



CÂMARA MUNICIPAL DE UNAÍ-MG



TERMO DE ABERTURA DE VOLUME

Nesta data, com o mesmo número e especificações, abre-se o terceiro volume para o processo do Projeto de Decreto Legislativo n.º 3/2023, de autoria do Vereador Diácono Gê, que concede o Título de Cidadania Honorária Unaiense ao senhor Rafael Lopes Lorenzoni, iniciando-se com a folha n.º 201.

Unai, 5 de abril de 2023; 79º da Instalação do Município.


Servidora Arionilda Caixeta da Silva Braga
Chefe do Serviço de Apoio ao Processo Legislativo

Em paralelo com a decisão proferida no MS 20.941- DF, julgado em 31/08/92, no impeachment do Collor, o juízo do Presidente da Casa é para exame inicial do recebimento da denúncia, sendo essa análise um exame de justa causa e do cumprimento de formalidades para o processamento da denúncia, como se nota da transcrição do julgado¹⁸⁵.

C) COMPETÊNCIA DO PRESIDENTE DA CÂMARA DOS DEPUTADOS, NO PROCESSO DO "IMPEACHMENT", PARA O EXAME LIMINAR DA IDONEIDADE DA DENÚNCIA POPULAR, QUE NÃO SE REDUZ A VERIFICAÇÃO DAS FORMALIDADES EXTRÍNECAS E DA LEGITIMIDADE DE DENUNCIANTES E DENUNCIADOS, MAS SE PODE ESTENDER, SEGUNDO OS VOTOS VENCEDORES, A REJEIÇÃO IMEDIATA DA ACUSAÇÃO PATENTEMENTE INEPTA OU DESPIDA DE JUSTA CAUSA, SUJEITANDO-SE AO CONTROLE DO PLENÁRIO DA CAUSA, MEDIANTE RECURSO, NÃO INTERPOSTO NO CASO. 2. VOTOS VENCIDOS QUE, A VISTA DA L. 1.079/50 OU DA PRÓPRIA CONSTITUIÇÃO, NEGARAM AO PRESIDENTE DA CÂMARA DOS DEPUTADOS PODER PARA A REJEIÇÃO LIMINAR DA DENÚNCIA PELOS MOTIVOS, QUE REPUTARAM DE MÉRITO, DA DECISÃO IMPUGNADA.

Cabe ao Presidente da Câmara um juízo eminentemente político sobre a conveniência ou não do prosseguimento da denúncia, sendo que indeferimento, existe a possibilidade de tal decisão ser revista no Plenário do Câmara dos Deputados, preconiza o art. 218, §3º¹⁸⁶.

parágrafo anterior, será lida no expediente da sessão seguinte e despachada à Comissão Especial eleita, da qual participem, observada a respectiva proporção, representantes de todos os Partidos.

185 **BRASIL**, MS nº 20.941-DF Rel. Min. Sepúlveda Pertence. Disponível em:

<<http://stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28MS%24%2ESCLA%2E+E+20941%2ENUMER%2E%29+OU+%28MS%2EACMS%2E+ADJ2+20941%2EACMS%2E%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/kpmpywh>>. Acesso em 29 jun 20.

186 Art. 218. É permitido a qualquer cidadão denunciar à Câmara dos Deputados o Presidente da República, o Vice-Presidente da República ou Ministro de Estado por crime de responsabilidade (...)

§ 3º Do despacho do Presidente que indeferir o recebimento da denúncia, caberá recurso ao Plenário

Em 1999, o Deputado Milton Temer (PT/SP) apresentou recurso ao plenário da Câmara dos Deputados de nº 2099187 contra decisão de indeferimento do processamento de pedido de impeachment do Presidente Fernando Henrique Cardoso, com fundamento o art. 218, §3º, do RI da Câmara dos Deputados, sendo rejeitado no Plenário da Casa por 342 votos a favor da decisão e 100 votos contra a decisão.

Entretanto quando se trata do recebimento de impeachment de Ministro do STF, a Lei 1.079/50, a Constituição e o Regimento Interno do Senado Federal são omissos, cabendo perquirir nesse momento se existiria a possibilidade de via recursal e se sim de que modo.

Para título de exemplificação no período entre 11/04/2018 a 07/03/2019, existia 10 pedidos de impeachment contra Ministros do STF, sendo 05 deles julgados improcedentes, 05 em análise e 00 deferidos ou encaminhados a comissão especial, em diferença do impeachment do Presidente da República, que em indeferimento se discute a questão em plenário.

Resumo geral dos pedidos de Impeachment de Min. Stf (11/04/2018 a 20/11/2019)				
Nº da denúncia	Data do Processamento	Denunciado	Situação Atual	Resultado Final/ Parcial
Petição (SF) nº 4, de 2018	11/04/2018	Gilmar Ferreira Mende	Decisão: Indeferida pela	31/01/2019 - CONHECIDA.

187 **BRASIL. Diário da Câmara dos Deputados**, ed 22 de junho de 1999. Disponível em: <http://imagem.camara.gov.br/Imagem/d/pdf/DCD22JUN1999.pdf#page=17> . Acesso em 29 jun. 20.

188 **BRASIL. Petição de denúncia de Ministros do STF**. Disponível em: <https://www6g.senado.leg.br/busca/?colecacao=Projetos+e+Mat%C3%A9rias+-+Proposi%C3%A7%C3%B5es&q=impeachment&dataInicial=01%2F01%2F2019&dataFinal=20%2F11%2F2019&ano=2019&ordem=data&tipo-materia=PET+-+Peti%C3%A7%C3%A3o+%28SF%29&p=1> . Acesso em 29 jun 20.



			Presidência	
Petição (SF) nº 6, de 2018	10/07/2019	José Antônio Dias Tofolli	Decisão: Indeferida pela Presidência	31/01/2019 - CONHECIDA.
Petição (SF) nº 7, de 2018	12/07/2018	José Antônio Dias Tofolli	Decisão: Indeferida pela Presidência	Último estado: 31/01/2019 - CONHECIDA.
Petição (SF) nº 8, de 2018	23/10/2018	Luiz Fux	Decisão: Indeferida pela Presidência	Último estado: 31/01/2019 - CONHECIDA.
Petição (SF) nº 10, de 2018	07/12/2018	Enrique Ricardo Lewandowski	Decisão: Indeferida pela Presidência	Último estado: 31/01/2019 - CONHECIDA.

Petição (SF) n° 2, de 2019	21/02/2019	Enrique Ricardo Lewandowski	- -	Último local: 21/02/2019 - Assessoria Técnica
Petição (SF) n° 3, de 2019	21/02/2019	José Antônio Dias Tofolli	- -	Último local: 21/02/2019 - Assessoria Técnica
Petição (SF) n° 4, de 2019	21/02/2019	José Antônio Dias Tofolli	- -	Último local: 21/02/2019 - Assessoria Técnica
Petição (SF) n° 5, de 2019	21/02/2019	Marco Aurélio Mello	- -	Último local: 21/02/2019 - Assessoria Técnica

Petição (SF) nº 6, de 2019	07/03/2019	José Celso de Mello Filho; Luís Roberto Barroso; Luiz Edson Fachin; e Alexandre Moraes	- -	Último local: 13/03/2019 - Assessoria Técnica
--------------------------------------	------------	--	-----	--

3. COSTUME CONSTITUCIONAL DO ACORDO DE LIDERANÇA NA CRIAÇÃO DA VIA RECURSAL SOBRE A INADMISSIBILIDADE INICIAL DO IMPEACHMENT DE MINISTRO DO STF

Quando se trata do juízo de admissibilidade do processo de impeachment do Presidente da República, a decisão que denega o recebimento da denúncia pode ser revista pelo Plenário da Casa, preconiza o art. 218, §3º189 do Regimento Interno da Câmara dos Deputados.

Entretanto dentro do processo de julgamento de impeachment de Ministro do STF, não existe previsão dessa possibilidade de revisão da decisão proferida pelo Presidente do Senado Federal, o que em tese poderia resultar em uma interpretação de que a decisão não comporta nenhum grau de revisão.

Ocorre que ao julgar o MS 34.592-DF, na data 06/10/2017, em razão do Presidente do Senado Federal Renan Calheiros, arquivar a PET 11/2016 em

face do Ministro do STF Gilmar Ferreira Mendes, os autores da PET ingressaram com o *writ* perante a Suprema Corte alegando violação de competência do Chefe do Legislativo Nacional.

Fazendo leitura do rito do julgamento previsto nos arts. 379, 380 e 382 do RI do Senado Federal, os autores sustentaram que a competência do aceite ou não

189 Art. 218. É permitido a qualquer cidadão denunciar à Câmara dos Deputados o Presidente da República, o Vice-Presidente da República ou Ministro de Estado por crime de responsabilidade

... § 3º Do despacho do Presidente que indeferir o recebimento da denúncia, caberá recurso ao Plenário

da denúncia seria da Mesa do Senado Federal e não do Presidente, que ambos seriam órgãos diferentes e não poderiam ter suas competências usurpadas¹⁹⁰.

O relator do MS o excelentíssimo Ministro Edson Fachin, salientou que os impetrantes não foram capazes de demonstrar qual seria o dispositivo na Constituição Federal, RI do Senado ou na Lei 1079/50, que determina-se que a competência seria da Mesa do Senado e não do Presidente da Casa, e que a aplicação do regramento previsto ao Chefe do Executivo, se transformava em uma interpretação forçada do dispositivo legal.¹⁹¹

O voto ainda faz referência para ADPF 378, onde o Relator Ministro Luis Roberto Barroso, concluiu que a Câmara quando no julgamento da admissibilidade atua em um juízo "eminentemente político"¹⁹², trazendo esse pensamento ao julgamento de Impeachment de Ministro do STF, primeiro se estabelece que o aceite e o processamento de denúncia, por estabelecimento da Constituição apenas irá ocorrer no Senado Federal, art. 52, II¹⁹³.

¹⁹⁰ Desse modo, como primeiro fundamento, argumenta-se que o ato praticado pela autoridade impetrada, Presidente do Senado, é ilegal porque a competência privativa do Senado

Federal para admitir, processar e julgar (Lei nº. 1.079/1950, arts. 38, 44 e ss; RISF, arts. 379, 380 e 382) os Ministros do Supremo Tribunal Federal nos crimes de responsabilidade (CF, art. 52; e RISF, art. 377, II), no que diz respeito a denúncia ou pedido de impeachment, está atribuída a Mesa e, não, à Presidência do Senado, pois trata-se de dois órgãos distintos, cada um com suas respectivas funções (eDOC 1, p. 4). Sustenta-se, desse modo, que a autoridade impetrada usurpou a competência da Mesa ao proferir decisão monocrática, a qual negou seguimento ao pedido de impeachment e determinou, de imediato, o seu arquivamento (eDOC 1, p. 5).

¹⁹¹ Como se vê, para abraçar a tese dos impetrantes do vício de competência, é necessária uma interpretação demasiado alargada das regras expressas que, em meu juízo, apontam justamente no sentido oposto: o da competência monocrática para o ato processual atacado. Isso porque, reitero, não há indicação, na inicial, de onde seja na Constituição Federal, seja na Lei dos Crimes de Responsabilidade (Lei 1.079/50) ou, ainda, no próprio Regimento Interno retira-se a previsão de que os arquivamentos de pedidos de impeachment, por ausência de justa causa, podem (ou devem) ser exercidos pela Mesa do Senado. Sem a base normativa adequada, os impetrantes recorrem à regra que trata do recebimento da denúncia por crime de responsabilidade do Chefe do Executivo, não aplicável *tout court* à hipótese. No tocante ao impedimento legal do Senador Renan Calheiros para a prática do ato hostilizado, também não prospera a tese da inicial, aqui parcialmente reproduzida com os grifos do original (eDOC 1, p. 8-9)

¹⁹² ADPF 378, Op. Cit;

¹⁹³ Art. 52. Compete privativamente ao Senado Federal: II - processar e julgar os Ministros do Supremo Tribunal Federal, os membros do Conselho Nacional de Justiça e do Conselho Nacional do

De acordo a Lei 1079/50 no arts. 43194 e 73195 c/c art. 395196 do Código de Processo Penal, a denúncia realizada perante o Senado Federal deve ser apta a conduzir uma persecução político-penal, além de conter os elementos que evidenciam a denúncia ou onde podem ser encontrados.

Desta maneira fazendo uso do art. 395 do CPP, que trata da rejeição da denúncia ou queixa, quando a petição dirigida ao STF, não for capaz de demonstrar lastro probatório mínimo, denúncia foi inepta ou falta justa causa, a decisão do Presidente do Senado deve ser pela rejeição da petição e seu arquivamento.

Entretanto coloca o Pedro Lenza¹⁹⁷, citando o MS 21.564 da Relatoria para o acórdão do Min. Carlos Velloso, os deputados proferem um juízo político, ou seja, não se encontram vinculados integralmente ao julgamento técnico, mas sim a um critério político-jurídico

Nesse procedimento de autorização para instauração do processo (seja o liminar pelo seu Presidente, seja aquele realizado pelo Plenário), a Câmara dos Deputados profere juízo político, verificando, como anotou o STF, "... se a acusação é consistente, se tem ela base em alegações e fundamentos plausíveis, ou se a notícia do fato reprovável tem razoável procedência, não sendo a acusação

Ministério Público, o Procurador-Geral da República e o Advogado-Geral da União nos crimes de responsabilidade;

194 Art. 43. A denúncia, assinada pelo denunciante com a firma reconhecida deve ser acompanhada dos documentos que a comprovem ou da declaração de impossibilidade de apresentá-los, com a indicação do local onde possam ser encontrados. Nos crimes de que haja prova testemunhal, a denúncia deverá conter o rol das testemunhas, em número de cinco, no mínimo.

195 Art. 73 No processo e julgamento de Ministro do Supremo Tribunal, ou do Procurador Geral da República serão subsidiários desta lei, naquilo em que lhes forem aplicáveis, o Regimento Interno do Senado Federal e o Código de Processo Penal.

196 Art. 395. A denúncia ou queixa será rejeitada quando: (Redação dada pela Lei nº 11.719, de 2008).

- I - For manifestamente inepta; (Incluído pela Lei nº 11.719, de 2008).
- II - Faltar pressuposto processual ou condição para o exercício da ação penal; ou (Incluído pela Lei nº 11.719, de 2008).
- III - faltar justa causa para o exercício da ação penal. (Incluído pela Lei nº 11.719, de 2008).

197 LENZA, Op.cit. p 1995

simplesmente fruto de quizílias ou desavenças políticas" (MS 21.564, Rel. p/ o ac. Min. Carlos Velloso, j. 23.09.1992, Plenário, DJ de 27.08.1993)

Desta maneira quando uma denúncia é protocolada, seja na Câmara dos Deputados em relação ao Presidente da República e Ministro de Estado em crimes conexos, ou no Senado Federal em relação ao Procurador Geral da República e Ministros do STF, conforme o MS 20941- DF, a competência de exame inicial dos requisitos é do Presidente da Casa Legislativa, cabendo nesse momento perquirir se haveria a sujeição a um duplo grau de "jurisdição".

Da rejeição da denúncia em face de Ministro do STF, não existe recurso de forma expressa como no caso da decisão do Presidente da Câmara dos Deputados, todavia não se pode afastar a via recursal, em virtude a previsão de recurso no Pacto de São José da Costa Rica, nos 8, item 2 alínea "h" 198 e art. 25¹⁹⁹.

Entendimento da doutrina nacional é de que o princípio do duplo grau de jurisdição não se encontra previsto expressamente no texto constitucional, sendo

198 Artigo 8º - Garantias judiciais

(...)

2. Toda pessoa acusada de um delito tem direito a que se presuma sua inocência, enquanto não for legalmente comprovada sua culpa. Durante o processo, toda pessoa tem direito, em plena igualdade, às seguintes garantias mínimas:

(...)

h) direito de recorrer da sentença a juiz ou tribunal superior.

199 Artigo 25 - Proteção judicial

1. Toda pessoa tem direito a um recurso simples e rápido ou a qualquer outro recurso efetivo, perante os juízes ou tribunais competentes, que a proteja contra atos que violem seus direitos fundamentais reconhecidos pela Constituição, pela lei ou pela presente Convenção, mesmo quando tal violação seja cometida por pessoas que estejam atuando no exercício de suas funções oficiais

decorrência lógica da existência de órgãos de primeiro e segundo grau de jurisdição, conforme Badaró²⁰⁰ ²⁰¹

Entretanto em 2004, com a EC 45/04, que tratou da reforma do Judiciário, foi inserido no rol de direitos fundamentais o §3º²⁰², trazendo que os tratados internacionais sobre Direitos Humanos aprovados pelo quórum de emenda constitucional seriam equivalentes a uma.

Os tratados que não forem aprovados no quórum previsto na EC 45/04 ou forem anteriores a ela, como é o caso do Pacto de São José da Costa Rica²⁰³, possui o status de forma supralegal, conforme se extrai o julgamento do RE204 466343/SP205, Rel. Min. Cezar Peluso.

200 A Constituição de 1988, que foi pródiga em explicitar vários princípios constitucionais, não assegurou, expressamente, o duplo grau de jurisdição. Todavia, como a Magna Carta estrutura o Poder Judiciário, criando órgãos de primeiro e órgãos de segundo grau de jurisdição, sendo função precípua destes últimos rever as decisões proferidas em primeiro grau, tem-se entendido que o princípio do duplo grau de jurisdição é um princípio constitucional implícito

201 **BADARÓ**, Gustavo Henrique Righi Ivahy. **Direito processual penal**: tomo I. Rio de Janeiro: Elsevier, 2008. p. 25.

202 **Art. 5º** Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

§ 3º Os tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos que forem aprovados, em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por três quintos dos votos dos respectivos membros, serão equivalentes às emendas constitucionais. (Incluído pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004) (Atos aprovados na forma deste parágrafo: DLG nº 186, de 2008, DEC 6.949, de 2009, DLG 261, de 2015, DEC 9.522, de 2018)

203 **Organização dos Estados Americanos, Convenção Americana de Direitos Humanos** ("Pacto de San José de Costa Rica"), Disponível em: <
http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/d0678.htm>. Acesso em 04.jul.20

204 **BRASIL**. RE 466.343/SP, Rel. Min. Cezar Peluso. Disponível em: <
<http://www.stf.jus.br/arquivo/informativo/documento/informativo498.htm>>. Acesso em 04 jul.20.

205 O Tribunal retomou julgamento de recurso extraordinário no qual se discute a constitucionalidade da prisão civil do depositário infiel nos casos de alienação fiduciária em garantia (DL 911/69: "Art. 4º Se o bem alienado fiduciariamente não for encontrado ou não se achar na posse do devedor, o credor poderá requerer a conversão do pedido de busca e apreensão, nos mesmos autos, em ação de depósito, na forma prevista no Capítulo II, do Título I, do Livro IV, do Código de Processo Civil.") - v. Informativos 449 e 450. O Min. Celso de Mello, em voto-vista, acompanhou o

Então o Pacto de São José da Costa Rica encontra-se abaixo da Constituição Federal porém acima das leis ordinárias, onde estaria previsto CPP, a Lei 1079/50 e o Regimento Interno do Senado Federal.

Para poder ter sua aplicação a luz do que determina o art. 5º, §3º da CF, a doutrina supera o entendimento de controle de legalidade e constitucionalidade das leis processuais penais e passa aplicar conforme magistério de Guilherme Madeira 206 (Dezem, 2018), o controle de convencionalidade.

Assim uma lei penal deve ter sua aplicação em conformidade com que determina a Constituição Federal, as normas de caráter supralegal e em seguida em atendimento ao que está previsto no Código de Processo Penal e em leis esparsas.

voto do relator, no sentido de negar provimento ao recurso, ao fundamento de que a norma impugnada não foi recebida pelo vigente ordenamento constitucional. Salientou, inicialmente, que, em face da relevância do assunto debatido, seria mister a análise do processo de crescente internacionalização dos direitos humanos e das relações entre o direito nacional e o direito internacional dos direitos humanos, sobretudo diante do disposto no § 3º do art. 5º da CF, introduzido pela EC 45/2004. Asseverou que a vedação da prisão civil por dívida possui extração constitucional e que, nos termos do art. 5º, LXVII, da CF, abriu-se, ao legislador comum, a possibilidade, em duas hipóteses, de restringir o alcance dessa vedação, quais sejam: inadimplemento de obrigação alimentar e infidelidade depositária.

206 Normas de direito processual penal existem não apenas no Código de Processo Penal. Também elas estão previstas em tratados e convenções internacionais e na Constituição Federal. Não raro estas normas podem entrar em conflito entre si: o CPP ou mesmo a CF podem apresentar uma disposição que esteja em conflito com tratado internacional. Surge a questão, então, de como compatibilizar estes conflitos (antinomias). [...] A análise de determinada disposição legal é objeto de dupla filtragem: de um lado tem-se a análise

tradicional do controle de constitucionalidade das leis, que consiste em verificar a compatibilidade entre a disposição legal e a Constituição Federal. No entanto, há outra filtragem a que nosso raciocínio jurídico não está acostumado, trata-se do chamado controle de convencionalidade das leis. O controle de convencionalidade das leis é o filtro que cuida da compatibilidade entre a legislação e as convenções de direitos humanos. A lição de Valério MAZZUOLI é clara neste sentido: "à medida que os tratados de direitos humanos ou são materialmente constitucional (art. 5º, B 2.º) ou material e formalmente constitucionais (art. 5º, § 3.º) é lícito entender que o clássico 'controle de constitucionalidade' deve agora dividir espaço com esse novo tipo de controle ('de convencionalidade') da produção e aplicação da normatividade interna." O controle de convencionalidade pode ser vocalizado em duas ordens. Na ordem interna, o controle de convencionalidade pode ser feito tanto pelo STF quanto por qualquer juiz, de maneira que se assemelha ao controle de constitucionalidade. Na ordem internacional o controle de convencionalidade é feito pelo Tribunal Internacional de Direitos Humanos a que o país esteja submetido e, no caso brasileiro, é a Corte Interamericana de Direitos Humanos.

Todo esse entendimento desenvolvido até o momento mostrou capaz de responder que em respeito aos direitos fundamentais do cidadão, previsto na CF, bem como no Pacto de São José da Costa Rica, poder-se-ia em tese perquirir a possibilidade de revisão da decisão do Chefe do Legislativo Nacional, no modelo do art. 218, §3º do RI da Câmara dos Deputados.

Esboçado tal compreensão ainda se tem a problemática da falta de previsão específica de via recursal, visto que não existe previsão dessa modalidade no RI do Senado, na Lei 1079/50 e tão pouco na CF.

Para tanto se faz necessário fazer um traço no trabalho, para tecer uma comentário sobre a condução do processo legislativo no Congresso Nacional, por mais que exista um Regimento Interno para orientar os trabalhos, nota-se que os parlamentares no dia a dia, afastam sua aplicação através do jogo político, para melhor condução dos temas na Casa207, e para esse acordo se dá o nome de "acordo de lideranças".

Esse acordo de liderança se assemelha ao voto de liderança, considerado pelo Ministro Luis Roberto Barroso²⁰⁸ (2018, p.96), como um costume constitucional pela via da mutação constitucional, sendo já reconhecido no STF, através da fundamentação do RE 254.559/SP209.

O acordo de liderança em si, possui expressa previsão no RI do Senado Federal, no art. 412, III, o qual coloca que em caso de caso de decisão unanime respeitando o quórum mínimo 3/5, poderia ser afastado o regimento interno ou aplicado uma nova regra para objeto específico.

207 **SENADO NOTÍCIAS.** Líderes fixam datas para votação da reforma política e da PEC dos gastos, 2016. Disponível em: < <https://www12.senado.leg.br/noticias/materias/2016/10/19/lideres-fixam-datas-para-votacao-da-reforma-politica-e-da-pec-dos-gastos> > . Acesso em 04 jul. 20.

208 Exemplo de costume constitucional, no direito brasileiro, é o reconhecimento da possibilidade de o Chefe do Executivo negar aplicação à lei que fundadamente considere inconstitucional. Outro caso é o do voto de liderança nas Casas Legislativas sem submissão da matéria a Plenário.

209 Quanto à matéria de fundo, no caso concreto, afastou-se expressamente do cenário jurídico nacional o Diploma, em razão da pecha de conflitante com a Carta da República sob o ângulo formal. Nas palavras do Tribunal de origem, a Lei Complementar nº 56/87 seria inconstitucional "por não ter sido aprovada por maioria absoluta da Câmara dos Deputados, como se impunha, mas por votação simbólica, em razão de acordo de lideranças.

Essa prática encontra amparo nas decisões proferidas como questão de ordem, como no caso da Questão de Ordem nº 1/2011210 de 23/02/2011, na qual o Senador Itamar Franco, questionou sobre a ordem de tramitação do PLC nº 01/2011, e teve como resposta que durante a sessão o Presidente questionou se os membros do Senado estavam de acordo com a mudança de pauta para iniciar a votação do novo projeto, não havendo objeção, ocorreu a apreciação do PLC nº 01/2011.

Outro exemplo do uso do acordo de liderança é o caso da Questão de Ordem 14/2017211 de 25/05/2017, no qual a Senadora Gleisi Hoffmann (PT-PR), cobrou explicação sobre o rito de tramitação do MPV 763/2016, e exigiu que fosse respeitado acordo de líderes²¹² sobre a tramitação da MPV 763/2016, como resposta do Presidente do Senado foi informada que não havia acordo de líderes e sim decisão monocrática do Presidente sobre o rito.

210 **SENADO FEDERAL**. Questão de Ordem nº 1/2011 de 23/02/2011. Disponível em: <
<https://www25.senado.leg.br/web/atividade/questoes-de-ordem/-/q/detalhe/2542>> . Acesso em 04
jul. 20.

211 **SENADO FEDERAL**. Questão de Ordem nº 14/2017 de 25/05/2017. Disponível em: <
<https://www25.senado.leg.br/web/atividade/questoes-de-ordem/-/q/detalhe/2775>> . Acesso em 04
jul. 20.

212 A Senadora GLEISI HOFFMANN formula questão de ordem quanto aos prazos para apreciação de medida provisória em plenário, requerendo que seja respeitado o acordo de lideranças cujos termos foram expostos pela Presidência do Senado em abril e maio de 2013. Consequentemente, requer (1) que somente sejam lidas em plenário medidas provisórias que cheguem ao Senado com antecedência de 7 dias ou mais do prazo final de sua vigência; (2) que as medidas provisórias lidas sejam apreciadas após o prazo de duas sessões deliberativas ordinárias; (3) que esse prazo só possa ser reduzido por acordo de lideranças. Esclarece, ainda, que a liderança do PT concorda com a redução de prazo exclusivamente quanto à Medida Provisória nº 763, de 2016, que trata do FGTS. O Presidente, Senador EUNÍCIO OLIVEIRA, responde à senadora que não há registro de acordo de líderes, mas sim de decisão monocrática do então Presidente do Senado. Desse modo, o prazo de 7 dias de antecedência do prazo final de vigência não está fixado mediante dispositivo regimental nem acordo de lideranças, podendo ser estipulado pela Presidência. Já em relação ao prazo de duas sessões após a leitura em plenário, decide que será respeitado por se tratar de previsão regimental. Finalmente, reconhece o consentimento da liderança do PT quanto à redução de prazo relativamente à medida provisória ora em deliberação, frisando ainda que sustentará o diálogo com os líderes do Senado e com o Presidente da Câmara dos Deputados para garantir a possibilidade de devolver medidas provisórias emendadas para aquela Casa, tal como inerente ao sistema bicameral. menos

Quando da tramitação da PEC que criava no novo regime fiscal, conhecido como Teto de Gastos Públicos, a Senadora Gleisi Hoffmann (PT-PR) ingressou com o MS 34.450 -MC/DF213, no qual questionava o acordo de líderes que alterava a previsão regimental da tramitação da proposta de emenda.

Quando da decisão o Ministro Luís Roberto Barroso²¹⁴ afirmou que o acordo de lideranças poderia "viabilizar a superação de normas regimentais" e sendo assim denegou o Mandado de Segurança, e asseverando que não poderia nesse caso caber intervenção do Judiciário²¹⁵.

Estando de maneira uniforme na jurisprudência do STF, e do Plenário do Senado Federal através das respostas às Questões de Ordem, a possibilidade de o acordo de lideranças prever um rito de tramitação legislativa fora do previsto no Regimento Interno da Casa.

Precedendo o tema tratado em virtude do controle de convencionalidade discorrido no início do capítulo, nota-se uma possibilidade de oferecer ao Plenário do Senado Federal oportunidade de se manifestar sobre a decisão de arquivamento de denúncia em face de Ministro do STF, no modelo proposto no art. 218, §3º do RI da Câmara dos Deputados.

213 **BRASIL. MS 34540- MC/DF**, Rel. Min. Luis Roberto Barroso. Disponível em: <
<https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/despacho701568/false>> . Acesso em 04 jul. 20.

214 A existência de acordo quanto ao calendário permitiria contornar a exigência das sessões ordinárias, por aplicação da regra do art. 412, III, do RI/SF, que viabiliza a superação de normas regimentais por acordo de lideranças. 9. Como se vê, o acolhimento da tese da inicial pressupõe

215 Antes de encerrar, cumpre dizer que nada na presente decisão importa qualquer juízo de valor sobre o acerto ou o desacerto do conteúdo da PEC que institui o teto dos gastos, questão de natureza política que refoge à alçada desta Corte. Nem, tampouco, impede eventual questionamento de seu mérito caso venha a ser aprovada. Trata-se, tão somente, de o Judiciário não impedir a tramitação, discussão e deliberação de tema de interesse nacional, cuja instância própria de debate é o Congresso Nacional, como já tive oportunidade de destacar nos três mandados de segurança anteriormente impetrados contra a PEC em exame (MSs 34.448, 34.474 e 34.507). 12. Diante do exposto, indefiro o pedido liminar. 13. Notifique-se a autoridade impetrada para prestar informações, bem como intime-se o órgão de representação judicial da respectiva pessoa jurídica para, querendo, ingressar no feito (Lei nº 12.016/2009, art. 7º, I e II). 14. Na sequência, abra-se vista dos autos ao Procurador-Geral da República (Lei nº 12.016/2009, art. 12). Publique-se. Intimem-se. Brasília, 13 de dezembro de 2016 Ministro LUÍS ROBERTO BARROSO Relator

Por meio de um acordo de liderança (art. 412, III, RI do Senado Federal), baseado no art. 5º, §3º da CF c/c no art. 8º, item 2, alínea "h" e art. 25 do Pacto São José da Costa Rica; arts. 43 e 73 da Lei 1.079/50 e art. 395 do CPP, apresentar a seguinte questão de ordem:

"Diante da negativa do Presidente do Senado Federal em dar prosseguimento ao pedido de denúncia em face Ministro do STF, com amparo no art. 412, III, do RI do Senado Federal e art. 5º, §3º da CF c/c no art. 8º, item 2, alínea "h" e art. 25 do Pacto São José da Costa Rica; arts. 43 e 73 da Lei 1.079/50 e art. 395 do CPP, por meio de acordo de liderança, solicitar que a interpretação do teor do acordo de lideranças firmado no Senado Federal, inclusive à luz de fato superveniente (deferimento de medida liminar na ADPF 402). Em razão disso, não pode a matéria ser objeto de intervenção do Judiciário, por se tratar de tema interna corporis decisão política do Presidente do Senado (ADPF 378), tenha grau de revisão perante o Plenário"

Como se trata de um acordo de liderança cabe ressaltar que sua existência dependerá de conveniência política, sendo feito o acordo, ele poderia em tese ser formulado em Questão de Ordem a ser apresentar ao Presidente do Senado Federal, que em caso de recebimento daria início a votação de revisão de sua decisão, em caso de improcedência da Questão de ordem, conforme o art. 408216 do RI do Senado Federal, a decisão do Presidente em não reconhecer o acordo de líderes poderia ser revista em Plenário e caso fosse, forçar a votação sobre o juízo de procedência da denúncia.

Portanto com base no exposto seria possível em tese de conveniência política existir um duplo grau de jurisdição no caso de improcedência de denúncia de Ministro do STF no Senado Federal, mesmo não existindo uma previsão expressa conforme se tem no art. 218, §3º do RI da Câmara dos Deputados, em

216 Art. 408. Havendo recurso para o Plenário, sobre decisão da Presidência em questão de ordem, é lícito a esta solicitar a audiência da Comissão de Constituição, Justiça e Cidadania sobre a matéria, quando se tratar de interpretação de texto constitucional. § 1º Solicitada a audiência, fica sobrestada a decisão. § 2º O parecer da Comissão deverá ser proferido no prazo de dois dias úteis, após o que, com ou sem parecer, será o recurso incluído em Ordem do Dia para deliberação do Plenário. § 3º Quando se tratar de questão de ordem sobre matéria em regime de urgência nos termos do art. 336, I, ou com prazo de tramitação, o parecer deverá ser proferido imediatamente, podendo o Presidente da comissão ou o relator solicitar prazo não excedente a duas horas

um juízo meramente acadêmico, ainda possível de ser testado em âmbito político, se nota uma possibilidade de revisão de decisão.

5. CONCLUSÃO

Na obra "Os Onze, O STF e seus bastidores"²¹⁷, o escritor Felipe Recondo, lucidando sobre o ingresso do Min. Alexandre Moraes para a corte, comenta que "Uma indicação mal calculada pode levar país para o lado oposto ao desejado" e que em regra os Presidentes não fazem noção da sua escolha e seus efeitos para além de seus mandatos, reduzindo na frase "Ministro do STF é vitalício; presidente da República, não"²¹⁸.

O trabalho começou dizendo que impeachment nasce da ideia de limitar o poder do governante, seja através de seus prepostos, seja na sua própria pessoa, quando se tem um sistema Presidencialista, com base na teoria do constitucionalismo moderno.

Percorreu-se a história, desde a Grécia antiga, até o Estado Americano, para então notar-se que o impeachment inicia como um banimento, para tirar a pessoa do Estado e de sua gestão. Na Inglaterra medieval avança e se torna um procedimento de duas fases, a primeira criminal que atinge os Ministros de Estado e resultaria em severas penas corporais e patrimoniais. E uma segunda fase de natureza política, onde o direito de defesa era mínimo.

Nos EUA, se tem um procedimento que pode atingir qualquer funcionário público, sendo que existe precedente para ocorrência com membros do Judiciário, como ocorreu com o ex-juiz distrital Nixon.

No Brasil, desde a Carta Imperial existe a possibilidade de julgar os membros do Judiciário por crimes de responsabilidade. A forma do processo foi se alterado ao longo dos anos, inicia-se com a retirada do membro pelo Imperador, criação de comissão especial para julgamento, até atingir a sua fase final, sendo competência privativa do Senado Federal.

Não se pode perder de vista que as denúncias contra os Membros do STF, sempre foram provocadas em razão de suas decisões, que em algum momento desagradaram parcelas da população, sendo consideradas como "ditaduras do

²¹⁷ **Recondo**, Felipe; **Weber**, Luiz. **Os onze, o STF, seus bastidores e suas crise**. Companhia das Letras, 1ª ed. São Paulo, p. 119.

²¹⁸ **Recondo**, Felipe; **Weber**, Luiz, *ibidem*. p.120.

STF", importante manifestação do Min. Barroso^{94219 220} sobre o tema, citado por Lenza, que o papel iluminista da Corte Suprema, deve ser ocasional, sem pender para um popularismo judicial e intervir na política.

Trabalho apresentado através de um amplo estudo do procedimento, da existência ou não de via recursal expressa, concluiu que se tratando de juízo de (im) procedência político oferecido pelo Presidente do Senado, pode em tese ocorrer a superação da decisão se houver acordo de lideranças para deliberar sobre o tema.

O Plenário do Senado é absoluta e apenas contra a decisão dele é que não cabe revisão, como ocorreu no caso do MS 21.689/DF, referente ao caso Collor, desta maneira existe a possibilidade, porém cabe ocorrer conveniência política pela opção da via recursal e seu aceite pelos Senadores, não sendo um fim absoluto ou expresso em si mesmo.

A existência de um meio de vencer a decisão de improcedência da denúncia em face de Ministro do STF, não faz o uso da medida obrigatória, visto que para sua ocorrência se faz necessário um acordo que contemple a unanimidade dos Senadores. Poder julgar o STF, não é atentar contra a democracia, mas sim conservá-la, porém julgar o STF para destruir a democracia, é a forma mais covarde de ditadura das maiorias.

REFERÊNCIAS

AZEVEDO, Reinaldo. Revista Veja, 2017. A entrevista que Pedro concedeu à VEJA há 20 anos e que está na raiz do ódio que Fernando Collor tem da revista. Disponível em: <<https://veja.abril.com.br/blog/reinaldo/a-entrevista-que-pedro-concedeu-a-veja-ha-20-anos-e-que-esta-na-raiz-do-odio-que-fernando-collor-tem-da-revista/>>.

BERTONI, Estevão; **VARELLA**, Juca. Folha de São Paulo, 2018. Mistério até hoje e sem culpado. Disponível em: < <http://temas.folha.uol.com.br/20-do-assassinato->

219 **LENZA**, Op. Cit. P.79

220 papel **contramajoritário** pode degenerar em excesso de intervenção no espaço da política, dando lugar a uma indesejável **ditadura do Judiciário**; o papel **representativo** pode desandar em **populismo judicial**, que é tão ruim quanto qualquer outro; e a função **iluminista** tem como antípoda o desempenho eventual de um papel obscurantista, em que a suprema corte ou tribunal constitucional, em lugar de empurrar, **atrasa a história**".

de-pc-farias/caso-pc-20-anos-do-crime/misterio-ate-hoje-e-sem-culpado.shtml>

BRAGA, Isabel. O Globo, 2016. Gilmar Mendes diz que "tropeço no impeachment" foi fatiar pena de Dilma. Disponível em: <
<https://oglobo.globo.com/brasil/gilmar-mendes-diz-que-tropeco-no-impeachment-foi-fatiar-pena-de-dilma-20200071>>.

BROSSARD, Paulo. **O impeachment**. São Paulo: Saraiva, 1992.

BORJA, Sérgio. **Impeachment**. Porto Alegre: Ortiz, 1992.

BRASIL. **Constituição de 1934**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao34.htm>.

BRASIL. **CONSTITUIÇÃO DE 1937**. Disponível em: <
http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao37.htm>.

BRASIL. **Constituição de 1967**. Disponível em: <
http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao67.htm

BRASIL. **Constituição de 1988**. Disponível em: <
http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm

BRASIL, MS nº 21.689/DF Rel. Min. Carlos Velloso. Disponível em:
<<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/sobreStfConhecaStfJulgamentoHistorico/anexo/MS21689.pdf>>.

BRASIL. Regimento Interno do Senado Federal. Disponível em:
<<https://www25.senado.leg.br/documents/12427/45868/RISF+2018+Volume+1.pdf/cd5769c8-46c5-4c8a-9af7-99be436b89c4>> .

BRASIL. Regimento Interno da Câmara dos Deputados. Disponível em: <
<https://www2.camara.leg.br/atividade-legislativa/legislacao/regimento-interno-da-camara-dos-deputados/arquivos-1/RICD%20atualizado%20ate%20RCD%2012-2019%20A.pdf>> .

BRASIL, MS nº 20.941-DF Rel. Min. Sepúlveda Pertence. Disponível em:
<<http://stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28MS%24%2ESCLA%2E+E+20941%2ENUME%2E%29+OU+%28MS%2EACMS%2E+A>

DJ2+20941%2EACMS%2E%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/kpmpywh>.

BRASIL. Diário da Câmara dos Deputados, ed 22 de junho de 1999. Disponível em:

<http://imagem.camara.gov.br/Imagem/d/pdf/DCD22JUN1999.pdf#page=17>.

