de roubo, ficou desaparecido por 30 dias. Estava em uma mata próxima caçando e matando macacos para ajudar no sustento da família vendendo as peles.</li> </ul> | <p><b>Jeffrey Dahmer</b></p> <ul style="list-style-type: none"> <li>- Causava tumultos em sala de aula, gritava imitando balidos de ovelha e simulava ataques epiléticos nos corredores.</li> <li>- Caçava e matava pequenos animais nos arredores de casa. Guardava os corpos no galpão, os esfolava e removia a carne dos ossos com ácidos.</li> <li>- Prendia os corpos dos animais mortos em árvores de mata próxima.</li> </ul> |
|---|--|

A infância também trás algumas semelhanças e traços bastante característicos de indivíduos tendentes a apresentar psicopatia em um futuro próximo. O episódio gestacional de Pedro Rodrigues Filho oferece uma ampla gama de causas para seu comportamento. A agressão sofrida pela mãe, ainda no período de gestação, gerando por conseguinte uma lesão craniana no feto empresta tanto o motivo genético, quanto hereditário e fisiológico. Um aspecto de bastante relevância, ainda relacionado à infância é a predileção por matar animais, de diversos portes. Segundo Harold Schechter<sup>514</sup>, a tortura de animais revela o sadismo precoce que os psicopatas desenvolvem na infância. Segundo o referido autor: “Para eles, torturar animais não é uma fase. É um

<sup>514</sup> SCHECHTER, Harold. **Serial killers, anatomia do mal**; tradução de Lucas Magdiel. Rio Janeiro: Dark de side Books, 2013

ensaio”<sup>515</sup>. Não há que se negar que nos dois casos essa conduta fora extremamente presente, Pedrinho retirava a pele de macacos para vender e sustentar sua família, contudo tal ato estava intimamente ligado ao prazer relacionado ao fato de tirar uma vida, já Jeffrey vinha cultivando sua curiosidade pela vida e morte, e suas experiências com animais demonstraram-se um estágio, vindo, na sequência a promover experimentos com humanos.

#### 45.2.4 Quadro 03 - Primeiro crime

|  |   |
|--|---|
| <p><b>Pedrinho Matador</b><br/> - Com 14 anos, matou o subprefeito e um vigia, ex-colega de trabalho de seu pai. Ele acreditava que os dois eram os responsáveis pelas dificuldades da família. Explicou a segunda vítima, o vigia, o porquê do assassinato e depois fugiu.<br/> - Não foi responsabilizado penalmente pelo crime.</p> | <p><b>Jeffrey Dahmer</b><br/> - Com 18 anos, deu carona a um rapaz, o convidou para sua casa e os dois transaram. No momento em que o jovem decidiu ir para casa, o acertou na cabeça com um haltere e o estrangulou. Desmembrou o corpo e pulverizou os pedaços, jogando as cinzas no quintal de casa.<br/> - Não foi responsabilizado penalmente pelo crime .</p> |
|--|---|

À primeira vista, defronta-se com a primeira diferença perceptível entre os dois personagens, a idade com a qual ambos cometeram seu primeiro homicídio. Pedrinho teve contato com sua primeira vítima aos quatorze anos, por motivos, dentro de sua concepção, de relevante valor moral, já Dahmer cometeu seu primeiro crime somente aos dezoito anos, por motivos incertos, caprichos, ou motivação pueril. Entretanto, não é possível desconsiderar a condição socioeconômica de Pedro, fato esse que fez com que o menino tivesse que encarar de maneira precoce as atribuições e responsabilidades da vida adulta, levando portanto a uma transição para a fase adulta de maneira prematura, fato esse que não aconteceu com Jeffrey. É possível então influir que ambos os crimes foram praticados logo nas primeiras passadas da vida adulta, ou do desenvolvimento mental completo. Quando sentiram-se maduros e responsáveis experimentaram a execução completa do ato que por incontáveis vezes idealizaram em seu imaginário. O fato de não terem sofrido qualquer tipo de sanção penal em face do crime praticado também pode ter servido como estímulo para o cometimento de novos crimes. No caso específico de Jeffrey, a polícia somente soube a respeito do seu primeiro assassinato após sua confissão, momento de sua última prisão.