BRASIL. Petição de denúncia de Ministros do STF. Disponível em:

<<https://www6g.senado.leg.br/busca/?colecão=Projetos+e+Mat%C3%A9rias++Proposi%C3%A7%C3%B5es&q=impeachment&dataInicial=01%2F01%2F2019&dataFinal=20%2F11%2F2019&ano=2019&ordem=data&tipo-materia=PET++Peti%C3%A7%C3%A3o+%28SF%29&p=1>>.

BRASIL. RE 466.343/SP, Rel. Min. Cezar Peluso. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/informativo/documento/informativo498.htm>>.

BRASIL. MS 34540- MC/DF, Rel. Min. Luis Roberto Barroso. Disponível em: <<https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/despacho701568/false>>.

BRAZIL LEI DO IMPÉRIO 15 DE OUTUBRO DE 1827. Da responsabilidade dos Ministros e Secretários de Estado e dos Conselheiros de Estado. Disponível em:

<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lim/LIM-15-10-1827.htm>.

BRASILINO, Carlos Estênio; PAIXÃO, Ana Helena. Metrópoles, 2018. Entenda a guerra de liminar no STF que inflamou a República. Disponível em: <<https://www.metrópoles.com/brasil/justica/entenda-a-guerra-de-liminares-no-stf-que-inflamou-a-republica>>.

CRETELLA, José Júnior. **Do Impeachment no Direito Brasileiro**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1992.

DE COULANGES, Numa Denis Fustel. **A cidade antiga**: estudos sobre o culto, o direito, as instituições da Grécia e de Roma. São Paulo: Hemus, 1975.

D' AGOSTINO, Rosanne, at. Al. G1, 2019. Toffoli abre inquérito para apurar "notícias fraudulentas", ofensas e ameaças a ministros do STF. Disponível em: <<https://g1.globo.com/politica/noticia/2019/03/14/toffoli-anuncia-inquerito-para-apurar-noticias-fraudulentas-que-ofendam-a-honra-do-stf.ghtml>>.

DEZEM, Guilherme Madeira. Curso de processo penal. 3ª ed. São Paulo: RT, 2018.

EUA. **CONSTITUIÇÃO 1787. CONSTITUIÇÃO** DO ESTADOS UNIDOS DA

AMÉRICA. Disponível em: <
<http://www.uel.br/pessoal/jneto/gradua/historia/recdida/ConstituicaoEUAREcDid aPESSOALJNETO.pdf>>.

FERREIRA, Pinto. **Curso de direito constitucional**. 9. ed., ampl. e atual. São Paulo: Saraiva, 1998.

FERNANDES, Bob. Revista Isto é, 2014. De saída, pulso forte. Disponível em: <
[https://istoe.com.br/385087_DE+SAIDA+PULSO+FORTE+>.](https://istoe.com.br/385087_DE+SAIDA+PULSO+FORTE+/)

HISTÓRIA DO MUNDO. Governo Sarney. Disponível em: <
<https://www.historiadomundo.com.br/idade-contemporanea/governo-sarney.htm>>.

HOBBS, Thomas. Os Elementos Da Lei Natural E Política: Tratado Da Natureza Humana, Tratado Do Corpo Político.

IMPÉRIO BRAZIL. **CONSTITUIÇÃO POLITICA DO IMPERIO DO BRASIL (DE 25 DE MARÇO DE 1824)**. Disponível em: <
http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao24.htm>.

Jornal do Carro. Fiat Elba, o carro do impeachment do Collor, 2015. Disponível em: <
<https://jornaldocarro.estadao.com.br/fanaticos/fiat-elba-o-carro-do-impeachment-de-collor/>> .

LEGAL INFORMATION INSTITUTE. **Water L. Nixon, Petitioner v. United States et al**. Disponível em: < <https://www.law.cornell.edu/supremecourt/text/506/224>> .

LENZA, Pedro. **Direito Constitucional Esquematizado**. São Paulo: Editora Saraiva, 2019.

MASCARENHAS, Gabriel. Blog Lauro Jardim O Globo, 2020. Disponível em: <
<https://blogs.oglobo.globo.com/lauro-jardim/post/tropa-bolsonarista-pressiona-senadores-votarem-impeachment-de-ministros-do-stf.html>. >.

MATAIS, Andreza, et al. ESTADÃO, 2014. PSDB de Aécio Neves pede auditoria na votação. Disponível em: < <https://politica.estadao.com.br/noticias/geral,psdb-de-aecio-neves-pede-auditoria-na-votacao,1585755>>.

MAXIMILIANO, Carlos. **Comentários a constituição brasileira**. 4. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1948. v. 2.

MENDES, Gilmar; **Branco**, Paulo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. 13º ed. São Paulo: Saraiva Jur. 2019.

MOTOMURA, Marina; **AMORIM**, Felipe. Uol Política, 2015. Eduardo Cunha aceita pedido de impeachment da oposição contra Dilma. Disponível em: <<https://noticias.uol.com.br/politica/ultimas-noticias/2015/12/02/eduardo-cunha-impeachment.htm>>.

ODILLA, Fernanda. BBC Brasil, 2018. 5 anos depois, o que aconteceu com as reivindicações dos protestos que pararam o Brasil em junho de 2013?. Disponível em: < <https://www.bbc.com/portuguese/brasil-44353703>>.

Organização dos Estados Americanos, Convenção Americana de Direitos Humanos ("Pacto de San José de Costa Rica"), Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/d0678.htm>.

OLIVEIRA, Marina. G1. 2016. Ministro do STF afasta Renan Calheiros da Presidência do Senado. Disponível em: < <https://g1.globo.com/politica/noticia/ministro-do-stf-afasta-renan-da-presidencia-do-senado.ghtml>>.

PASSARINHO, Nathalia. G1 Política, 2014. PSDB pede a TSE cassação de Dilma e posse de Aécio como Presidente. Disponível em: <<http://g1.globo.com/politica/noticia/2014/12/psdb-pede-tse-cassacao-de-dilma-e-posse-de-aecio-como-presidente.html>>.

PERON, Isadora; **MARTINS**, Luísa. Valor econômico, 2018. Por unanimidade, TSE libera candidatura de Dilma ao Senado por MG. Disponível em: <<https://valor.globo.com/politica/noticia/2018/10/04/por-unanimidade-tse-libera-candidatura-de-dilma-ao-senado-por-mg.ghtml>>.

RAMOS, Saulo. **Código da Vida: Fantástico litígio judicial de uma família: Drama, suspense, surpresas e mistério**. 8º ed. São Paulo: Editora Planeta do Brasil.

RECONDO, Felipe; **WEBER**, Luiz. **Os onze, o STF, seus bastidores e suas crise**. Companhia das Letras, 1ª ed. São Paulo,

RICHTER, André. Agência Brasil, 2015. Supremo vai definir todo o rito do processo de impeachment, diz Fachin. Disponível em:

<<https://agenciabrasil.ebc.com.br/politica/noticia/2015-12/supremo-vai-definir-todo-o-rito-do-processo-de-impeachment-diz-fachin>>.

RICCITELLI, Antônio. **Impeachment à brasileira**: instrumento de controle parlamentar? Barueri: Minha Editora, 2006.

SALVETTI NETTO, Pedro. **Curso de teoria do estado**. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 1987.

SHALDERS, André. BCC Brasil, 2020. Alexandre de Moraes suspende nomeação de Ramagem para comando da Polícia Federal. Disponível em: <<https://www.bbc.com/portuguese/brasil-52475818>>.

SENADO NOTÍCIAS. Líderes fixam datas para votação da reforma política e da PEC dos gastos, 2016. Disponível em: <<https://www12.senado.leg.br/noticias/materias/2016/10/19/lideres-fixam-datas-para-votacao-da-reforma-politica-e-da-pec-dos-gastos>>.

SENADO FEDERAL. Questão de Ordem nº 1/2011 de 23/02/2011. Disponível em: <<https://www25.senado.leg.br/web/atividade/questoes-de-ordem/-/q/detalhe/2542>>.

SENADO FEDERAL. Questão de Ordem nº 14/2017 de 25/05/2017. Disponível em: <<https://www25.senado.leg.br/web/atividade/questoes-de-ordem/-/q/detalhe/2775>>.

SEREZA, Haroldo Ceravolo. UOL Notícias, 2009. Relação com a Globo "ajudou bastante", lembra Collor; senador diz ter pensado, na véspera, que perderia a eleição. Disponível em: <<https://noticias.uol.com.br/especiais/eleicoes-1989/ultnot/2009/11/15/ult9005u10.jhtm>>.

TOLOMEI, Fernando Soares. **Do Julgamento Do Presidente Da República Por Crimes De Responsabilidade**. Presidente Prudente: Faculdade de Direito de Presidente Prudente, 2010.

ZIEGLER, Maria Fernanda. Aventuras na História, 2019. A destituição de Fernando Collor: por que ele renunciou? Disponível em: <<https://aventurasnahistoria.uol.com.br/noticias/reportagem/historia-a-queda-fernando-collor.phtml>>.

RELAÇÕES DE CONSUMO EM TEMPOS DE PANDEMIA DE COVID-19

JULIANA MATOS PEREIRA: Analista em Direito do Ministério Público do Estado de Minas Gerais. Atuação realizada junto a Promotoria de Justiça de Defesa do Consumidor. Atuante junto a Promotoria com atuação no Juizado Especial Criminal. Pós-graduada em Direito Processual e em Direito Público. Ministrou aulas junto a Polícia Militar do Estado de Minas Gerais. Ministrou tutoria virtual junto ao Centro de Estudos e Aperfeiçoamento Profissional do Ministério Público nas disciplinas de Improbidade Administrativa e Justiça Restaurativa.

I – Introdução

Pensávamos que a Terceira Guerra Mundial seria representada por um exército de militares empunhando armas superpoderosas. Receávamos as relações internacionais estabelecidas entre Estados Unidos e países como Coreia do Norte, Rússia, Irã.

Entrementes, a “Terceira Guerra Mundial” atingiu a sociedade global através de um vírus invisível, causando 22 (vinte e dois) milhões de casos e 780.000 (setecentos e oitenta) mortes pela covid-19 no mundo, segundo dados apresentados pelo jornal El País²²¹.

Em decorrência da pandemia, as relações jurídicas, de um modo geral, sofreram fortes impactos. No âmbito das relações estabelecidas entre consumidores e fornecedores, verificam-se mudanças de comportamento da sociedade, em razão da necessidade de isolamento social e, ao mesmo tempo, necessidade de adaptações dos contratos vigentes, seja por meio da revisão, seja da rescisão contratual.

Nesse sentido, escolas tiveram suas atividades presenciais interrompidas e estabeleceram a educação à distância como forma de manter o ano letivo escolar.

²²¹ Notícias sobre o coronavírus e a crise política no Brasil. Disponível: <https://brasil.elpais.com/brasil/2020-08-19/ao-vivo-noticias-sobre-o-coronavirus-e-a-crise-politica-no-brasil.html> Acesso em 19.08.2020.

Por sua vez, o transporte escolar restou prejudicado. Os alunos estudam em casa e, conseqüentemente, suspendeu-se ou rescindiu-se o contrato de transporte escolar.

Como cediço, as academias de ginásticas tiveram suas atividades suspensas em decorrência da edição de decretos municipais que buscavam resguardar a saúde dos clientes e, em razão disso, contratos foram suspensos ou interrompidos.

Outrossim, viagens, passagens aéreas e terrestres, pacotes turísticos, shows, eventos como casamentos foram cancelados ou adiados em decorrência do surto pandêmico de covid-19.

Lado outro, visualiza-se ainda o incremento do *e-commerce*. Segundo dados apresentados pela Revista Exame, o faturamento das vendas online no segundo trimestre de 2020 foi de 33 bilhões de reais, alta de 104% em relação ao mesmo período de 2019, quando o faturamento ficou em 16 milhões²²².

Diante do contexto global, este artigo pretende demonstrar a importância da tutela dos direitos dos consumidores, enquanto sujeito hipossuficiente e vulnerável no âmbito das relações de consumo, ressaltando a presunção de vulnerabilidade absoluta da parte mais frágil da relação jurídica.

II – Coronavírus: caso fortuito ou de força maior.

A pandemia de coronavírus representa, no ramo jurídico, caso fortuito ou de força maior, visto que se trata de um fato imprevisível e irresistível. Não se pretende, neste artigo, discorrer a respeito das diferenças e similaridades entre as expressões caso fortuito ou de força maior, até porque há controvérsia na própria Doutrina.

O Código de Defesa do Consumidor não prevê expressamente o caso fortuito ou de força maior como hipótese de exclusão da responsabilidade do fornecedor. A norma consumerista constante no artigo 14, §2º²²³ dispõe que a responsabilidade do fornecedor de serviço será excluída se houver culpa exclusiva do consumidor ou de terceiro.

Nesse cenário, mister registrar o posicionamento do Superior Tribunal de Justiça (STJ) no que se refere ao caso fortuito, demonstrando a diferença entre

²²² E-commerce vende R\$33 bilhões na pandemia puxado por alimentos e bebidas. Disponível: <https://exame.com/negocios/e-commerce-vende-r-33-bilhoes-na-pandemia-puxado-por-alimentos-e-bebidas/>. Disponível em 15.08.2020.

²²³ CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR. Lei federal nº 8.078/90. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8078compilado.htm Acesso em 13.08.2020.

fortuito interno e fortuito externo. No tocante ao fortuito interno, entende-se que o risco faz parte da atividade do fornecedor e, portanto, a responsabilidade cabe ao mesmo. Como exemplo, cita-se o atraso na entrega do imóvel pela construtora, o que enseja pagamento de indenização durante o período de mora do promitente-vendedor.

Noutro giro, compreende-se que o fortuito externo não faz parte do risco do empreendimento do fornecedor e, portanto, não há responsabilidade de indenização. Para exemplificar, citem-se os fenômenos naturais como vulcão e terremoto.

Nas palavras do autor Felipe P. Braga Netto²²⁴, a doutrina, ao invés de distinguir caso fortuito ou de força maior, distingue o fortuito interno do fortuito externo, a ver:

Atualmente, ao invés de distinguir o caso fortuito da força maior, a doutrina – e a jurisprudência – contemporânea distingue o fortuito interno do fortuito externo. E essa distinção é, sim, relevante, porque no primeiro caso o dever de indenizar será mantido (fortuito interno), ao passo que no segundo (fortuito externo) o dever de indenizar fica afastado.

O autor ainda discorre que o fortuito interno ocorre quando o dano sofrido pela vítima guarda relação com a atividade desenvolvida pelo ofensor, de forma que este responde, ainda que, comprovadamente, a culpa do dano seja de terceiro. Lado outro, o fortuito externo ocorre quando o dano não guarda relação com atividade desenvolvida pelo ofensor, o que afasta o dever de indenização deste último.

A pandemia de coronavírus se encaixa no conceito de fortuito externo, o qual não gera responsabilidade de indenização para qualquer das partes da relação jurídica de consumo.

Nesse sentido, os contratos podem vir a ser suspensos, rescindidos, revisados, sem que isso implique em inadimplemento contratual ou no pagamento de multa contratual ou cláusula penal por qualquer das partes da relação jurídica de consumo.

III – Teoria da Base Objetiva do Negócio Jurídico.

²²⁴ NETTO, Felipe P. Braga. *Manual de Direito do Consumidor à luz da jurisprudência do STJ*. Salvador: Editora Juspodivm, 2017, p.194-195

O Código de Defesa do Consumidor, no artigo 6º, inciso V²²⁵, estabelece ser direito do consumidor *"a modificação das cláusulas contratuais que estabeleçam prestações desproporcionais ou sua revisão em razão de fatos supervenientes que as tornem excessivamente onerosas"*.

Ao contrário do Código Civil, que adota a Teoria da Imprevisão, o Código de Defesa do Consumidor não exige análise da previsibilidade para que ocorra a revisão contratual. A norma consumerista, em observância ao princípio da vulnerabilidade do consumidor, considera que a demonstração objetiva da excessiva onerosidade advinda para o consumidor já é o suficiente para que a revisão contratual se opere.

Aliás, discorre ANDRADE, Adriano; MASSON, Cleber; ANDRADE, Landolfo (2013, p. 430, apud MARQUES, 2003, p. 413):

A norma do art. 6º do CDC avançou ao não exigir que o fato superveniente seja imprevisível ou irresistível, apenas exige a quebra da base objetiva do negócio, a quebra do seu equilíbrio intrínseco, a destruição da relação de equivalência entre prestações, o desaparecimento do fim essencial do contrato.

A propósito, convém ressaltar o posicionamento do Superior Tribunal de Justiça relativamente ao tema contrato de arrendamento mercantil (leasing) de veículos, cujas prestações estavam atreladas ao dólar. Na oportunidade, o Tribunal Superior entendeu que a desvalorização do real face ao dólar em janeiro de 1999 alterava a base contratual e, portanto, ensejava revisão contratual, esclarecendo que não houve análise da questão da previsibilidade do fato.

A propósito, segue ementa do *leading case* do Superior Tribunal de Justiça²²⁶:

CIVIL. ARRENDAMENTO MERCANTIL. CONTRATO COM CLÁUSULA DE REAJUSTE PELA VARIAÇÃO CAMBIAL. VALIDADE. ELEVAÇÃO ACENTUADA DA COTAÇÃO DA MOEDA NORTE-AMERICANA. FATO NOVO. ONEROSIDADE EXCESSIVA

²²⁵ CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR. Lei federal nº 8.078/90. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8078compilado.htm Acesso em 13.08.2020.

²²⁶ SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. Disponível em [https://scon.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?i=1&b=ACOR&livre=\(\(%27RESP%27.clas.+e+@num=%27472594%27\)+ou+\(%27REsp%27+adj+%27472594%27.suce.\)\)&thesaurus=JURIDICO&fr=veja](https://scon.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?i=1&b=ACOR&livre=((%27RESP%27.clas.+e+@num=%27472594%27)+ou+(%27REsp%27+adj+%27472594%27.suce.))&thesaurus=JURIDICO&fr=veja). Acesso em 13.08.2020

AO CONSUMIDOR. REPARTIÇÃO DOS ÔNUS. LEI N. 8.880/94, ART. 6º. CDC, ART.

6º, V.

I. Não é nula cláusula de contrato de arrendamento mercantil que prevê reajuste das prestações com base na variação da cotação de moeda estrangeira, eis que expressamente autorizada em norma legal específica (art. 6º da Lei n. 8.880/94).

II. Admissível, contudo, a incidência da Lei n. 8.078/90, nos termos do art. 6º, V, quando verificada, em razão de fato superveniente ao pacto celebrado, consubstanciado, no caso, por aumento repentino e substancialmente elevado do dólar, situação de onerosidade excessiva para o consumidor que tomou o financiamento.

III. Índice de reajuste repartido, a partir de 19.01.99 inclusive, equitativamente, pela metade, entre as partes contratantes, mantida a higidez legal da cláusula, decotado, tão somente, o excesso que tornava insuportável ao devedor o adimplemento da obrigação, evitando-se, de outro lado, a total transferência dos ônus ao credor, igualmente prejudicado pelo fato econômico ocorrido e também alheio à sua vontade.

IV. Recurso especial conhecido e parcialmente provido.

(REsp 472.594/SP, Rel. Ministro CARLOS ALBERTO MENEZES DIREITO, Rel. p/ Acórdão Ministro ALDIR PASSARINHO JUNIOR, SEGUNDA SEÇÃO, julgado em 12/02/2003, DJ 04/08/2003, p. 217)

À semelhança do julgado do Superior Tribunal de Justiça, a pandemia de coronavírus constitui situação de onerosidade excessiva ao consumidor, o que gera o direito deste à aplicação do artigo 6º, inciso V do Código de Defesa do Consumidor²²⁷ nos contratos de execução continuada ou diferida.

IV – Contratos consumeristas

²²⁷ CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR. Lei federal nº 8.078/90. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18078compilado.htm Acesso em 14.08.2020.

O surto pandêmico de coronavírus caracteriza caso fortuito externo, que não decorre da atividade de risco do fornecedor e, portanto, não gera responsabilidade de indenização em razão de eventual suspensão e/ou rescisão contratual para nenhum dos sujeitos da relação de consumo.

Nesse sentido, incabível a aplicação de ônus, de multa contratual, cláusula penal a qualquer das partes da relação consumerista, se eventual suspensão ou rescisão contratual decorrer da pandemia de covid-19.

Embora o Código de Defesa do Consumidor não preveja expressamente a situação pandêmica, os princípios constantes no artigo 4º e os direitos garantidos no artigo 6º do Código de Defesa do Consumidor²²⁸ são fundamentais para compreensão dos efeitos dos contratos consumeristas afetados pela pandemia.

Orientações, recomendação, medidas provisórias, notas técnicas foram editadas a fim de resguardar a observância dos princípios e dos direitos estabelecidos no Estatuto Consumerista.

Atendo-se ao Estado de Minas Gerais, o Procon Estadual de Minas Gerais emitiu notas técnicas com intuito de recomendar formas de resolução dos conflitos entre fornecedores e consumidores, sempre na perspectiva de observância de diálogo, bom senso e boa fé.

Cite-se a Nota técnica nº 1²²⁹ do mencionado órgão consumerista que tratou dos efeitos da pandemia nos contratos escolares. A orientação do órgão se deu no sentido da concessão de desconto de 29,03% aos consumidores relativamente à interrupção das aulas no período de 23 a 31 de março de 2020, ressalvada a hipótese de antecipação de férias no período. Orientou-se ainda que os fornecedores enviassem aos consumidores proposta de revisão contratual, para vigorar durante o período de suspensão das atividades presenciais, com a previsão de atividades escolares e respectivo valor mensal. Na oportunidade, ainda ressaltou a importância da apresentação da planilha de cálculo elaborada no início do ano, com as despesas diárias previstas, e compará-las com os custos acrescidos e reduzidos no período de atividades não-presenciais.

²²⁸ CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR. Lei federal nº 8.078/90. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8078compilado.htm Acesso em 14.08.2020.

²²⁹ Procon Estadual de Minas Gerais. Nota técnica nº 1. Disponível em: [file:///C:/Users/user-pc/Downloads/Nota%20Tecnica%20Procon-MG%20N%201-2020%20-%20Contratos%20escolares%20\(1\).pdf](file:///C:/Users/user-pc/Downloads/Nota%20Tecnica%20Procon-MG%20N%201-2020%20-%20Contratos%20escolares%20(1).pdf) Acesso em 19.08.2020.

Outrossim, a referida nota técnica ainda recomendou a suspensão do contrato de educação infantil até o término do período de isolamento social, haja vista impossibilidade de execução do contrato na forma virtual.

Por derradeiro, a nota técnica ainda salientou que se trata de opção do consumidor a rescisão do contrato, não podendo a conduta ser interpretada como inadimplemento contratual.

O órgão consumerista também editou a Nota Técnica nº 03²³⁰ com o objetivo de orientar fornecedores e consumidores a respeito dos efeitos dos contratos de transporte escolar. Na orientação, o Procon Estadual de Minas Gerais recomendou que os transportadores enviem aos consumidores proposta de revisão contratual, a vigorar durante o surto pandêmico. Essa proposta deveria considerar as despesas inicialmente previstas e as não realizadas durante a pandemia.

A Nota Técnica ainda ressalta sobre a possibilidade de o consumidor rescindir o contrato de transporte escolar, sem pagamento de multa contratual, haja vista o cenário de caso fortuito ou força maior.

Cite-se também a Nota técnica nº 04²³¹ editada pelo Procon Estadual de Minas Gerais, que tratou dos contratos com academia de atividades físicas/esportivas. Recomendou-se aos fornecedores a consideração da viabilidade de prorrogação do prazo de execução contratual, pelo tempo da suspensão em razão da pandemia de coronavírus.

Ressaltou-se ainda a possibilidade do consumidor rescindir o contrato, haja vista a pandemia se encaixar na hipótese de caso fortuito ou de força maior, esclarecendo que nenhuma multa ou cláusula penal deverá recair ao consumidor.

Registre-se ainda o Aviso 04 editado também pelo Procon Estadual de Minas Gerais, em que tratou da elevação, sem justa causa, do preço de produtos e serviços pelo fornecedor, com abuso da necessidade do consumidor, durante o período de pandemia.

²³⁰ Procon Estadual de Minas Gerais. Nota técnica nº 03. Disponível em: [file:///C:/Users/user-pc/Downloads/NT%20Procon-MG%2003-2020%20-%20Transporte%20escolar%20\(2\).pdf](file:///C:/Users/user-pc/Downloads/NT%20Procon-MG%2003-2020%20-%20Transporte%20escolar%20(2).pdf) Acesso em 15.08.2020.

²³¹ Procon Estadual de Minas Gerais. Nota técnica nº 4. Disponível em: [file:///C:/Users/user-pc/Downloads/Nota%20Tecnica%20Procon-MG%20N%204-2020%20-%20Academias%20de%20ginastica%20\(1\).pdf](file:///C:/Users/user-pc/Downloads/Nota%20Tecnica%20Procon-MG%20N%204-2020%20-%20Academias%20de%20ginastica%20(1).pdf) Acesso em 21.08.2020.

Infelizmente, houve aumento de valores, sem justa causa, de produtos como álcool em gel, máscaras, botijão de gás, itens da cesta básica, no período de pandemia, o que constitui prática abusiva às relações de consumo, com ofensa direta ao artigo 39, incisos V e X do Código de Defesa do Consumidor²³².

V – Da conciliação

No presente momento, a melhor alternativa para as partes da relação de consumo é a conciliação, o diálogo entre as partes.

Hipoteticamente, se a maioria dos contratos de consumo fossem rescindidos pelos consumidores, teremos um caos econômico, o que a ninguém interessa.

Portanto, na situação atual, devemos trabalhar com a serenidade, transparência, boa fé, visto que o coronavírus constitui caso fortuito ou de força maior, que não pode gerar responsabilidade de indenização para qualquer das partes da relação de consumo.

Lado outro, o Poder Judiciário está afogado em processos e não daria uma resposta mais satisfatória em relação à solução encontrada a partir do diálogo das partes.

VI – Conclusão

Os efeitos dos contratos de consumo foram alterados em razão da pandemia de coronavírus: caso fortuito e de força maior. Seguindo o entendimento do Superior Tribunal de Justiça, podemos compreender a pandemia de coronavírus como fortuito externo, ou seja, o fato não relacionado com o risco da atividade empresarial, o que exclui responsabilidade do fornecedor.

No Código de Defesa do Consumidor, aplica-se a Teoria da Base Objetiva, de forma que, independentemente da previsibilidade e desde que haja onerosidade excessiva para o consumidor, há possibilidade de revisão contratual.

Nesse ínterim, como estamos diante de um caso fortuito externo e diante da alteração da base objetiva do contrato, entende-se ser possível a revisão contratual e, a critério do consumidor, a rescisão do negócio jurídico, sem qualquer imposição de multa para qualquer das partes, mesmo que haja previsão contratual.

²³² CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR. Lei federal nº 8.078/90. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8078compilado.htm Acesso em 13.08.2020.

A situação inusitada exige bom-senso, diálogo, conciliação entre as partes, esclarecendo que o consumidor não pode ser penalizado com multas, valores, mesmo que previstos contratualmente, se a revisão ou rescisão contratual ocorrer em razão da pandemia de covid-19.

Referências

ANDRADE, Adriano; MASSON, Cleber; ANDRADE, Landolfo. *Interesses difusos e coletivos esquematizado*. São Paulo: Editora Método, 2013, p. 430.

BARLETTA, Fabiana Rodrigues. A revisão contratual no Código Civil, no Código de Defesa do Consumidor e a pandemia do coronavírus (covid-19). *Revistas de Direito do Consumidor*, vol. 129/2020, p. 111-129.

BRASIL. CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR. Lei federal nº 8.078/90. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8078compilado.htm Acesso em 13.08.2020.

E-commerce vende R\$ 33 bilhões na pandemia puxado por alimentos e bebidas. Disponível: <https://exame.com/negocios/e-commerce-vende-r-33-bilhoes-na-pandemia-puxado-por-alimentos-e-bebidas/> Disponível em 15.08.2020.

MUCELIN, Guilherme; D'Aquino, Lúcia Souza. *O papel do Direito do consumidor para o bem estar da população brasileira e o enfrentamento à pandemia de covid-19*. *Revista de Direito do Consumidor* | vol. 129/2020 | p. 17 - 46 | Maio - Jun / 2020

Notícias sobre o coronavírus e a crise política no Brasil. Disponível: <https://brasil.elpais.com/brasil/2020-08-19/ao-vivo-noticias-sobre-o-coronavirus-e-a-crise-politica-no-brasil.html> Acesso em 19.08.2020.

NETTO, Felipe P. Braga. *Manual de Direito do Consumidor à luz da Jurisprudência do STJ*. Editora Juspodivm: 2017.

PROCON ESTADUAL DE MINAS GERAIS. Nota técnica nº 1. [file:///C:/Users/user-pc/Downloads/Nota%20Tecnica%20Procon-MG%20N%201-2020%20-%20Contratos%20escolares%20\(1\).pdf](file:///C:/Users/user-pc/Downloads/Nota%20Tecnica%20Procon-MG%20N%201-2020%20-%20Contratos%20escolares%20(1).pdf)

PROCON ESTADUAL DE MINAS GERAIS. Nota técnica nº 03. Disponível em: [file:///C:/Users/user-pc/Downloads/NT%20Procon-MG%2003-2020%20-%20Transporte%20escolar%20\(2\).pdf](file:///C:/Users/user-pc/Downloads/NT%20Procon-MG%2003-2020%20-%20Transporte%20escolar%20(2).pdf)

PROCON ESTADUAL DE MINAS GERAIS. Nota técnica nº 4. Disponível em: [file:///C:/Users/user-pc/Downloads/Nota%20Tecnica%20Procon-MG%20N%204-2020%20-%20Academias%20de%20ginastica%20\(1\).pdf](file:///C:/Users/user-pc/Downloads/Nota%20Tecnica%20Procon-MG%20N%204-2020%20-%20Academias%20de%20ginastica%20(1).pdf)

O PROBLEMA DAS NULIDADES NOS CONTRATOS ADMINISTRATIVOS E A NOVA LEI DE LICITAÇÕES

ROGÉRIO AUGUSTO BOGER FEITOSA:

Mestrando em Direito Administrativo pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo – PUC-SP. Graduado em Direito pela Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro – PUC-Rio. Procurador do Município de São Paulo. Ex-Procurador do Estado de São Paulo. Advogado.

Resumo: O presente artigo trata da controvérsia jurídica existente quanto à aplicabilidade da Teoria das Nulidades ao ramo do Direito Administrativo, em especial, aos contratos administrativos, regidos atual e principalmente pela Lei Federal nº 8.666/1993. Ainda, traz à baila o tratamento normativo concebido pelo Congresso Nacional para a Nova Lei de Licitações, segundo o Projeto de Lei nº 4.253/2020, recentemente aprovado por ambas as suas Casas.

Palavras-chave: Teoria das Nulidades. Contratos administrativos. Nova Lei de Licitações. Proporcionalidade.

Sumário: Introdução. 1. A Teoria das Nulidades e o Direito Administrativo. 2. As nulidades nos contratos administrativos e o tratamento concebido para a Nova Lei de Licitações. 3. Considerações finais. Referências bibliográficas.

Introdução

A questão atinente à nulidade dos atos jurídicos é objeto de estudo pela Ciência do Direito já há bastante tempo, sendo usualmente considerada como espécie típica de sanção derivada da inobservância de normas jurídicas por autoridade ou sujeito às quais se encontre vinculado²³³.

Nesse sentido, ao menos desde o desenvolvimento das teorias positivistas do século XIX, é reconhecidamente aceita como verdadeira a proposição de que, sob um olhar eminentemente sistemático, a legitimidade dos atos jurídicos inferiores de

233 Nesse toar, Celso Antônio Bandeira de Mello expõe que “os atos administrativos praticados em desconformidade com as prescrições jurídicas são inválidos. A noção de invalidade é antitética à de conformidade com o Direito” (MELLO, Celso Antônio Bandeira de. Curso de direito administrativo. 32ª ed. rev. e atual. até a Emenda Constitucional 84, de 2.12.2004. São Paulo: Malheiros, 2015, p. 473).

um ordenamento depende de sua perfeita adequação ao que informam aqueles outros atos considerados superiores²³⁴.

Por outro lado, a significação jurídica da contrariedade verificada entre atos de diferentes escalões é alvo de relevantes debates nos mais diversos campos do Direito, tendo se originado no Direito Privado o que se convencionou chamar de Teoria das Nulidades, que tem hoje, ainda, alguma dificuldade de conformação com as nuances próprias do Direito Administrativo.

Com efeito, a incidência da legalidade, como norma basilar orientadora da atuação pública, e o comum acolhimento, no campo do Direito Administrativo, da ideia de que o ato nulo não produz efeitos – em consonância com o brocardo latino *quod nullum est, nullum producit effectum* – frequentemente conduzem o intérprete a uma compreensão excessivamente formalista a respeito do tema, funcionando, em certas ocasiões, como dogmas desvinculados dos fins efetivamente perseguidos pelo Estado.

Ocorre que, sob o ponto de vista prático, esse entendimento, embora incorporado ao artigo 59, da Lei Federal nº 8.666/1993²³⁵, é repetidamente colocado em xeque em situações reais examinadas pelo gestor público, especialmente quando o ato inquinado corresponde a um contrato administrativo. Isso porque, em não raras vezes, a constatação da existência de um vício jurídico se dá apenas em um segundo momento, quando o concerto já produziu, ao menos em parte, os seus efeitos, inclusive prestacionais e financeiros, e a sua extirpação do mundo jurídico pode ter o condão de gerar importantes prejuízos ao interesse público.

Ademais, verifica-se que, sob a égide da Lei Federal nº 8.666/1993, os cientistas do Direito não foram capazes de conceber fórmulas jurídicas que pudessem ser abraçadas com segurança pelo gestor ao apreciar acertos contratuais defeituosos²³⁶, o que, na realidade, apenas deixa transparecer a dificuldade e,

234 Kelsen, Hans. *Teoria pura do direito*. Tradução de João Baptista Machado. 8ª. ed. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2019, p. 232.

235 Artigo 59, da Lei Federal nº 8.666/1993: "A declaração de nulidade do contrato administrativo opera retroativamente impedindo os efeitos jurídicos que ele, ordinariamente, deveria produzir, além de desconstituir os já produzidos. Parágrafo único. A nulidade não exonera a Administração do dever de indenizar o contratado pelo que este houver executado até a data em que ela for declarada e por outros prejuízos regularmente comprovados, contanto que não lhe seja imputável, promovendo-se a responsabilidade de quem lhe deu causa" (BRASIL. Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8666cons.htm. Acesso em: 18 fev. 2021).

236 Entende-se, em aderência à exposição de Tércio Sampaio Ferraz Jr., ser a decidibilidade o objeto da Ciência do Direito, pois se direciona à criação de instrumentais teóricos à tomada de decisões de cunho jurídico, ou seja, à definição de pressupostos subjacentes aos próprios processos decisórios.

principalmente, os riscos ínsitos à tomada de decisão, mormente pela possibilidade de algum órgão de controle vir a apresentar apontamentos que destoem da deliberação administrativa.

Diante desse cenário marcado por embaraços práticos e teóricos, o presente trabalho propõe-se a expor a divergência doutrinária a respeito do ajustamento da Teoria das Nulidades ao Direito Administrativo e, em especial, aos contratos administrativos. Ainda, pretende-se tratar dos aspectos gerais da normativa que, pertinente ao tema, foi concebida para a Nova Lei de Licitações, cuja vigência depende, sob ótica do processo legislativo, apenas da sanção presidencial e da subsequente promulgação do seu texto de lei²³⁷.

1. A Teoria das Nulidades e o Direito Administrativo

Se, desenvolvida pelo Direito Privado, a Teoria das Nulidades ainda causa celeumas nesse âmbito jurídico, a sua transposição para o Direito Administrativo é objeto de ainda maiores discussões, mormente no que concerne à eficácia dos atos jurídicos contrários à ordem normativa em vigor.

Preliminarmente, contudo, ao exame dessas questões, impende que se tragam à baila algumas noções relativas aos diferentes planos do fenômeno jurídico, mais precisamente, aos planos da existência (ou da perfeição), da validade e da eficácia, com vistas a tornar possível uma adequada compreensão do tema.

Em rigor, pode-se afirmar que o plano da existência (ou da perfeição) diz respeito ao campo em que se situam aqueles fatos considerados *jurídicos*, ou seja, na linha do que expõe Caio Mário, a partir da concepção de Savigny, aqueles

Por via de consequência, a Ciência Jurídica se manifesta como pensamento eminentemente tecnológico, na medida em que os seus enunciados visam a estabelecer condições à prolação de decisões, sejam elas legislativas, judiciárias, administrativas, contratuais e etc., e têm como parâmetro de validade a sua relevância prática (FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. *A ciência do direito*. 3ª ed., São Paulo: Atlas, 2014, p. 49-51).

237 Cabe pontuar que o PL nº 4.253/2020, aprovado recentemente pelo Congresso Nacional e pendente da sanção presidencial, destina-se a substituir, dentre outros diplomas normativos, a Lei Federal nº 8.666/1993 e traz, em seus artigos 146 e 147, importantes normas com relevância para o tema da nulidade dos contratos administrativos, conforme se verá (BRASIL. Senado Federal. Projeto de Lei nº 4.253, de 2020. Substitutivo da Câmara dos Deputados aos Projetos de Lei do Senado nºs 163, de 1995; e 559, de 2013. Disponível em: <https://legis.senado.leg.br/sdleg-getter/documento?dm=8879045&ts=1607630768278&disposition=inline>. Acesso em: 18 fev. 2021).

acontecimentos que são relevantes e, portanto, existem para o Direito, criando, modificando ou extinguindo relações jurídicas²³⁸.

Adotando-se a proposta de sistematização de Marcos Bernardes de Mello²³⁹, os fatos jurídicos classificam-se em fatos jurídicos ilícitos e lícitos, a depender de sua conformidade com a ordem jurídica. Estes, por sua vez, podem consistir em fatos jurídicos *stricto sensu*, correspondentes àqueles derivados da natureza, em atos-fatos jurídicos, decorrentes de comportamentos humanos que, para adquirirem relevância jurídica, não dependem da existência de uma vontade particular emanada por um agente, e em atos jurídicos *lato sensu*, consistentes naqueles provenientes de uma ação humana vocacionada para um dado fim. A seu turno, os atos jurídicos *lato sensu* são subdivisíveis em atos jurídicos *stricto sensu*, relativos a uma atuação humana dirigida à produção de certos efeitos já antevistos pela ordem pública, e em negócios jurídicos, que se referem àqueles atos jurídicos provenientes de um comportamento humano cujos efeitos derivam da conjugação da vontade da lei e da vontade do agente²⁴⁰.

Já o plano da validade tem relação de pertinência exclusivamente com certos fatos jurídicos, mais propriamente com os atos jurídicos *lato sensu*, que, como se disse, alcançam os atos jurídicos *stricto sensu* e os negócios jurídicos, pressupondo, assim, a sua prévia qualificação como fatos jurídicos. Trata-se, pois, de plano que exige que se ultrapasse, preliminarmente, o da existência. Valendo-se das palavras de Fredie Didier Jr., "o ato jurídico inválido existe. Ato inexistente não tem defeito"²⁴¹. No entanto, impõe-se, também, a sua perpetração em sintonia com as prescrições do ordenamento posto, sob o risco de não se alcançar esse segundo plano²⁴².

238 PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de Direito Civil*. Vol. 1. Introdução ao Direito Civil: Teoria geral do Direito Civil. 23ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009, p. 392.

239 MELLO, Marcos Bernardes de. *Teoria do fato jurídico – plano da existência*. 13ª ed. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 115-129.

240 Consoante assevera Ricardo Marcondes Martins, citando Genero Carrió, "as classificações não são verdadeiras ou falsas, mas úteis ou inúteis" (MARTINS, Ricardo Marcondes. *Efeitos dos vícios do ato administrativo*. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 26).

241 DIDIER JUNIOR, Fredie. *Curso de direito processual civil*. Vol. 1, 18ª ed. Salvador: JusPodivm, 2016, p. 405.

242 MELLO, Celso Antônio Bandeira de. Op. cit., p. 395.

Insta salientar, neste ponto, a distinção entre defeito e nulidade, ou seja, entre vício e sanção jurídica. Se, por um lado, todo ato inválido se mostra defeituoso, a constatação de certo vício jurídico não demanda, ao menos não necessariamente, a nulificação do ato inquinado. O Direito tem fartos exemplos dessa realidade em seus mais diferentes ramos, lhe cabendo estabelecer as balizas para a invalidação de atos jurídicos que se apresentem defeituosos.

Finalmente, o plano da eficácia corresponde ao âmbito da produção dos efeitos típicos do ato²⁴³ e requer, igualmente, que se transponha a barreira atinente ao plano de existência. Entretanto, é preciso reconhecer que não detém a mesma relação de dependência com o plano da validade, tendo em vista ser possível que atos jurídicos válidos sejam ineficazes, assim como o inverso, que atos inválidos produzam consequências relevantes no mundo jurídico.

Nessa medida, deve ser rechaçado como verdade absoluta o entendimento, aplicado, ainda hoje, com certa automaticidade ao Direito Administrativo, de que o ato inválido não produz efeitos, bem como qualquer concepção de ato inválido a partir da sua eficácia. De fato, *"o ato inválido existe – portanto pode produzir efeitos. Não é correto dizer que toda hipótese de nulidade implica a impossibilidade de o ato produzir efeito"*²⁴⁴.

Talvez o exemplo mais claro a corroborar essa compreensão diga respeito à previsão legal constante do artigo 27, da Lei Federal nº 9.868/1999, que permite ao Supremo Tribunal Federal, ao declarar a institucionalidade de ato normativo, *"restringir os efeitos daquela declaração ou decidir que ela só tenha eficácia a partir de seu trânsito em julgado ou de outro momento que venha a ser fixado"*²⁴⁵.

243 Luís Roberto Barroso ensina que *"a eficácia dos atos jurídicos consiste em sua aptidão para a produção de efeitos, para a irradiação das consequências que lhe são próprias. Eficaz é o ato idôneo para atingir a finalidade para a qual foi gerado"* (BARROSO, Luís Roberto. *O controle de constitucionalidade no direito brasileiro: exposição sistemática da doutrina e análise crítica da jurisprudência*. 4ª ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 14). Nesse mesmo sentido, Celso Antônio Bandeira de Mello pontua que *"eficácia, então, é a situação atual de disponibilidade dos efeitos típicos, próprios, do ato. Distinguem-se os efeitos típicos, ou próprios, dos efeitos atípicos. Os primeiros são efeitos correspondentes à tipologia específica do ato, à sua função jurídica. Assim, é próprio do ato de nomeação habilitar alguém a assumir um cargo; é próprio ou típico do ato de demissão desligar funcionário do serviço público. Os efeitos atípicos, decorrentes, embora, da produção do ato, não resultam de seu conteúdo específico"* (MELLO, Celso Antônio Bandeira de. Op. cit., p. 396-397).

244 DIDIER JUNIOR, Fredie. Op. cit., p. 405.

245 Artigo 27, da Lei Federal nº 9.868/1999: *"Ao declarar a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo, e tendo em vista razões de segurança jurídica ou de excepcional interesse social, poderá o Supremo Tribunal Federal, por maioria de dois terços de seus membros, restringir os efeitos daquela*

Essas noções gerais podem ser entendidas como próprias da dogmática jurídica, tendo pertinência com qualquer campo do Direito em que se discutam questões concernentes à invalidade de atos jurídicos, devendo ser consideradas quando da formulação de uma Teoria das Nulidades, bem como de sua eventual aplicação a ramos jurídicos examinados de maneira individualizada.

Partindo, pois, dessas ideias preliminares, verifica-se que, no âmbito do Direito Privado, em que se desenvolveu a Teoria das Nulidades, adotou-se um modelo dicotômico para tratar das invalidades dos atos jurídicos existentes, diferenciando-se as nulidades das chamadas anulabilidades.

Em termos gerais, costuma-se suscitar que a *nulidade*, cujas causas principais figuram atualmente no artigo 166, do Código Civil²⁴⁶, diria respeito a invalidades mais graves, violadoras de preceitos de ordem pública, que não poderiam ser superadas ou convalidadas pela vontade das partes. A seu turno, a *anulabilidade* existiria em situações em que a contrariedade ao ordenamento jurídico fosse mais leve (v. artigo 171, do CC²⁴⁷) e, não havendo interesses públicos envolvidos, caberia ao interessado requerer a sua declaração, sendo possível o seu aproveitamento²⁴⁸.

Há quem critique essa inteligência, como Celso Antônio Bandeira de Mello, que pondera não existirem graus de invalidades, mas, sim, distintos graus de repulsa pelo Direito:

Não há graus na invalidade. Ato algum em Direito é mais inválido do que outro. Todavia, pode haver e há reações do

declaração ou decidir que ela só tenha eficácia a partir de seu trânsito em julgado ou de outro momento que venha a ser fixado" (BRASIL. Lei nº 9.868, de 10 de novembro de 1999. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19868.htm. Acesso em: 18 fev. 2021).

246 Artigo 166, do Código Civil: "É nulo o negócio jurídico quando: I - celebrado por pessoa absolutamente incapaz; II - for ilícito, impossível ou indeterminável o seu objeto; III - o motivo determinante, comum a ambas as partes, for ilícito; IV - não revestir a forma prescrita em lei; V - for preterida alguma solenidade que a lei considere essencial para a sua validade; VI - tiver por objetivo fraudar lei imperativa; VII - a lei taxativamente o declarar nulo, ou proibir-lhe a prática, sem cominar sanção" (BRASIL. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406compilada.htm. Acesso em: 18 fev. 2021).

247 Artigo 171, do Código Civil: "Além dos casos expressamente declarados na lei, é anulável o negócio jurídico: I - por incapacidade relativa do agente; II - por vício resultante de erro, dolo, coação, estado de perigo, lesão ou fraude contra credores" (*Ibidem*).

248 CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de direito administrativo*. 25ª ed. rev., ampl. e atual. até a Lei nº 12.587, de 3-1-2012. São Paulo: Atlas, 2012, p. 152-153.

*Direito mais ou menos radicais ante as várias hipóteses de invalidade. Ou seja: a ordem normativa pode repelir com intensidade variável atos praticados em desobediência às disposições jurídicas, estabelecendo, destarte, uma gradação no repúdio a eles*²⁴⁹.

De todo modo, o ajustamento da dicotomia trazida pela Teoria das Nulidades ao campo do Direito Administrativo suscita importantes questionamentos, havendo diferentes posicionamentos doutrinários acerca da questão²⁵⁰.

Uma primeira corrente, de cunho *monista*, defende a inaplicabilidade ao Direito Administrativo da dicotomia enunciada pela Teoria das Nulidades, sob o argumento de que, nessa seara, as normas eventualmente violadas seriam sempre de ordem pública e os interesses envolvidos seriam, igualmente, públicos²⁵¹. Assim, o ato administrativo seria inexoravelmente nulo ou válido, não havendo de se falar da existência de atos anuláveis.

Compartilham dessa orientação Hely Lopes Meirelles, Diógenes Gasparini e outros importantes autores, cujas razões podem ser assim sintetizadas, valendo-se das palavras do primeiro:

Ato nulo é o que nasce afetado de vício insanável por ausência ou defeito substancial em seus elementos constitutivos ou no procedimento formativo (...). Em qualquer um destes casos, porém, o ato é ilegítimo ou ilegal e não produz qualquer efeito válido entre as partes, pela evidente razão de que não se pode adquirir direitos contra a lei (...).

A Lei federal 9.784/99 admite a convalidação do ato administrativo (...). Essa norma, ao exigir a preservação do interesse público para a convalidação, leva-nos a rever a posição adotada em edições anteriores sobre a convalidação. Todavia, continuamos a não aceitar o chamado ato

²⁴⁹ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. Op. cit., p. 473.

²⁵⁰ É preciso expor desde logo que o presente trabalho não se predispõe a apresentar de forma ampla e detalhada os múltiplos posicionamentos existentes quanto ao tema, mas, tão somente, a identificar a existência da controvérsia, sobretudo no que toca à dicotomia concernente aos atos nulos e aos atos anuláveis e a sua aplicabilidade do Direito Administrativo.

²⁵¹ MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito administrativo brasileiro*. 38ª ed. atualizada até a Emenda Constitucional 68, de 21.12.2011. São Paulo: Malheiros Editores, 2012, p. 215.

*administrativo anulável no âmbito do Direito Administrativo, justamente pela impossibilidade de preponderar o interesse privado sobre o público e não ser admissível a manutenção de atos ilegais, ainda que assim o desejem as partes, porque a isto se opõe a exigência da legalidade administrativa*²⁵².

Já a corrente contrária, perfilhada por Celso Antônio Bandeira de Mello, José dos Santos Carvalho Filho e Seabra Fagundes, dentre outros doutrinadores de renome, reconhece gradações quanto à repulsa jurídica da contrariedade à lei e, sob esse olhar, a existência de atos nulos e de atos anuláveis, embora em um sentido diferente daquele enunciado para o âmbito do Direito Privado, tendo em vista a impossibilidade de se conferir natureza privada aos interesses geridos pela Administração.

Nesse diapasão, Celso Antônio Bandeira de Mello, para quem seria possível o enquadramento dos atos inválidos em diferentes categorias, afirma existirem atos administrativos nulos e anuláveis, além dos inexistentes e daqueles tidos como meramente irregulares²⁵³:

Compartilhamos a doutrina que sustenta haver no Direito Administrativo brasileiro tratamentos díspares conforme o tipo de ilegitimidade. Daí a conveniência de se utilizar a expressão designativa do gênero e outras para referir às espécies. Por isso valemo-nos do termo "invalidade" para abranger quaisquer casos de desconformidade com o Direito.

(...)

Quanto a nós, sem negar as premissas de ambas as correntes, discordamos das conclusões. Aceitamos que há atos nulos e anuláveis, acompanhando nisto a Oswaldo Aranha Bandeira de Mello, cujas lições, aliás, permeiam visivelmente todo o exame a que se procedeu dos atos administrativos.

Entretanto, parece-nos que há, além deles, uma categoria de atos viciados cuja gravidade é de tal ordem que, ao contrário

²⁵² *Ibidem*, p. 182.

²⁵³ Em consonância com o que já exposto, este artigo não visa a desenvolver ou a detalhar as nuances dos diferentes posicionamentos existentes, mas tão somente a evidenciar a existência da controvérsia quanto à aplicabilidade ao Direito Administrativo da dicotomia atinente aos atos nulos e aos atos anuláveis.

dos atos nulos ou anuláveis, jamais prescrevem e jamais podem ser objeto de "conversão".

Além disso, existe direito de resistência contra eles. São os que denominaremos com a expressão rebarbativa (reconheça-se) de "atos inexistentes".

(...)

Assim, em nosso entender, são categorizáveis como inválidos (a) os atos inexistentes, (b) os atos nulos e (c) os atos anuláveis.

Registramos, ainda, que parece-nos existirem também – embora não como atos inválidos – os assim chamados atos "irregulares". Estes não são atos inválidos e a eles nos referiremos em seguida, antes mesmo de examinarmos as espécies "inexistentes", nulos e anuláveis²⁵⁴.

Segundo essa orientação, os atos administrativos nulos corresponderiam àqueles impassíveis de convalidação, haja vista a gravidade do defeito subjacente, enquanto os atos considerados anuláveis, marcados por ilegalidades menos relevantes, poderiam ser aproveitados mediante a superação do vício jurídico²⁵⁵.

Já no que diz respeito ao campo da eficácia, percebe-se ser comum a afirmação de que a decretação da invalidade enseja, como consequência natural, o desfazimento dos efeitos do ato inquinado²⁵⁶, retornando as partes ao *status quo ante*, como se o ato jamais tivesse sido praticado.

²⁵⁴ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Op. cit.*, p. 474-482.

²⁵⁵ De acordo com José dos Santos Carvalho Filho, "*nem todos os vícios do ato permitem seja este convalidado. Os vícios insanáveis impedem o aproveitamento do ato, ao passo que os vícios sanáveis possibilitam a convalidação. São convalidáveis os atos que tenham vício de competência e de forma, nesta incluindo-se os aspectos formais dos procedimentos administrativos. Também é possível convalidar atos com vício no objeto, ou conteúdo, mas apenas quando se tratar de conteúdo plúrimo, ou seja, quando a vontade administrativa se preordenar a mais de uma providência administrativa no mesmo ato: aqui será viável suprimir ou alterar alguma providência e aproveitar o ato quanto às demais providências, não atingidas por qualquer vício. Vícios insanáveis tornam os atos inconvalidáveis. Assim, inviável será a convalidação de atos com vícios no motivo, no objeto (quanto único), na finalidade e na falta de congruência entre o motivo e o resultado do ato*" (CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Op. cit.*, p. 163-164).

²⁵⁶ MEIRELLES, Hely Lopes. *Op. cit.*, p. 146-150.

A consolidação dessa compreensão é antiga, sendo, contudo, atual, vigente e frequentemente aplicada a orientação de que *"a administração pode anular seus próprios atos, quando eivados de vícios que os tornam ilegais, porque deles não se originam direitos"* (v. Súmula nº 473, do STF257).

Não obstante, verificam-se vozes que impõem ponderações a esse posicionamento, relativizando, em certos casos, o entendimento de que o ato nulo não produziria quaisquer efeitos. A título ilustrativo, o emérito professor Celso Antônio Bandeira de Mello diferencia, quanto à eficácia, os atos inválidos restritivos dos ampliativos de direitos dos administrados, em nome da segurança jurídica e da boa-fé dos particulares:

Aliás, cumpre aqui discutir os efeitos da invalidação, buscando-se saber se ela sempre, ou nem sempre, tem efeitos ex tunc e o que determina se seus efeitos serão desta espécie ou se e quando serão ex nunc.

Reformulando o entendimento que sempre adotamos na matéria, pensamos hoje que o assunto só se resolve adequadamente tomando-se em conta a fundamentalíssima distinção – e que cada vez nos parece mais importante para uma teoria do ato administrativos – entre atos restritivos e atos ampliativos da esfera jurídica dos administrados (...).

Na conformidade desta perspectiva, parece-nos que efetivamente nos atos unilaterais restritivos da esfera jurídica dos administrados, se eram inválidos, todas as razões concorrem para que sua fulminação produza efeito ex tunc, exonerando por inteiro quem fora indevidamente agravado pelo Poder Público das consequências onerosas. Pelo contrário, nos atos unilaterais ampliativos da esfera jurídica do administrado, se este não concorreu para o vício do ato, estando de boa-fé, sua fulminação só deve produzir efeitos ex nunc, ou seja, depois de promulgada.

257 Súmula nº 473, do STF: "A administração pode anular seus próprios atos, quando eivados de vícios que os tornam ilegais, porque deles não se originam direitos; ou revogá-los, por motivo de conveniência ou oportunidade, respeitados os direitos adquiridos, e ressalvada, em todos os casos, a apreciação judicial." (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Súmula nº 473. Brasília, DF. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/menuSumarioSumulas.asp?sumula=1602>. Acesso em: 18 fev. 2021).

Com efeito, se os atos em questão foram obra do Poder Público, se estavam, pois, investidos da presunção de veracidade e legitimidade que acompanha os atos administrativos, é natural que o administrado de boa-fé (até por não poder se substituir à Administração na qualidade de guardião da lisura jurídica dos atos por aquela praticados) tenha agido na conformidade deles, desfrutando do que resultava de tais atos. Não há como duvidar que, por terem sido invalidamente praticados, a Administração – com ressalva de eventuais barreiras à invalidação, dantes mencionadas (n. 166) – deva fulminá-los, impedindo que continuem a desencadear efeitos; mas também é certo que não há razão prestante para desconstituir o que se produziu sob o beneplácito do próprio Poder Público e que o administrado tinha o direito de supor que o habilitava regularmente²⁵⁸.

Por fim, insta perceber o surgimento de um novo posicionamento, impulsionado pelo denominado neoconstitucionalismo, que, oriundo do segundo pós-guerra e da percepção da necessidade de readequação das ordens jurídicas²⁵⁹, passou a propugnar a incorporação de valores substantivos às Constituições ao redor do mundo e a ressignificação do papel dos princípios, enquanto normas jurídicas a que, ao lado das regras, também se deveria conferir normatividade²⁶⁰.

A partir dessa novel concepção, a legalidade precisaria ser entendida como uma norma de estatura jurídica superior que conviveria harmonicamente com outros interesses constitucionais, mas que, por vezes, poderia se envolver em conflitos

²⁵⁸ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. Op. cit., p. 491-492.

²⁵⁹ BARROSO, Luís Roberto. *Fundamentos teóricos e filosóficos do novo direito constitucional brasileiro (pós-modernidade, teoria crítica e pós-positivismo)*. in. QUARESMA, Regina (Coord.). *Direito constitucional brasileiro: perspectivas e controvérsias contemporâneas*. Rio de Janeiro: Forense, 2006, p. 325-326.

²⁶⁰ PEREIRA, Jane Reis Gonçalves, *A estrutura normativa das normas constitucionais. Notas sobre a distinção entre princípios e regras*, in. PEIXINHO, Manoel Messias, GUERRA, Isabella Franco, e NASCIMENTO FILHO, Firly (organizadores), *Os princípios da Constituição de 1988*, Rio de Janeiro, Lúmen Juris, 2006, p. 05.

pontuais em que tivesse, eventualmente, que ceder espaço a outros valores relevantes na situação concreta²⁶¹.

Um desses intérpretes seria justamente o gestor público, que, quando da tomada de decisão, não poderia ater-se apenas à letra fria da legislação, devendo conceder atenção a toda ordem jurídica, em especial, aos demais princípios constantes da Constituição. Daí a substituição ventilada pela doutrina da vinculação do administrador à legalidade pela vinculação à juridicidade²⁶².

Sob essa perspectiva, não seria facultado ao gestor o exame do defeito de um ato administrativo apenas sob a ótica da legalidade, proclamando-se a sua nulidade mediante uma simples apreciação da sua perfeita aderência às normas legais pertinentes. Diferentemente, deveria proceder a uma avaliação mais ampla, à luz de todo o Texto Constitucional, o que poderia, diante das peculiaridades verificadas, recomendar a tolerância da ilegalidade, impedindo, assim, a invalidação do ato ou o desfazimento de seus efeitos típicos²⁶³.

De fato, a controvérsia está longe de estar devidamente equacionada. Em que pese se deva admitir que a violação a normas legais torna defeituoso o ato administrativo, a decretação de sua invalidade e questões relativas à sua eficácia atormentam, ainda, a doutrina jurídica e, em especial, o administrador público, responsável, em última instância, pela gestão da coisa pública e dos interesses públicos concretamente considerados.

2. As nulidades nos contratos administrativos e o tratamento concebido para a Nova Lei de Licitações

No âmbito do direito administrativo contratual, percebe-se que a questão ganha contornos ainda mais complexos, haja vista a previsão legal de que “a declaração de nulidade do contrato administrativo opera retroativamente impedindo os efeitos jurídicos que ele, ordinariamente, deveria produzir, além de desconstituir os já produzidos”, constante do artigo 59, da Lei Federal nº 8.666/1993.

261 SARMENTO, Daniel. *A ponderação de interesses na Constituição Federal*, 1ª ed. Rio de Janeiro, Lúmen Juris, 2002, p. 54-55.

262 BINENBOJM, Gustavo. *Uma teoria do direito administrativo: direitos fundamentais, democracia e constitucionalização*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 25.

263 ROSA, Joabe Silva. *Estabilização do ato administrativo inválido e a vinculação do poder público à juridicidade*. Belo Horizonte, 2017, p. 75-106. Disponível em: <https://repositorio.fumec.br/xmlui/handle/123456789/637>. Acesso em: 18 fev. 2021.

Note-se que a disposição em comento não se imiscui na controvérsia atinente à aplicabilidade da Teoria das Nulidades à seara do Direito Administrativo, mas se adstringe a consignar que, ao ser proclamada a invalidade de um concerto, a decisão nulificadora deve auferir eficácia *ex tunc*, desconstruindo, inclusive, os efeitos que já tenham sido produzidos.

Em verdade, o comando em tela não informa quais as situações ou os defeitos na formação dos vínculos administrativos que devem conduzir o aplicador do Direito à invalidação do ajuste. Talvez seja até possível considerar que um conluio entre o gestor público e o vencedor de um certame licitatório tenda a ensejar a nulificação da pactuação. Ainda, é possível que eventual ratificação exigida de autoridade superior (*v. g.*, para a legitimação das contratações diretas²⁶⁴) que tenha sido aposta um dia após o prazo previsto na legislação seja identificada como um vício sem aptidão para gerar a extinção prematura do contrato.

Ocorre que, entre o céu e a terra, há uma infindável gama de defeitos que podem ser constatados no contrato ou na licitação que o tenha antecedido, cabendo ressaltar, nos termos do artigo 49, § 2º, da Lei Federal nº 8.666/1993, que "*a nulidade do procedimento licitatório induz à do contrato*"²⁶⁵. Afinal, a existência de inconsistências no projeto básico tem a aptidão de acarretar a invalidação da avença? Se sim, de qualquer inconsistência? E a falta de parecer jurídico aprovando as minutas do edital da licitação e do termo contratual, tal como exigido pelo artigo 38, parágrafo único, também da Lei Geral de Licitações²⁶⁶? A ausência de observância de normas de cunho financeiro-orçamentário significa o necessário rompimento do ajuste?

A seu turno, caso haja uma decisão no sentido da invalidação de certo contrato administrativo, é cogente que os seus efeitos jurídicos, inclusive pretéritos, sejam todos combatidos, resguardando-se apenas um direito indenizatório conferido

264 Artigo 26, da Lei Federal nº 8.666/1993: "As dispensas previstas nos §§ 2º e 4º do art. 17 e no inciso III e seguintes do art. 24, as situações de inexigibilidade referidas no art. 25, necessariamente justificadas, e o retardamento previsto no final do parágrafo único do art. 8º desta Lei deverão ser comunicados, dentro de 3 (três) dias, à autoridade superior, para ratificação e publicação na imprensa oficial, no prazo de 5 (cinco) dias, como condição para a eficácia dos atos" (BRASIL. Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993. *Op. cit.*).

265 Artigo 49, § 2º, da Lei Federal nº 8.666/1993: "A nulidade do procedimento licitatório induz à do contrato, ressalvado o disposto no parágrafo único do art. 59 desta Lei" (*Ibidem*).

266 Artigo 38, parágrafo único, da Lei Federal nº 8.666/1993: "As minutas de editais de licitação, bem como as dos contratos, acordos, convênios ou ajustes devem ser previamente examinadas e aprovadas por assessoria jurídica da Administração" (*Ibidem*).

ao contratado, desde que não lhe seja imputável o vício, como apregoa o artigo 59, parágrafo único, da Lei Geral de Licitações? Ainda, quando seria possível afirmar ser imputável o vício ao contratado e, não sendo esse o caso, o que estaria acobertado pela indenização? Poderia esta ter expressão equivalente à remuneração prevista no ajuste ou deveria adstringir-se apenas a certos danos devidamente comprovados?

Com efeito, parece ser bastante claro que a Lei Federal nº 8.666/1993 não fornece parâmetros suficientes para responder de maneira adequada a esses questionamentos. Por sua vez, a doutrina e a jurisprudência, embora delas se possam extrair compreensões razoáveis, mais corroboram as incertezas interpretativas existentes do que concedem critérios seguros à deliberação do gestor, haja vista a notória disparidade de manifestações doutrinárias²⁶⁷ e judiciais, inclusive no âmbito do STJ²⁶⁸.

267 Sem prejuízo da controvérsia, extensível aos contratos administrativos, quanto à aplicabilidade da Teoria das Nulidades ao campo do Direito Administrativo, é possível verificar, a título exemplificativo, que, sobre a questão concernente aos direitos indenizatórios do contratado, Jessé Torres Pereira Júnior defende uma interpretação restritiva do dever estatal de indenizar, sustentando a exclusão da parcela remuneratória que compõe o preço estabelecido no contrato (PEREIRA JÚNIOR, Jessé Torres. Comentários à Lei de Licitações e Contratações da Administração Pública. 8ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2009, p. 676-677). Em linha similar, percebem-se as lições de Alexandre Santos de Aragão (ARAGÃO, Alexandre Santos de. Prestação de serviços à Administração Pública após fim do prazo contratual. Revista de Direito Administrativo, Rio de Janeiro, v. 214, p. 167-176, out. 1998, p. 169). Por sua vez, Celso Antônio Bandeira de Mello rejeita a interpretação de que a invalidação do contrato possa prejudicar aquele que não concorreu para a constituição do vício e que, estando de boa-fé, confiou na atuação da Administração (MELLO, Celso Antônio Bandeira de. Op. cit., p. 493). Já Flávio Amaral Garcia, em alinhamento com esta última interpretação, acrescenta que indenizar apenas os custos àquele que agiu de boa-fé ensejaria violação ao princípio da isonomia (GARCIA, Flávio Amaral. Licitações e contratos administrativos: casos e polêmicas. 5ª ed. São Paulo: Malheiros, 2018, p. 453). Cabe mencionar, ainda, Marcos Juruena Villela Souto, que, amparado no princípio da livre iniciativa, defende a imprescindibilidade de que, mediante o pagamento do lucro contratualizado, a Administração remunere as prestações efetuadas pelo contratado (SOUTO, Marcos Juruena Villela. Direito administrativo contratual. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004, p. 392).

268 O STJ já asseverou que, "em relação ao contratado de má-fé, não lhe é retirada a posição normal de quem sofre com a declaração de invalidade do contrato - retorno ao estado anterior, prevista no caput do artigo 49 do Decreto-Lei 2.300/86. Esse retorno faz-se com a recolocação das partes no estado anterior ao contrato, o que por vezes se mostra impossível, jurídica ou materialmente, como ocorre nos autos (obra pública), pelo que as partes deverão ter seu patrimônio restituído em nível equivalente ao momento anterior, no caso, pelo custo básico do que foi produzido, sem qualquer margem de lucro" (BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Segunda Turma. REsp 1.153.337/SP, Rel. Ministro Herman Benjamin, julgado em 01/10/2019, DJe 11/10/2019, Brasília, DF. Disponível em: <http://www.stj.jus.br>. Acesso em: 18 fev. 2021). Já em outra oportunidade, o mesmo STJ rechaçou as pretensões indenizatórias do recorrente sob a justificativa de que estaria caracterizada a sua má-fé: "A indenização pelos serviços realizados pressupõe tenha o contratante agido de boa-fé, o que não ocorreu na hipótese. Os recorrentes não são terceiros de boa-fé, pois participaram do ato,

Não há como negar que a Lei Federal nº 13.665/2018, que acrescentou os artigos 20 a 30 à Lei de Introdução às Normas de Direito Brasileiro – LINDB, trouxe elementos importantes ao tratamento de algumas das questões expostas, mormente em razão do conteúdo do seu novo artigo 21269.

A partir do que preconiza o dispositivo, o gestor passou a ter o dever expresso de indicar as consequências jurídicas e administrativas da invalidação do contrato administrativo. Ainda, impôs-se a explicitação das condições necessárias à sua regularização, desde que sejam proporcionais e não causem prejuízo aos interesses gerais ou perdas ou ônus anormais ou excessivos aos sujeitos atingidos.

As dúvidas, porém, não deixaram de existir. Exige o *caput* do referido artigo 21 a simples apresentação, quando da motivação do ato, dos efeitos provenientes da sua invalidação ou, consoante sustenta José Vicente Santos de Mendonça, “*o julgador não poderá invalidar o ato, negócio ou norma administrativa quando, disso, decorrerem estados jurídicos ou administrativos inconstitucionais e/ou inexequíveis*”²⁷⁰? Na mesma linha, ao dispor o seu parágrafo único que o agente deve, “*quando for o caso*”, indicar as condições para a regularização do ato, não se esclarecem quais os casos ou os limites para que essa regularização possa (ou deva) ocorrer.

beneficiando-se de sua irregularidade (...). O dever da Administração Pública em indenizar o contratado só se verifica na hipótese em que este não tenha concorrido para os prejuízos provocados. O princípio da proibição do enriquecimento ilícito tem suas raízes na equidade e na moralidade, não podendo ser invocado por quem celebrou contrato com a Administração violando o princípio da moralidade, agindo com comprovada má-fé” (BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Primeira Turma. REsp 579.541/SP, Rel. Ministro José Delgado, julgado em 17/02/2004, DJ 19/04/2004, p. 165, Brasília, DF. Disponível em: <http://www.stj.jus.br>. Acesso em: 18 fev. 2021).

269 Artigo 21, da LINDB: “A decisão que, nas esferas administrativa, controladora ou judicial, decretar a invalidação de ato, contrato, ajuste, processo ou norma administrativa deverá indicar de modo expresso suas consequências jurídicas e administrativas. Parágrafo único. A decisão a que se refere o *caput* deste artigo deverá, quando for o caso, indicar as condições para que a regularização ocorra de modo proporcional e equânime e sem prejuízo aos interesses gerais, não se podendo impor aos sujeitos atingidos ônus ou perdas que, em função das peculiaridades do caso, sejam anormais ou excessivos” (BRASIL. Lei nº 4.657, de 4 de setembro de 1942. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del4657compilado.htm. Acesso em: 18 fev. 2021).

270 MENDONÇA, José Vicente Santos de. *Art. 21 da LINDB - Indicando consequências e regularizando atos e negócios*. Revista de Direito Administrativo, Rio de Janeiro, p. 43-61, nov. 2018. ISSN 2238-5177, p. 48. Disponível em: <http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/download/77649/74312>. Acesso em: 18 fev. 2021.

Conforme já nos manifestamos anteriormente²⁷¹, entendemos a proporcionalidade como uma norma constitucional implícita que condiciona indistintamente todos os agentes públicos e que lhes inflige a obrigação de considerar o contexto fático-jurídico quando da resolução dos problemas concretos, mormente quando valores igualmente tutelados pelo ordenamento se apresentem contrapostos.

Não nos parece aceitável, pois, que a legalidade seja vista como um preceito normativo que imponha de forma apriorística e indeclinável o desfazimento de todo ato administrativo que não se mostre perfeitamente aderente às disposições legais. Ao gestor deve ser reconhecido um poder-dever de ponderação dos elementos fático-jurídicos envolvidos, conferindo-lhe a possibilidade não apenas de regularizar, quando viável, o contrato administrativo, mas, quando não o for, de tolerar, à luz da situação concreta, a subsistência do concerto ilegal ou, ao menos, de seus efeitos, total ou parcialmente, conforme o caso²⁷².

Longe de ser uma novidade no campo jurídico, essa intelecção encontra perfeito amparo nas lições de Flávio Amaral Garcia, que defende a necessidade de harmonização da legalidade administrativa com os diferentes valores acolhidos pelo Texto Constitucional e, por conseguinte, a inexistência de um dever de invalidação cega de atos administrativos defeituosos:

A rigidez do princípio da legalidade deve ser harmonizar com a estabilidade das relações jurídicas, com a boa-fé de terceiros e outros valores indispensáveis à consecução de um Estado Democrático de Direito.

De qualquer modo, no desfazimento dos atos administrativos devem ser respeitados os direitos adquiridos. Trata-se de mais um reconhecimento do primado do princípio da segurança

271 ABBUD, Wassila Caleiro; FEITOSA, Rogério Augusto Boger. *O primado da realidade em tempos de COVID-19 e a dispensa de licitação na lei n.º 13.979/2020*, p. 539-550, in POZZO, Augusto Dal & CAMMAROSANO, Márcio (organizadores). *As implicações da Covid-19 no Direito Administrativo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2020. p. 542.

272 Aliás, a possibilidade de ponderação concreta da contrariedade a dispositivos constitucionais com outros interesses jurídicos relevantes é aceita sem maiores questionamentos no exercício do controle de constitucionalidade de atos normativos pelo Poder Judiciário, permitindo-se, *v. g.*, a declaração de inconstitucionalidade sem a pronúncia da nulidade e a modulação dos efeitos típicos da decisão nulificadora (Cf. MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de direito constitucional*. 4ª ed., rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 1.296-1.324).

jurídica. Daí se entender que a Administração tem a faculdade e não o dever de anular os atos ilegais²⁷³.

Imagine-se, a título exemplificativo, um contrato administrativo de prestação de atividades de natureza contínua que, relevante à execução dos serviços de saúde de certo município, tenha sido firmado sem licitação, muito embora a legislação não concedesse suporte normativo à contratação direta. Seria possível afirmar que a nulidade da avença deva invariavelmente ser pronunciada tão logo descoberta a ilegalidade, assim como determinada a imediata paralisação da atividade desempenhada pelo particular, independentemente das implicações concretas sobre a prestação do serviço público?

Malgrado seja preciso proceder a uma minuciosa apreciação do cenário fático-normativo subjacente à hipótese concreta, sustentar a imperiosa decretação da invalidade e, como aparentemente recomenda o artigo 59, da Lei Federal nº 8.666/1993, a necessária extirpação de todos os efeitos emanados e emanáveis do contrato significaria consentir com a possibilidade de ser ignorada, no exemplo dado, a relevância do direito fundamental a saúde, o que não parece se coadunar com o Texto Constitucional.

Atento ao problema, que alcança potencialmente qualquer pactuação administrativa, o Congresso Nacional entendeu por bem inserir no projeto relativo à Nova Lei de Licitações, já aprovado por ambas as suas Casas, uma nova sistemática jurídica que, dirigida principalmente ao gestor público, autoriza que sejam corrigidos defeitos porventura existentes em ajustes administrativos, com vistas à sua conservação. Ainda, estabelece que, caso não seja viável o saneamento do concerto, a deliberação acerca de sua eventual nulificação deva considerar, em conjunto com a ilegalidade verificada, os aspectos direta e indiretamente decorrentes do vínculo contratual:

Art. 146. Constatada irregularidade no procedimento licitatório ou na execução contratual, caso não seja possível o saneamento, a decisão sobre a suspensão da execução ou anulação do contrato somente será adotada na hipótese em que se revelar medida de interesse público, com avaliação, entre outros, dos seguintes aspectos:

I - impactos econômicos e financeiros decorrentes do atraso na fruição dos benefícios do objeto do contrato;

²⁷³ GARCIA, Flávio Amaral. Op. cit., p. 283.

II - riscos sociais, ambientais e à segurança da população local decorrentes do atraso na fruição dos benefícios do objeto do contrato;

III - motivação social e ambiental do contrato;

IV - custo da deterioração ou da perda das parcelas executadas;

V - despesa necessária à preservação das instalações e dos serviços já executados;

VI - despesa inerente à desmobilização e ao posterior retorno às atividades;

VII - medidas efetivamente adotadas pelo titular do órgão ou entidade para o saneamento dos indícios de irregularidades apontados;

VIII - custo total e estágio de execução física e financeira dos contratos, dos convênios, das obras ou das parcelas envolvidas;

IX - fechamento de postos de trabalho diretos e indiretos em razão da paralisação;

X - custo para realização de nova licitação ou celebração de novo contrato;

XI - custo de oportunidade do capital durante o período de paralisação.

Parágrafo único. Caso a paralisação ou anulação não se revele medida de interesse público, o poder público deverá optar pela continuidade do contrato e pela solução da irregularidade por meio de indenização por perdas e danos, sem prejuízo da apuração de responsabilidade e da aplicação de penalidades cabíveis²⁷⁴.

Desde logo, impende salientar que o Parlamento aparenta ter rechaçado a compreensão de que as invalidades no ramo do Direito Administrativo atenderiam a

²⁷⁴ BRASIL. Senado Federal. Projeto de Lei nº 4.253, de 2020, *Op. cit.*

uma lógica binária, de que o ato praticado nessa seara seria inexoravelmente nulo ou válido, sem que se pudesse falar da existência de atos anuláveis. Assim, admitiu, de um lado, a possibilidade de regularização de acertos administrativos viciados e, de outro, a necessidade de impedir que construções jurídicas apriorísticas e desvinculadas do contexto fático-jurídico concreto pudessem embasar de forma suficiente a pronúncia de uma nulidade contratual²⁷⁵.

Não obstante, verifica-se que o regramento estabelecido não conferiu ao gestor uma verdadeira faculdade jurídica, na medida em que, como é sabido, o agente público não detém liberdade para agir como bem entender. Conforme explicita o parágrafo único acima transcrito, à Administração Pública cumpre dar continuidade à pactuação se, em um juízo de discricionariedade²⁷⁶, restar verificado ser essa a medida que satisfaz mais adequadamente o interesse público.

Vale pontuar que, em nossa visão, o âmbito de eficácia das prescrições em comento não deve se circunscrever aos contratos firmados pela Administração Pública, mas se estender a qualquer ato administrativo que não esteja inteiramente legitimado sob a estrita ótica da legalidade. Não somente por imperativo constitucional derivado da proporcionalidade, mas, a partir da promulgação do projeto aprovado, por coerência sistêmica, a decretação da nulidade de atos ou ajustes em geral firmados pelo Poder Público deve perpassar por um juízo valorativo amplo à luz do caso concreto.

Já no que diz respeito aos efeitos da decisão nulificadora, andou bem o Congresso Nacional ao reconhecer que a eficácia de um ato administrativo não exige

275 Com uma visão eminentemente pragmatista, Flavianne Fernanda Bitencourt Nóbrega pondera que "os fenômenos e fatos sociais não são concebidos como algo acabado, mas como processo, coisas em andamento. O padrão, ou seja, a tipicidade não está encerrada em molduras teóricas terminadas, considerando que o exame das conseqüências na realidade constitui a base para a manutenção ou modificação deste padrão. Essa forma pragmatista de pensar o significado das coisas possibilitaria, assim, trazer para o núcleo conceitual da nulidade, as conseqüências que esta produz na realidade fática, acrescentando-se à sua formatação apriorística inicial de modo a alterá-la" (NÓBREGA, Flavianne Fernanda Bitencourt. *O fenômeno da nulidade compreendido a partir do referencial pragmatista: clarificando e superando obscuridades conceituais*. Disponível em: <http://www.publicadireito.com.br/conpedi/manaus/arquivos/anais/XIVCongresso/173.pdf>. Acesso em: 18 fev. 2021).

276 Valendo das palavras de Lucia Valle Figueiredo, "a discricionariedade consiste na competência-dever de o administrador, no caso concreto, após a interpretação, valorar, dentro de critérios gerais de razoabilidade e proporcionalidade gerais, e afastado de seus próprios 'standards' ou ideologias, dos princípios e valores do ordenamento, qual a melhor maneira de concretizar a utilidade pública postulada pela norma" (FIGUEIREDO, Lucia Valle. *Curso de direito administrativo*. 8ª ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2006, p. 223).

a sua validade, muito embora tenha sido mantido, ao mesmo como regra geral, que a nulificação de um contrato administrativo deve gerar efeitos *ex tunc*.

Art. 147. A declaração de nulidade do contrato administrativo requererá análise prévia do interesse público envolvido, na forma do art. 146 desta Lei, e operará retroativamente, impedindo os efeitos jurídicos que deveria produzir ordinariamente e desconstituindo os já produzidos.