<sup>515</sup> Idem, p.41

#### 45.2.5 Quadro 04 - Modus operandi

|   |  |
|---|--|
| <b>Pedrinho Matador</b> <ul style="list-style-type: none"><li>- Usava, predominantemente facas e armas brancas.</li><li>- Costumava matar apenas quando achava que a vítima “merecia” morrer. No momento do crime, explicava ao indivíduo o motivo do assassinato.</li><li>- O perfil vitimológico costumava ser de homens que cometiam algum tipo de transgressão dentro do seu código de conduta particular.</li><li>- Os crimes eram planejados e executados dentro de um padrão.</li><li>- 71 vítimas oficiais, mas afirma ter assassinado mais de 100 pessoas.</li></ul> | <b>Jeffrey Dahmer</b> <ul style="list-style-type: none"><li>- Geralmente, sufocava as vítimas, após administrar drogas, deixando-as inconscientes.</li><li>- Desmembrava as vítimas, consumia seus órgãos e guardava ossos como recordação.</li><li>- O perfil das vítimas era de jovens rapazes homossexuais que chamavam atenção pela beleza, ideal buscado por Dahmer.</li><li>- Os crimes eram planejados e executados dentro de um padrão.</li><li>- 11 vítimas identificadas pelos restos mortais, mas afirma ter matado 17 pessoas.</li></ul> |
|---|--|

No que tange ao método utilizado para a consumação dos assassinatos em série, nota-se uma dessemelhança entre as condutas, tanto pelo emprego de instrumentos diversos, quanto nas escolhas do grupo de indivíduos alvos desses seriais. Enquanto Pedrinho tinha uma predileção por utilizar armas brancas, Dahmer utilizava um método mais engenhoso, dopava suas vítimas com substâncias e em seguida utilizava de estrangulamento e sufocamento para tirar-lhes a vida. Há que se pontuar, contudo, que muitas das execuções de Pedrinho foram no ambiente prisional, não cabendo a adoção de métodos mais complexos e engenhosos, não restando dúvidas, entretanto, que suas ações eram calculadas e quase sempre exitosas, o que explica sua capacidade de sobreviver tantos anos no hostil ambiente penitenciário. Para adentrar mais profundamente no fenômeno complexo dos assassinatos em série é necessário entender que os dois personagens encontram-se em tipos diversos de serial killers, segunda Ilana Casoy<sup>516</sup>, os assassinos seriais são divididos em quatro grupamentos distintos, os visionários, missionários, emotivos e sádicos. Pedro encontra-se no grupo dos missionários, que, nas palavras de Ilana<sup>517</sup>: “Socialmente não demonstra ser um psicótico, mas em seu interior tem a necessidade de livrar o mundo do que julga imoral ou indigno. Escolhe um certo grupo para matar, como prostitutas, homossexuais, mulheres ou crianças.” Pedro, tinha como grupo alvo os indivíduos que dentro do seu código de ética e conduta eram considerados desviantes. Matava quase sempre criminosos, e defendia principalmente mulheres. Dahmer, de outro modo,

<sup>516</sup> CASOY, Ilana, Serial Killers: Louco ou cruel, Rio de Janeiro: Darkside books, 2014 p.21

<sup>517</sup> IDEM p.21

encontra-se classificado no grupo dos sádicos que segundo a autora: “é o assassino sexual. Mata por desejo, seu prazer será diretamente proporcional ao sofrimento da vítima sob tortura. A ação de torturar, mutilar e matar lhe traz prazer sexual. Canibais e necrófilos fazem parte desse grupo”.

Infere-se, portanto, que trata-se de dois grupos distintos de assassinos em série, e que mesmo distintas, suas condutas são correspondentes a sua especificação dentro de um quadro psicopático.

#### 45.2.6 Quadro 05 - Características Gerais do Serial Killer

|   |  |
|---|--|
| <p><b>Pedrinho Matador</b></p> <ul style="list-style-type: none"> <li>- Não apresentava remorso ou arrependimento.</li> <li>- Homem pardo, solteiro, não constituiu família</li> <li>- Inteligente</li> <li>- Abusos na infância</li> <li>- Dificuldade em lidar com figuras de poder</li> <li>- Extremo isolamento social</li> <li>- Lábria/charme superficial</li> <li>- Crueldade/falta de empatia</li> <li>- Impulsividade</li> <li>- Problemas comportamentais precoces</li> </ul> | <p><b>Jeffrey Dahmer</b></p> <ul style="list-style-type: none"> <li>- Não apresentava remorso ou arrependimento.</li> <li>- Homem branco, solteiro, não constituiu família</li> <li>- Inteligente</li> <li>- Abusos na infância</li> <li>- Dificuldade em lidar com figuras de poder</li> <li>- Extremo isolamento social</li> <li>- Lábria/charme superficial</li> <li>- Mentira patológica</li> <li>- Crueldade/falta de empatia</li> <li>- Impulsividade</li> <li>- Problemas comportamentais precoces</li> <li>- Comportamento sexual promíscuo</li> </ul> |
|---|--|