§ 1º. Caso não seja possível o retorno à situação fática anterior, a nulidade será resolvida pela indenização por perdas e danos, sem prejuízo da apuração de responsabilidade e aplicação das penalidades cabíveis.

§ 2º. Ao declarar a nulidade do contrato, a autoridade, com vistas à continuidade da atividade administrativa, poderá decidir que ela só tenha eficácia em momento futuro, suficiente para efetuar nova contratação, por prazo de até 6 (seis) meses, prorrogável uma única vez²⁷⁷.

De fato, é importante ressaltar a autorização concebida para que gestor, mesmo reconhecendo a existência de um vício e, ainda, a invalidade do ajuste, mantenha temporariamente hígidos os seus efeitos, inclusive no período posterior à pronúncia da nulidade. Isso porque é certo que a expedita paralisação da atividade contratada pode, em alguns casos, acarretar prejuízos graves ao interesse público e, sobretudo, superiores àqueles derivados da subsistência provisória da eficácia do concerto.

Na realidade, a essência da disposição referida, assim como a sua literalidade, se aproxima em grande medida da previsão legal que permite ao Supremo Tribunal Federal que confira eficácia diferida às declarações de inconstitucionalidade, o que não causa, em verdade, qualquer estranhamento. Afinal, se a proporcionalidade consiste, como sustentado, em uma norma que condiciona todos os agentes públicos de todos os Poderes de Estado, não há razão para se criarem instrumentos normativos destinados à sua concretização apenas ao Poder Judiciário.

Talvez, o que haja para se lamentar seja apenas o lapso temporal de mais de vinte anos desde a publicação da Lei Federal nº 9.868/1999 sem a edição de uma

²⁷⁷ BRASIL. Senado Federal. Projeto de Lei nº 4.253, de 2020, *Op. cit.*

legislação similar dirigida, ao menos principalmente, àquele a quem compete de forma precípua a gestão concreta da coisa pública.

3. Considerações finais

Não há dúvidas de que o cenário jurídico atualmente em vigor impõe relevantes incertezas ao exercício das funções desempenhadas pelos gestores públicos. Não só pela sempre vigilante atuação dos órgãos de controle, mas, também, pelas comuns discussões jurídicas que invadem toda a sorte de temas, a administração dos interesses públicos vem se tornando, cada vez mais, uma atividade arriscada, mormente sob a ótica pessoal do gestor.

No caso dos contratos administrativos defeituosos, essa realidade não é diferente. Ao contrário, ela é potencializada pelo volume de recursos públicos envolvidos e, ainda, pela ausência de clareza da legislação a respeito dos contornos e limites aplicáveis à correspondente atividade nulificadora, combinada com a inconveniente pluralidade de entendimentos existentes na doutrina e na jurisprudência dos Tribunais.

Note-se que, preliminarmente, cabe ao gestor identificar a ilegalidade, malgrado, muitas vezes, até mesmo a sua caracterização esteja sujeita a controvérsias. Após, exige-se deliberação sobre a invalidação da avença e, se desconstituído o concerto e concedida à decisão a eficácia indicada pelo artigo 59, *caput*, da Lei Federal nº 8.666/1993, emergem novas dúvidas acerca dos limites legais do reconhecimento dos direitos atribuídos ao contratado, sem poder ser olvidada a necessária análise fática a ser realizada.

Pode-se contra-argumentar que a LINDB, mediante o seu artigo 22278, conferiu ao gestor a garantia de ponderação pelos órgãos de controle das dificuldades reais, inclusive jurídicas, inerentes à tomada da decisão. No entanto, além de ser obscuro o resultado prático desse sopesamento, as incertezas quanto à decisão mais acertada se mantêm intocadas, assim como a insegurança imanente ao

278 Artigo 22, da LINDB: "Na interpretação de normas sobre gestão pública, serão considerados os obstáculos e as dificuldades reais do gestor e as exigências das políticas públicas a seu cargo, sem prejuízo dos direitos dos administrados. § 1º. Em decisão sobre regularidade de conduta ou validade de ato, contrato, ajuste, processo ou norma administrativa, serão consideradas as circunstâncias práticas que houverem imposto, limitado ou condicionado a ação do agente. § 2º. Na aplicação de sanções, serão consideradas a natureza e a gravidade da infração cometida, os danos que dela provierem para a administração pública, as circunstâncias agravantes ou atenuantes e os antecedentes do agente. § 3º. As sanções aplicadas ao agente serão levadas em conta na dosimetria das demais sanções de mesma natureza e relativas ao mesmo fato" (BRASIL. Lei nº 4.657, de 4 de setembro de 1942. *Op. cit.*).

regular desempenho da função administrativa e, em última análise, à persecução dos interesses públicos.

Com efeito, cumpre ao Parlamento aperfeiçoar a legislação e estabelecer com maior precisão os poderes e os elementos que devam ser levados em consideração pelo gestor no exercício da atividade deliberativa em questão. Nessa medida, merece encômios a inovação normativa pretendida pelo Projeto de Lei nº 4.253/2020, muito embora tenham permanecido incólumes outros debates jurídicos existentes.

Referências bibliográficas

ABBUD, Wassila Caleiro; FEITOSA, Rogério Augusto Boger. *O primado da realidade em tempos de COVID-19 e a dispensa de licitação na lei n.º 13.979/2020*, p. 539-550, in POZZO, Augusto Dal & CAMMAROSANO, Márcio (organizadores). *As implicações da Covid-19 no Direito Administrativo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2020.

ARAGÃO, Alexandre Santos de. Prestação de serviços à Administração Pública após fim do prazo contratual. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, v. 214, p. 167-176, out. 1998.

BARROSO, Luís Roberto. *Fundamentos teóricos e filosóficos do novo direito constitucional brasileiro (pós-modernidade, teoria crítica e pós-positivismo)*. in. QUARESMA, Regina (Coord.). *Direito constitucional brasileiro: perspectivas e controvérsias contemporâneas*. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

_____. *O controle de constitucionalidade no direito brasileiro: exposição sistemática da doutrina e análise crítica da jurisprudência*. 4ª ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2009.

BINENBOJM, Gustavo. *Uma teoria do direito administrativo: direitos fundamentais, democracia e constitucionalização*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

BRASIL. Lei nº 4.657, de 4 de setembro de 1942. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del4657compilado.htm. Acesso em: 18 fev. 2021.

_____. Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8666cons.htm. Acesso em: 18 fev. 2021.

_____. Lei nº 9.868, de 10 de novembro de 1999. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9868.htm. Acesso em: 18 fev. 2021.

_____. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406compilada.htm. Acesso em: 18 fev. 2021.

_____. Senado Federal. Projeto de Lei nº 4.253, de 2020. Substitutivo da Câmara dos Deputados aos Projetos de Lei do Senado nºs 163, de 1995; e 559, de 2013. Disponível em: <https://legis.senado.leg.br/sdleg-getter/documento?dm=8879045&ts=1607630768278&disposition=inline>. Acesso em: 18 fev. 2021.

_____. Superior Tribunal de Justiça. Segunda Turma. REsp 1.153.337/SP, Rel. Ministro Herman Benjamin, julgado em 01/10/2019, DJe 11/10/2019, Brasília, DF. Disponível em: <http://www.stj.jus.br>. Acesso em: 18 fev. 2021.

_____. Superior Tribunal de Justiça. Primeira Turma. REsp 579.541/SP, Rel. Ministro José Delgado, julgado em 17/02/2004, DJ 19/04/2004, p. 165, Brasília, DF. Disponível em: <http://www.stj.jus.br>. Acesso em: 18 fev. 2021.

_____. Supremo Tribunal Federal. Súmula nº 473. Brasília, DF. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/menuSumarioSumulas.asp?sumula=1602>. Acesso em: 18 fev. 2021.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de direito administrativo*. 25ª ed. rev., ampl. e atual. até a Lei nº 12.587, de 3-1-2012. São Paulo: Atlas, 2012.

DIDIER JÚNIOR, Fredie. *Curso de direito processual civil*. Vol. 1, 18ª ed. Salvador: JusPodivm, 2016.

FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. *A ciência do direito*. 3ª ed., São Paulo: Atlas, 2014.

FIGUEIREDO, Lucia Valle. *Curso de direito administrativo*. 8ª ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2006.

GARCIA, Flávio Amaral. *Licitações e contratos administrativos: casos e polêmicas*. 5ª ed. São Paulo: Malheiros, 2018.

KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. Tradução de João Baptista Machado. 8ª. ed. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2019.

MARTINS, Ricardo Marcondes. *Efeitos dos vícios do ato administrativo*. São Paulo: Malheiros, 2008.

MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito administrativo brasileiro*. 38ª ed. atualizada até a Emenda Constitucional 68, de 21.12.2011. São Paulo: Malheiros Editores, 2012.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. Curso de direito administrativo. 32ª ed. rev. e atual. até a Emenda Constitucional 84, de 2.12.2004. São Paulo: Malheiros, 2015.

MELLO, Marcos Bernardes de. *Teoria do fato jurídico – plano da existência*. 13ª ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de direito constitucional*. 4ª ed., rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2009.

MENDONÇA, José Vicente Santos de. *Art. 21 da LINDB - Indicando consequências e regularizando atos e negócios*. Revista de Direito Administrativo, Rio de Janeiro, p. 43-61, nov. 2018. ISSN 2238-5177. Disponível em: <http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/download/77649/74312>. Acesso em: 18 fev. 2021.

NÓBREGA, Flavianne Fernanda Bitencourt. *O fenômeno da nulidade compreendido a partir do referencial pragmatista: clarificando e superando obscuridades conceituais*. Disponível em: <http://www.publicadireito.com.br/conpedi/manaus/arquivos/anais/XIVCongresso/173.pdf>. Acesso em: 18 fev. 2021.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de Direito Civil*. Vol. 1. Introdução ao Direito Civil: Teoria geral do Direito Civil. 23ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009.

PEREIRA, Jane Reis Gonçalves, *A estrutura normativa das normas constitucionais. Notas sobre a distinção entre princípios e regras*, in: PEIXINHO, Manoel Messias, GUERRA, Isabella Franco, e NASCIMENTO FILHO, Firly (organizadores), *Os princípios da Constituição de 1988*, Rio de Janeiro, Lúmen Juris, 2006.

PEREIRA JUNIOR, Jessé Torres. *Comentários à Lei de Licitações e Contratações da Administração Pública*. 8ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2009.

ROSA, Joabe Silva. *Estabilização do ato administrativo inválido e a vinculação do poder público à juridicidade*. Belo Horizonte, 2017. Disponível em: <https://repositorio.fumec.br/xmlui/handle/123456789/637>. Acesso em: 18 fev. 2021.

SARMENTO, Daniel. *A ponderação de interesses na Constituição Federal*, 1ª ed. Rio de Janeiro, Lúmen Juris, 2002.

SOUTO, Marcos Juruena Villela. *Direito administrativo contratual*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004.

O STATUS DO PRECEDENTE JUDICIAL NO PROCESSO DO TRABALHO EM DECORRÊNCIA DA APLICAÇÃO SUBSIDIÁRIA DO NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL

ALISSON FERNANDO DE ANHAIA RENTZ:

Pós Graduado em Direito Aplicado pela Escola da Magistratura do Estado do Paraná. Especialista em Direito e Processo do Trabalho pela UEPG/PR. Bacharel em Direito pelo Centro Universitário Curitiba/PR. Juiz Leigo do TJPR. Advogado Trabalhista.

RESUMO: O trabalho versa sobre o instituto dos precedentes judiciais no direito processual, que foi legitimado pelo Novo Código de Processo Civil ao atribuir às Cortes Superiores o papel de formular precedentes que serão de vinculação obrigatória, ressaltando a importância de serem compreendidos como fonte do direito, mesmo sendo o ordenamento jurídico brasileiro vinculado ao sistema da *civil law*. Analisa-se que esta estruturação jurídica já se verifica em matéria trabalhista, eis que o Tribunal Superior do Trabalho, pela edição de súmulas e orientações jurisprudenciais, de certa forma tem orientado o entendimento dos demais órgãos da justiça trabalhista, servindo inclusive como vetor para as relações negociais da sociedade. Conclui-se que a utilização dos precedentes obrigatórios representará maior credibilidade e confiabilidade à missão institucional da Corte, conferindo maior segurança jurídica aos jurisdicionados pela disseminação da cultura da previsibilidade do resultado do processo judicial, pelo que a aplicação de decisões pretéritas no processo do trabalho elevará a jurisprudência ao status de fonte formal do direito do trabalho, cumprindo os anseios constitucionais da isonomia na sistemática processual. A metodologia de base pautou-se em pesquisa bibliográfica e jurisprudencial, com análise documental consultando artigos, livros e documentários.

Palavras-chave: Jurisprudência – Processo do Trabalho – Precedente Obrigatório – Novo Código de Processo Civil – Subsidiariedade – Fonte do Direito

ABSTRACT: The paper deals with the institute of judicial precedents in procedural law, which was legitimized by the New Code of Civil Procedure to assign to the High Courts the role of formulating precedents that will be of mandatory binding, emphasizing the importance of being understood as a source of law, even being the Brazilian system of laws linked to the civil law system. It is analyzed that this legal structure is already the case in labor matters, behold, the Superior Labor Court, by the edition of dockets and jurisprudential guidelines, in a way, has guided the understanding of other organs of labor justice in the country, serving also as vector

for business relations of the society. It is stated that the use of mandatory precedents will represent greater credibility and reliability of the institutional mission of the Court, providing greater legal certainty for the jurisdictional by the spreading of the culture of the predictability of the outcome of the court suit, whereby the application of the understanding formulated on to earlier decisions in the labor suit will raise the case law to the source status of law, fulfilling the constitutional aspirations of equality in procedural systematic. The basic methodology was marked in bibliographic and jurisprudential research, with documental analysis consulting articles and books.

Keywords: Jurisprudence - Labor Suit - Mandatory Precedent - New Code of Civil Procedure - Subsidiarity - Law Source

SUMÁRIO: Resumo. 1 Introdução. 2 Breves considerações sobre a interação dos sistemas da *civil law* e da *common law*. 3. O precedente judicial no Novo Código de Processo Civil e a atuação das Cortes Superiores. 4.1. O precedente judicial como fonte do direito processual do trabalho após a edição da Instrução Normativa nº 36/2016 pelo TST. 5. Conclusão. 6. Referências.

1. INTRODUÇÃO

É de conhecimento notório que os inúmeros recursos direcionados aos tribunais superiores, interpostos em face das decisões dos juízes das instâncias ordinárias, fazem com que o processo prolongue por vários anos e tem contribuído para a descrença da população no Poder Judiciário (OLIVEIRA, 2002. p. 386).

Atualmente o sistema sofre em decorrência do número elevado de processos em face aos números de juízes no país, como apontados pelo CNJ, onde no ano de 2015 atingiu a marca de 100 milhões de processos em tramitação na justiça²⁷⁹.

Tal situação implica diretamente na forma como se desenvolve o processo judicial e como o julgamento é proferido, constituindo-se uma justiça apenas preocupada com a razoável duração do processo, desrespeitando, entretanto, outros valores constitucionais e processuais caros e indispensáveis ao estado democrático de direito (NERY JUNIOR, 2010. p. 323), não atendo as exigências da sociedade que prima por um julgamento seguro e coerente na aplicação do direito.

Pode-se seguramente dizer que os recursos no processo judicial se tornaram entraves à observância do tempo adequado de tramitação processual, pois o manejo

²⁷⁹ Para maiores detalhes acerca do número de processos em cada ramo do Poder Judiciário e o tempo de tramitação das ações judiciais, consultar os relatórios anuais divulgado pelo Conselho Nacional de Justiça disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/programas-e-acoas/pj-justica-em-numeros>>.

desta de impugnação tem, muitas vezes, o condão de procrastinar o andamento do feito, repercutindo no ambiente político, econômico e social como um descompasso entre a pretensão dos jurisdicionados em receber do Estado-Juiz a rápida solução dos litígios (BUSATO e DUARTE, 2010, p. 153-154).

Neste cenário, adveio o Novo Código de Processo Civil que, com a utilização dos precedentes obrigatórios nos processos judiciais, propõe, inexoravelmente, uma reformulação das atribuições e da forma de julgamento das Cortes Superiores e também da sistemática processual a ser desenvolvida pelas instâncias ordinárias (CIMARDI, 2015, p. 207).

Na conformação do ordenamento jurídico, as Cortes Superiores do país foram incumbidas de corrigir a interpretação da lei aplicada pelos juízes ordinários e em matéria trabalhista seu ápice judiciário é localizado no Tribunal Superior do Trabalho, responsável pela uniformização da interpretação do entendimento oriundo das decisões proferidas pelos vinte e quatro Tribunais Regionais do Trabalho (BELMONTE, 2014, p. 1).

Em tempos de constitucionalismo onde a tutela como finalidade do processo corresponde a tutela da dignidade da pessoa humana, a atuação judicial tem cada vez mais interpretado o texto legal, adequando o sentido da lei com a evolução das necessidades sociais, na medida em que a utilização dos precedentes judiciais pretéritos se torna indispensável para garantir a igualdade e a liberdade aos indivíduos (CIMARDI, 2015, p. 56-57).

Uma prestação judicial célere, estável e efetiva, de forma que os tribunais superiores não funcionem como uma terceira instância de julgamento, é uma necessidade da sociedade contemporânea que clama por uma solução rápida dos processos judiciais, considerando que o tempo assume importância vital nos dias de hoje (NERY JUNIOR, 2010, p. 318).

A busca de maior segurança nas decisões judiciais e a otimização das demandas, evitando-se o desnecessário exame de casos idênticos já anteriormente decididos levou vários países a adotar mecanismos com o objetivo de uniformizar a jurisprudência, haja vista que em razão do desenvolvimento desenfreado do mundo moderno, é comum que mais e mais controvérsias se instaurem perante o Poder Judiciário por ser inevitável a existência de conflitos em decorrência da interação do ser humano no meio social (STRECK, 2013, p. 32).

A comunidade jurídica há tempos tende pela necessidade de reformulação dos conceitos e da estrutura de análise do processo judicial, o que ganhou forma com a edição da Lei nº 13.015 de 16 março de 2016, que foi taxativa ao dispor e disciplinar acerca da utilização dos precedentes judiciais obrigatórios, incumbindo às



cortes superiores a tarefa de formular enunciados que deverão traçar o caminho a seguido pelos demais juízes, numa alteração significativa do método de julgamento processo civil (CIMARDI, 2015, p. 131).

Neste cenário este trabalho defende que, estando agora positivada na legislação processual, que é de aplicação subsidiária ao processo do trabalho, a utilização da técnica de obrigatoriedade dos precedentes formulados pelo Tribunal Superior do Trabalho representará maior confiabilidade ao trabalho da corte, configurando-se como um mecanismo eficiente de pacificação social, podendo ser elevado ao status²⁸⁰ fonte formal do direito processual trabalhista.

2. BREVES CONSIDERAÇÕES SOBRE A INTERAÇÃO DOS SISTEMAS DA *CIVIL LAW* E DA *COMMON LAW*

Na tradição do sistema da *civil Law* acredita-se que a lei é suficiente para regular todos os fatos da vida social e o papel do julgador é unicamente de aplicar a norma jurídica escrita ao caso que lhe é posto, sendo que no Brasil nos deparamos com um sistema legalista extraído diretamente do texto constitucional ao prever que "ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei" (art. 5º, inciso II da Constituição Federal), estando o direito é vinculado à produção legislativa (DONIZETTI, 2015, p. 3).

O sistema jurídico brasileiro sempre se aproximou a tradição do sistema da *civil law*, como ocorre com a maior parte dos países de origem romano-germânica, elegendo a lei como a fonte por excelência do ordenamento e considerando-a como capaz solucionar todos conflitos verificados na sociedade (DONIZETTI, 2015, p. 4).

Luiz Guilherme Marinoni discorre que na tradição da *civil law* as decisões judiciais são tão estáveis e seguras quanto à lei, podendo-se dizer que, até mesmo, que a lei é quem decide o caso concreto, estando o interprete preso a uma norma preexistente, haja vista que juiz investiga ou conhece para declarar o que está gravado no texto legal (MARINONI, 2014, p. 63).

Apresentando-se com outra face, na tradição do sistema do *common law*, também conhecido como sistema dos países anglo-saxões, a atuação dos juízes e tribunais são norteadas pelos costumes e no que já foi decidido anteriormente, operacionalizando-se o sistema com suporte num caso precedente que deverá servir

280 Por **status** entenda-se como posição que a jurisprudência assumirá no direito processual do trabalho, segundo significado da palavra retirado do Dicionário Michaelis. Disponível em: <<http://michaelis.uol.com.br/moderno/portugues/index.php?lingua=portugues-portugues&palavra=status>>. Acesso em 27 mai. 2016.

como paradigma no julgamento do caso que está sob análise, conferindo certeza a prática processual de julgar (NOGUEIRA, 2011, p. 162).

Assim, pode-se dizer que na *common law* os julgamentos proferidos pelos os juízes estão vinculados às decisões do passado, ou seja, aos precedentes, com a utilização do chamado *stare decisis*, tratando-se de um direito jurisprudencial (TUCCI, 2004, p. 153).

Então, não há que se confundir como o sistema da *common Law* com a teoria dos precedentes judiciais, haja vista que, a diferença entre os dois sistemas jurídicos não se limita a existência ou não de codificação, pois o *common law* também possui grande produção legislativa, sendo a importância que cada sistema dá ao precedente judicial e à legislação o ponto crucial para identificar a diferença dos sistemas (MARINONI, 2014, p. 46-47).

A doutrina majoritária brasileira (MARINONI, 2014, p. 63) tem afirmado que o sistema jurídico de precedentes confere uma maior previsibilidade e estabilidade ao direito e uma maior segurança jurídica à sociedade, apontando que o interprete valora e decide entre um dos resultados interpretativos possíveis extraídos da lei e que a teoria da interpretação coloca nas mãos das supremas cortes a função de atribuir sentido ao direito.

No sistema do *civil law*, apesar da preponderância das leis, o precedente desempenha função de orientar a interpretação da lei, mas não necessariamente de obrigar que o julgador adote o mesmo fundamento de decisão anteriormente proferida (MARINONI, 2014, p. 63-64).

Em que pese a evolução da teoria da interpretação da lei, no Brasil a norma codificada ainda ganha relevo nas teses jurídicas processuais, o que é impossível de se conceber num Estado Democrático de Direito Moderno, pois a lei nunca estará dissociada de qualquer interpretação jurisdicional e a Corte Suprema quando profere uma decisão atribui sentido ao direito positivado, outorgando unidade ao direito com a elaboração de um precedente (MARINONI, 2014, p. 65).

Considerando que o judiciário tem a função de dar sentido à lei em conformidade com a evolução das necessidades sociais e de acordo com as características do caso concreto, a segurança e a igualdade, tanto almejada pelo sistema *civil law*, é visualizada num sistema de precedentes extraído da *common law*, através de um modelo jurídico com pilares fincados pelo constitucionalismo onde a possibilidade de decisões diferentes para casos iguais não é desconsiderada, mas onde os casos similares devem ser tratados do mesmo modo (MARINONI, 2015, p.18).

Com base nestas premissas, é impossível negar que existe uma aproximação destes dois sistemas e também que os precedentes ocupam grande destaque no direito processual brasileiro, pelo que o *civil Law* interage diretamente com o sistema do *common law*, e em consequência do impacto do constitucionalismo e da necessidade de interpretação das leis com enfoque nos direitos fundamentais, o que a tempo tem sido notado pela doutrina como uma necessidade atual (CIMARDI, 2015, p. 60-61).

Esta interação, pautada na cultura da previsibilidade e do tratamento isonômico aos litigantes, acabou sendo positivada no ordenamento com a edição da Lei nº 13.105/2015 - Novo Código de Processo Civil, modificando o formato de como se desenvolve o processo judicial.

3. O PRECEDENTE JUDICIAL NO NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL E A ATUAÇÃO DAS CORTES SUPERIORES

O Novo Código de Processo Civil buscou reforçar o papel excepcional das Cortes Superiores de promover a uniformidade na interpretação do direito constitucional ou infraconstitucional, positivando a técnica do precedente obrigatório e enaltecendo a importância de os juízes das instâncias ordinárias observarem o entendimento jurisprudencial firmado pelo Superior Tribunal de Justiça ou pelo Supremo Tribunal Federal a respeito de determinada controvérsia de direito (DONIZETTI, 2015, p. 16-17).

Porém, a incorporação do precedente ao direito brasileiro não é tão nova, sendo que desde os momentos posteriores à 2ª guerra mundial identificam-se mudanças na sistemática dos julgamentos do processo judicial, com a valorização do posicionamento dos tribunais na formação do convencimento dos juízes pela inclusão de mecanismos para reforçar a valorização do precedente judicial como parâmetro a ser seguido, num método de julgamento do processo em inquestionável cisão às raízes do sistema legalista da *civil Law* (CIMARDI, 2015, p. 70)²⁸¹.

Críticas à parte, observa-se que a utilização dos precedentes com força persuasiva no processo judicial acabou difundida passo a passo no ordenamento jurídico nas últimas décadas, aceita como resposta para conflitos sociais, pautada na

²⁸¹Para aprofundar o conhecimento acerca da evolução histórica do método de julgamento do processo judicial no Brasil, com a incorporação dos métodos de julgamento dos países da *common law* pertinente a leitura do capítulo "**1.2. O desenvolvimento do sistema jurídico brasileiro e a concretização do direito**" in *A Jurisprudência Uniforme e os precedentes do Novo Código de Processo Civil Brasileiro*, por Cláudia Aparecida Cimardi, Editora RT, 2015.

busca por um processo célere e efetivo e com apego aos anseios do neoconstitucionalismo e neoprocessualismo (MANCUSO, 2010, 152-153).

Neste ínterim, o Novo Código de Processo Civil positivou a teoria de vinculação dos precedentes judiciais dos tribunais superiores, na tentativa de promover coerência e continuidade na atividade judicante e estabelecer tratamento igualitário dos jurisdicionados, os quais saberão de antemão que a decisão será uniforme, sem a incerteza de se deparar com uma decisão contraditória em relação a um caso semelhante, julgada por um mesmo juízo ou em juízos diversos (MARINONI, 2014, p. 67-68).

Esta é a interpretação que se extrai do artigo 927 do novo diploma legal processual, abaixo transcrito:

Art. 927. Os juízes e os 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**.

Percebe-se claramente que o Novo Código privilegia a adoção de um sistema de vinculação aos precedentes, consagrando-o como fonte do direito (DONIZETTI, 2015, p. 6), ao tratar que não se considera fundamentada qualquer decisão que "deixar de seguir enunciado de súmula, jurisprudência ou precedente invocado pela parte, sem demonstrar a existência de distinção no caso em julgamento ou a superação do entendimento" (art. 489, §1º, inciso VI).

O CPC/2015 exige uma postura ativa dos juízes de primeiro grau e também dos tribunais de segunda instância, que deverão uniformizar sua jurisprudência e mantê-la estável, íntegra e coerente, visando proporcionar uma decisão de cunho igualitário para todos os envolvidos em processos judiciais, com respeito ao que foi decidido pelos tribunais superiores em outras situações fático/jurídica idênticas (DONIZETTI, 2015, p. 19-20).

Foram adotadas na legislação técnicas próprias dos sistemas da *common law*, refletindo a intenção de conferir força obrigatória aos precedentes judiciais ao destinar que o julgador, prioritariamente, deverá aplicá-los atendendo ao disposto no artigo 489, de forma que precedente (*stare decisis*) apenas não será seguido

quando o órgão jurisdicional distinguir o caso sob julgamento, demonstrando fundamentadamente se tratar de situação particularizada por hipótese fática distinta ou questão jurídica não examinada, a impor solução jurídica diversa (*distinguishing*) (MARINONI, 2015, p. 21-26).

A voz uníssona da Corte Superior se traduzirá, a partir de então, no significado de que um precedente tem carga valorativa diferente de uma simples decisão que regula um caso concreto, cabendo dizer que o precedente obrigatório passa a ter valor para a sociedade e condiciona a resolução de casos futuros (MARINONI, 2015, p. 30)

Nas balizas do artigo 932 são de vinculação obrigatória: os acórdãos de resolução de demandas repetitivas e em julgamento de recursos extraordinário e especial repetitivos; os enunciados das súmulas do Supremo Tribunal Federal em matéria constitucional e do Superior Tribunal de Justiça em matéria infraconstitucional; os precedentes do plenário do Supremo Tribunal Federal, em controle difuso de constitucionalidade; os precedentes da Corte Especial do Superior Tribunal de Justiça em matéria infraconstitucional, veja-se:

Art. 932. Incumbe ao relator: IV - **negar provimento a recurso** que for contrário a: a) súmula do Supremo Tribunal Federal, do Superior Tribunal de Justiça ou do próprio tribunal; b) acórdão proferido pelo Supremo Tribunal Federal ou pelo Superior Tribunal de Justiça em julgamento de recursos repetitivos; c) entendimento firmado em incidente de resolução de demandas repetitivas ou de assunção de competência; V - depois de facultada a apresentação de contrarrazões, dar provimento ao recurso se a decisão recorrida for contrária a: a) súmula do Supremo Tribunal Federal, do Superior Tribunal de Justiça ou do próprio tribunal; b) acórdão proferido pelo Supremo Tribunal Federal ou pelo Superior Tribunal de Justiça em julgamento de recursos repetitivos; c) entendimento firmado em incidente de resolução de demandas repetitivas ou de assunção de competência; VI - decidir o incidente de desconconsideração da personalidade jurídica, quando este for instaurado originariamente perante o tribunal; VII - determinar a intimação do Ministério Público, quando for o caso; VIII - exercer outras atribuições estabelecidas no regimento interno do tribunal

Até a edição da nova legislação processual, as decisões das cortes superiores somente poderiam ser consideradas no mundo jurídico como precedentes revestidos

de valor moral, com alcance meramente persuasivo e sem o condão de impor um dever de observância pelos juízes das instâncias ordinárias (TUCCI, 2004, p. 12-13), eis que ausente uma norma positivada que expressamente determinasse a observância às decisões uniformes de tais tribunais, com exceção da súmula vinculante.

Agora, o CPC/2015 traçou um verdadeiro roteiro do método que os operadores do direito deverão se ater para aplicar precedentes destas cortes e através de um procedimento bastante imperativa, numa visível reformulação da função do STF e do STJ, as quais estão figurando até os dias de hoje como cortes de correção das decisões dos juízes das instâncias ordinárias, longe de serem cortes de precedentes (MARINONI, 2014, p. 69).

Como leciona Luiz Guilherme Marinoni, (MARINONI, 2014, p.166 e ss), as bases para um novo conceito e modelo de processo estão sedimentadas no fundamento que, na sociedade contemporânea, há uma necessidade de adequação da tutela do direito material com a sistemática processual, não se admitindo um processo genérico e abstrato, posto que o processo judicial é visto atualmente como instrumento de proteção e realização dos direitos fundamentais do indivíduo, sendo necessário um comportamento coeso do Poder Judiciário frente as demandas postas pela sociedade.

Portanto, as inovações legislativas trazidas com a promulgação do CPC/2015, positivaram a necessidade de utilização da técnica dos precedentes como obrigatória no processo judicial, e tudo em busca da efetividade, segurança jurídica, razoável duração, proteção da confiança e isonomia, com utilização de regras e normas que objetivam uniformizar a jurisprudência dos tribunais brasileiros, com emprego de um método de julgamento que amplamente aplicado nos países de *common law*, imprescindível para manutenção de um Estado Democrático de Direito (WAMBIER, 2015, p. 1313).

4. O STATUS DO PRECEDENTE JUDICIAL NO PROCESSO DO TRABALHO EM DECORRÊNCIA DA APLICAÇÃO SUBSIDIÁRIA DO NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL

Ao Tribunal Superior do Trabalho foi designada a tarefa de rever ou invalidar, em grau de recurso de revista, as decisões dos Tribunais Regionais do Trabalho nos termos do artigo 111, inciso I, da Constituição da República, cuja atuação consiste em uniformizar a jurisprudência trabalhista brasileira, que é raduzida pelas súmulas, orientações jurisprudenciais e pelos precedentes normativos, destinados a disseminar o comportamento jurisprudencial de entendimento a ser seguido pelas instâncias ordinárias em todo território nacional (FACÓ, DIDIER, 2015, p. 150).

Com a elaboração de enunciados de súmulas e orientações jurisprudenciais por seus diversos órgãos, o TST realiza a tarefa de uniformizar a jurisprudência aplicável à jurisdição trabalhista aos mais diversificados casos submetidos à sua apreciação pelo 24 Tribunais Regionais do Trabalho, pretendo conferir tratamento jurisprudencial igualitário para os jurisdicionados que discutem uma mesma controvérsia, delimitando os contornos que a sociedade necessita observar nos negócios jurídicos envolvendo as relações de trabalho (FACÓ, DIDIER, 2015, p. 146).

A importância da jurisprudência trabalhista surge quando o Poder Legislativo não consegue prever todas as situações que podem ocorrer nas relações de trabalho e quando, na impossibilidade de identificação de uma resposta na CLT e nas legislações extravagantes, o Tribunal Superior do Trabalho é instado a se manifestar acerca de determinado tema, atuando como um órgão que realiza a adequação das normas trabalhistas ao cenário contemporâneo do país (FACÓ, DIDIER, 2015, p. 148).

Neste contexto, a atuação do TST, seja com edição de Súmulas ou Orientações Jurisprudenciais, é vista com bons olhos e sempre foi difundida pela doutrina e pelos operadores do direito, acabando por enaltecer a importância dos precedentes no processo do trabalho, que se mostra com elevado grau valorativo no julgamento das demandas judiciais, com inquestionável força jurídica no direito do trabalho, ao passo que a própria legislação já cuidou de enfatizar a jurisprudência como fonte normativa (NASCIMENTO, 2013, p. 255-256).

Carlos Henrique Bezerra Leite defende este ponto de vista, expondo que a jurisprudência pode ser considerada uma fonte indireta, não podendo negar que esta cumpre importante papel na interpretação do direito processual do trabalho, na medida em que é de extrema importância para o profissional e o estudioso da área trabalhista conhecer os verbetes jurisprudenciais do TST que são criados, alterados ou cancelados por meio de Resoluções do Tribunal Pleno daquela Corte (BEZERRA LEITE, 2015. p.62).

Também é que o expõe Roberto Leite ao lecionar que no direito do trabalho brasileiro as súmulas, apesar de não possuírem obrigatoriedade legal, são dotadas de certo poder coercitivo tácito, em razão de determinados efeitos que lhes são atribuídos pelas normas jurídicas nas hipóteses em que a decisão da instância inferior afronte ou esteja em concordância com elas (LEITE, 2003. p.397).

Em que pese a defesa de grande parte dos doutrinadores processualistas do trabalho, entendendo que a jurisprudência é tida como fonte indireta, nos dias atuais ainda não é tida uma regra jurídica, figurando apenas como um viés de interpretação e orientação das normas processuais trabalhistas (fonte formal indireta) (BEZERRA LEITE, 2015. p.62).

Contudo, contrapondo o que dizem os ilustres doutrinadores, a jurisprudência trabalhista tem se prestado como grande instrumento de pacificação social, figurando como uma complementação da legislação e também como um instrumento de diminuição das ações no âmbito da Justiça do Trabalho, visto que a sociedade no geral já sabe de antemão qual resposta se obter se a situação a ser judicializada estiver prevista num enunciado sumular do TST (FACÓ, DIDIER, 2015, p. 166), podendo-se citar como exemplo o que ocorre nos casos envolvendo a estabilidade da gestante (Súmula 244 do TST).

Tal fato foi inclusive alvo de reportagem jornalística de autoria de Mariana de Oliveira, vinculada em 23 de junho de 2012 pelo site globo.com sob o seguinte título "*Ao menos 14 direitos trabalhistas são detalhados por súmulas; entenda*", discorrendo:

"Súmulas não garantem direitos, mas são diretrizes para ações na Justiça. Por não estar previsto em lei, o que está na súmula não garante de imediato o direito aos trabalhadores. No entanto as súmulas do TST servem de base para a decisão dos juízes da área trabalhista de todo o país. Ou seja, se um patrão não conceder o direito previsto em súmula, o trabalhador - caso entre na Justiça - provavelmente obterá o que consta da súmula, segundo magistrados e advogados (OLIVEIRA, 2012).

Nota-se que, mesmo antes do advento do Novo Código de Processo Civil a jurisprudência do Tribunal Superior do Trabalho serve como sustentáculo para o curso das ações trabalhistas, atuando como um norte para julgador e até mesmo para partes, numa cultura de evidente respeito ao posicionamento da corte superior, sem maiores questionamentos (FACÓ, DIDIER, 2015, p. 170).

Face a isto, com a aplicabilidade subsidiária do Novo Código de Processo Civil, pela regra dos artigos 927 e 932, é possível afirmar que houve uma reformulação no conceito de atuação e estrutura de valorização dos posicionamentos do TST (BELMONTE, 2014, p. 40), pelo que se pode afirmar que a jurisprudência passou a ter caráter vinculante e a ter o status de fonte direta do direito processual.

Como se sabe, não há uma codificação de processo trabalhista pelo que as regras de direito processual comum são aplicáveis subsidiariamente ao processo do trabalho nos casos omissos e quando forem compatíveis, em decorrência da autorização expressa do artigo 769 da CTL.

Em face disto, em 15 de março de 2016 o Pleno do Tribunal Superior do Trabalho aprovou a modificação da Resolução nº 203, que deu origem à Instrução

Normativa 39/2016, disciplinado sobre quais normas do Código de Processo Civil de 2015 são aplicáveis ao processo do trabalho, dentre as quais se incluiu a técnica de vinculação dos precedentes, assim dispondo:

Art. 3º Sem prejuízo de outros, aplicam-se ao Processo do Trabalho, em face de omissão e compatibilidade, os preceitos do Código de Processo Civil que regulam os seguintes temas:
XXIII - arts. 926 a 928 (jurisprudência dos tribunais)

Em respeito à sua missão institucional extraída da Constituição Federal, ao editar a resolução, os Ministros do TST ressaltaram mais uma vez a importância e necessidade do respeito às suas decisões e as decisões dos demais tribunais superiores da federação, dando conta da existência dos precedentes judiciais obrigatórios no âmbito processo do trabalho.

Tal entendimento reflete inclusive o posicionamento que foi adotado no Fórum Permanente dos Processualistas Cíveis de 2015, realizado em maio/2015 em Vitória/ES, onde se editou o enunciado nº 171:

Enunciado 171. Os juízes e tribunais regionais do trabalho estão vinculados aos precedentes do TST em incidente de assunção de competência em matéria infraconstitucional relativa ao direito e ao processo do trabalho, bem como às suas súmulas (DIDIER JR., MAZEI. 2015).

Contudo, cabe apontar que, em 05 de maio de 2016, a Associação Nacional dos Magistrados da Justiça do Trabalho (ANAMATRA) ajuizou, no Supremo Tribunal Federal, uma Ação Direta de Inconstitucionalidade, distribuída sob nº ADI 5516 à Ministra Carmem Lúcia, que tem por objeto a Instrução Normativa 39/2016 (IN 39) do Tribunal Superior do Trabalho (TST), apontando que caberia a cada magistrado de primeiro e segundo graus decidir, em cada processo, qual norma do novo CPC seria ou não aplicada²⁸².

Em que pese a pendência de julgamento da referida ação direta de inconstitucionalidade, pode-se afirmar que o caráter vinculante do precedentes do TST devem ser imediatamente observados, pois inegável que a jurisprudência assume caráter fundamental e indissociável do direito do trabalho, pois o judiciário é instado a se manifestar acerca de determinando tema e necessita apresentar respostas a questões que não são possíveis de extrair do ordenamento jurídico

²⁸²Notícia de 09 de maio de 2016, extraída do sítio do STF, disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=316195>>. Acesso: 30.mai.2016

positivado, em face dificuldade história do Poder Legislativo acompanhar a evolução das relações de trabalho (MARTINS, 2014, p. 40)

No direito do trabalho a jurisprudência tem cumprido exatamente sua tarefa que é de reduzir o âmbito de equivocidade inerente ao direito, viabilizando sua maior cognoscibilidade, colaborando para que a corte superior passe de mera corte de correção de decisões para uma corte de precedentes, em conjectura com a perspectiva do Estado Constitucional, em reconhecimento da vigência do *stare decisis* entre nós (MITIDIERO, 2013, p. 27-30).

Nos ensinamentos de Bezerra Leite, as fontes formais diretas no direito processual do trabalho são as que lhe conferem o caráter de direito positivo, abrangendo a lei em sentido genérico (atos normativos e administrativos editados pelo Poder Público) e o costume, sendo que a jurisprudência seria uma fonte formal indireta (BEZERRA LEITE, 2015, p. 60).

Com a aplicação subsidiária do NCPC, a jurisprudência do TST assume, inquestionavelmente, o status de fonte direta do direito, já que extrai seu fundamento de validade da própria lei, além do que a tese jurídica soluciona a controvérsia, pacifica as relações de trabalho, supre a ineficácia do legislador e ainda deverá ser seguida com enfoque vinculante pelos juízes trabalhistas ordinários (MITIDIERO, 2013, p. 103-104).

Presenciamos, portanto, o advento de um novo momento no sistema de fontes no ordenamento jurídico brasileiro em que, de certa maneira, existe uma nova vida da jurisprudência. A velha jurisprudência desprezada pelo estado de direito clássico renasce para deixar de ser a mera expressão automática e asséptica da mens legis para quem sabe, retornar a exercer um papel central e criativo no sistema de fontes formais do direito (FONSECA, 2007, p. 33).

Assim como a lei, o precedente judicial agora deve ser compreendido como fonte do direito, traduzindo-se no texto do qual se constrói a norma jurídica extraída da decisão judicial, promovendo a valorização do direito judicial e rompendo alguns dogmas dos países filiados ao direito codificado (FACÓ, DIDIER, 2015, p.16).

O juiz participa do processo judicial e, portanto, ativamente da construção da -norma jurídica, moldando e remoldando o significado da lei para que se aflore a norma jurídica adequada para solucionar o litígio, replicando-a em outros com identidade fático-jurídica, pelo que os precedentes, agora obrigatórios, servem para orientar a conduta da sociedade de forma preventiva e repressiva, diminuindo o ajuizamento de medidas judiciais, com inegável status de fonte do direito (FACÓ, DIDIER, 2015, p.218)

A alteração trazida pelo novo Código de Processo Civil se compatibiliza com o rito processual das demandas trabalhistas, ao passo que lhe confere instrumentos eficazes para produção de uniformização de entendimento jurisprudencial a ser aplicado pelas instâncias ordinárias, não retirando o papel do interprete do caso, mas evitando decisões divergentes acerca de um mesmo tema, através de um sistema caracterizado pela unidade do Poder Judiciário Trabalhista em aprimoramento da prestação jurisdicional através de um processo do trabalho racional e efetivo (BELMONTE, 2014, p. 40).

Pelo que foi exposto, ao admitirmos o precedente judicial como fonte formal direta, em consequência da subsidiariedade do Novo Código de Processo Civil disciplinada pela IN 39/2016, a fixação de teses jurídicas pelo Tribunal Superior do Trabalho contribuirá para consolidação de um sistema comprometido com o tratamento igualitário aos casos assentados sob a mesma controvérsia de direito, otimizando o processo judicial em observância aos postulados constitucionais, com maior celeridade e segurança na tomada de decisões impostas aos jurisdicionados.

5. CONCLUSÃO

A busca por segurança jurídica e celeridade do processo judicial, aliada a necessidade de um comportamento uniforme e coerentes das instituições do Poder Judiciário, é a razão para aproximação do ordenamento jurídico brasileiro ao método de julgamento existente dos países da *commom law* nas últimas décadas, com a utilização dos precedentes judiciais para julgamento de novos casos.

A teoria da vinculação dos juízes ordinários aos precedentes judiciais editados pelas cortes superiores foi legitimada pelo Novo Código de Processo Civil, em rompimento as raízes ingressadas da *civil law*.

Presenciamos, portanto, que o Brasil passa a ter um sistema híbrido na forma de julgamento do processo judicial, onde a lei não perde sua importância como norma jurídica reguladora da sociedade, mas onde a jurisprudência ganha relevo em reconhecimento da vigência do *stare decisis*, em atenção inclusive aos postulados constitucionais da isonomia, devido processo legal e celeridade.

Assim, as Cortes Superiores ganham uma "nova" atribuição, ficando incumbidas da missão de formular precedentes de vinculação obrigatória às instâncias ordinárias, deixando de atuar como corte de revisão de decisões judiciais para transformarem-se em cortes de precedentes, o que é uma necessidade a um Estado Democrático de Direito.

A utilização da jurisprudência como fundamento e paradigma para às decisões judiciais sempre foi bem aceita pela sociedade e, ainda que de forma

mascarada pela edição dos verbetes sumulares, serviu como sustentáculo para uma cultura de evidente respeito ao entendimento do STF e STJ.

Com a edição do CPC/2015, a jurisprudência assume o inegável status de fonte direta do direito processual, eis que se reveste de obrigatoriedade positivada no ordenamento e conduz o caminho a ser seguido pelo julgador, representando as balizas que a sociedade deve analisar antes de realizar seus negócios jurídicos

Assim, as cortes superiores ganham uma "nova" atribuição, ficando incumbidas da missão de formular precedentes de vinculação obrigatória às instâncias ordinárias, deixando de atuar como corte de revisão de decisões judiciais para transforma-se em cortes de precedentes, o que é uma necessidade a um Estado Democrático de Direito.

Na seara trabalhista, a utilização da jurisprudência do Tribunal Superior do Trabalho como fundamento para às decisões judiciais sempre foi bem aceita pela sociedade jurídica, servindo como sustentáculo para uma cultura de evidente respeito ao posicionamento da corte, nortendo inclusive as relações negociais trabalhistas pelos jurisdicionados.

Em razão da aplicação subsidiária do CPC/2015 ao processo do trabalho pela Instrução Normativa 39/2016 do TST, a jurisprudência da corte assume o inegável status de fonte direta do direito processual, eis que se reveste de obrigatoriedade positivada no ordenamento e conduz o caminho a ser seguido pelo julgador, representando as balizas que a sociedade deve analisar antes de realizar seus negócios jurídicos, o que já de certa forma já se verificava.

Tal conformação engradece a missão constitucional do TST que é de uniformizar o direito infraconstitucional trabalhista no país, além de contribuir para a construção de processo judicial célere e coerente, comprometido com os postulados da igualdade e efetividade, numa atividade jurisdicional tão buscada por toda a comunidade jurídica.

Diante de todos os desafios que são postos os operadores do direito na atualidade, senão a mais importante, é a necessidade da quebra de paradigmas e rompimento com as raízes profundas da litigiosidade. Imperamos tão somente compreender que, emoções a parte, é tempo de TRAVESSIA!

6. REFERÊNCIAS

BELMONTE, Alexandre Agra. O novo sistema recursal trabalhista (Lei nº 13.015/2014): influência do projeto do novo CPC. In: *Revista do TST, ano 80, nº 4*. São Paulo: LexMagister. Disponível em:

<http://aplicacao.tst.jus.br/dspace/bitstream/handle/1939/79642/001_belmonte.pdf?sequence=1>. Acesso em 27.mai.2016.

BRASIL, Código de Processo Civil. Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm>. Acesso em: 20.abr.2016.

BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 20.abr.2016.

BUSATO, Liliâne Maria Batista. DUARTE, Francisco Carlos. Evolução do ambiente social e econômico: necessidade de revistar o sistema recursal brasileiro frente ao princípio constitucional que assegura razoável duração ao processo. 2010. Tese (Doutorado em Direito) - Pontifícia Universidade Católica do Paraná.

BEZERRA LEITE, Carlos Henrique. Curso de direito Processual do Trabalho. 13ª ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

CIMARDI, Cláudia Aparecida. **A jurisprudência uniforme e os precedentes no novo Código de Processo Civil Brasileiro**. (Coordenação Tereza Arruda Alvim Wambier, Eduardo Talamini). São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

DIDIER JR., Fredie. MAZEI, Rodrigo, coordenadores. **V Encontro do Fórum Permanente de Processualistas Cíveis**. Vitória, 2015. Disponível em: <<http://portalprocessual.com/wp-content/uploads/2015/06/Carta-de-Vit%C3%B3ria.pdf>>. Acesso em 07.mai.2016.

Dicionário Michaelis. Disponível em: <<http://michaelis.uol.com.br/moderno/portugues/index.php?lingua=portugues-portugues&palavra=status>>. Acesso em 27 mai. 2016.

DONIZETTI, Elpídio. **A força dos precedentes no novo Código de Processo Civil**. 2015, Revista de Periódicos da UNIFACS. Disponível em: <<http://www.revistas.unifacs.br/index.php/redu/article/viewFile/3446/2472>>. Acesso em 27.mai.2016.

FACÓ, Juliane Dias. DIDIER JR, Fredie Souza. **Recurso de Revista Repetitivos**. Salvador. 2015. Dissertação de Mestrado. Programa de Pós-graduação em Direito Público. Universidade Federal da Bahia.

FONSECA, Ricardo Marcelo. **A jurisprudência e o sistema das fontes no Brasil: uma visão histórico-jurídica**. Periódicos da Universidade Federal de Santa Catarina, 2007.

Disponível em: <<https://periodicos.ufsc.br/index.php/sequencia/article/view/2177-7055.2009v30n58p23/13605-2340.2013v62p179/249>>. Acesso em 20.abr.2016.

LEITE, Roberto Basilone. **Noções de direito sumular do trabalho e de súmula vinculante. Revista Trabalhista Direito e Processo.** Rio de Janeiro, v. 2, 2003. Disponível em: <<http://bdjur.stj.jus.br/dspace/handle/2011/36329>>. Acesso em 20.abr.2016.

MANCUSO, Rodolfo de Camargo. **Divergência jurisprudencial e súmula vinculante.** 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

MARINONI, Luiz Guilherme. **A Ética dos Precedentes. Justificativa do novo CPC.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

MARINONI, Luiz Guilherme. **Julgamento nas Cortes Supremas. Precedente e Decisão de Recurso diante do Novo CPC.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, 3. ed.

MARINONI, Luiz Guilherme. **O STJ enquanto Corte de Precedentes,** 2a. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

MARTINS, Sergio Pinto. **Direito do Trabalho.** 30ª Ed. São Paulo: Atlas, 2014.

MITIDIERO, Daniel. **Cortes Superiores e Cortes Supremas. Do Controle à Interpretação, da Jurisprudência ao Precedente.** Revista dos Tribunais, 2013.

NASCIMENTO, Amauri Mascaro. **Curso de Direito do Trabalho.** 28ª Ed. São Paulo, Saraiva, 2013.

NERY JUNIOR, Nelson. **Princípios do processo na Constituição Federal.** 10ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010.

NOGUEIRA, Gustavo Santana. **Stare decisis et non quieta movere: a vinculação aos precedentes no direito comparado e brasileiro.** Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

OLIVEIRA, Gleydson Kleber Lopes de. **Recurso Especial.** São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002

OLIVEIRA, Mariana. Reportagem Jornalística. **Ao menos 14 direitos trabalhistas são detalhados por súmulas; entenda.** Disponível em: <<http://g1.globo.com/concursos-e-emprego/noticia/2012/03/ao-menos-14-direitos-trabalhistas-sao-detalhados-por-sumulas-entenda.html>>. Acesso em 09.mai.2016.

STRECK, Lenio Luiz; ABBoud, Georges. **O que é isto – o precedente judicial e as súmulas vinculantes?** Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013.

TUCCI, José Rogério Cruz e. **Precedente judicial como fonte do Direito.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

TST. **Resolução Administrativa nº 2013 de 15 de março de 2016.** Disponível em: <<http://www.tst.jus.br/documents/10157/429ac88e-9b78-41e5-ae28-2a5f8a27f1fe>>. Acesso em 05.mai.2016.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **Notícia: Magistrados questionam norma do TST que regulamenta aplicação do novo CPC.** Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=316195>>. Acesso em: 30.mai.2016.

WAMBIER, Tereza Arruda Alvim; DIDIER JR., Fredie; TALAMINI, Eduardo; DANTAS, Bruno. **Breves Comentários ao Novo Código de Processo Civil.** 2ª Tiragem. São Paulo: Revistas dos Tribunais, 2015.

**OS EFEITOS PROCESSUAIS DA TUTELA DE URGÊNCIA ANTECIPADA NAS
AÇÕES DE MEDICAMENTOS - ANÁLISE DOS PROCESSOS JUNTO AOS
JUIZADOS ESPECIAIS DA FAZENDA PÚBLICA DA COMARCA DE PONTA
GROSSA/PR.**

ISADORA SATIKO GOMES OTANI,
especialista em Direito Processual Civil
pela Universidade Estadual de Ponta
Grossa (UEPG).

RENÊ FRANCISO HELLMAN
(orientador)

RESUMO: O presente trabalho visa o estudo dos efeitos processuais da tutela antecipada nas ações de medicamentos. Iniciou-se então, com a conceituação dos direitos fundamentais, passando ao estudo do direito à saúde enquanto fornecimento de medicamentos pelo Estado e análise da atuação do poder judiciário nas ações judiciais que deferem o fornecimento de medicamentos pelo Estado. Nesse sentido, analisou-se os posicionamentos adotados pelos Tribunais Superiores e pelo Tribunal de Justiça do Estado do Paraná. Por fim, conceituou-se as tutelas de urgência, com destaque à tutela de urgência antecipada, e concluindo o trabalho com a análise dos seus efeitos e análise dos processos existentes nos Juizados Especiais da Fazenda Pública da Comarca de Ponta Grossa/PR. Utilizou-se, para tanto, a técnica de pesquisa da documentação indireta e o método de abordagem empregado é o lógico-dedutivo. Os principais resultados encontrados foram: a relevância do direito dentro da sociedade e a importância da sua regulamentação na Carta Constitucional, bem como o fato da sua efetivação estar atrelada a todos os efeitos dela recorrentes, sejam materiais e processuais às partes envolvidas; a necessidade de maior conscientização do poder judiciário nas ações de medicamentos, a fim de não inviabilizar as políticas públicas e a própria estrutura nacional de saúde.

PALAVRAS-CHAVES: Direito à saúde. Ações de Fornecimento de Medicamentos pelo Estado. Tutelas de Urgência Antecipadas.

SUMÁRIO: 1. Introdução. 2. Direito Fundamental à Saúde. 2.1. Conceito e recortes históricos dos direitos fundamentais. 2.2.1. Direito à Saúde. 2.2.2. O direito à saúde como direito exigível. 3. A atuação do Poder Judiciário na efetivação do direito à saúde. 3.1. Limites Legítimos e Críticas. 3.2. Posicionamentos adotados pelos Tribunais Superiores. 3.2.1. Posicionamentos adotados pelo Tribunal de Justiça do Estado do Paraná. 4. As Tutelas de Urgência de acordo com o Código de Processo Civil de 2015. 4.1. As diferenças entre a tutela de urgência antecipada e a tutela de

urgência cautelar e suas características. 4.2. Os requisitos para concessão da tutela de urgência. 4.3. A irreversibilidade da tutela antecipada e seus efeitos. 4.4. Estabilização da tutela contra a Fazenda Pública. 4.5. Análises das decisões liminares nas ações de medicamentos propostas nos Juizados Especiais de Ponta Grossa/PR, referentes ao segundo semestre de 2018.

1. INTRODUÇÃO

O presente trabalho de conclusão de curso tem como temática enfrentada a análise dos efeitos das tutelas de urgência antecipadas dentro das ações de fornecimento de medicamentos pelo Estado, bem como a análise dos entendimentos firmados pelos Tribunais Superiores e pelo Tribunal de Justiça do Estado do Paraná, bem como dos Juizados Especiais da Fazenda Pública da Comarca de Ponta Grossa/PR. Deste modo, analisar-se-ão o conceito dos direitos fundamentais, com maior enfoque no direito à saúde, com base na Constituição Federal, bem como o estudo da atuação do poder judiciário na promoção do direito fundamental à saúde no que tange o acesso aos medicamentos. Nesse sentido, analisou-se o posicionamento dos Tribunais Superiores e do Tribunal de Justiça do Estado do Paraná, com destaque aos Juizados Especiais da Fazenda Pública da Comarca de Ponta Grossa/PR, com a finalidade de verificar os precedentes fixados e os efeitos processuais que as decisões acerca das tutelas de urgência antecipadas possuem dentro dos processos que pleiteiam medicamentos em face do Estado.

2. DIREITO FUNDAMENTAL À SAÚDE.

2.2. Conceito e recortes históricos dos direitos fundamentais.

O renomado constitucionalista José Afonso da Silva (2005, p. 175-6) ao tratar dos direitos fundamentais utiliza a expressão "Direitos fundamentais do homem", pois a entende como a expressão mais adequada. Afirmar que se referem aos princípios que resumem a concepção do mundo e a ideologia política de cada ordenamento jurídico, além de designar, dentro do direito positivo, as prerrogativas e instituições que ele prevê como garantias de convivência digna, livre e iguais a todos.

Explica que a qualificação "fundamentais" é essencial nas situações jurídicas vivenciadas pela pessoa humana, sem a qual essas não se realizariam; e que a qualificação do "homem" no sentido de pessoa humana, assim, "direitos fundamentais do homem" como direitos fundamentais da pessoa humana, título II da Constituição Federal de 1988 (SILVA, J., 2005, p. 177).

Tais direitos fundamentais estão positivados como normas, as quais possuem natureza constitucional na medida em que estão inseridas no texto de uma constituição ou apenas constem de simples declaração solene realizada pelo poder constituinte, ou seja, direitos nascidos e baseados no princípio da soberania popular (SILVA, J., 2005, p. 177).

Já em relação a sua eficácia e aplicabilidade, José Afonso da Silva (2005, p. 180) expõe que estes fatores dependem muito do seu enunciado, uma vez que está submetido ao direito positivo, como é o caso dos direitos sociais. Tais direitos estão enquadrados dentro dos direitos fundamentais, mas dependem de normas ulteriores para garantir sua eficácia e aplicabilidade, exemplo disso são as normas regulamentadoras do direito à saúde. Nesse sentido, afirma que apesar de a Constituição enquadrar os direitos fundamentais democráticos e individuais como direitos de aplicação imediata, as normas que consubstanciam os direitos fundamentais são de eficácia contida e aplicabilidade imediata, enquanto os direitos econômicos e sociais são de eficácia limitada, de princípios programáticos e de aplicabilidade indireta (SILVA, J., 2005, p. 183-184).

A admissão de outros direitos e garantias fundamentais não enumeradas na Carta Constitucional é possível graças à previsão de seu §2º do art. 5º, "Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte (BRASIL, 1988)" (SILVA, J., 2005, p. 183-184).

Esses direitos fundamentais, no ordenamento jurídico brasileiro, são classificados com base no critério de conteúdo, referente à natureza do bem protegido e o objeto de tutela. São classificados em cinco grupos: "direitos individuais (art. 5º), direitos à nacionalidade (art. 12), direitos políticos (art. 14 a 17), direitos sociais (arts. 6º e 193 e ss.), direitos coletivos (art. 5º), direitos solidários (arts. 3º e 225)" (SILVA, J., 2005, p. 183-4).

Tal classificação de direitos reflete a trajetória evolutiva dos direitos fundamentais do Estado Liberal ao Estado Constitucional Socioambiental, analisada por meio de gerações dos direitos fundamentais. Contudo, ressalta-se que essa evolução não ocorreu de forma linear, vez que muitas vezes os direitos de segunda geração estavam presentes com os direitos de primeira geração, mas que foram divididos para fins didáticos (SARLET, 2017, p. 501).

De acordo com Paulo Bonavides (2004, p. 563), os direitos de primeira geração são aqueles que garantem a liberdade, os primeiros a serem salvaguardados pelos instrumentos normativos constitucionais, como os direitos

civise políticos, característicos da fase inaugural do constitucionalismo ocidental. Se atualmente esses direitos estão pacificados nas codificações políticas, na realidade se moveram em um processo dinâmico e ascendente, com eventuais recuos, de acordo com os modelos das sociedades, sendo possível observar o mero reconhecimento formal desses direitos até a máxima concretização dentro dos quadros consensuais da efetivação democrática do poder.

Tais direitos têm por titular o indivíduo, sendo oponíveis ao Estado, evidenciando a faculdade e a possibilidade de resistência ou de oposição em relação ao Estado, ou seja, possuem uma característica de direitos negativos, exigindo uma conduta de abstenção do poder. Já os direitos de segunda geração, tomaram conta do século XX, são os direitos sociais, culturais e econômicos, ou seja, os direitos das coletividades, diretamente relacionados com o princípio da igualdade, germinando da reflexão antiliberal do século XX, introduzidos dentro das diversas formas de Estado Social (BONAVIDES, 2004, p. 564).

No entanto, os direitos de segunda geração passaram por um "ciclo de baixa normatividade" ante a sua eficácia duvidosa, integrando uma esfera programática, devido ao fato de não possuírem mecanismos processuais de garantia como aqueles existentes nos direitos de liberdade. Tal crise de credibilidade teve fim desde que novas Constituições, como a do Brasil, introduziram o preceito da aplicabilidade imediata dos direitos fundamentais. Esses direitos além de garantir os direitos dos indivíduos e da sociedade como um todo, visavam salvaguardar também as instituições, destacando-se as garantias institucionais. Determinadas instituições obtiveram uma proteção especial, a fim de protegê-las da intervenção do legislador ordinário, exemplo de tais garantias são aquelas que permeiam o funcionalismo público, o magistério, a autonomia funcional dos magistrados, a proibição dos tribunais de exceção, entre outras (BONAVIDES, 2004, p. 565-6).

Outrossim, é de extrema importância ressaltar o nascimento de um novo conceito de direitos fundamentais, enquadrando o Estado como um agente de grande relevância na concretização dos direitos fundamentais de segunda geração (BONAVIDES, 2004, p. 567). Posteriormente, em meio a um mundo dividido entre países desenvolvidos e subdesenvolvidos, com a precária garantia dos direitos fundamentais, verifica-se a busca por outra dimensão de direitos fundamentais, que visam o "gênero humano", decorrente da reflexão acerca do desenvolvimento, do meio ambiente, do patrimônio comum da humanidade e da paz (BONAVIDES, 2004, p. 569).

Já os direitos de quarta geração são os reflexos da "globalização política", que correspondem a fase de institucionalização do Estado social, sendo estes o direito "à democracia, o direito à informação e ao pluralismo" (BONAVIDES,

2004, p. 571). No tocante às demais gerações de direito em relação aos direitos de quarta geração, o autor salienta (BONAVIDES, 2004, p. 572),

Os direitos da quarta geração não somente culminam a objetividade dos direitos das duas gerações antecedentes como absorvem – sem todavia, removê-la – a subjetividade dos direitos individuais, a saber, os direitos da primeira geração. Tais direitos sobrevivem, e não apenas sobrevivem, senão que ficam opulentados em sua dimensão principal, objetiva e axiológica, podendo, doravante, irradiar-se com a mais subida eficácia normativa a todos os direitos da sociedade e do ordenamento jurídico.

Nesse sentido, o doutrinador conclui que os direitos de quarta

geração evidenciam o futuro da sociedade civil, vez que apenas com a legitimação destes é possível legitimar a globalização política (BONAVIDES, 2004, p. 572).

Quanto ao direito à saúde, este está incluído na segunda geração de direitos, ou seja, na atuação positiva do Estado na realização de políticas públicas para garantia e efetivação de tal direito. Assim, o presente trabalho buscará conceituar o que seria tal direito fundamental, bem como a forma como está positivado no ordenamento jurídico brasileiro.

2.2.1 Direito à saúde

O direito à saúde está previsto no art. 196 e 197 da Constituição Federal de 1988 (BRASIL, 1988):

Art. 196. A saúde é direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos e ao acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação.

Art. 197. São de relevância pública as ações e serviços de saúde, cabendo ao Poder Público dispor, nos termos da lei, sobre sua regulamentação, fiscalização e controle, devendo sua execução ser feita diretamente ou através de terceiros e, também, por pessoa física ou jurídica de direito privado.

De acordo com José Afonso da Silva (2005, p. 308-9), inicialmente o direito à saúde tinha mais relação com a "proteção da saúde" no sentido de organização administrativa no combate de endemias e epidemias e não como um direito do homem, o que veio ocorrer com a Constituição Federal de 1988. Consoante a isso, elucidou que o direito à saúde possui "duas vertentes", segundo Gomes Canotilho e Vital Moreira (1984 apud SILVA, 2005, p.309), "uma, de natureza negativa, que consiste no direito a exigir do Estado (ou de terceiros) que se abstenha de qualquer acto que prejudique a saúde; outra, de natureza positiva, que significa das doenças e o tratamento delas".

Logo, no que tange à atuação do Estado na efetivação de tal direito, os arts. 198 a 200, exigem uma atuação positiva do Estado, impondo aos entes públicos a realizações de políticas públicas, os quais são exigíveis por meio da ação de inconstitucionalidade por omissão (arts. 102, I, a, e 103, §2º), bem como a impetração do mandado de injunção ante a ausência de regulamentação (art. 5º, LXXI), apesar do STF entender que tal instrumento constitucional não tem função concreta na regulamentação desse direito (SILVA, 2005, p. 310).

Nesse sentido, a promoção do direito à saúde está diretamente relacionada com a realização de políticas sociais e econômicas, que deve ser promovidas pelo Estado (União, Estados, Distrito Federal e Municípios), consoante à previsão do art. 23, II, da Constituição Federal de 1988². Cumpre ressaltar que além da necessidade de se distribuir recursos para concretização do direito à saúde, que é escassa considerando os critérios distributivos, a evolução da medicina acaba por impor um caráter programático ao direito à saúde, pois a cada nova descoberta sempre surgirá novas necessidades (exames, procedimentos), uma nova doença a ser erradicada (MENDES; BRANCO, 2012, p. 903).

Essas políticas públicas visam reduzir os riscos de doenças e suas consequências, de forma a desenvolver um caráter preventivo, de acordo com o art. 198, II, da Constituição Federal de 1988³. Assim, o constituinte estabeleceu um sistema universal de acesso aos serviços públicos de saúde, reforçando a responsabilidade solidária dos entes da federação, garantindo a igualdade da assistência à saúde (art. 7º, IV, da Lei n. 8.080/90⁴), como foi o caso da quebra de patente de medicamentos para o tratamento da AIDS (Síndrome da Imunodeficiência Adquirida) e do Programa Nacional de Doenças Sexualmente Transmissíveis (MENDES; BRANCO, 2012, p. 903).

No entanto, Gilmar Mendes e Paulo Branco (2012, p. 904) defendem que a realidade do direito à saúde no Brasil não trata apenas de problemas de eficácia social desse direito fundamental e questões de implementação e

manutenção de políticas públicas, mas também problemas orçamentários dos entes federados. Dessa forma, o direito à saúde irá se efetivar mediante ações específicas, em dimensões individuais e mediante amplas políticas públicas que busquem a redução do risco de doenças e outros agravos (dimensões coletivas).

A efetividade do direito à saúde enfrenta, também, um impasse normativo, pois o art. 196 da Constituição não precisou de forma rigorosa todas as posições jurídicas que podem ser extraídas do direito em si. Desse modo, uma primeira solução caberia ao legislador infraconstitucional determinar concretamente os conteúdos aos quais o Estado ficaria vinculado e o seu campo de atuação. Contudo, a falta da especificidade legislativa não significa que o direito encontra-se à livre disposição do legislador, nesse sentido, observa Jorge Reis Novais (2004 apud PIVETTA, 2014, p. 50):

um direito na disponibilidade e dependente da decisão do legislador ordinário, um direito não constitucional em sentido formal ou, pelo menos, um direito não diretamente aplicável logo a partir de sua consagração constitucional, não seria, por definição, um direito fundamental.

Logo, a importância da atividade legiferante ordinária não retira o conteúdo jusfundamental e a aplicabilidade imediata do direito à saúde, pois o próprio teor do direito em si induz a essa abertura, haja vista que a existência de inúmeros fatores a serem considerados para o delineamento de seu conteúdo definitivo (PIVETTA, 2014, p. 58).

2.2.2. O direito à saúde como direito exigível.

Como já mencionado anteriormente, as possibilidades e os limites da exigibilidade do direito à saúde na condição de direito subjetivo, exigível pelo indivíduo em relação ao Estado e aos particulares como um direito de prestações materiais, é um tema atual e relevante no cenário brasileiro.

Um dos primeiros pontos desse assunto que dá margem a esse grande campo de discussões, é o próprio conteúdo aberto do direito à saúde em nosso texto legal (art. 6º e 196 da Constituição Federal) que não define o objeto protegido pela tutela jusfundamental, deixando ao intérprete a tarefa de integração prática da norma constitucional. Nesse sentido, é importante destacar que há diferenças entre o direito originário e o derivado, aquele direcionado à proteção jusfundamental voltado para norma constitucional e este mediado pela prática legislativa e por um sistema de políticas públicas já implementado, a fim de proporcionar o igual acesso às prestações já disponibilizadas (CANOTILHO et al. 2013, p. 1934).

Além disso, já resta consolidado na doutrina e jurisprudência nacional a função de direito de defesa do direito à saúde, enquanto coibidor de interferências indevidas na saúde da população (individual e coletivamente), bem como uma função de proteção por impor um dever geral de respeito à saúde, pelo Estado e particulares (CANOTILHO et al. 2013, p. 1934-5).

Contudo, o direito à saúde visto na condição de direito às prestações materiais, gera maiores controvérsias, como é o caso da aplicação do princípio da reserva do possível, que analisa a limitação de recursos, seja: a disponibilização dos recursos públicos e a capacidade de dispor de tais recursos com base nas competências constitucionais e nos princípios de proporcionalidade, subsidiariedade, eficiência e, principalmente, nos princípios da federação e autonomia municipal (adotados no Brasil) (CANOTILHO et al. 2013, p. 1935).

O princípio da reserva do possível regula a possibilidade e a extensão da atuação do Estado no que tange a concretização de determinados direitos sociais e fundamentais, como é o caso do direito à saúde, sujeitando o Estado a agir de acordo com a disponibilidade dos recursos públicos (SILVA, L., 2011, p. 26-7).

A condição orçamentária é vista, em muitos casos, como um limite às ações do Estado para promoção dos direitos sociais. No entanto, tal ideia é equivocada, pois a previsão orçamentária para promoção das despesas públicas é regra direcionada ao administrador e não ao juiz, o qual tem a possibilidade de não observar o preceito para tornar efetiva uma norma constitucional, por meio da simples ponderação de valores. A Carta Constitucional de 1988, por sua vez, impede a realização de programas ou projetos que não estejam incluídos na lei orçamentária anual (art. 167, I), à geração de despesas que excedam os créditos orçamentários (art. 167, II) e o remanejamento ou transferência de recursos de um órgão para o outro, sem que haja prévia previsão legal (art. 167, VI) (SILVA, L., 2011, p. 26-28).

Com base no exposto, verifica-se que o legislador constituinte se preocupou em planejar todas as despesas do Poder Público, o que não impede o Poder Judiciário de ordenar a atuação do Poder Público na realização de determinadas ações para salvaguardar determinado direito constitucional, uma vez que as previsões orçamentárias e os direitos fundamentais estão no mesmo plano hierárquico, cabendo ao juiz priorizar o direito fundamental à regra orçamentária, dentro de certos limites, os quais serão abordados no decorrer deste trabalho (SILVA, L., 2011, p. 28).

Em contrapartida, a garantia de um direito fundamental está diretamente ligada ao mínimo existencial, ou seja, ao se tutelar um direito fundamental as razões vinculadas à reserva do possível não podem sobrepor àquelas que garantem o mínimo existencial e por si só afastar o dever de promoção do direito e a exigibilidade do cumprimento de deveres (ALEXY, 1994 apud SARLET; FIGUEIREDO, 2008).

A reserva do possível mais do que questões orçamentárias, envolve o respeito à estrutura e regulamentação do próprio sistema, como é verificado nas ações de medicamentos, por exemplo, nas quais se deve valer do trabalho de profissionais especializados em seus pareceres nas prestações e saúde específicas, e os protocolos clínicos e diretrizes terapêuticas do SUS (SARLET; FIGUEIREDO, 2008). No entanto, com a evolução da jurisprudência, a reserva do possível quando alegada, deve vir acompanhada de suas respectivas provas, ou seja, não basta mais sua simples alegação.

Ademais, a efetivação do direito à saúde enquanto direito a prestações materiais necessita de uma definição pormenorizada de seu conteúdo, uma vez que não há previsão constitucional taxativa das prestações positivas do Estado. Tal situação acaba por refletir nas ações judiciais que buscam essas prestações, realidade que favorece àqueles que possuem meios de acesso ao judiciário, o que demonstra a importância da dimensão organizatória e procedimental dos direitos fundamentais, especialmente, do direito à saúde (CANOTILHO et al. 2013, p. 1935).

Em relação ao acesso à justiça, há aqueles que defendem a propositura das ações de caráter coletivo em face das ações individuais, sob o argumento de que essas contribuiriam para a real prestação do direito à saúde, considerando as políticas públicas existentes para esse fim. No entanto, é necessário ressaltar que, apesar do direito à saúde possuir um viés coletivo e difuso, o mesmo está diretamente ligado ao direito de cada pessoa, de forma individual, ao seu direito à vida, à sua integridade física (CANOTILHO et al. 2013, p. 1934).

Dessa forma, o direito às prestações individuais por meio da via judicial jamais poderá ser refutado, pois se trata de uma garantia constitucional do indivíduo, o que revela mais uma vez a necessidade de uma análise das dimensões organizatórias e procedimentais do direito à saúde (CANOTILHO et al. 2013, p. 1935).

Nesse sentido, a doutrina e jurisprudência nacional têm reconhecimento com frequência as posições subjetivas decorrentes do direito às



prestações materiais, sejam nas hipóteses de iminente risco de vida e nos casos de garantia do mínimo existencial:

E M E N T A: PACIENTE COM HIV/AIDS - PESSOA DESTITUÍDA DE RECURSOS FINANCEIROS - DIREITO À VIDA E À SAÚDE - FORNECIMENTO GRATUITO DE MEDICAMENTOS - DEVER CONSTITUCIONAL DO PODER PÚBLICO (CF, ARTS. 5º, CAPUT, E 196) - PRECEDENTES (STF) - RECURSO DE AGRAVO IMPROVIDO.

O DIREITO À SAÚDE REPRESENTA CONSEQUÊNCIA CONSTITUCIONAL INDISSOCIÁVEL DO DIREITO À VIDA.

- O direito público subjetivo à saúde representa prerrogativa jurídica indisponível assegurada à generalidade das pessoas pela própria Constituição da República (art. 196). Traduz bem jurídico constitucionalmente tutelado, por cuja integridade deve velar, de maneira responsável, o Poder Público, a quem incumbe formular - e implementar - políticas sociais e econômicas idôneas que visem a garantir, aos cidadãos, inclusive àqueles portadores do vírus HIV, o acesso universal e igualitário à assistência farmacêutica e médico-hospitalar.

- O direito à saúde - além de qualificar-se como direito fundamental que assiste a todas as pessoas - representa consequência⁵ constitucional indissociável do direito à vida. O Poder Público, qualquer que seja a esfera institucional de sua atuação no plano da organização federativa brasileira, não pode mostrar-se indiferente ao problema da saúde da população, sob pena de incidir, ainda que por censurável omissão, em grave comportamento inconstitucional.

A INTERPRETAÇÃO DA NORMA PROGRAMÁTICA NÃO PODE TRANSFORMÁ-LA EM PROMESSA CONSTITUCIONAL INCONSEQÜENTE.

- O caráter programático da regra inscrita no art. 196 da Carta Política - que tem por destinatários todos os entes políticos que compõem, no plano institucional, a organização federativa do Estado brasileiro - não pode converter-se em promessa constitucional inconsequente, sob pena de o Poder Público, fraudando justas expectativas nele depositadas pela

coletividade, substituir, de maneira ilegítima, o cumprimento de seu impostergável dever, por um gesto irresponsável de infidelidade governamental ao que determina a própria Lei Fundamental do Estado.

DISTRIBUIÇÃO GRATUITA DE MEDICAMENTOS A PESSOAS CARENTES.

- O reconhecimento judicial da validade jurídica de programas de distribuição gratuita de medicamentos a pessoas carentes, inclusive àquelas portadoras do vírus HIV/AIDS, dá efetividade a preceitos fundamentais da Constituição da República (arts. 5º, caput, e 196) e representa, na concreção do seu alcance, um gesto reverente e solidário de apreço à vida e à saúde das pessoas, especialmente daquelas que nada têm e nada possuem, a não ser a consciência de sua própria humanidade e de sua essencial dignidade. Precedentes do STF.

(RE 271286 AgR, Relator(a): Min. CELSO DE MELLO, Segunda Turma, julgado em 12/09/2000, ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJ 24-11-2000 PP- 00101 EMENT VOL-02013-07 PP-01409)

Contudo, essas prestações realizadas pelo Estado, com o fim de atender as demandas inerentes da promoção dos direitos sociais, principalmente quanto ao direito à saúde, encontra restrições/reservas em sua aplicabilidade, sejam elas: "reserva imanente de ponderação", "reserva do politicamente adequado ou oportuno" e "reserva do financeiramente possível" (PIVETTA, 2014, p. 68).

Tais restrições existem, devido à necessidade de concretização infraconstitucional dos comandos normativos e à consequente falta de caráter inequívoco de mandos, decorrente da natureza essencialmente principiológica dos direitos sociais.

Segundo Jorge Reis Novais (2010 apud PIVETTA, 2014, p. 71), todos os direitos fundamentais estão sujeitos a uma reserva geral imanente de ponderação, que autoriza, em certos casos, a sua restrição, com base em determinadas situações, como é o caso da atuação do Estado na restrição do uso de determinados medicamentos não autorizados pela Anvisa. Cumpre salientar que tal reserva não incidirá nos casos em que a Constituição já sedimentou em caráter definitivo, ou seja, quando o comando já estiver consagrado por meio de uma regra.

A "reserva do politicamente adequado ou oportuno" está ligada com a atuação política de análise da realidade concreta e definição dos meios necessários à proteção e promoção do direito. No caso do direito à saúde, a Administração Pública dentro do exercício de sua competência normativa, elabora vários atos para promoção e proteção desse direito, um exemplo é a Portaria n. 344/1998 da Secretaria de Vigilância Sanitária do Ministério da Saúde que regula as substâncias medicamentosas sujeitas ao controle especial (PIVETTA, 2014, p. 72-3).

Já a "reserva do financeiramente possível" ou "reserva do possível" é a que se observa na atuação positiva do Estado na promoção de prestações fáticas voltadas à concretização do direito à saúde com a utilização de recursos significativos, o que não retira o caráter jusfundamental do direito à saúde. Essa reserva é vista como uma forma de alocação de recursos para o cumprimento das finalidades do Estado (PIVETTA, 2014, p. 77-8).

Tais reservas acima expostas podem, em alguns casos, afetar negativamente o direito na medida em que possui natureza principiológica e conteúdo parcialmente indeterminado, como é o caso do direito à saúde. Assim, a fim de determinar o nível de incidência dessas reservas em relação aos direitos sociais, se estabeleceu uma estratégia teórico-jurídica do mínimo existencial (PIVETTA, 2014, p. 78).