Ao analisar algumas das características trazidas, tanto pela PCL-R, quanto por definições criadas pelo FBI, é possível ver que uma grande maioria se encaixa ao perfil trazido por ambos os assassinos em série. É evidente que existem certas divergências em relação aos dois casos, como o apelo sexual de Jeffrey Dahmer, sua especial predileção pelo canibalismo e necrofilia. Pedro, por sua vez, apresenta um grupo específico de vítimas, em sua maioria criminosos e degenerados sociais. Contudo, dentro dessas divergências citadas a seguir, resta claro que ambos enquadram-se de maneira totalmente compatível com o perfil já traçado de um psicopata serial.

#### 45.2.7 Quadro 06 - Imputabilidade e Medida de Segurança

|   |   |
|---|---|
| <p><b>Pedrinho Matador</b></p> <ul style="list-style-type: none"> <li>- Não cumpriu medida de segurança</li> <li>- Considerado imputável</li> </ul> | <p><b>Jeffrey Dahmer</b></p> <ul style="list-style-type: none"> <li>- Não cumpriu medida de segurança</li> <li>- Considerado imputável</li> </ul> |
|---|---|

Em relação à aplicação da medida de segurança, esta é adotada somente nos casos de semi-imputabilidade e inimputabilidade. Ocorre que no caso de Pedro Rodrigues Filho, o mesmo fora considerado penalmente

responsável pelas práticas dos delitos, não havendo um enquadramento de seu perfil criminológico à condição de semi-imputável, conforme entendido pela maioria da doutrina. Jeffrey Dahmer, teve em seu julgamento o embate probatório a respeito de sua sanidade mental, restando patente, por fim, que o mesmo tinha condições de entender o caráter ilícito de seus atos e ao momento do crime determinar-se, não cabendo sua internação em hospital psiquiátrico de custódia. Importante salientar que no bojo da legislação adotada no caso Dahmer incide a corrente bipartida, imputável e inimputável, não existindo conforme a legislação pátria a figura dos semi-imputáveis.

**Quadro 07 - Pena e cumprimento de pena**

|   |   |
|---|---|
| <p><b>Pedrinho Matador</b><br/>         - Quase 400 anos de prisão.<br/>         - Cumpriu 35 anos em regime fechado<br/>         - Previsão de saída definitiva no ano de 2015</p> | <p><b>Jeffrey Dahmer</b><br/>         - 15 prisões perpétuas consecutivas totalizando 957 anos de prisão.<br/>         - Ficou preso durante 3 anos<br/>         - Foi morto por um detento dentro do sistema penitenciário</p> |
|---|---|

Em se tratando de pena, resta patente a importância da análise além de seu quantitativo, adentrando em suas finalidades e limites. Como aludido anteriormente, quanto à finalidade da pena, o Brasil adota a teoria mista ou unificadora, que tem por fim tanto o caráter retributivo quanto o preventivo, passando ao fim desejado, a ressocialização. Ao estudar a peculiar situação do psicopata, vemos que na adoção desses métodos punitivos não há que se esperar ressocialização, pois somente com acompanhamento psicológico e psiquiátrico constante e rotineiro é possível obter algum tipo de reinserção social. Alguns países descartam o caráter preventivo especial positivo e suas ramificações teóricas do âmbito da aplicação da pena. É possível inferir isso a partir da pena imposta à Dahmer, que teve cominada quinze penas perpétuas consecutivas, a base fundamentadora dessa pena não se encontra fundada na ressocialização, tendo em vista que tal indivíduo jamais voltará ao convívio social. Essa pena funda-se tão somente na inocuidade, segregação social e intimidação social. Ao passo que Pedrinho, mesmo com a pena cominada em cento e vinte e oito anos de prisão, deverá cumprir sua pena respeitados os limites constitucionais, ou seja, passará trinta anos em regime fechado e será devolvido para o seio social. Contudo, percebe-se que a conjuntura dos psicopatas assassinos em série, em regra não permite a ressocialização, ou

seja, a finalidade da pena, segundo a teoria adotada em nossa legislação, não cumpre seu papel, pela total incapacidade psíquica do indivíduo em alterar sua percepção quanto suas práticas delituosas.