A necessidade de atribuir força jurídica aos direitos sociais decorre

especialmente, no ordenamento brasileiro, da previsão do art. 5º, §1º, da Constituição Federal de 1988, que acaba por assegurar a aplicabilidade imediata dos direitos fundamentais. Dessa forma, nos contextos em que inexistente o reconhecimento expresso da fundamentalidade dos direitos sociais, existe a limitação de um mínimo de eficácia jurídica de tais direitos com base em outros princípios ou dispositivos, um exemplo é a dignidade da pessoa humana (PIVETTA, 2014, p. 79).

Ana Paula Barcellos (2010 apud PIVETTA, 2014, p. 81) ressalta que as disposições constitucionais que permitem delimitar o núcleo material mínimo da dignidade da pessoa humana. Esse núcleo acaba por variar de acordo com as condições fáticas e jurídicas da sociedade, mas que acabam sendo divididos em quatro grupos: educação básica, saúde básica, assistência aos desamparados e acesso à saúde; elementos que constituem o mínimo existencial, indispensável para constituição de uma vida digna.

Essa garantia do mínimo existencial vai além da mera sobrevivência física, uma vez que a vida humana não é apenas a existência, mas sim uma vida em que seja possível usufruir dos direitos fundamentais e desenvolver a personalidade. Assim, busca-se garantir a vida digna à população, correspondente às exigências do princípio da dignidade da pessoa humana, por meio do reconhecimento definitivo do caráter constitucional a garantia do mínimo existencial pelo Estado (SARLET; FIGUEIREDO, 2008).

De acordo com Ricardo Lobo Torres (p. 35),

O mínimo existencial é direito protegido negativamente contra a intervenção do Estado e, ao mesmo tempo, garantido positivamente pelas prestações estatais. Diz-se, pois, que é direito de *status negativus* e de *status positivus*, sendo certo que não raramente se convertem uma na outra ou se co-implicam mutuamente a proteção constitucional positiva e negativa.

Ou seja, o mínimo existencial é a parte mínima que cada pessoa necessita para sobreviver, o qual é dever do Estado garantir por meio de ações positivas e negativas.

Nesse sentido também defende Sarlet (2017, p. 621), o qual concorda com o entendimento de Torres, mas complementa alertando que não se pode quantificar de uma forma única e definitiva o mínimo existencial, pois este varia conforme o lugar, situação socioeconômica, período, expectativas e necessidades.

No caso do direito à saúde, a delimitação de um conteúdo mínimo é ainda mais difícil, pois há inúmeras situações em que a proteção do direito à saúde não permite flexibilidade, casos em que há chance de redução da vida do indivíduo. De tal modo, o mínimo existencial em relação à saúde, está relacionado com as prestações que podem ser disponibilizadas a todas as pessoas, denominadas de "saúde básica", para demais prestações é necessária a atuação do legislador ordinário (BARCELLOS, 2010 apud PIVETTA, 2014, p. 80-1).

Essa falta de definição do direito à saúde acaba por dificultar o estabelecimento de políticas públicas capazes de atender de forma eficaz à demanda da população. Apesar da criação da Lei 8.080/1990 que estabelece as diretrizes do Sistema Único de Saúde (SUS), falta um texto legal capaz de

estabelecer de diretrizes da saúde nacional, como é o caso da Lei de Diretrizes e Bases da Educação (Lei 9.394/1966).

3. A atuação do Poder Judiciário na efetivação do direito à saúde.

O Poder Judiciário possui um relevante papel dentro de um Estado Constitucional Democrático, seja o de interpretar a Constituição Federal e as leis, protegendo os direitos e o próprio ordenamento jurídico. Além dessas atribuições, caberá aos magistrados e parquets dar sentido a certas normas jurídicas, quando houver a aplicação de normas e princípios jurídicos com conceitos indeterminados ou muito amplos. Essa atuação do judiciário deve realizada com base na ponderação dos direitos e princípios previstos na Constituição Federal (BARROSO, p. 21).

A maior atuação do Judiciário teve início com a promulgação da Constituição Federal de 1988, que passou atribuir ao Estado um dever prestacional amplo, a ser cumprido pela execução de políticas públicas, formuladas com base nas diretrizes do SUS (FOGAÇA, 2014, p. 88). Assim, é com fundamento nesse novo cenário que surgiu o processo de judicialização, criado a partir de ações que pretendiam o fornecimento de medicamentos antirretrovirais para HIV/AIDS, tendo o Judiciário como um dos únicos meios para obtê-los, uma vez que não fornecidos pelo Estado (PEPE et al., 2010 apud FOGAÇA, 2014, p. 88).

Esse fenômeno de judicialização, de forma breve, segundo Luis Roberto Barroso (2012 apud FOGAÇA, 2014, p. 89), seria a alteração do nível de decisão a certos assuntos, os quais deixariam de ser objeto de deliberação dos entes originalmente competentes e passariam a ser objeto de discussão do Poder Judiciário.

No que diz respeito à atuação judicial no campo de fornecimento de medicamentos, se reflete justamente essa transferência decisória, a qual seria da Administração Pública, mas que por omissão e falhas acaba chegando ao Poder Judiciário.

A atuação judicial nos casos de fornecimento medicamentos dever ser realizada com fundamento nas normas jurídicas existentes, nos princípios morais e conhecimentos técnicos (pareceres de profissionais da área da saúde, por exemplo) para que seja formulado um juízo em relação às ações/omissões dos entes públicos (BARROSO, 2007, p. 21).

Contudo, como o direito à saúde está diretamente relacionado com a dignidade da pessoa humana e a vida e suas previsões legais são de conteúdo aberto, dá-se margem a diversas interpretações e formas de efetivação dos direitos,

as quais podem vir a colidir entre si. Dessa forma, é necessário verificar quais são os deveres jurídicos do Estado previstos nas normas para atuação do Poder Judiciário na regulamentação das atividades públicas, principalmente naquelas omissas ou que atentem contra a Constituição Federal (BARROSO, 2007, p. 21-2).

Nesse sentido destaca Luis Roberto Barroso (2007, p. 22):

a atividade judicial deve guardar parcimônia e, sobretudo, deve procurar respeitar o conjunto de opções legislativas e administrativas formuladas acerca da matéria pelos órgãos institucionais competentes. Em suma: onde não haja lei ou ação administrativa implementando a Constituição, deve o Judiciário agir. Havendo lei e atos administrativos, e não sendo devidamente cumpridos, devem os juízes e tribunais igualmente intervir. Porém, havendo lei e atos administrativos implementando a Constituição e sendo regularmente aplicados, eventual interferência judicial deve ter amarra da autocontenção.

A atividade judicial no fornecimento de medicamentos tem como fundamento o inciso XXXV do artigo 5º da Constituição Federal (1988), "a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito", sendo legítima a intervenção judicial para impedir a lesão ou ameaça ao direito à saúde, contudo, nota-se um desvirtuamento na utilização dos instrumentos processuais previstos na lei, principalmente nas ações de natureza prestacional, como é o caso do fornecimento de medicamentos (SILVA, L., 2011, p. 39).

Essa alteração da real utilidade dos instrumentos processuais está

ligada a falta de informações por parte dos operadores do direito, em relação às políticas públicas de saúde, principalmente, no que diz respeito às prescrições medicamentosas. Há casos em que a adulteração é originária da má-fé dos profissionais da área da saúde e indústria farmacêutica, o que revela a necessidade em observar determinados critérios para viabilizar a atuação judicial na efetivação da assistência farmacêutica pelo Estado (SILVA, L., 2011, p. 39).

Outro ponto que merece destaque é a utilização do processo judicial para geração de lucros para as indústrias farmacêuticas, médicos, advogados e laboratórios, a chamada "indústria da ação judicial". De tal modo, é necessário que o juiz, ao analisar as ações e medicamentos, averigue: a) se o fármaco solicitado corresponde ao diagnóstico dado à doença que acomete o paciente; b) se há

medicamentos correspondentes fornecidos pelo SUS, se sim, qual o motivo da não utilização; c) os tratamentos já realizados por este e os motivos da ineficácia e a consequente solicitação de novo fármaco; d) a habilitação do médico que prescreveu os medicamentos. Nesse sentido, é possível solicitar pareceres de profissionais habilitados e especialistas para decidir de acordo com a real necessidade do requerente (SILVA, L., p. 44).

Destarte o que foi dito, afere-se que é legítima a propositura de ações para obtenção de medicamentos não fornecidos pelo sistema público de saúde, bem como a atuação do Poder Judiciário na proteção e promoção do direito à saúde nas ações que buscam o fornecimento de medicamento. No entanto, há certos pontos que devem ser observados pelos operadores direito ao analisar e agir em tais ações, a fim de não causar prejuízos à Administração Pública e ao próprio SUS.

3.1. Limites Legítimos e Críticas

Apesar de a atuação judicial ser legítima no que se refere à proteção dos direitos, essa intervenção não está isenta de diversas objeções, principalmente no que se refere às ações que interferem na competência e atribuições de outros Poderes. Nesse sentido, há diversas críticas à atuação do Poder Judiciário, mas poucas são relevantes, das quais algumas serão expostas de forma breve, a fim de proporcionar visão maior sobre tal ponto.

A atuação do Poder Judiciário no setor de fornecimento de medicamentos acaba por interferir nas políticas de saúde formuladas pelo Poder Executivo, uma vez que as decisões originalmente políticas e de competência dos administradores públicos da saúde, acabam sendo tomadas no judiciário. A interferência do Poder Judiciário no campo político é denominada judicialização, como anteriormente exposto, característico das democracias contemporâneas (BORGES; UGÁ, 2008, p. 15).

Ocorre que, as decisões judiciais nas ações individuais para fornecimento de medicamento caracterizam um novo tipo de judicialização, no qual o Poder Judiciário se substitui ao Executivo na escolha em prover determinados medicamentos, com fundamento na efetivação do direito à saúde. Apesar de o Brasil adotar um sistema público de saúde e universal, nem todos os serviços, tratamentos e medicamentos são fornecidos à população, pois não há recursos suficientes para tal, o legislador, característica do texto constitucional amplo elaborado. Assim, ficou a cargo do legislador ordinário a elaboração de dispositivos legais que definam de forma mais específica as prestações de saúde. No entanto, muitas dessas

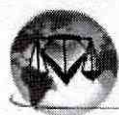
regulamentações são normas técnicas feitas pelo Poder Executivo (infraconstitucionais) como é o caso da assistência farmacêutica (BORGES; UGÁ, 2008, p. 15).

Essa intervenção judicial não está relacionada apenas com as políticas de saúde, mas também com as “decisões técnicas relativas à incorporação de tecnologia”, o que é um problema, pois o Poder Judiciário não possui esse conhecimento técnico necessário. Logo, deve ser tomado um maior cuidado por parte do judiciário ao analisar essas ações judiciais referentes aos medicamentos, pois o objeto das ações não é apenas a medicamento pretendido, mas também a padronização do produto pelo Ministério da Saúde e a adequação do fármaco à situação do paciente. Assim, considerando a atuação do judiciário nas ações de saúde, em especial as ações de medicamentos, é necessária a existência de limites às ações do Poder Judiciário (BORGES; UGÁ, 2008, p. 16).

A atividade do magistrado entre os séculos XVIII e XIX era apenas de aplicador das leis, sem margem para maiores interpretações a não ser o que já estava previsto. Com o crescimento do Poder Judiciário no século XX, a atuação dos juízes se transformou, passando a ter discricionariedade em seus atos. Dessa forma, considerando que os magistrados são mais que meros aplicadores da lei, e que ao aplicar a lei no caso concreto, acaba por exercer um poder normativo, em muitos casos (BORGES; UGÁ, 2008, p. 23).

Ocorre que, as ações judiciais que envolvem conflitos de bens com recurso do Estado possuem certos limites. Tais ações devem ser consideradas com fundamento nos princípios da justiça distributiva, ou seja, como tais ações envolvem a distribuição de bens públicos, não podem ser analisadas iguais aos conflitos bilaterais onde uma parte ganha e outra perde. Segundo a análise feita por José Reinaldo de Lima Lopes, haveria seis limites para essa atuação judicial, descritos a seguir (BORGES; UGÁ, 2008, p. 25).

O primeiro limite seria em relação aos efeitos que essas decisões judiciais produzem aos bens públicos, especialmente nas ações de saúde. Ao deferir um pedido de uma ação ajuizada contra o Estado exigindo a realização do tratamento para transplante de fígado, fará com que esse indivíduo passe à frente de uma fila de outras pessoas que também se encontram nessa mesma situação. Ou seja, decisões desse caráter não afetam apenas os indivíduos envolvidos, mas toda uma coletividade que possui as mesmas necessidades. Tal situação aplica-se da mesma forma às ações de medicamentos de custo elevado, os quais não são fornecidos pelo Estado, pois acabará por privar certa coletividade de outros tratamentos de saúde (BORGES; UGÁ, 2008, p. 25).



Portanto, ao decidir sobre esses casos, o Poder Judiciário não pode entender como uma solução de conflitos entre duas partes apenas, mas sim entender a dimensão dos reflexos que isso pode causar a uma coletividade, uma vez que envolve bens comuns da sociedade (BORGES; UGÁ, 2008, p. 26). Nesse sentido, expõe José Reinaldo de Lima Lopes (2006 apud BORGES; UGÁ, 2008, p. 26), "Muitos são os problemas que não se resolvem individualmente. Por exemplo, a questão da moradia ou da saúde pública. Então o valor de determinadas decisões não pode ultrapassar determinadas pessoas, ou determinadas regiões".

O Segundo ponto seria a repercussão das decisões na alocação dos recursos públicos, que é de competência do Poder Executivo e não do Judiciário. Assim, há uma linha tênue entre o dever do Poder Judiciário em zelar pelos direitos do cidadão e a alteração das políticas públicas que fica no campo de atuação do Poder Executivo. Em consonância como exposto, defende José Reinaldo de Lima Lopes (2006 apud BORGES; UGÁ, 2008, p. 26):

os tribunais não têm poderes institucionais para alocar livremente recursos orçamentários e, em caso de necessidade não têm poder de criar novas formas de financiamento público, constringendo sua atuação em programas de reformas propriamente ditos.

O terceiro ponto seria a forma de resolução dos conflitos, como já exposto acima, a respeito da justiça distributiva. Já o quarto limite seria a inércia institucional do Poder Judiciário, devendo ser provocada a sua atuação. Nas ações cujo objeto é o bem comum, a iniciativa de uns pode representar a perda para outros, como é o das ações que pleiteiam medicamentos de alto custo ou um transplante. Tais casos representam a aproximação da população do Poder Judiciário, seja para ter acesso à insumos e serviços anteriormente negados pelo Estado, e consequentemente provocar a alteração das políticas públicas em seu benefício (BORGES; UGÁ, 2008, p. 27-8).

Assim, conforme aponta Borges e Ugá (2008, p. 28), as ações individuais que deveriam ser tratadas de forma coletiva, acabam por "realizar justiça para o caso concreto (microjustiça), desprezando os aspectos coletivos de distribuição de recursos para a coletividade (macrojustiça)".

O penúltimo limite para atuação do Poder Judiciário seria o embasamento das decisões judiciais proferidas, pois o julgamento realizado é feito com parâmetros em leis e jurisprudências já consolidadas. Ocorre que, como essas demandas prestacionais envolvem questões distributivas de bens comuns, é necessário que, ao decidir, voltem-se os olhos para o futuro, ou seja, análise as

políticas públicas que preveem a distribuição e remessa de recursos públicos. Com base nisso, defende José Reinaldo de Lima Lopes (2006 apud BORGES; UGÁ, 2008, p. 28):

o julgador precisa nessas circunstâncias mais do que um instinto para o precedente. Ele não apenas ordena, precisa também fiscalizar e administrar. E, depois de ordenar, por ver-se diante do problema da falta de dinheiro para cumprir sua ordem.

O último limite para as ações poder Judiciário seria a insuficiência técnica de sua assessoria, principalmente, no que tange às questões de saúde, as quais envolve a consulta de órgãos especializados, dados estatísticos, econômico-financeiros, políticos e de gestão. Assim, ressalta Mauro Cappelletti (1999 apud BORGES; UGÁ, 2008, p. 29):

Efetivamente, para a criação do direito fazem-se necessários instrumentos que não estão à disposição dos tribunais e “em muito ultrapassam o simples conhecimento do direito existente e como este se realiza”. Os juízes, segundo esse entendimento, não têm possibilidade de desenvolver pessoalmente o tipo de investigações requeridas para uma obra criativa, que não podem se limitar às leis e aos precedentes, e envolvem problemas complexos e dados sociais, econômicos e políticos; não dispõem sequer dos recursos, inclusive financeiros, mediante os quais parlamentos, comissões legislativas e ministérios estão em condições de encarregar terceiros para efetuar pesquisas que, frequentemente, nem os legisladores e administradores saberiam desenvolver por si mesmos.

Portanto, é necessário o maior desenvolvimento tanto do Poder Judiciário, quanto de seus recursos para que suas decisões de fato supram a necessidade da população de maneira efetiva, fazendo com que o benefício de alguém não gere a perda do outro.

3.2. Posicionamentos adotados pelos Tribunais Superiores.

O Superior Tribunal de Justiça, em 05 de abril de 2018, ao julgar o Recurso Especial de n. 1.657.156-RJ, entendeu que o poder público detém a obrigação em fornecer todos os medicamentos, até aqueles não incorporados em atos normativos do Sistema Único de Saúde (SUS), desde que cumpridos três requisitos:

A concessão dos medicamentos não incorporados em atos normativos do SUS exige a presença cumulativa dos seguintes requisitos: 1) Comprovação, por meio de laudo médico fundamentado e circunstanciado expedido por médico que assiste o paciente, da imprescindibilidade ou necessidade do medicamento, assim como da ineficácia, para o tratamento da moléstia, dos fármacos fornecidos pelo SUS; 2) Incapacidade financeira do paciente de arcar com o custo do medicamento prescrito; e 3) Existência de registro do medicamento na Agência Nacional de Vigilância Sanitária (Anvisa). (STJ. 1ª Seção. REsp 1657156-RJ, Rel. Min. Benedito Gonçalves, julgado em 25/04/2018 (recurso repetitivo)).

Posteriormente, em 12 de setembro de 2018, o Superior Tribunal de Justiça entendeu por retificar o terceiro requisito da tese anteriormente fixada e modular os efeitos dessa decisão, asseverando:

A concessão dos medicamentos não incorporados em atos normativos do SUS exige a presença cumulativa dos seguintes requisitos: a) Comprovação, por meio de laudo médico fundamentado e circunstanciado expedido por médico que assiste o paciente, da imprescindibilidade ou necessidade do medicamento, assim como da ineficácia, para o tratamento da moléstia, dos fármacos fornecidos pelo SUS; b) incapacidade financeira de arcar com o custo do medicamento prescrito; c) existência de registro do medicamento na ANVISA, observados os usos autorizados pela agência. (STJ. 1ª Seção. EDcl no REsp 1657156-RJ, Rel. Min. Benedito Gonçalves, julgado em 12/09/2018 (recurso repetitivo))

Essa alteração fez com que o registro do medicamento junto à ANVISA afastasse a possibilidade do fornecimento de medicamentos fora da indicação prevista na bula (*off label*), salvo se autorizado pela ANVISA.

Outrossim, o Superior Tribunal de Justiça, em sede de embargos de declaração no Recurso Especial n. 1657156-RJ, alterou a data do início da produção dos efeitos de tal decisão, a qual passou a surtir efeitos a partir de 04 de maio de 2018. Assim, quanto aos processos anteriormente autuados, exigia-se apenas a demonstração da imprescindibilidade do medicamento.

Por sua vez, o Supremo Tribunal Federal, por maioria dos votos, fixou a seguinte tese para aplicação da repercussão geral:

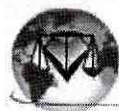
1. O Estado não pode ser obrigado a fornecer medicamentos experimentais.
2. A ausência de registro na ANVISA impede, como regra geral, o fornecimento de medicamento por decisão judicial.
3. É possível, excepcionalmente, a concessão judicial de medicamento sem registro sanitário, em caso de mora irrazoável da ANVISA em apreciar o pedido (prazo superior ao previsto na Lei nº 13.411/2016), quando preenchidos três requisitos: (i) a existência de pedido de registro do medicamento no Brasil (salvo no caso de medicamentos órfãos para doenças raras e ultrarraras); (ii) a existência de registro do medicamento em renomadas agências de regulação no exterior; e (iii) a inexistência de substituto terapêutico com registro no Brasil.
4. As ações que demandem fornecimento de medicamentos sem registro na ANVISA deverão necessariamente ser propostas em face da União (RE 657718, 22.05.2019).

A partir desse julgado, o Supremo Tribunal Federal retirou do Estado e do Município a obrigação de fornecer medicamentos sem regulamentação pela ANVISA, os quais devem ser tutelados apenas em face da União.

No que tange aos medicamentos de alto custo, o julgamento dessa repercussão geral encontra-se suspenso esperando julgamento, o qual foi designado para o dia 23/10/2019, conforme calendário de julgamento publicado no site do tribunal, nesse sentido a repercussão geral foi reconhecida pelo Ministro Marco Aurélio,

**REPERCUSSÃO GERAL - COMPETÊNCIA DO PLENÁRIO -
ADMISSIBILIDADE - ASSISTÊNCIA À SAÚDE -
FORNECIMENTO DE MEDICAMENTO DE ALTO CUSTO -
EXTRAORDINÁRIO DO ESTADO.**

1. O Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Norte desproveu apelação assentando a obrigatoriedade de o Estado fornecer medicamento de alto custo. Este tema tem-se repetido em inúmeros processos. Diz respeito à assistência do Estado no tocante à saúde, inegavelmente de conteúdo coletivo. Em outras palavras, faz-se em jogo, ante limites



orçamentários, ante a necessidade de muitos considerada relação de medicamentos, a própria eficácia da atuação estatal. Em síntese, questiona-se, no extraordinário, se situação individual pode, sob o ângulo do custo, colocar em risco o grande todo, a assistência global a tantos quantos dependem de determinado medicamento, de uso costumeiro, para prover a saúde ou minimizar sofrimento decorrente de certa doença. Aponta-se a transgressão dos artigos 2º, 5º, 6º, 196 e 198, § 1º e § 2º, da Carta Federal. Impõe-se o pronunciamento do Supremo, revelando-se o alcance do texto constitucional.

2. Admito a repercussão geral articulada em capítulo próprio no extraordinário. Submeto aos integrantes do Tribunal a matéria para deliberação a respeito (grifo nosso).

Quanto à responsabilidade dos entes federativos em fornecer medicamentos à população, o Supremo Tribunal Federal firmou o entendimento da responsabilidade solidária entre estes, em sede de repercussão geral, reafirmando jurisprudência,

EMENTA: RECURSO EXTRAORDINÁRIO. CONSTITUCIONAL E ADMINISTRATIVO. DIREITO À SAÚDE. TRATAMENTO MÉDICO. RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA DOS ENTES FEDERADOS. REPERCUSSÃO GERAL RECONHECIDA. REAFIRMAÇÃO DE JURISPRUDÊNCIA.

O tratamento médico adequado aos necessitados se insere no rol dos deveres do Estado, porquanto responsabilidade solidária dos entes federados. O polo passivo pode ser composto por qualquer um deles, isoladamente, ou conjuntamente. (RE 855.178 RG/SE, Relator(a): Min. LUIZ FUX, julgado em 05/03/2015, data de publicação: 16/03/2015).

Posteriormente, houve a fixação da tese de repercussão geral, Tema 793, por maioria dos votos,

Os entes da federação, em decorrência da competência comum, são solidariamente responsáveis nas demandas prestacionais na área da saúde, e diante dos critérios constitucionais de descentralização e hierarquização, compete à autoridade judicial direcionar o cumprimento conforme as regras de repartição de competências e

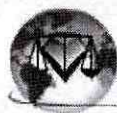
determinar o ressarcimento a quem suportou o ônus financeiro.

Atualmente, o presente processo encontra-se concluso com o Relator aguardando julgamento.

Outro tema que merece destaque é a possibilidade de imposição de astreintes ao ente público, a fim de obriga-lo a fornecer os medicamentos determinados em decisões judiciais. Sobre esse assunto já decidiu em sede de Recurso Repetitivo, o Superior Tribunal de Justiça,

PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ESPECIAL REPRESENTATIVO DE CONTROVÉRSIA. ART. 543-C DO CPC/1973. AÇÃO ORDINÁRIA DE OBRIGAÇÃO DE FAZER. FORNECIMENTO DE MEDICAMENTO PARA O TRATAMENTO DE MOLÉSTIA. **IMPOSIÇÃO DE MULTA DIÁRIA (ASTREINTES) COMO MEIO DE COMPELIR O DEVEDOR A ADIMPLIR A OBRIGAÇÃO. FAZENDA PÚBLICA. POSSIBILIDADE.** INTERPRETAÇÃO DO CONTEÚDO NORMATIVO INSERTO NO § 5º DO ART. 461 DO

CPC/1973. DIREITO À SAÚDE E À VIDA. 1. Para os fins de aplicação do art. 543-C do CPC/1973, **é mister delimitar o âmbito da tese a ser sufragada neste recurso especial representativo de controvérsia: possibilidade de imposição de multa diária (astreintes) a ente público, para compeli-lo a fornecer medicamento à pessoa desprovida de recursos financeiros.** 2. A função das astreintes é justamente no sentido de superar a recalcitrância do devedor em cumprir a obrigação de fazer ou de não fazer que lhe foi imposta, incidindo esse ônus a partir da ciência do obrigado e da sua negativa de adimplir a obrigação voluntariamente. 3. A particularidade de impor obrigação de fazer ou de não fazer à Fazenda Pública não ostenta a propriedade de mitigar, em caso de descumprimento, a sanção de pagar multa diária, conforme prescreve o § 5º do art. 461 do CPC/1973. E, em se tratando do direito à saúde, com maior razão deve ser aplicado, em desfavor do ente público devedor, o preceito cominatório, sob pena de ser subvertida garantia fundamental. **Em outras palavras, é o direito-meio que assegura o bem maior: a vida.** Precedentes: AgRg no AREsp 283.130/MS, Relator Ministro



Napoleão Nunes Maia Filho, Primeira Turma, DJe 8/4/2014; REsp 1.062.564/RS, Relator Ministro Castro Meira, Segunda Turma, DJ de 23/10/2008; REsp 1.062.564/RS, Relator Ministro Castro Meira, Segunda Turma, DJ de 23/10/2008; REsp 1.063.902/SC, Relator Ministro Francisco Falcão, Primeira Turma, DJ de 1/9/2008; e AgRgno REsp 963.416/RS, Relatora Ministra Denise Arruda, Primeira Turma, DJ de 11/6/2008. 4. À luz do § 5º do art. 461 do CPC/1973, a recalcitrância do devedor permite ao juiz que, diante do caso concreto, adote qualquer medida que se revele necessária à satisfação do bem da vida almejado pelo jurisdicionado. Trata-se do "poder geral de efetivação", concedido ao juiz para dotar de efetividade as suas decisões. 5. **A eventual exorbitância na fixação do valor das astreintes aciona mecanismo de proteção ao devedor: como a cominação de multa para o cumprimento de obrigação de fazer ou de não fazer tão somente constitui método de coerção, obviamente não faz coisa julgada material, e pode, a requerimento da parte ou ex officio pelo magistrado, ser reduzida ou até mesmo suprimida, nesta última hipótese, caso a sua imposição não se mostrar mais necessária.** Precedentes: AgRg no AgRg no AREsp 596.562/RJ, Relator Ministro Moura Ribeiro, Terceira Turma, DJe 24/8/2015; e AgRg no REsp 1.491.088/SP, Relator Ministro Ricardo Villas Bôas Cueva, Terceira Turma, DJe 12/5/2015. 6. No caso em foco, autora, ora recorrente, requer a condenação do Estado do Rio Grande do Sul na obrigação de fornecer (fazer) o medicamento Lumigan, 0,03%, de uso contínuo, para o tratamento de glaucoma primário de ângulo aberto (C.I.D. H 40.1). Logo, é mister acolher a pretensão recursal, a fim de restabelecer a multa imposta pelo Juízo de primeiro grau (fls. 51-53). 7. Recurso especial conhecido e provido, para declarar a possibilidade de imposição de multa diária à Fazenda Pública. Acórdão submetido à sistemática do § 7º do artigo 543-C do Código de Processo Civil de 1973 e dos arts. 5º, II, e 6º, da Resolução STJ n. 08/2008 (REsp 1474665/RS, Relator(a): Min. BENEDITO

GONÇALVES, Primeira Seção, julgado em 26/04/2017, DJe 22/06/2017) (grifo nosso).

3.2.1. Posicionamentos adotados pelo Tribunal de Justiça do Estado do Paraná.

O Tribunal de Justiça do Estado do Paraná já firmou entendimento quanto aos medicamentos, conforme é possível verificar nos enunciados de n. 16, 28, 29 e 30,

ENUNCIADO 16: As medidas judiciais visando a obtenção de medicamentos e afins podem ser propostas em face de qualquer entefederado diante da responsabilidade solidária entre a União, Estados e Municípios na prestação de serviços de saúde à população.

ENUNCIADO 28: O Ministério Público tem legitimidade para, como substituto processual, postular o fornecimento de medicamentos (e afins) a paciente sem condições econômicas para adquiri-lo, independentemente de via judicial eleita.

ENUNCIADO 29: A teoria da reserva do possível não prevalece em relação ao direito à vida, à dignidade da pessoa humana e ao mínimo existencial, não constituindo óbice para que o Poder Judiciário determine ao ente político o fornecimento gratuito de medicamentos.

ENUNCIADO 30: Para fins de fornecimento gratuito de medicamentos por ente federado mostra-se irrelevante o fato de o relatório médico não ter sido elaborado por profissional integrante do SUS (Sistema Único de Saúde).

É possível depreender que o Tribunal de Justiça do Estado do Paraná entende pela responsabilidade solidária dos entes federativos no fornecimento de medicamentos, bem como parte legítima para configurar nos processos que visam garantir o direito à saúde à população.

Quanto à reserva do possível, entende pela não supremacia desse princípio em relação à promoção do direito à saúde pelo Estado. No mais, acompanha os entendimentos já firmados pelos Tribunais Superiores.

4. As Tutelas de Urgência de acordo com o Código de Processo Civil de 2015.

Na prestação jurisdicional, não deve o juiz, em regra, determinar medidas que alterem a situação jurídica patrimonial das partes do processo, antes de proferida a sentença, tornando o interesse tutelado "firme ou definitivo. Contudo, há casos em que a espera pelo provimento final, torna a lide inútil, já que o bem tutelado terá "desaparecido ou a pessoa a que era destinado já não mais terá condições de ser beneficiada pelo ato judicial" ou é a própria natureza do direito

tutelado que reclama a usufruição imediata do direito tutelado judicialmente (THEODORO, 2015, p. 163).

No direito brasileiro, a tutela provisória desdobrou-se em três espécies distintas, a) tutela cautelar que visa salvaguardar a utilidade e a eficiência do futuro e eventual provimento, possuindo uma característica conservativa dos "elementos do processo"; b) tutela satisfativa que permite aos litigantes usufruir de forma provisória o direito perseguido, antes do julgamento definitivo da lide; c) tutela de evidência, a qual prescinde de um conjunto probatório maior para que seja deferida e permita a fruição dos efeitos futuros da sentença de mérito a ser proferida nos autos (THEODORO, 2015, p. 163).

Contudo, para valer-se das medidas cautelares e satisfativas é necessária a configuração de alguns requisitos, os quais estão previstos no art. 300, do Código de Processo Civil de 2015, vejamos. A "aparência de direito (fumus boni iuris)", perigo decorrente da demora da prestação jurisdicional (periculum in mora), vem como a verossimilhança das alegações do requerente. No tocante à tutela de evidência, não há necessidade de se comprovar o periculum in mora, vez que a sua concessão está condicionada a demonstração, de forma convincente, do direito material perseguido (THEODORO, 2015, p. 164).

4.1. As diferenças entre a tutela de urgência antecipada e a tutela de urgência cautelar e suas características.

De forma sintética, a distinção entre a tutela cautelar e a tutela antecipada é possível evidenciar-se a partir da redação do art. 301, do Código de Processo Civil:

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

Verifica-se que a tutela cautelar tem como fim assegurar a efetivação da tutela satisfativa do direito material pretendido, ou seja, busca assegurar o resultado útil do processo, sendo exigida desde logo ou dependendo de certa circunstância, poderá ser exigida (MARINONI, 2017, p. 35).

Cumpra-se ressaltar que a tutela cautelar não satisfaz o direito por antecipação, mas sim assegura o direito ou a tutela efetiva do direito material, o contrário da tutela antecipada, a qual permite a realização do direito material e não asua segurança, mediante cognição sumária, "A tutela antecipada é a tutela final, antecipada com base em cognição sumária" (MARINONI, 2017, p. 36).

A tutela antecipada, por sua vez, "satisfaz" a pretensão pretendida pelo autor na ação proposta, ou seja, o autor não tem interesse em outra tutela a não ser aquela a ser obtida em tutela antecipada. Ao contrário da tutela cautelar, a tutela antecipada não indica uma situação substancial diferente da tutelada, mas sim uma situação tutelável ou a outra tutela do direito material (MARINONI, 2017, p. 36).

Ademais, outra diferença importante entre as tutelas é que, enquanto a medida cautelar sempre depende do procedimento, o qual deverá compor o litígio em si, a tutela antecipada poderá, por convenção das partes, estabilizar-se, sendo desnecessário o prosseguimento da ação a fim de ser proferida uma sentença de mérito e formação da coisa julgada (THEODORO, 2015, p. 619).

4.2. Os requisitos para concessão da tutela de urgência.

Conforme disposto pelo doutrinador Humberto Theodoro Junior, as tutelas de urgência, sejam as cautelares e satisfativas, tem como requisitos comuns entre elas o "fumus boni iuris" e o "periculum in mora". Ou seja, um "dano potencial", a possibilidade de dano ao processo, em razão do "periculum in mora", o qual deverá ser "objetivamente apurável" no caso em análise. Outro requisito a ser verificado é a "probabilidade do direito substancial" requerido pela parte, o "fumus boni iuris".

Pois bem, na tutela de urgência, não há a necessidade da demonstração real da existência do direito material tutelado, o qual está em risco, vez que sua comprovação ocorrerá na fase instrutória e será declarada em sede de sentença de mérito. Já a tutela cautelar, busca-se analisar a existência do direito em risco por meio do interesse que justifica o direito ao processo de mérito, vez que busca assegurar o seu resultado útil. Assim, o juízo realizado em ambas as tutelas não é exaurido nessa fase, pois busca apenas a verossimilhança das alegações apresentadas, com uma verificação sumária e provisória.

Quanto ao "periculum in mora", deverá a parte interessada demonstrar o risco de "perecimento, destruição, desvio, deterioração, ou de qualquer mutação das pessoas, bens ou provas necessários para a perfeita e eficaz atuação do provimento final do processo". Logo, o "periculum in mora" é evidenciado perante as provas e dados concretos carreados nos autos, capazes de alterarem a situação de fato existente no período do estabelecimento da lide, anterior ao processo, buscando impedir que a consumação comprometa a tutela jurisdicional proposta.

No que tange à reversibilidade, dispõe o art. 300, §3º, do Código de Processo Civil de 2015, "a tutela de urgência, de natureza antecipada, não será

concedida quando houver perigo de irreversibilidade dos efeitos da decisão". Ou seja, é essencial a aferição da reversibilidade da tutela dentro dos limites do processo, para restaurar o status quo sem o ajuizamento de nova demanda, o *periculum in mora adversum*, pois o autor não tem o direito de impor ao réu o perigo que ele diz ameaçar o seu direito (THEODORO, 2015, p. 622).

Nesse sentido, o Código de Processo Civil de 2015 possui regra expressa sobre esse tema, o qual prevê o indeferimento da medida cautelar pelo tribunal, em seu art. 368, "quando o prejuízo dela resultante para o requerido exceda consideravelmente o dano que com ela o requerente pretende evitar". Assim, a observância da inexistência do *periculum reverso*, é um requisito a ser verificado em todas as tutelas de urgência, pois a falta desse critério poderá comprometer "o bom nome e até a seriedade da justiça" (THEODORO, 2015, p. 623).

Outrossim, o Código prevê que a decisão judicial que conceder ou não a tutela provisória deverá ser fundamentada de forma precisa e clara, conforme dispõe o art. 298, caput. Tal exigência caracteriza a ausência da mera discricionariedade do magistrado na decisão acerca da tutela provisória requerida, devendo fundamentá-la, com base nos elementos produzidos em instrução sumária.

4.3. A irreversibilidade da tutela antecipada e seus efeitos.

No tocante a irreversibilidade da tutela antecipada e seus efeitos, conforme já disposto anteriormente, o art. 300, §3º do Código de Processo Civil de 2015, prevê a impossibilidade da concessão da tutela de urgência antecipada nos casos em que houver perigo de irreversibilidade da decisão proferida. Ou seja, a tutela é provisória, pois o juiz, ao concedê-la, não afirma o direito requerido, logo, não pode prejudicar a decisão sobre o direito de forma exauriente (MARINONI, 2017, p. 59).

A decisão que concede a tutela de urgência antecipada não poderá produzir efeitos que impeçam outro juízo de realizar uma cognição mais profunda do caso, que possa, eventualmente, entender de forma diversa o direito substancial tutelado (MARINONI, 2017, p. 59).

No tocante aos casos de tutela antecipada que tutelem direitos fundamentais sociais, as quais exijam disponibilidade de recursos por parte do ente demandado, há que se verificar o caso concreto para que fato de indeferir uma tutela com base na irreversibilidade não viole direitos fundamentais (LIEBL, GARCIA, 2016, p.91).

Um exemplo dado é o de um requerimento para realização de uma cirurgia cardíaca, com fundamento no direito fundamental à vida e à saúde, onde

os efeitos da decisão serão irreversíveis, contudo, com base no juízo da ponderação, poderá o juiz relativizar a irreversibilidade, a fim de salvaguardar o direito do autor, vez que o seu indeferimento causaria danos irreparáveis (LIEBL, GARCIA, 2016, p.91).

No que se refere ao juízo de proporcionalidade utilizado para afastar a irreversibilidade da tutela antecipada, já decidiu o Tribunal de Justiça do Estado do Paraná:

[...] Com efeito, no caso em discussão a necessidade do medicamento Afinitor (Everolimo) 10 mg, a fim de impedir o progresso da doença, restou comprovada pelo receituário médico (evento 1.3) e relatório fornecido pelo médico que o atende (evento 1.15). De outro norte, a recusa no fornecimento do fármaco restou caracterizada pelo documento de evento 1.8, expedido pela 8ª Regional de Saúde do Estado do Paraná. O art. 196 da Constituição Federal dispõe que "a saúde é direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos e ao acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação". **É certo que tal preceptivo não obriga o Poder Público a prover indistintamente os reclames referentes à saúde, principalmente em face de sua natureza programática. Porém, fato é que a prestação aqui pleiteada não se mostra exacerbada ou desproporcional.** Ademais, não se pode permitir que simples questão administrativa se sobreponha a direito público subjetivo fundamental, ligado à dignidade da pessoa humana, um dos fundamentos da República Federativa do Brasil (art. 1º, inciso III, CF/88), que deve prevalecer sobre eventuais políticas públicas de saúde. **Assim, há de concluir pela existência de uma situação subjetiva ativa da parte autora em relação ao Estado, no sentido de poder exigir do poder público fornecimento do medicamento Afinitor (Everolimo) 10 mg.** Além de existirem elementos a convencerem da verossimilhança das alegações da parte em relação à necessidade do fármaco, notadamente o relatório médico da paciente apresentado no evento 1.5, no caso em tela vê-se o perigo de dano irreparável, visto que a demora no fornecimento do fármaco acarretará em prejuízos clínicos ao paciente. **Em relação à**

irreversibilidade da medida, entendo essa ser dispensável no presente caso, ante um juízo de proporcionalidade e razoabilidade, devendo prevalecer o direito à saúde e à vida em detrimento do interesse secundário da Administração Pública. Ademais, quanto à possibilidade de antecipação dos efeitos da tutela em face da Fazenda Pública, bem como a sua concessão sem a sua oitiva prévia, importante frisar que o art. 1º da Lei n. 9.494/1997 (que veda a antecipação de tutela contra Fazenda Pública) não tem abrangência de proibir toda e qualquer medida antecipatória, uma vez que "**a Lei n. 9.494/97 (artigo 1º) deve ser interpretada de forma restritiva, não cabendo sua aplicação em hipótese especialíssima, na qual resta caracterizado o estado de necessidade e a exigência de preservação da vida humana, sendo de se impor a antecipação da tutela, no caso, para garantir ao apelado o tratamento necessário à sua sobrevivência**" (STJ - REsp: 275649 SP, Relator: Ministro Garcia Vieira, Primeira Turma, DJ 17/09/2001) (TJ-PR - AI: 0043235-69.2018.8.16.0000, Relatora: Desembargadora Astrid Maranhão de Carvalho Ruthes, Data de Julgamento e Publicação: 10/07/2019, Quarta Câmara de Direito Civil).

Dito isso, verifica-se a exceção da irreversibilidade da tutela antecipada quando se busca salvaguardar os direitos fundamentais previstos na Constituição Federal, com fundamento no princípio da dignidade da pessoa humana e no princípio da proporcionalidade, criando certa maleabilidade na irreversibilidade da tutela antecipada, de acordo com o caso concreto.

4.4. Estabilização da tutela contra a Fazenda Pública.

De acordo com o disposto no art. 341, I, do CPC/2015, as alegações feitas pela parte interessada, ainda que não impugnadas pelo ente público, não serão presumidas como verdadeiras quando não for admissível a confissão. Logo, a não apresentação de contestação pelo advogado da Fazenda Pública não torna os fatos incontroversos (MARINONI, 2017, p. 127).

Quanto à estabilização da tutela antecipada em relação à Fazenda Pública, é necessária a verificação de que a não interposição do agravo de instrumento tenha impedido o juiz de investigar as alegações de fato, para então torna-la imutável após decorrido o prazo para sua revisão (MARINONI, 2017, p. 127).

Nesse sentido dispõe Luiz Guilherme Marinoni (2017, p. 128),

[...] o regime que subordina a modificação ou invalidação dos efeitos concretos e processuais da tutela antecipada a uma ação de revisão proponível no prazo de dois anos deve ser aplicado de forma diferenciada em relação à Fazenda Pública. Só a tutela antecipada que supõe probabilidade de direito a partir da análise de questão de direito que não requer investigação de alegação de fato está integralmente subordinada ao regime da estabilização da tutela. Nesse caso, **a não propositura de ação de revisão pela Fazenda Pública torna a tutela estabilizada insuscetível de rediscussão e mutação.** Contudo, na hipótese em que a probabilidade do direito resulta da suposição de que as alegações de fato são prováveis, o regime da estabilização da tutela não é integralmente aplicável. **A não interposição de agravo pela Fazenda Pública, qualquer que seja o caso, conduz à extinção do processo e a perdurabilidade dos efeitos da tutela antecipada até que seja proposta ação de revisão,** mas a tutela antecipada baseada em fatos que **não foram plenamente investigados – embora se torne estável diante da não interposição do agravo de instrumento – nunca se torna imutável em face da Fazenda Pública** (grifo nosso).

Dessa forma, conclui-se que a tutela antecipada concedida inaudita altera parte, antecedente ou não, quando não impugnada por meio de agravo de instrumento, haverá a conservação dos efeitos após a extinção do feito. Contudo, se a tutela antecipada se fundamentar em fatos não investigados de forma exauriente, não se torna imutável, não sendo aplicável à Fazenda Pública o prazo de dois anos para revisão processual (art. 304, §4º, CPC/2015).

4.5. Análises das decisões liminares nas ações de medicamentos propostas nos Juizados Especiais de Ponta Grossa/PR, referentes ao segundo semestre de 2018.

Em consulta às Secretarias dos Juizados Especiais da Fazenda Pública da Comarca de Ponta Grossa/PR, foi realizado o levantamento das ações propostas em face das entidades federativas, seja o Estado do Paraná e Município de Ponta Grossa/PR, no período do segundo semestre do ano de 2018.

Compulsando os processos que tramitaram junto ao 1º Juizado Especial da Fazenda Pública da Comarca de Ponta Grossa, foi possível verificar que, dos 15 (quinze) ajuizados no segundo semestre de 2018,

- Apenas 02 (dois) foram propostos pela parte interessada, sem advogado ou representação do Ministério Público;
- Todas obtiveram a tutela antecipada pretendida, as quais foram devidamente cumpridas pelos entes federados;
- Apenas 02 (dois) processos foram propostos em face do Estado do Paraná e do Município de Ponta Grossa/PR, sendo os demais apenas em face do Estado do Paraná;
- O Estado do Paraná apresentou contestação apenas nos casos em que foi requerida a realização de exames, a serem custeados por este. Já nos casos em que houve o requerimento de medicamentos, deixava de apresentar contestação com base na política institucional amparada pelos princípios da economicidade e eficiência administrativa.
- Quanto às sentenças, verificou-se que o titular do presente Juizado, entendeu pela suspensão dos processos em que o Ministério Público atuava como representante da parte interessada, com fundamento na decisão monocrática nos recursos especiais n. 1.681.690/SP, proferida pelo Superior Tribunal de Justiça, até ulterior pronunciamento.

Já a Juíza Substituta, julgava procedentes os processos, confirmando a tutela já concedida, ou homologava a desistência da parte ante a satisfação do seu interesse, ou declarava extinto, com fundamento no art. 485, VI, do CPC/2015.

Quanto aos processos que tramitam perante o 2º Juizado Especial da Fazenda Pública da Comarca de Ponta Grossa/PR, houve a propositura de 12 (doze) processos no segundo semestre de 2018, dos quais,

- Apenas 02 (dois) foram propostos pela parte interessada, sem advogado ou representação do Ministério Público;
- Todas obtiveram a tutela antecipada pretendida, as quais foram devidamente cumpridas pelos entes federados;
- Apenas 01 (um) processo foi proposto em face do Estado do

Paraná e do Município de Ponta Grossa/PR, sendo os demais apenas em face do Estado do Paraná;

- Houve o indeferimento de uma tutela antecipada de um dos processos propostos em face do Estado do Paraná, com fundamento no entendimento firmado no Recurso Especial Repetitivo n.º 1657156/RJ a respeito do dever do Estado em fornecer medicamentos de alto custo aos pacientes sem condições financeiras,

A concessão dos medicamentos não incorporados em atos normativos do SUS exige a presença cumulativa dos seguintes requisitos: (i) Comprovação, por meio de laudo médico fundamentado e circunstanciado expedido por médico que assiste o paciente, da imprescindibilidade ou necessidade do medicamento, assim como da ineficácia, para o tratamento da moléstia, dos fármacos fornecidos pelo SUS; (ii) incapacidade financeira de arcar com o custo do medicamento prescrito; (iii) existência de registro na ANVISA do medicamento.

- O Estado do Paraná apresentou contestação apenas nos casos em que foi requerida a concessão de medicamentos não previstos na lista de fornecimento pelo Sistema Único de Saúde (SUS), nos casos de medicamentos excepcionais, houve a suspensão dos processos.
- Já nos demais casos em que houve o requerimento de medicamentos, deixava de apresentar contestação com base na política institucional amparada pelos princípios da economicidade e eficiência administrativa.
- Quanto às sentenças, verificou-se que o titular do presente Juizado, entendeu pela suspensão dos processos referentes à decisão exarada pelo STJ no REsp n.º 1.657.156/RJ, que afetou a questão ao rito de julgamento dos recursos repetitivos e determinou a suspensão de todos os processos que tenham como objeto a discussão acerca da “obrigatoriedade de fornecimento, pelo Estado, de medicamentos não contemplados na Portaria n. 2.982/2009 do Ministério da Saúde (Programa de Medicamentos Excepcionais)”.

No mais, houve a confirmação da tutela antecipada deferida. Contudo, houve o indeferimento do processo que pretendia o cumprimento provisório das astreintes, vez que o cumprimento provisório será incompatível com o sistema de pagamento aplicado à Fazenda Pública, devendo a parte autora, aguardar a conclusão do processo do conhecimento e, somente após o trânsito em julgado da eventual sentença favorável à parte, proceder à execução das astreintes.

Já os processos em trâmite perante o 3º Juizado Especial da Fazenda Pública da Comarca de Ponta Grossa/PR, foram ajuizadas 18 (dezoito) ações no segundo semestre de 2018,

- Apenas 04 (quatro) foram propostas pela parte interessada, sem advogado ou representação do Ministério Público;
- Todas obtiveram a tutela antecipada pretendida, as quais foram devidamente cumpridas pelos entes federados;
- Apenas 03 (três) processos foram propostos em face do Estado do Paraná e do Município de Ponta Grossa/PR, sendo os demais apenas em face do Estado do Paraná;
- O Estado do Paraná apresentou contestação apenas nos casos em que foi requerida a concessão de medicamentos não previstos na lista de fornecimento pelo Sistema Único de Saúde (SUS) ou que havia medicamentos alternativos.

Já nos demais casos em que houve o requerimento de medicamentos, deixava de apresentar contestação com base na política institucional amparada pelos princípios da economicidade e eficiência administrativa.

- As sentenças confirmaram as tutelas antecipadas anteriormente concedidas.

Diante do exposto, é possível verificar a estabilização das tutelas antecipadas deferidas em tais processos, ante a não apresentação do agravo de instrumento pelo Estado do Paraná e a verificação que tal fato não impediu a análise do caso concreto pelo magistrado.

Além disso, foi possível observar a suspensão dos processos ante a discussão da legitimidade de representação do Ministério Público nas ações de

medicamentos (REsp nº. 1.681.690/SP), e a suspensão dos processos em que há a solicitação de medicamentos excepcionais (REsp nº. 1.657.156/RJ).

No mais, verifica-se que há um entendimento firmado pelo Estado do Paraná quanto aos casos em que é necessária a apresentação de contestação, seja nos casos de medicamentos excepcionais ou quando há alternativas ofertadas pelo SUS.

Já em relação ao entendimento firmado nos Juizados Especiais da Fazenda Pública da Comarca de Ponta Grossa/PR, estes acompanham os entendimentos firmados pelos Tribunais Superiores e pelo Tribunal de Justiça do Estado do Paraná.

CONCLUSÃO

Conforme o estudo e o trabalho realizados, buscou-se esmiuçar algumas das peculiaridades envolvendo os direitos fundamentais e o direito fundamental à saúde, restringindo-se ao fornecimento de medicamentos pelo Estado com base no disposto na Constituição Federal de 1988. A partir disso, analisou-se a atuação do poder judiciário na promoção do direito à saúde, permitindo a reflexão quanto os parâmetros utilizados nas decisões que buscam salvaguardar tal direito, ressaltando os principais pontos. Nesse sentido, buscou-se analisar os precedentes firmados pelos Tribunais Superiores, bem como o Tribunal de Justiça do Paraná, analisando, por fim os processos que tramitam junto aos Juizados Especiais da Fazenda Pública da Comarca de Ponta Grossa/PR. A partir de tal análise, foi possível concluir pela característica garantista da atuação do Poder Judiciário, o qual aplica de forma contundente as previsões constitucionais, responsabilizando de maneira solidária os entes quanto ao fornecimento de medicamentos. No mais, ainda há teses a serem pacificadas em sede dos Tribunais, como o caso das ações de medicamentos que buscam o fornecimento de medicamentos de alto custo, a legitimidade ativa do Ministério Público em tais ações, entre outras. Ademais, o Tribunal de Justiça do Estado do Paraná acompanha o entendimento fixado em sede dos Tribunais Superiores, bem como os Juizados Especiais da Fazenda Pública da Comarca de Ponta Grossa/PR, com algumas diferenças entre juízos. Por fim, quanto à tutela de urgência antecipada nas ações de medicamentos, é possível a necessidade de se preencher os requisitos do art. 300 do Código de Processo Civil de 2015, para concessão desta. Contudo, verifica-se a relativização da exigência da irreversibilidade da tutela em face da proteção do direito à saúde, bem como a resignação do Estado ou demais entes federativos em relação tais ações, interpondo recursos, seja o agravo de instrumento, raramente, o que faz com que haja estabilidade de tais decisões,

influenciando assim na sentença final. Ademais, cumpre ressaltar que o presente trabalho não tem o intuito de esgotar o presente tema.

REFERÊNCIAS

BARROSO, L. R. **Da falta de efetividade à judicialização excessiva**: direito à saúde, fornecimento gratuito de medicamentos e parâmetros para a atuação judicial. 2007. Disponível em: <www.conjur.com.br/dl/estudobarroso.pdf>. Acesso em: 15 jun. 2017.

BORGES, D. C. L.; UGÁ, M. A. D. As Ações Individuais para o Fornecimento de Medicamentos no Âmbito do SUS: Características dos Conflitos e Limites para a Atuação Judicial. **Revista de Direito Sanitário**, São Paulo, v. 10, n.1, p. 13-38, mar/jul. 2009. Disponível em: <<https://www.revistas.usp.br/rdisan/article/view/13144>>. Acesso em: 26 ago. 2017.

BONAVIDES, P. Curso de Direito Constitucional. 15. ed. São Paulo: Malheiros, 2004.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**: promulgada em 5 de outubro de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 26 ago. 2019.

BRASIL. Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015. Institui o Código de Processo Civil. Diário Oficial da União, Brasília, DF, 17 março 2015. Disponível em <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm>. Acesso em: 26 ago. 2019.

RE 271286 AgR, Relator(a): Min. CELSO DE MELLO, Segunda Turma, julgado em 12/09/2000, ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJ 24-11-2000 PP-00101

EMENT VOL-02013-07 PP-01409. Disponível em: <www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/visualizarEmenta.asp?s1...base=baseAcordao>. Acesso em: 26 ago. 2019.

RE 657718 RG, Relator: Min. MARCO AURÉLIO, Tribunal Pleno – meio eletrônico, julgado em 17/11/2011, ACÓRDÃO ELETRÔNICO, DJe-051 DIVULG 09-03-2012 PUBLIC 12-03-2012. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarConsolidada.asp?classe=RE&numero=657718&origem=AP>>. Acesso em 26 ago. 2019.

RE 855178 RG, Relator: Min. LUIZ FUX, Tribunal Pleno – meio eletrônico, julgado em 17/11/2011, ACÓRDÃO ELETRÔNICO, DJe-050 DIVULG 13-03-2015

PUBLIC 16-03-2015. Disponível em:

<<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28RE%24%2ESCLA%2E+E+855178%2ENUME%2E%29+OU+%28RE%2EPRCR%2E+ADJ2+855178%2EPRCR%2E%29&base=baseRepercussao&url=http://tinyurl.com/q6u8o mz>>. Acesso em 26 ago. 2019.

. **REsp 1657156/RJ**, Relator(a): Min. BENEDITO GONÇALVES, Primeira Seção, julgado em 25/04/2018, ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJe 04/05/2018 IP VOL 111 p. 317. Disponível em:

<<https://scon.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?repetitivos=%22RECURSOS+REPETITIVOS%22&processo=1657156&b=ACOR&thesaurus=JURIDICO&p=true>>. Acesso em 26 ago. 2019.

_____. **EDcl no REsp 1657156/RJ**, Relator(a): Min. BENEDITO GONÇALVES, Primeira Seção, julgado em 12/09/2018, ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJe 21/09/2018 RSTJ vol. 252 p. 58. Disponível em:

<[https://scon.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?i=1&b=ACOR&livre=\(%27EDRE SP%27.clas.+e+@num=%271657156%27\)&thesaurus=JURIDICO&fr=veja](https://scon.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?i=1&b=ACOR&livre=(%27EDRE SP%27.clas.+e+@num=%271657156%27)&thesaurus=JURIDICO&fr=veja)>. Acesso em 26 ago. 2019.

_____. **REsp 1474665 / RS**, Relator(a): Min. BENEDITO GONÇALVES, Primeira Seção, julgado em 26/04/2017, ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJe 22/06/2017

IP vol. 104 p. 247. Disponível em:

<<https://scon.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?repetitivos=%22RECURSOS+REPETITIVOS%22&processo=1474665&b=ACOR&thesaurus=JURIDICO&p=true>>. Acesso em 26 ago. 2019.

_____. **RG**, Relator: Min. MARCO AURÉLIO, Plenário Virtual. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudenciaRepercussao/verPronunciamento.asp?pronunciamento=2582069>>. Acesso em 26 ago. 2019.

_____. **AgrI 0043235-69.2018.8.16.0000**, Relator (a): Des. ASTRID MARANHÃO DE CARVALHO RUTHES, 4ª Câmara Cível, Data de Julgamento: 10/07/2019, Data de Publicação: 10/07/2019. Disponível em: <<https://portal.tjpr.jus.br/jurisprudencia/j/4100000007663982/Decis%C3%A3o%20mo nocr%C3%A1tica-0043235-69.2018.8.16.0000>>. Acesso em 26 ago. 2019.

CANOTILHO, J. J. G.; et al. (coords.). **Comentários à constituição do Brasil**. São Paulo: Saraiva/Almedina, 2013.

_____. Enunciados do Tribunal de Justiça do Estado do Paraná. Disponível em: <<https://www.tjpr.jus.br/enunciados>>. Acesso em: 26 ago. 2019.

FOGAÇA, V. H. B. **O diálogo social no Supremo Tribunal Federal e a efetivação do direito à saúde via poder judiciário**: vozes da audiência pública. 2014. 181 f. Dissertação (Mestrado em Sociedade, Direito e Cidadania). Departamento de Ciências Sociais Aplicadas, Universidade Estadual de Ponta Grossa, 2014. Disponível em: <<http://tede2.uepg.br/jspui/handle/prefix/209>>. Acesso em: 04 de jul. 2017.

LIEBL, H.; GARCIA, D. S. S. A Relativização Do Requisito Da Irreversibilidade Da Tutela Antecipada Para Proteger A Dignidade Da Pessoa Humana E Os Direitos Fundamentais. **Anais do Congresso Catarinense de Direito Processual Civil**. Itajaí, p. 76-95, ago./set. 2016. Disponível em: <<https://siaiap32.univali.br/seer/index.php/accdp/article/view/10177>>. Acesso em: 26 de ago. 2019.

MARINONI, L. G. **Tutela de Urgência e Tutela da Evidência** – Soluções Processuais Diante do Tempo da Justiça. 1 ed. e-book. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017.

MEDEIROS, N. L. de. **Fórum de normalização, padronização, estilo e revisão do texto científico**: perguntas, respostas, discussões e questionamentos sobre ABNT, teses, dissertações, monografias, livros, artigos científicos. Edição comemorativa da Editora Fórum para o Dia dos Bibliotecários. Belo Horizonte: Fórum, 2007.

MENDES, G. F.; BRANCO, P. G. G. **Curso de direito constitucional**. 7. ed. rev. atual. São Paulo: Saraiva, 2012.

PIVETTA, S. L. **Direito fundamental à saúde**: Regime jurídico, políticas públicas e controle judicial. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

THEODORO JUNIOR, H. **Curso de DIREITO PROCESSUAL CIVIL**. 56. ed. 1 vol. Rio de Janeiro: Editora Forense LTDA., 2015.

TORRES, Ricardo Lobo. O mínimo existencial e os direitos fundamentais. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v. 177, pp.29-49, jul./set. 1989. Disponível em: <<http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/46113>>. Acesso em 26 de ago. 2019.

SARLET, I. W.; FIGUEIREDO, M. F. Reserva do possível, mínimo existencial e direito à saúde: algumas aproximações. **Revista Doutrina da 4ª Região**, Porto Alegre, n. 24, jul. 2008. Disponível em: <[http://www.revistadoutrina.trf4.jus.br/artigos/edicao024/ingo_mariana.html](http://www.revistadoutrina.trf4.jus.br/index.htm?http://www.revistadoutrina.trf4.jus.br/artigos/edicao024/ingo_mariana.html)>. Acesso em: 25 de ago. 2019.

SILVA, A.C.; FERREIRA, J. ALMEIDA FILHO, N. **O que é saúde?** Rio de Janeiro: Editora Fiocruz, 2011. Disponível: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1414-32832013000400022>. Acesso em: 03 de ago. de 2019.

SILVA, J. F. da. **Curso de direito constitucional positivo**. 25. ed. rev. atual. São Paulo: Malheiros Editores, 2005.

SILVA, L. P. **Direito à saúde e o princípio da reserva do possível**. 2011. 29 f. Monografia (Pós-Graduação) – Departamento de Direito Público, Instituto Brasiliense do Direito Público – IDP, 2011. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/processoAudienciaPublicaSaude/anexo/DIREITO_A_SAUDE_por_Leny.pdf>. Acesso em: 04 de ago. 2018.

A APLICAÇÃO DO DOLO EVENTUAL E CULPA CONSCIENTE NO HOMICÍDIO DE TRÂNSITO

DIEGO PATRICK BRELAZ LOPES:

Acadêmico do Curso Superior de Direito do
Centro de ensino Luterano de Manaus –
CEULM/ULBRA.

RESUMO: A Lei Federal de Nº 13.546/17, representa mais uma reforma nas engrenagens do Código de Trânsito Brasileiro, com a aspiração de equilibrar as disposições afetas aos crimes praticados na direção de veículos automotores e, assim, reduzir o elevado número de mortes no sistema viário nacional. Trata-se, no entanto, de um disposto cercado de polêmicas e controvérsias na sociedade em geral, já que a linha entre a culpa consciente e o dolo eventual nos delitos cometidos no trânsito costuma ser bastante tênue, por isso é imprescindível o estudo do dolo, suas espécies e elementos, para a compreensão e diferenciação dos institutos. Sendo assim, o presente artigo tencionou estabelecer uma revisão acerca dos crimes de homicídio de trânsito ocasionado por condutor embriagado, previsto no artigo 302 do Código de Trânsito Brasileiro, tendo por objetivo descrever as diversas interpretações do fato, com ênfase na conduta da conduta normativa (culposo) e volitiva (dolo eventual), nos moldes da doutrina e da jurisprudência. Para tanto, utilizou-se de revisão bibliográfica e análise documental, de cunho explicativo, através da apreciação da legislação vigente, doutrinas e jurisprudências. A pesquisa revelou que a aplicação da culpa consciente é mais comum que o dolo eventual, pois além das dificuldades de caracterizá-lo na dúvida, o direito deve ficar em favor do réu, pois para haver justiça não pode haver vingança, inferindo que a principal característica da culpa consciente está no fato de o agente causador do acidente ter agido com negligência, imprudência ou imperícia, mas não ter assumido a casualidade de promover o dano.

Palavras-chave: Dolo Eventual. Culpa Consciente. Homicídio de Trânsito.

ABSTRACT: Federal Law No. 13,546 / 17 represents yet another reform in the gears of the Brazilian Traffic Code, with the aspiration to balance the provisions related to crimes committed in the direction of motor vehicles and, thus, reduce the high number of deaths in the road system national. It is, however, a disposition surrounded by controversies and controversies in society in general, due to the doubts raised regarding the differentiation between Eventual Dolo and Consciente Guilt and consequent practical and legal typification. Therefore, this article intended to establish a review of the crimes of traffic homicide caused by drunk drivers, provided for in article 302 of the Brazilian Traffic Code, with the objective of describing the different interpretations of the fact, with emphasis on the conduct of normative

conduct (guilty) and volitional (intentional deception), along the lines of doctrine and jurisprudence. For that, we used bibliographic review and documentary analysis, of an explanatory nature, through the assessment of the current legislation, doctrines and jurisprudence. The research revealed that the application of conscious guilt is more common than the eventual deceit, because in addition to the difficulties of characterizing him in doubt, the law must be in favor of the defendant, because to have justice there can be no revenge, inferring that the main characteristic of conscious guilt is the fact that the agent causing the accident acted with negligence, recklessness or malpractice, but did not assume the risk of causing the damage.

KEYWORDS: Eventual Dolo. Conscious Guilt. Traffic Homicide.

Introdução

Há alguns anos, a aplicação jurídica dos institutos da culpa consciente em detrimento do dolo eventual, nos crimes de trânsito, vem sendo considerada tema altamente controvertido na dogmática jurídica, em razão da linha tênue que separa os dois institutos, não sendo raras as ocasiões em que foram proferidos entendimentos diferentes para casos concretos semelhantes, por conta dos julgadores.

Nesse sentido, podem ser encontrados pareceres onde entendeu o julgador pela aplicabilidade do dolo eventual, automaticamente, àqueles casos em que o agente causador do sinistro, alcoolizado ou equivalente, enquanto que outros sentenças proferidas demonstraram o entendimento de que, mesmo o indivíduo estando sob efeito do álcool, ninguém “sai de casa para matar outrem”, ou seja, este sujeito não teria dolo direto, tampouco eventual, sendo, sua conduta, considerada, consequência da quebra de um dever de cuidado, derivada da imprudência.

Todavia, apesar de o Código de Trânsito ter sofrido modificações recentes, pela Lei Nº 13.546/17, tal controvérsia não foi sanada de modo definitivo, culminando em uma sucessão de discussões e interpretações distorcidas acerca da banalização da aplicação do instituto do dolo eventual em detrimento da culpa consciente para os delitos de trânsito cometidos por motoristas embriagados com vítimas fatais ou feridas.

Diante do presente exposto, este estudo pretendeu analisar a tipificação do crime de trânsito originado por condutor veicular sob a influência de álcool ou outra substância psicoativa aliada, ou não, à participação em via pública, de competição automobilística não autorizada pela autoridade competente, resultante em acidente de trânsito com vítima fatal, sob a ótica da legislação vigente, no intuito de que, enfim, seja compreendido o equívoco na cognição do binômio morte e embriaguez

como uma operação simplista e a técnica a ensinar a imputação automática do dolo eventual.

Para tanto, se utilizou, além da análise das disposições trazidas pela mais recente lei concernente à temática, no caso, Lei Nº 13.546/2017, também, serão consideradas as disposições originais contidas no Código de Trânsito Brasileiro, instituído pela Lei Nº 9.503/97, juntamente com a análise das demais alterações legislativas posteriores referentes ao crime de embriaguez ao volante, tendo por exemplo, a chamada "Lei Seca", de 1998, a Lei Nº 12.706/12, a Lei Nº 13.546/17, além das definições existentes no Código Penal.

Destarte, a pesquisa teve por base o modo explicativo, identificando os fatores que determinam e contribuem para a ocorrência dos crimes de trânsito, analisando o "por que" da aplicação dos institutos em estudo através também, da pesquisa qualitativa, identificando através das bibliografias, doutrinas, legislação e jurisprudências. Através desse tipo de pesquisa, é possível a observância da realidade do caso concreto e o agente delitivo, evidenciando que o determinado sujeito, em um mesmo caso, poderá ser julgado com posicionamentos diferentes em relação a outros julgadores.

2 O dolo eventual e culpa consciente no homicídio de trânsito

2.1 A accidentalidade de trânsito no Brasil

A Associação Brasileira de Normas Técnicas (ABNT), em sua norma NBR 10.697, legitima que o acidente de trânsito (AT) é um evento não intencional que resulta em prejuízo a um veículo ou carga e/ou danos físicos em indivíduos e/ou animais. Pelo menos um dos envolvidos deve estar em circulação em via terrestre (ABNT, 1989).

O Ministério da Saúde classifica acidentes de trânsito como evento de causas externas que podem ser evitáveis e que não são intencionais, sendo um fenômeno multifatorial e que gera consequências variadas. Além de enternecer socialmente devido muitos dos desfechos graves e trágicos, os AT geram impactos econômicos, principalmente, no sistema de saúde (BRASIL, 2017; OMS, 2015).

De forma mais atual, a Política Nacional de Redução da Mortalidade por Acidentes e Violência define que acidentes de trânsito são eventos não premeditados que podem ser evitados, mas que, caso não o sejam, podem gerar consequências físicas e emocionais (BRASIL, 2017).

Os acidentes de trânsito representam um dos principais problemas de saúde pública, em decorrência de sua elevada taxa de morbimortalidade e repercussão

social, conforme demonstrado pelo Relatório da Organização Mundial de Saúde, de 2015, (OMS, 2015), relatando que, aproximadamente, 1,2 milhão de pessoas morrem anualmente no trânsito, em termos globais, com o Brasil recebendo destaque especial, por consequência de suas extensas dimensões territoriais, por ter uma economia com expressiva participação do transporte terrestre, além de apresentar uma contribuição significativa de mais de 36 mil mortes/ano.

Nesse sentido, o Brasil é o 5º país no mundo em número de mortes em acidentes de trânsito, atrás somente de Índia, China, EUA e Rússia e seguido por Irã, México, Indonésia, África do Sul e Egito. Segundo dados divulgados pela Comissão de Constituição, Justiça e Cidadania do Senado Brasileiro, os acidentes de trânsito constituem um dos maiores desafios para a saúde pública brasileira, gerando gastos exorbitantes para o Sistema Único de Saúde e para o Seguro DPVAT, todos os anos (SENADO FEDERAL, 2012).

Somente no ano de 2015 foram pagos somente de seguro obrigatório 42.500 indenizações por morte no país e 515.750 pessoas receberam amparo por invalidez. Em 2016, com 37.306 óbitos e mais duzentos mil feridos, os acidentes de trânsito se constituíram como a oitava causa de morte mais frequente, a frente de alguns tipos de câncer (de pulmão por exemplo) e problemas relacionados ao álcool (SENADO FEDERAL, 2012).

Segundo o Conselho Federal de Medicina – CFM (2019), no Brasil, a cada 60 minutos, em média, pelo menos cinco pessoas morrem vítimas de acidente de trânsito, com mais de 1,6 milhão de feridos nos últimos dez anos, ao custo direto de quase R\$ 3 bilhões para o Sistema Único de Saúde (SUS). Para o CFM, a cada hora, em média, cerca de 20 pessoas dão entrada em um hospital da rede pública de saúde com ferimento grave decorrente de acidente de transporte terrestre.

Dentro desse contexto, a embriaguez ao volante é tida como um dos grandes vilões, sendo um dos maiores causadores de óbitos, em território nacional, mesmo tendo a famosa “lei seca” no Código de Trânsito Brasileiro.

Segundo o Portal Globo G1, em 2020, houve um aumento de 64%, em relação com 2019, de pessoas dirigindo embriagadas, comprovando que, mesmo existindo uma punição para quem desobedece às normas de segurança no trânsito, continuam crescendo os índices, e levando a óbitos familiares inocentes que, por um infortúnio acaso, cruzam o caminho de quem dirige embriagado.

Ciente da grave situação do trânsito brasileiro, o legislador pátrio, por diversas vezes, tem editado leis, buscando enrijecer as punições relacionadas, especialmente no tocante à condução de veículos automotores após o uso de álcool ou de

quaisquer outras substâncias que alterem o discernimento psicomotor do condutor, na tentativa de reduzir os alarmantes índices de óbitos por embriaguez ao volante.

2.1.1 O Código de Trânsito Brasileiro e os crimes de trânsito

O Código de Trânsito Brasileiro, foi criado em 1997, por meio da Lei N.º 9.503, como uma tentativa de resposta aos elevados números de acidentes de trânsito e o clamor social, levando em consideração que o Brasil ocupava primeiro lugar no ranking mundial de acidentes de trânsito, à época (ALMEIDA, 2017, p. 179).

O tratamento especial que é trazido pelo Código de Trânsito ao delito de homicídio, também é apontado por Pedro Lenza:

A divulgação de estatísticas que reconheceram o Brasil como recordista mundial em mortes no trânsito fez com que o legislador, ao aprovar referido Código de Trânsito, nele introduzisse crimes especiais de homicídio e lesão culposa na direção de veículo automotor, mais gravemente apenados (LENZA, 2016, p. 181).

Percebe-se, assim, a necessidade de tratamento especial atribuível ao delito de homicídio na direção de veículo automotor ante ao elevado número de mortes no trânsito.

No entanto, mesmo sendo instituído com vista à redução dos acidentes de trânsito e do número de mortes, inicialmente, o CTB era uma lei de difícil aplicação e com alguns equívocos, especialmente, na parte penal. Por exemplo, a lesão corporal culposa (praticada sem intenção) na direção de veículo é punida com exatamente o dobro da pena atribuída à lesão corporal dolosa (quando há intenção do agente de perfazer o dano) (ALMEIDA, 2017, p. 180).

Desse modo, os reiterados números mortes no trânsito, sobretudo, associado ao uso de bebidas alcoólicas, continuaram em índices elevados, passados dez anos de sua vigência, exigindo, por conseguinte, que o mesmo Código de Trânsito Brasileiro passasse por modificação, o que ocorreu, primeiramente, por meio das Leis Nº 11.705/08 e Nº 12.760, conhecidas, popularmente, como Leis Secas.

Desde que o presente Código de Trânsito Brasileiro entrou em vigor, em 1998, seis foram as Leis que alteraram os preceitos normativos relativos à "embriaguez ao volante", a saber, em ordem cronológica: 1) a Lei Nº 11.275/06, 2) a Lei Nº 11.705/08 (conhecida popularmente como "Lei Seca"), 3) a Lei Nº 12.760/12 (denominada de "Nova Lei Seca"), 4) a Lei Nº 12.971/14, que inseriu a característica "pseudoqualificadora" pela embriaguez no homicídio culposo de trânsito no

parágrafo 2º do artigo 302, com idêntica quantidade de pena da modalidade simples, 5) a Lei Nº 13.281/16, que revogou a Lei Nº 12.971/14; e, finalmente, 6) a Lei Nº 13.546/17.

Inicialmente, o CTB, ao incluir matéria de cunho penal em seu Capítulo XIX, inovou o tratamento dos crimes cometidos na condução de veículos automotores (os quais, anteriormente, eram regrados pelo Código Penal, como qualquer outro), tratando, todavia, do homicídio e da lesão corporal apenas quando praticados de maneira culposa, por erro "não proposital" do sujeito (artigos 302 e 303).

Assim, a Lei Nº 9.503/1997, que instituiu o Código de Trânsito Brasileiro, prevê em seu capítulo XIX, Seção II, os crimes de trânsito em espécie, dentre eles o homicídio culposo (art. 302), trazendo a seguinte redação: "praticar homicídio culposo na direção de veículo automotor", cuja pena é de reclusão, de dois a quatro anos e, ainda, suspensão ou proibição de se obter permissão ou habilitação para se dirigir veículos automotores (BRASIL, 1997).

O referido artigo previa, ainda, no § 2º, a tipificação de homicídio culposo qualificado se o condutor está na direção de veículo automotor com capacidade psicomotora alterada em razão da influência de álcool ou outra substância psicoativa que determine dependência ou participa, em via pública, de corrida, disputa ou competição automobilística, de forma não autorizada pela entidade competente, com penalidade de dois a quatro anos de reclusão.

No entanto, com a sanção da Lei Nº 13.546/17, foi acrescentado o §3º, ao artigo 302 do CTB, prevendo que os motoristas que conduzirem veículos embriagados, ou sob o efeito de quaisquer substâncias psicoativas, tais como cocaína, LSD ou qualquer medicamento, ou produto que altere a capacidade psicomotora, e se envolver em acidente de trânsito com resultado morte, a penalidade adotada poderá ir de 5 (cinco) a 8 (oito) anos de reclusão (BRASIL, 2017).

2.2 Dos crimes de trânsito: considerações iniciais

Para uma compreensão melhor do tema, torna-se fundamental a definição acerca dos termos homicídio e acidente de trânsito. Homicídio é a morte de um ser humano provocada por outro ser humano. a eliminação da vida de uma pessoa praticada por outra.

O homicídio é o crime por excelência, enquanto que o acidente de trânsito pode ser conceituado como todo acontecimento desastroso, causal ou não, tendo como consequências danos físicos ou materiais, envolvendo veículos, pessoas e ou animais nas vias públicas (CALLEGARO, 2012, p. 30)

Já o Departamento Nacional de Trânsito - Denatran (2011), conceitua acidente de trânsito como evento não intencional, imprevisível, onde há, pelo menos, um veículo envolvido, motorizado ou não, em via pública, de sorte que, embora não intencional, o acidente de trânsito, é passível de certa perecibilidade, pelo infrator, como por exemplo, em hipótese de avanço de sinal vermelho, dirigir ao celular, ou principalmente, se um motorista conduzir o veículo estando embriagado, colocando a sua vida e a dos outros em risco.

Guilherme de Souza Nucci assim define crimes de trânsito:

É a denominação dada aos delitos cometidos na direção de veículos automotores, desde que sejam de perigo – abstrato ou concreto – bem como de dano, desde que o elemento subjetivo constitua culpa. Não se admite a nomenclatura de crime de trânsito para o crime de dano, cometido com dolo. Portanto, aquele que utiliza seu veículo para, propositadamente, atropelar e matar seu inimigo comete homicídio – e não simples crime de trânsito. (NUCCI, 2014, p. 826).

Percebe-se, deste medo, que, se há possibilidade óbvia caracterizada, esta pode ser evitada, portanto, a morte no trânsito praticada por um infrator, por vezes não é acidente e sim crime, o homicídio, conduta expressamente contrária às previsões legais contidas no CTB, assim como em suas leis complementares vigentes.

Ademais, importa ressaltar a diferença entre crimes de trânsito e crimes no trânsito, o segundo se trata de um crime que não tem previsão legal especificada no Código de Trânsito Brasileiro que foi cometido tendo o trânsito como um mero ambiente, não podendo creditar, exclusivamente, ao ato de se transitar, a origem do ato delituoso.

Isso significa que não há conexão alguma ao fato de aquele que comete o delito ser condutor de veículo automotor. Portanto, não deve se confundir com as modalidades de crimes de trânsito, cujos quais têm sua materialidade através dos instrumentos e participes do trânsito, ou seja, determinado crime de trânsito não teria a probabilidade de acontecer se não estiver único e exclusivamente no trânsito.

2.3 Dolo eventual e culpa consciente no homicídio de trânsito

Os limites fronteiriços permeando o dolo eventual e a culpa inconsciente constitui uma das dificuldades mais emblemáticas da Teoria do Delito. Há entre ambos um traço comum: a antecipação prognóstica do resultado proibido, porém, no dolo eventual, o agente anui ao advento desse resultado, internalizando o ameaça de produzi-lo, em vez renunciar a ação, na culpa consciente, por outro lado, repele a

hipótese de superveniência do resultado, na convicção de que tal fato não ocorrerá (BITENCOURT, 2018, p. 341).

Na concepção de Silva (2017), para iniciar a diferenciação entre os institutos mencionados anteriormente, é necessário fazer as considerações de que no dolo eventual, assim como no dolo direto, detêm duas características essenciais que são: a vontade (elemento volitivo), consistindo no ânimo do sujeito em realizar o ato delitivo, e a consciência (elemento cognitivo), que diz respeito ao conhecimento que o indivíduo tem de que a sua prática é uma conduta criminosa.