No tocante ao cumprimento de pena, Pedro teve diversos problemas de adaptação às casas penitenciárias nas quais cumpriu pena, era tido como figura de autoridade, e pela falta de segurança prisional teve seu maior quantitativo de vítimas dentro do sistema carcerário. Passou aproximadamente dezesseis anos em Regime Disciplinar Diferenciado, popularmente conhecido como solitária, longe do convívio com outros detentos., mostrando falta de condições mínimas de ressocialização. Contudo será posto de volta ao convívio social ainda no ano vigente, 2015, sem nenhum tipo de acompanhamento ou monitoramento da justiça. Dahmer, de outra feita, recebeu pena perpétua, conforme exposto, e posto em cela individual teve seu cumprimento de pena abreviado por ter sido morto dentro do sistema penitenciário por outro detento dentro dos breves períodos de convívio carcerário.

## **CONCLUSÃO**

Após uma análise a respeito das conceituações de psicopata, seus subtipos, definição de serial killer e características gerais, resta patente sua peculiar situação psicológica, que, por vezes, mostra-se nociva à sociedade. Frente a esse caráter específico, mostra-se manifesto que a legislação brasileira não se revela eficaz, tanto na dificuldade em apresentar um diagnóstico concreto no bojo de uma persecução criminal, falhando portanto em seu enquadramento quanto à culpabilidade , como na reinserção de tais indivíduos no seio social no final do cumprimento de suas penas, demonstrando ainda um perigo à coletividade.

Foram apresentados, dentro das delimitações do trabalho, alguns pontos relacionados ao psicopata homicida, no qual mostrou-se a dificuldade de enquadramento quanto sua culpabilidade, requerendo a colaboração multidisciplinar entre a psicologia jurídica e o direito penal.



Realizaram-se duas análises de estudos de casos nos quais foram apresentados os pontos mais relevantes da trajetória de dois assassinos em série. Foi selecionado um caso sob a égide da legislação brasileira, e outro sob a ótica de outro ordenamento, com a finalidade de tangenciar informações e analisar a tanto a construção factual quanto ao desdobramento do caso em face de nova perspectiva e novos parâmetros. Ao tecer o paralelo entre os dois casos trazidos, resta claro que em ambos os casos os indivíduos foram considerados imputáveis penalmente, mesmo com o fato de a doutrina majoritária entender o psicopata como semi-imputável, fazendo jus, a depender da discricionariedade do magistrado, à diminuição do montante da pena ou substituição da pena por medida de segurança. Essa dificuldade no enquadramento sucede invariavelmente pela dificuldade de diagnóstico do indivíduo serial, seus atos criminosos são confundidos por vezes com perversão e crueldade.

Outro ponto a ser citado é o tratamento emprestado pelo instituto da medida de segurança ao semi-imputável, especialmente a situação do assassino em série, que representa extremo perigo social e deve ser acompanhado de maneira contígua pela justiça. A legislação brasileira tende a reduzir seu quantitativo de pena, ou substituir a pena, postura essa que tende a ser no mínimo controversa, frente a toda potencialidade danosa que esse indivíduo carrega.

Quanto à pena atribuída a esses indivíduos, em consonância com nossa teoria adotada, teoria mista ou unificadora da pena, a pena deve ser capaz tanto de retribuir o mal causado pelo agente com uma sanção penal aplicada pelo estado, quanto incidir sob seu aspecto preventivo. Ocorre que, por total inabilidade e incapacidade pessoal do serial, esse indivíduo tem possibilidades reduzidíssimas de adentrar novamente ao convívio social. Sendo assim, a pena não atinge suas finalidades, ou seja, não tem eficácia, quando aplicadas em face de um indivíduo psicopata homicida.

Na explanação do caso de Dahmer, resta claro que, pela cominação de quinze prisões perpétuas consecutivas, a intenção da pena imposta não era a

ressocialização e sim a segregação de indivíduo abundantemente perigoso, buscando seu isolamento e expurgo do convívio social.

Alguns pontos ocorreram como limitações do trabalho, a própria utilização do direito comparado e análise pormenorizada da legislação estrangeira, apresentando um cotejo entre leis. Outro ponto presente foi a abordagem sob o aspecto da legislação da execução penal e adequação do sistema penitenciário.

Como futuras pesquisas decorrentes desse trabalho surge a possibilidade de adentrar na legislação estrangeira (estadunidense) e abalizar alguns dos institutos aplicados no direito estrangeiro e apresentar a possibilidade de agregar institutos ao nosso ordenamento jurídico. Outra possibilidade consiste em apresentar a temática sob a perspectiva da lei de execuções penais, apresentando modelos prisionais e dando especial enfoque à ressocialização do indivíduo psicopata.

## REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de direito penal**. 20.ed. São Paulo: Saraiva, 2014. v. 1.

BRASIL. **Constituição Federal de 1988**. Promulgada em 5 de outubro de 1988. Disponível em <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm)>.

BRASIL. **Decreto-lei nº 2.848 de 7 de dezembro de 1940. Código Penal**. Diário Oficial da União, 31 de dez. 1940. Disponível em [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm)

CALDEIRA, Felipe Machado. **A evolução histórica, filosófica e Teórica da Pena**. Revista EMERJ. Revista 45. Disponível em [http://www.emerj.tjrj.jus.br/revistaemerj\\_online/edicoes/revista45/Revista45\\_255.pdf](http://www.emerj.tjrj.jus.br/revistaemerj_online/edicoes/revista45/Revista45_255.pdf)

CASOY, Ilana. **Arquivos Serial Killers Made In Brazil**. Rio de Janeiro: Dark Side Books, 2014.

\_\_\_\_\_, Ilana, **Serial Killers: Louco ou cruel**, Rio de Janeiro: Darkside books, 2014.

CAPEZ, Fernando. **Curso de Direito Penal**. Parte Geral. 17. ed. São Paulo: Saraiva, 2013, vol. 1.

CUNHA, Marcus Vinicius Ribeiro e PALHARES, Diego de Oliveira. **PSICOPATA E O DIREITO PENAL BRASILEIRO QUAL A SANÇÃO PENAL ADEQUADA?**. revista praxis interdisciplinar, Monte Carmelo/MG, 2012. Disponível em: <<http://www.cesrei.com.br/ojs/index.php/orbis/article/view/139>>, acesso em: 06 de julho de 2015.

DOTTI, René Ariel. **Curso de direito penal: parte geral**. Rio de Janeiro: Forense, 2001.

DELMANTO, Celso. **Código penal comentado: acompanhado de comentários, jurisprudência, súmulas em matéria penal e legislação complementar**. 6. ed. atual. e ampl. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

GARCIA, J. Alves. **Psicopatologia Forense** – 2 ed. Rio de Janeiro: Irmãos Pongetti Editores, 1958.

GONÇALVES, Victor Eduardo Rios, **Direito Penal Parte Geral** 16. ed. São Paulo: Saraiva 2010.

GRECCO, Rogério. **Curso de direito penal: parte geral**. 16. ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2014.

HUSS, Matthew T. **Psicologia Forense: pesquisa, prática clínica e aplicações** – Porto Alegre: Artmed, 2011.

JESUS, Damásio Evangelista de. **Direito penal**. 35. ed. rev. São Paulo: Saraiva, 2014. v. 1,

MIRABETE, Julio Fabrini. MIRABETE, Renato N. Fabrini. **Manual de direito penal volume 1: parte geral**. São Paulo. Editora Atlas, 2011.

SANTOS, Fernando Venice dos. **Análise crítica da finalidade da pena na execução penal: ressocialização e o direito brasileiro**. 2009. 175. Dissertação de Mestrado – Universidade de São Paulo – USP. Disponível em: <[www.teses.usp.br/.../Versao\\_integral\\_dissertacao\\_de\\_mestrado\\_Fernando\\_Vernice\\_dos.pdf](http://www.teses.usp.br/.../Versao_integral_dissertacao_de_mestrado_Fernando_Vernice_dos.pdf)>

SILVA, Ana Beatriz B. **Mentes perigosas: o psicopata mora ao lado**, Rio de Janeiro: Objetiva, 2008.

TRINDADE, Jorge. **Manual de Psicologia Jurídica para operadores do direito**, Porto Alegre, Livraria do advogado 2012.

\_\_\_\_\_, **Psicopatia – a máscara da Justiça** / Jorge Trindade, Andréa Beheregaray, Mônica Rodrigues Cuneo – Porto alegre: Livraria do advogado Editora, 2009.

SCHECHTER, Harold. **Serial killers, anatomia do mal**; tradução de Lucas Magdiel – Rio Janeiro: Dark de side Books, 2013.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **Manual de Derecho Penal – Parte General**  
**Manual de derecho**  
**penal**: parte general. Buenos Aires: Editar, 2006.

\_\_\_\_\_. **Manual de direito penal brasileiro: parte geral.**  
10. ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