Todavia, cabe destacar que, no dolo eventual, o desejo não é tão acentuado quanto no dolo direto, pois o sujeito apenas concorda com o resultado (assume o risco). Em contrapartida, na culpa consciente, diferentemente do dolo indireto, o contraventor não almeja o resultado, embora tenha previsto, ele acredita que suas habilidades são suficientes para a não ocorrência do delito, no entanto acaba agindo com negligência, imprudência ou imperícia e a consequência delitiva acontece.

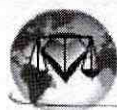
Existem algumas teorias sobre a culpabilidade, que de acordo com Damásio Jesus (2019), ajudam a entender melhor os dois institutos, como a teoria psicológica da culpabilidade, na qual o dolo e a culpa têm como ponto de partida o interesse psicológico do autor, sendo o seu desejo interior, proporcionando modificações externas nas quais devem ser consideradas crimes. Há críticas à teoria no que diz respeito à culpa, porque, nela, o agente motivador, não almeja o resultado em questão, excluindo-se a culpabilidade, por conseguinte.

Prado (2019) traz em seu livro "Tratado de Direito Penal Brasileiro" a teoria do sentimento ou da indiferença, na qual o distanciamento entre dolo eventual e a culpa consciente está em volta da desconsideração/indiferença, considerando a presença do dolo eventual quando o agente é indiferente à produção do fato típico, de modo que o sujeito que procede com o aludido comportamento precisa ter a intenção (uma vontade canalizada, dirigida para um resultado) de realizar o tipo proibido.

Igualmente, é necessário existir uma ação ou omissão, de modo que a conduta deve ser produtora de um resultado, ou seja, a ação é ligada ao resultado através do nexo causal, também denominado de nexo de causalidade. Essa parte que contém o comportamento humano, o nexo causal e o seu resultado formarão o chamado tipo objetivo.

Assim, o tipo objetivo é formado pelo verbo (núcleo) acrescido de elementos secundários (sujeitos ativo e passivo; objeto da ação; bem jurídico; resultado; nexo causal entre conduta e resultado; circunstâncias de tempo, lugar, meio, modo de execução) (PRADO, 2019).

De outra monta existe a parte subjetiva do tipo, caracterizada pelo dolo. O tipo subjetivo compreende determinadas representações anímicas, psicológicas ou psíquicas do sujeito ativo presentes no momento em que realiza a conduta típica.



Os limites fronteiriços entre dolo eventual e culpa inconsciente constitui um dos problemas mais tormentosos da Teoria do Delito, sendo de suma importância identificar os elementos caracterizadores de cada um, com vistas à constatação da atitude subjetiva ou disposição de ânimo do autor em face da representação do fato.

2.3.1 Do dolo

Age com dolo direto o indivíduo que intenta obter o resultado lesivo de sua conduta, “sem considerar os resultados necessários” (MARTINELLI; DE BEM, 2018, p. 464), i.e., a referida espécie de dolo revela uma “pretensão de realização do resultado típico que resulta explicitada nas circunstâncias em que se desenvolve a conduta e que é capaz de identificar um intenso compromisso para com a produção do resultado” (BUSATO, 2015, p. 419).

Nucci (2011, p. 204) apresenta três características do dolo, todas necessárias para sua ocorrência: a) abrangência, pois o dolo deve envolver todos os elementos objetivos do tipo; b) atualidade, pois o dolo deve estar presente na materialização do ato, não podendo ser apenas anterior ou ulterior; c) possibilidade de influenciar o resultado, pois é indispensável que a vontade do agente consiga produzir o fato típico.

Na lição de Greco, citando Welzel, dolo é “toda ação consciente é conduzida pela decisão da ação, quer dizer, pela consciência do que se quer – o momento intelectual – e pela decisão a respeito de querer realizá-lo – o momento volitivo” (WELZEL, 1987 apud GRECO, 2016, p. 191).

Na mesma linha, Rogério Greco assevera que a consciência se refere à situação fática na qual se insere o agente, cujo qual deve ter efetiva consciência de suas atitudes, para que se lhe possa atribuir o resultado lesivo a título de dolo (GRECO, 2016, p. 285).

Assim, constata-se que o dolo é formado por dois elementos: consciência (ou momento intelectual) e vontade (ou momento volitivo). Para Damásio Jesus (2019, p. 328), presentes os requisitos da consciência e da vontade, o dolo possui os seguintes elementos: consciência da conduta e do resultado; consciência da relação causal objetiva entre a conduta e o resultado; e vontade de realizar a conduta e produzir o resultado.

Desta forma, observa-se que o elemento intelectual do dolo é representado pelo conhecimento das circunstâncias do fato típico, isto é, a situação fática em que se encontra o agente, não se exigindo o conhecimento potencial ou refletido do fato, e sim, o conhecimento das circunstâncias presentes e futuras do tipo objetivo, de modo que se não houver consciência não se pode falar em dolo.

A vontade é outro elemento que descaracteriza o crime doloso, exemplificando o caso onde um sujeito é coagido fisicamente a atirar contra outra pessoa, sem que exista a vontade de matá-la. Conquanto soubesse que poderia causar a morte daquela pessoa tirando contra ela, não atuou com vontade, devido à coação a que fora submetido. Não houve, pois, conduta dolosa (GRECO, 2016, p. 192).

Na definição esculpida no art. 18, I, do Código Penal, tem-se crime doloso “quando o agente quis o resultado ou assumiu o risco de produzi-lo”. Para definir dolo, o códex adotou as teorias da vontade e do assentimento. Para Capez, a primeira encarrega-se de conceituar dolo como “a vontade de realizar a conduta e produzir o resultado”; a última, “o assentimento do resultado, isto é, a previsão do resultado com a aceitação dos riscos de produzi-lo” (CAPEZ, 2015, p. 225).

Ainda em conformidade com as palavras do nobre doutrinador, o dolo consiste na vontade e na consciência manifestada pelas pessoas humanas de realizar a conduta (CAPEZ, 2015, p. 218). Desse modo, percebe-se que o dolo em linhas gerais, ocorre quando o agente volitivamente lesiona o bem jurídico tutelado buscando um resultado.

O Código Penal Brasileiro define o dolo de maneira expressamente em seu art.18 “Diz-se o crime: I – doloso, quando o agente quis o resultado ou assumiu o risco de produzi-lo”, em geral, outras legislações como, por exemplo, o Código Penal Francês (art.121-3), Código Penal Espanhol (art.5), não dispõe de uma definição de dolo.

Isso significa que, para o Código Penal Brasileiro, ocorre o dolo quando o agente delitivo, diretamente quer a produção do resultado, e também aquele que mesmo não o desejando diretamente, assume o risco de produzi-lo, de modo que o autor deve aceitar o resultado derivado da sua ação. Desse modo, para se falar em dolo, é preciso que autor tenha calculado a ação do delito e a consequência danosa como resultado, de acordo com o doutrinador Eugenio Raúl Zaffaroni, não existindo essa previsão, não se pode caracterizar como dolo. (ZAFFARONI. 2013, p. 437)

Em contrapartida, considerando que dolo é a vontade livre e consciente de praticar algum delito, porém, o erro de tipo, pode ocorrer por uma falsa percepção da realidade, como nos explica Rogério Greco:

No erro de tipo o autor imagina uma situação diversa da que realmente existe, como no exemplo do caçador, afastando então a concepção do Dolo, “é o fenômeno que determina a ausência de dolo quando, havendo uma tipicidade objetiva,

falta ou é falso o conhecimento dos elementos requeridos pelo tipo objetivo." (GRECO; apud ZAFFARONI. p. 411).

Sendo assim, o afastamento do dolo é pautado na ausência de consciência e de vontade livre daquele que supostamente comete o crime com erro de tipo, não sendo devido, portanto, caracterizar o dolo se houve um erro de tipo em determinada conduta.

2.3.1.1 *Espécies de Dolo*

Na concepção de Greco (2016, p. 187) "costuma-se distinguir o dolo em direto e indireto", o primeiro classificado em primeiro e segundo graus e o segundo, em alternativo ou eventual, onde dolo direto é aquele em que o agente efetivamente quer praticar uma conduta típica para obter um resultado, ou seja, incorre na primeira parte do inciso I, artigo 18, do Código Penal.

Quando ao dolo direto Rogerio Greco, estabelece que, este, em relação ao fim proposto e aos meios escolhidos é classificado como de primeiro grau, e em relação aos efeitos colaterais, representados como necessários, é classificado como de segundo grau (GRECO, 2011, p. 187).

Comumente, diz-se de primeiro grau, pois a conduta do agente é voltada a um determinado resultado, abrangendo meios para tanto e de segundo grau, pois a conduta do agente é voltada a um resultado efetivamente desejado, mas a utilização dos meios para alcançá-lo resultam efeitos colaterais que acabam atingindo terceiros. Em contrapartida, o dolo indireto é aquele em que a vontade do agente é dirigida a um resultado determinado, porém vislumbrando a possibilidade da ocorrência de um resultado não desejado, o agente praticando a conduta, admitindo a ocorrência de resultado diverso do pretendido (segunda parte do inciso I, artigo 18, do CP).

O dolo indireto ou indeterminado por seu turno caracteriza-se quando o agente, através de sua conduta, não busca resultado certo nem determinado. Saliente-se que o dolo indireto é gênero, e uma de suas espécies é o famigerado dolo eventual. O dolo eventual está previsto no art. 18, I, in fine, do Código Penal, *in verbis*: "Diz-se o crime doloso: I – doloso, quando o agente [...] assumiu o risco de produzi-lo" (BRASIL, 1940).

Logo, o artigo mencionado restou por cuidar tanto do dolo direto quanto do dolo eventual, porém, o que os diferencia, conforme ensinamentos de Bitencourt (2018, p. 530) é que "no dolo eventual o agente prevê o resultado como provável ou, ao menos, como possível, mas, apesar de prevê-lo, age aceitando o risco de produzi-lo, por considerar mais importante sua ação que o resultado".

Entendido o significado de dolo direto, cabe lembrarmos o conceito de dolo eventual (segunda parte do art. 18, I do Código Penal). Existe dolo eventual quando "o agente tem consciência do risco criado por seu comportamento, considerada seriamente a realização do tipo e se conforma com o resultado lesivo. O agente sabe da ofensividade da sua conduta e mostra-se indiferente à ocorrência do evento lesivo".

Nas palavras de Cunha:

Quando o agente assim se posiciona, revela indiferença ao resultado possível, razão pela qual é responsabilizado por dolo. O dolo eventual é aplicável a todos os crimes compatíveis com a assunção do risco de causar o resultado criminoso, ou seja, aqueles em que o tipo penal não imponha o dolo direto [...] (CUNHA, 2017, p.215).

Percebe-se, logo, pelo acima exposto, que o agente não tem vontade consciente de alcançar o resultado mais grave, mas mesmo tendo previsão daquele resultado continua em seu intento criminoso, assumindo o risco de produzi-lo.

O agente não quer o resultado, mas assume o risco de produzi-lo. O que precisa existir para a configuração do dolo eventual não é apenas a assunção do risco, mas, obrigatoriamente, a indiferença quanto ao resultado possível de sua conduta arriscada. É preciso prever o resultado e agir indiferente a ele.

Destarte, infere-se que, diferentemente da culpa consciente (ou culpa com previsão), no dolo eventual, o agente, ainda que só eventualmente, entendendo as probabilidades de se acalcar determinado resultado, isto é, aceita a sua produção; enquanto que na culpa consciente, porém, há mera previsão, sem que, com isso, se aceite o resultado.

2.3.2 Da culpa

O artigo 18, II, do Código Penal Brasileiro conceitua crime culposo como sendo aquele em que ocorre quando o agente deu causa ao resultado por imprudência, negligência ou imperícia (BRASIL, 1940).

O refreio disposto pugna o reconhecimento da Culpa quando presentes a imprudência, a negligência ou a imperícia na ação do autor. A conduta do autor foi voluntária, mas o resultado alcançado não era pretendido, tendo ocorrido por sua imprudência, negligência ou imperícia, porque deixou de tomar um cuidado objetivo, que lhe era exigível em face das circunstâncias

Portanto, homicídio culposo pode ser entendido como um crime material, de dano, de conduta e resultado, no qual o objeto jurídico tutelado, além da vida humana, é a segurança no trânsito.

O Código de trânsito Brasileiro prevê em seu artigo 302 a responsabilidade culposa ao homicídio praticados na direção de veículo automotor, aplicando pena de detenção, de dois a quatro anos, e suspensão ou proibição de se obter a permissão ou a habilitação para dirigir veículo automotor.

Art. 302. Praticar homicídio culposo na direção de veículo automotor: Penas: detenção de 2 (dois) a 4 (quatro) anos e suspensão ou proibição de se obter a permissão ou a habilitação para dirigir veículo automotor. Parágrafo único. No homicídio culposo cometido na direção de veículo automotor, a pena é aumentada de um terço à metade, se o agente: I – não possuir permissão para dirigir ou carteira de habilitação; II – praticá-lo em faixa de pedestres ou na calçada; III – deixar de prestar socorro, quando possível fazê-lo sem risco pessoal, à vítima do acidente; IV – no exercício de sua profissão ou atividade estiver conduzindo veículo de transporte de passageiros. (BRASIL, 1997).

O tipificado nesse artigo traz consigo críticas no sentido da inobservância ao princípio da igualdade, tendo em vista que a pena aplicada no CTB é superior a pena cominada ao homicídio culposo no Código Penal Brasileiro em seu artigo 121, § 3º, em que se tem pena de detenção, de um a três anos. Para tanto sustentam determinados teóricos pela inconstitucionalidade do artigo 302, pois este ofenderia ao princípio da isonomia já que se trata de um mesmo resultado, homicídio culposo, com penas diferentes.

Um conceito mais completo de culpa encontra-se no Código Penal Militar, em seu Art. 33: Art. 33 - Diz-se o crime: (...) II – culposo, quando o agente, deixando de empregar a cautela, atenção, ou diligência ordinária, ou especial, a que estava obrigado em face das circunstâncias, não prevê o resultado que podia prever ou, prevendo-o, supõe levemente que não se realizaria ou que poderia evitá-lo. (BRASIL. Decreto-Lei Nº 1.001, de 21 de outubro de 1969. Código Penal Militar).

O Homicídio Culposo traz outro ponto de debate no que diz respeito a expressão "matar" utilizada no artigo 302 do CTB, defende Damásio Evangelista Jesus que termo correto seria "praticar" (JESUS, 2019).

A culpa "é o comportamento voluntário desatencioso, voltado a um determinado objetivo, lícito ou ilícito, embora produza resultado ilícito, não desejado, mas previsível, que podia ter sido evitado". (NUCCI, 2014, p. 187).

Assim, a culpa se forma através de uma conduta que pode ser comissiva, que uma ação ou omissiva, uma omissão. Essa conduta de conter uma inobservância de um dever de cuidado, conforme nos leciona Rogério Greco:

A conduta humana que interessa ao Direito Penal só pode ocorrer de duas formas: ou o agente atua dolosamente, querendo ou assumindo o risco de produzir o resultado, ou culposamente, dá causa a esse mesmo resultado, agindo com imprudência, imperícia ou negligência. Dessa forma, somente podemos falar em conduta dolosa ou culposa. (GRECO, 2016, p. 299)

Verifica-se, portanto, que o agente repele, embora inconscientemente, a hipótese de superveniência do resultado e empreende a ação na esperança ou persuasão de que este não ocorrerá, pois assumir o risco é alguma coisa mais que ter consciência de correr o risco: é consentir previamente no resultado, caso venha este, realmente ocorrer.

2.3.2.1 Tipos de culpa

Nucci (2011, p. 243) conceitua as espécies de culpa da seguinte maneira:

Imprudência é a forma ativa de culpa, significando um comportamento sem cautela, realizado com precipitação ou com insensatez. Negligência é a forma passiva de culpa, ou seja, assumir uma atitude passiva, inerte material e psiquicamente, por descuido ou desatenção, justamente quando o dever de cuidado objetivo determina de modo contrário. Imperícia é a imprudência no campo técnico, pressupondo uma arte, um ofício ou uma profissão. Consiste na incapacidade, inaptidão, insuficiência ou falta de conhecimento necessário para o exercício de determinado mister.

A culpa consciente, portanto, se dá quando o agente até pode prever o resultado de sua conduta, mas acredita verdadeiramente que será capaz de evitá-lo. Além disso, Nucci (2011) ensina que a culpa possui os seguintes elementos: a conduta humana voluntária, omissiva ou comissiva; a ausência de dever objetivo de

cuidado que ocorre quando o agente deixa de seguir regras básicas e gerais de cautela; o resultado lesivo não desejado ou previsto.

Neste caso, é imprescindível que o agente não tenha buscado o resultado; a previsibilidade, capacidade de qualquer ser humano normal em prever um resultado danoso, pois se a média sociedade não for capaz de prevê-lo afastada estará a culpa; a ausência de previsão ou a previsão de resultado não esperando seu acontecimento, respectivamente, culpa inconsciente e culpa consciente; a tipicidade, haja vista que quando o crime for culposos deve estar previsto em lei e por fim, o nexo causal que é o liame entre a conduta e o resultado através da previsibilidade.

Várias são as espécies de culpa, entretanto para o presente trabalho será necessário tratar somente a culpa consciente, posto que a mesma se relaciona diretamente aos crimes de trânsito decorrentes da condução de veículo automotor por motoristas embriagados, especificamente o de homicídio.

De acordo com Capez (2015, p. 229): "Culpa consciente ou com previsão é aquela em que o agente prevê o resultado, embora não o aceite. Há no agente a representação da possibilidade do resultado, mas ele a afasta, por entender que a evitará e que sua habilidade impedirá o evento lesivo previsto", de modo que o agente tem a previsibilidade do resultado e ainda assim não espera que o mesmo aconteça.

Na culpa consciente, o agente, por ação ou omissão, pratica um ato típico, lesionando um bem jurídico tutelado por não ter observado o dever de cuidado que deveria ter na realização de sua conduta, agindo com negligência, imprudência ou imperícia, o vislumbre do resultado é feito pelo agente, mas ele acredita fielmente que suas habilidades o impedirão de ocorrer, por isso ele não assume o risco. Por outro lado, no dolo eventual, o agente prevê a possibilidade da ocorrência do resultado, mas continua a praticar a conduta, não se importando, ele assume o risco.

Ainda sobre esse assunto, Rogério Greco explica que:

Culpa consciente é aquela em que o agente, embora prevendo o resultado, não deixa de praticar a conduta acreditando, sinceramente, que este resultado não venha a ocorrer. O resultado, embora previsto, não é assumido ou aceito pelo agente, que confia na sua não ocorrência. (Greco, 2016, p. 204-205)

A culpa consciente (com previsão ou *ex lascívia*) caracteriza-se, portanto, quando o agente tem previsão de que um resultado pode ser alcançado com a prática da conduta, entretanto, acredita fielmente que com sua habilidade poderá

evitá-lo e, assim, espera que o mesmo não ocorra, conforme, também nos leciona o ilustre César Rodrigues Bitencourt:

Há culpa consciente, também chamada culpa com previsão, quando o agente conhece a perigosidade da sua conduta, representa a produção do resultado típico como possível (previsibilidade), mas age deixando de observar a diligência a que estava obrigado, porque confia convictamente que ele não ocorrerá. (BITENCOURT, 2018, p. 559-560)

Por outro lado, a culpa inconsciente (sem previsão ou *ex ignorantia*), por seu turno, é o antônimo da culpa consciente. O agente não tem previsão de um resultado que, naquele caso, era previsível. Ainda, ensina Bitencourt:

Na culpa inconsciente, apesar da possibilidade de previsibilidade *ex ante*, não há a previsão por descuido, desatenção ou simples desinteresse do autor da conduta perigosa. Ou seja, o sujeito atua sem se dar conta de que sua conduta é perigosa, e de que desatende aos cuidados necessários para evitar a produção do resultado típico, por puro desleixo e desatenção (BITENCOURT, 2018, p. 561).

Dessa forma, verifica-se que o limite entre dolo eventual e culpa consciente é que no primeiro está à previsão e à aceitação do resultado, neste caso o agente sabe do risco e do resultado que poderá provocar, não quer que ocorra, mas mesmo assim assume o risco e não deixa de agir. Já no segundo, o agente sabe do resultado que sua conduta poderá gerar, também não quer que ocorra, mas, confiante em sua astúcia não deixa de agir devido ao fato de acreditar que nada ocorrerá.

Juarez Cirino dos Santos (2014, p. 135) aponta que “o dolo eventual se caracteriza, no nível intelectual, por levar a sério a possível produção do resultado típico e, no nível da atitude emocional, por conformar-se com a eventual produção do resultado”.

O caso da lesão corporal é mais emblemático, por uma falha legislativa: enquanto a lesão dolosa (artigo 129 do CP) pune o autor com pena de detenção, de três meses a um ano, a lesão corporal culposa no trânsito (artigo 303 do CTB) tem pena de seis meses a dois anos; ou seja, o condutor que causa lesão em outra pessoa, durante a condução de veículo automotor, terá uma pena maior se o seu comportamento não foi intencional, do que se restar comprovado a sua decisão anterior de se produzir a mera lesão na vítima (desde que, obviamente, se constate a intenção em somente machucar; pois, dependendo da situação, pode-se concluir pela tentativa de homicídio; e aí, a pena será maior – a mesma pena do crime

consumado, diminuída de um a dois terços, conforme artigo 14, parágrafo único, do CP).

2.5 A embriaguez ao volante como elemento caracterizador do dolo eventual

Esclarecida a diferenciação entre crime doloso e culposos, e a repercussão desta distinção, passemos à análise da "embriaguez ao volante" como fator decisivo para se configurar o homicídio (ou a lesão corporal) como crime doloso, considerando que, com a alteração dada pela Lei da Lei Nº 13.546/17, foi instituída nova disciplina na relação entre os crimes de homicídio e lesão corporal e o crime de embriaguez ao volante, afastando-se a possibilidade de concurso, ao acrescentar, nos artigos 302 e 303, parágrafos que tratam a embriaguez como circunstância qualificadora dos crimes de homicídio e lesão corporal culposos.

O homicídio **culposo** cometido sob a influência de álcool passa a ter pena mínima de cinco anos, ao passo que o homicídio **doloso** do art. 121 do CP tem pena mínima de apenas seis anos. Na lesão corporal a desproporcionalidade é ainda maior, pois, no Código Penal, a lesão **dolosa** de natureza grave tem pena mínima de um ano e a gravíssima é apenada com no mínimo dois anos; na nova disciplina do CTB, a lesão **culposa** grave ou gravíssima cometida sob a influência de álcool é apenada com no mínimo dois anos.

Estas novas penas relacionadas aos crimes de trânsito, dada a relevância da lesão aos bens jurídicos que se busca tutelar, são adequadas, mas, revelam a necessidade de uma análise profunda de determinadas reprimendas cominadas no Código Penal, cujas disposições, em muitos casos, não têm garantido a devida retribuição a condutas de alta gravidade, ante às especificações das leis de trânsito.

Assim, pode-se observar que a principal novidade ocorre nas infrações penais que acarretam morte ou ferimentos por motoristas sob estado de embriaguez, antiga celeuma que acompanha o diploma de trânsito desde a sua entrada em vigor, de modo que no caso de uma pessoa que premeditadamente, ingeriu bebida alcoólica e, sob seu efeito, cometeu algum crime qualificado como sendo de trânsito, entende-se que está presente o dolo, visto que o que se avalia é a liberdade de ação no momento em que se decidiu por aquela conduta.

A doutrina define essa situação como sendo a teoria da "*actio libera in causa*" (ação livre na causa) e a lei penal NÃO isenta, de responsabilidade, o autor pelo ato sob o estado de embriaguez, como podemos constatar pelo artigo 28, inciso II, do CP: "*Não excluem a imputabilidade penal ... a embriaguez, voluntária ou culposa, pelo álcool ou substância de efeitos análogos*".

Nei Mitidiero (2019), afirma que:

Haverá concurso aparente de normas incriminadoras, atuando o princípio da absorção ou consunção, em face do qual o crime de embriaguez ao volante ressobra absorvido em decorrência da prática conjunta daquele crime de homicídio culposo de trânsito. A embriaguez, entretanto, influirá no cálculo da pena-base. (MITIDIERO, p. 462, 2019).

Isso ocorre porque o crime de embriaguez ao dirigir deixa de ser autônomo e passa a integrar o crime de homicídio culposo no trânsito como qualificadora. Desse modo, é necessário analisar se ao matar alguém no trânsito sob efeito de álcool, o agente estava agindo com dolo eventual ou culpa consciente.

Sendo assim, resta evidente que, para a constatação do crime de homicídio culposo no trânsito é necessária a exibição de prova segura, caso contrário, na dúvida resolve-se em benefício do réu com a improcedência da ação. Dessa forma, para haver a materialidade do delito, torna-se fundamental o exame de corpo de delito e o auto de necropsia, bem como a prova do nexo causal e dos indícios suficientes.

2.6 Jurisprudência

Conforme se tem acompanhado em diversos casos, o dolo eventual tem sido reconhecido nos delitos de homicídio no trânsito, seja porque o agente se embriagou e assumiu a direção do veículo automotor ou porque dirigiu com excesso de velocidade ou, muitas vezes, embriagou-se e dirigiu com excesso de velocidade. o que acabou resultando em um acidente em que veio levar uma pessoa a morte.

Vejamos o posicionamento de nossos tribunais acerca do assunto:

RECURSO EM SENTIDO ESTRITO. HOMICÍDIO POR DUAS VEZES NO TRÂNSITO. DESCLASSIFICAÇÃO PARA INFRAÇÕES DIVERSAS DE CRIMES CONTRA A VIDA. Recurso do assistente da acusação pugnando a pronúncia do réu por homicídio com dolo eventual. Indícios de que o réu, em excesso de velocidade, efetuando manobras de ultrapassagem em local proibido e sob a influência de álcool, provocou a morte das vítimas. Inviabilidade da desclassificação diante da dúvida razoável acerca da admissão da produção do resultado morte. Pleito de inclusão da qualificadora do recurso que impossibilitou a defesa da vítima. incompatibilidade com o dolo eventual. recurso parcialmente provido para pronunciar o réu e submetê-lo a júri popular nos termos do art. 121, caput, do Código Penal. (TJPR - 1ª C.Criminal - RSE - 1684533-7 - Ipiranga - Rel.: Macedo Pacheco - Unânime - J. 12.04.2018).

O Superior Tribunal de Justiça, por inúmeras vezes, já tem promovido em seus julgados a possibilidade de aplicabilidade do dolo eventual nos sinistros de trânsito envolvendo morte ou lesões corporais quando provado estar o condutor em estado de embriaguez, mediante o seguinte entendimento:

O Superior Tribunal de Justiça tem decidido que o dolo eventual não é extraído da "mente do agente", mas das circunstâncias do fato, de modo que a ocorrência de duas mortes e da lesão corporal, ou seja, a ofensa à integridade física de três vítimas faz parte do resultado assumido pelo agente, que sob a influência de álcool e em alta velocidade, trafegou na contramão de direção. No caso, tais elementos foram bem delineados da denúncia, demonstrando-se a antevisão do acusado a respeito do resultado assumido, sendo capaz, portanto, de justificar a imputação (STJ, HC 301.295/SP, Rel. Min. Sebastião Reis Júnior, 6ª T. DJe 13/05/2015)

Nesta senda, o STJ tem demonstrado o entendimento que o dolo eventual está intimamente relacionado às circunstâncias o fato ocorrido, que comprovem a ciência da possibilidade do resultado drástico, justificando, assim, a imputação penal correspondente. Também importante se faz a demonstração do posicionamento do Tribunal de Justiça de Minas Gerais, quando se trata de decisões sobre o dolo eventual e da culpa consciente, em casos de embriaguez ao volante.

EMENTA: EMBARGOS INFRINGENTES. PRONÚNCIA. HOMICÍDIO. TRÂNSITO. DOLO EVENTUAL. INOCORRÊNCIA. CULPA CONSCIENTE. DESCLASSIFICAÇÃO. 1. Para que se conclua se o crime foi praticado com dolo eventual ou culpa consciente é necessário examinar as circunstâncias de cada caso, não sendo possível aplicar fórmulas pré-determinadas. 2. Inexistindo nos autos elementos suficientes para comprovar que o agente, com sua conduta, assumiu o risco de produzir o resultado morte, a desclassificação é medida que se impõe, reconhecendo-se a existência de culpa consciente e não de dolo eventual. (MINAS GERAIS. TJMG.Emb Infring e de Nulidade 1.0481.12.007005-9/002, Relator(a): Des.(a) Maria Luíza de Marilac, 3ª CÂMARA CRIMINAL, julgamento em 24/06/2014, publicação da súmula em 03/07/2014).

No acórdão o relator entende que o fato do agente estar embriagado, comprovado mediante teste de bafômetro, não tem o condão, (por si só), de ligar ao dolo, vez que, não existem elementos concretos que indique a execução de uma conduta proposital. Para magistrado a linha divisória para correta aplicação do tipo

encontra-se na vontade de lesar o bem jurídico, há que se ter indícios de que o agente anuiu com o resultado, em homicídios como no presente caso diante da conduta do mesmo, denota imprudência ao dirigir o veículo embriagado confiando estar em condições de dirigir.

Na mesma linha, a Primeira Turma do Supremo Tribunal Federal (STF) negou Habeas Corpus (HC 155182) no qual a defesa do agente causador do acidente de trânsito que resultou em morte, pedia a desclassificação do crime de dolo eventual para homicídio culposo.

A maioria dos ministros da Turma concluiu que as circunstâncias do fato – embriaguez, alta velocidade e o local do tráfego (região urbana) – afastam qualquer irregularidade da decisão de pronúncia que reconheceu o dolo eventual. No voto condutor da votação, o ministro Alexandre de Moraes salientou que não houve imputação de que o agente quis matar a vítima, mas a informação de que ele não mediu sua conduta ou não a interromperia mediante um resultado previsível.

Sendo assim, o que se conclui, é que a configuração do dolo eventual está relacionada à constatação da conduta preordenada do agente ou em situações onde haja comprovada além da embriaguez outras condutas imprudentes, tais como, racha, excesso de velocidade, contramão, entre outros, evidenciando a assunção do risco de produzir o resultado.

Considerações finais

O CTB foi criado em 1997 com vistas à redução das mortes no trânsito, como resposta aos clamores populares, porém, notadamente, sobre os crimes de trânsito (homicídio e lesão corporal na direção de veículo automotor), é evidente observar o quanto que esse diploma legal passou por alterações nos mais de 20 anos de sua vigência.

Dentre as diversas modificações sofridas pelo referido diploma legal, a mais recente mudança no CTB deu-se com a aprovação da Lei Nº 13.546/2017, elevando a pena para os casos de homicídio culposo na direção de veículo automotor, estando o condutor sob a influência de álcool, passando a pena de cinco a oito anos de reclusão e ainda estabelecendo uma qualificadora no crime de lesão corporal culposa cometida na direção de veículo automotor.

Todavia, não resta pacificado o entendimento pelo dolo eventual, visto que alguns magistrados entendem pela aplicação do princípio "*in dubio pro reo*", pelo qual deve ser caracterizada a culpa consciente, sendo o réu beneficiado em sua pena, face à existência de muitas teorias que permeiam a normal penal vigente, dificultando, ainda mais, nos casos práticos, por ser a conduta do dolo eventual e

culpa consciente, muito semelhante, ocasionando muitas divergências entre doutrinadores e jurisprudências.

Importa mencionar ainda, que, diante da diferenciação entre culpa consciente e dolo eventual, observou-se que em ambas as situações há previsão do resultado pelo agente, haja vista suas gritantes similaridades, guardadas as devidas proporções. Porém, o que os diferencia é a questão da aceitação ou não do resultado. Não se pode impor ao motorista embriagado uma responsabilização objetiva que o mesmo aceitou o resultado pelo simples fato de dirigir embriagado, sendo o sistema jurídico pátrio é o da culpabilidade. O que ocorre em quase todos os casos, é que o motorista acredita firmemente que com sua habilidade poderia evitar o resultado delituoso.

Assim, analisando-se as mais diferentes responsabilidades aplicadas aos condutores que incidem em resultado danoso devido o consumo de álcool combinado com o volante, vislumbra-se que o nosso sistema jurídico não deixa tais pessoas impunes, mas buscam que sejam responsabilizadas por aquilo que efetivamente praticaram, atribuindo penas distintas de acordo com a manifestação da vontade e da consciência de se dirigir sob o efeito de substâncias psicoativas.

Deve-se, portanto, efetuar uma análise das circunstâncias para identificar se o condutor agiu da forma culposa, sendo de fundamental importância definir se o fato se subsume ao Código Penal ou ao Código de Trânsito, até porque a sanção, neste caso, é mais elevada (detenção, de dois a quatro anos, e suspensão ou proibição de se obter a permissão ou habilitação para dirigir veículo automotor), sem falar das causas de aumento (um terço à metade) específicas para este crime, contidas no parágrafo único do art. 302.

Desse modo, para finalizar o presente trabalho, conclui-se que, havendo crimes de trânsito por embriaguez, devem os aplicadores do direito agir dentro dos princípios norteadores do direito penal, tais quais: princípio da legalidade; princípio da equidade; princípio do devido processo legal, princípio da ampla defesa e do contraditório e o princípio da especialidade, visando assim, a consecução de um julgamento justo e equânime.

Referências bibliográficas

ASSOCIAÇÃO BRASILEIRA DE NORMAS TÉCNICAS – ABNT. **ABNT NBR 10.697: Pesquisa de acidentes de trânsito – terminologia**. Rio de Janeiro: ABNT, 1989.

ALMEIDA, Corália Thalita Viana. **Memória, mídia e pensamento criminológico: enfoque em casos brasileiros (1988- 2016)**. / Corália Thalita Viana Almeida, 2017.

Orientador (a): Profa. Dra. Livia Diana Rocha Magalhães. Vitória da Conquista, 2017. 324f.

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de Direito Penal: Parte Geral 1**. 24 ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018.

BRASIL. **Decreto-Lei Nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940**. Código Penal Brasileiro. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/CCIVIL_03/Decreto-Lei/Del2848.htm. Acesso em: 02 fev. 2021.

_____. **Lei Nº 9.503, de 23 de setembro de 1997**. Institui o Código de Trânsito Brasileiro. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9503Compilado.htm. Acesso em: 02 fev. 2021.

_____. **Lei Nº 13.546, de 19 de dezembro de 2017**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2017/Lei/L13546.htm#art3. Acesso em: 01 fev. 2021.

_____. Ministério da Saúde. Secretaria de Vigilância em Saúde. Departamento de Vigilância de Doenças e Agravos Não Transmissíveis e Promoção da Saúde. **Viva: Vigilância de Violências e Acidentes: 2013 e 2014**. Brasília: Ministério da Saúde, 2017.

CALLEGARO, Henrique Dorneles. (2012). O Reconhecimento Do Dolo Eventual Nos Crimes Cometidos Na Direção De Veículo Automotor. 47 f. Trabalho de Conclusão de Curso (Graduação em Direito) – UNIJUÍ: Universidade Regional do Noroeste do Estado do Rio Grande do Sul.

CAPEZ, Fernando. **Curso de Direito Penal, Volume 1, Parte Geral: (arts. 1º a 120)**. 15.ª ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA. **Em dez anos, acidentes de trânsito consomem quase R\$ 3 bilhões do SUS**. Portal Médico: 2019. Disponível em: https://portal.cfm.org.br/index.php?option=com_content&view=article&id=28254:2019-05-22-21-49-04&catid=3. Acesso em 26 de maio de 2020.

CUNHA, Rogério Sanches. **Manual de Direito Penal: parte geral (arts. 1º ao 120)**. 5. ed. Salvador: JusPODIVM, 2017

DENATRAN. **Pare, Pense, Mude: Parada Pacto Nacional Pela Redução de Acidentes**. 2011. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9503.htm. Acesso em: 29 jan. 2021.

G1. **Mortes em estradas federais no carnaval de 2020 sobem 8%, diz PRF.** 2020. Disponível em: <https://g1.globo.com/carros/noticia/2020/02/27/mortes-em-estradas-federais-no-carnaval-de-2020-sobem-8percent-diz-prf.ghtml>. Acesso em: 26 jan. 2021.

GRECO, Rogério. **Curso de Direito Penal.** 18.^a ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2016.

JESUS, Damásio Evangelista. **Direito Penal: Parte Geral.** v. 1. 30. São Paulo, 2019.

LENZA, Pedro. **Direito Penal Parte Especial Esquemático.** 12^a Edição. 2016.

MARTINELLI, João Paulo Orsini.; DE BEM, Leonardo Schmitt de. **Lições fundamentais de direito penal: parte geral.** 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2018.

MITIDIERO, Nei Pires. **Crimes de trânsito e circulação de trânsito: comentários à parte penal do CTB.** São Paulo: Saraiva, 2019.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de direito penal: parte geral: parte especial.** 7.^a ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011.

_____. **Leis Penais e Processuais Penais Comentadas.** 8. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014.

OMS. ORGANIZAÇÃO MUNDIAL DA SAÚDE. **Relatório global sobre o estado da segurança viária – 2015.** Disponível em: http://www.who.int/violence_injury_prevention/road. Acesso em: 21 jan. 2021.

PRADO, Luiz Regis. **Curso de direito penal brasileiro: parte geral e parte especial.** 18^a Edição. Editora Forense, 2019.

PREVIDELLI, A. **As 20 doenças que mais matam no Brasil | EXAME.** REVISTA EXAME, 2016.

SANTOS, Juarez Cirino dos. **Direito Penal: Parte Geral.** 6. Ed. Curitiba: ICPC, 2014.

SENADO FEDERAL. **Explosão de motos e mortes.** Revista de audiências públicas do Senado Federal, 2012.

SILVA, Pedro Henrique Viana. **Dolo eventual e culpa consciente: conceitos e distinções.** Âmbito Jurídico, 2017. Disponível em: <https://ambitojuridico.com.br/cadernos/direito-penal/dolo-eventual-e-culpa-consciente-conceitos-e-distincoes/>. Acesso em: 25 jan. 2021.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **HC: 155182 SP - SÃO PAULO 0068551-16.2018.1.00.0000.** Relator: Min. MARCO AURÉLIO, Data de Julgamento: 23/04/2019, Primeira Turma, Data de Publicação: DJe-169 05-08-2019.

SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. STJ. **Habeas Corpus: HC 301.295/SP.** Rel. Min. Sebastião Reis Junior. Data de Julgamento: 28/04/2015, T6 - Sexta Turma, Data de Publicação: DJe 13/05/2015., DJe 13/05/2015.

Tribunal de Justiça de Minas Gerais TJ-MG – **Bem. Infring. e de Nulidade 1.0481.12.007005-9/002.** Relator (a): Des.(a) Maria Luíza de Marilac, 3ª CÂMARA CRIMINAL, julgamento em 24/06/2014, publicação da súmula em 03/07/2014.

Tribunal de Justiça do Paraná - TJPR. **Recurso em Sentido Estrito: RSE 1684533-7 Ipiranga.** Relator: Desembargador Macedo Pacheco. DJ: 12/04/2018. Disponível em: <https://portal.tjpr.jus.br/jurisprudencia/j/12516488/Ac%C3%B3rd%C3%A3o-1684533-7>. Acesso em: 23 jan. 2021.

ZAFFARONI, Eugênio Raúl; PEIRANGELI, José Henrique. **Manual de Direito Penal Brasileiro – Volume I, Parte Geral.** – 10. Ed. ver., atual. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013.

i Graduado em Direito pela Universidade Camilo Castelo Branco (2008). Especialização em Direito Penal e Processo penal com Capacitação para o Ensino no Magistério Superior pela Faculdade de Direito Professor Damásio de Jesus (2014). Professor do curso de Direito da Universidade Brasil – Campus Fernandópolis. E-mail: gustavo.baldan@hotmail.com