

V. 19 • N. 4 • SETEMBRO/DEZEMBRO • 2017

ISSN 2236-8957

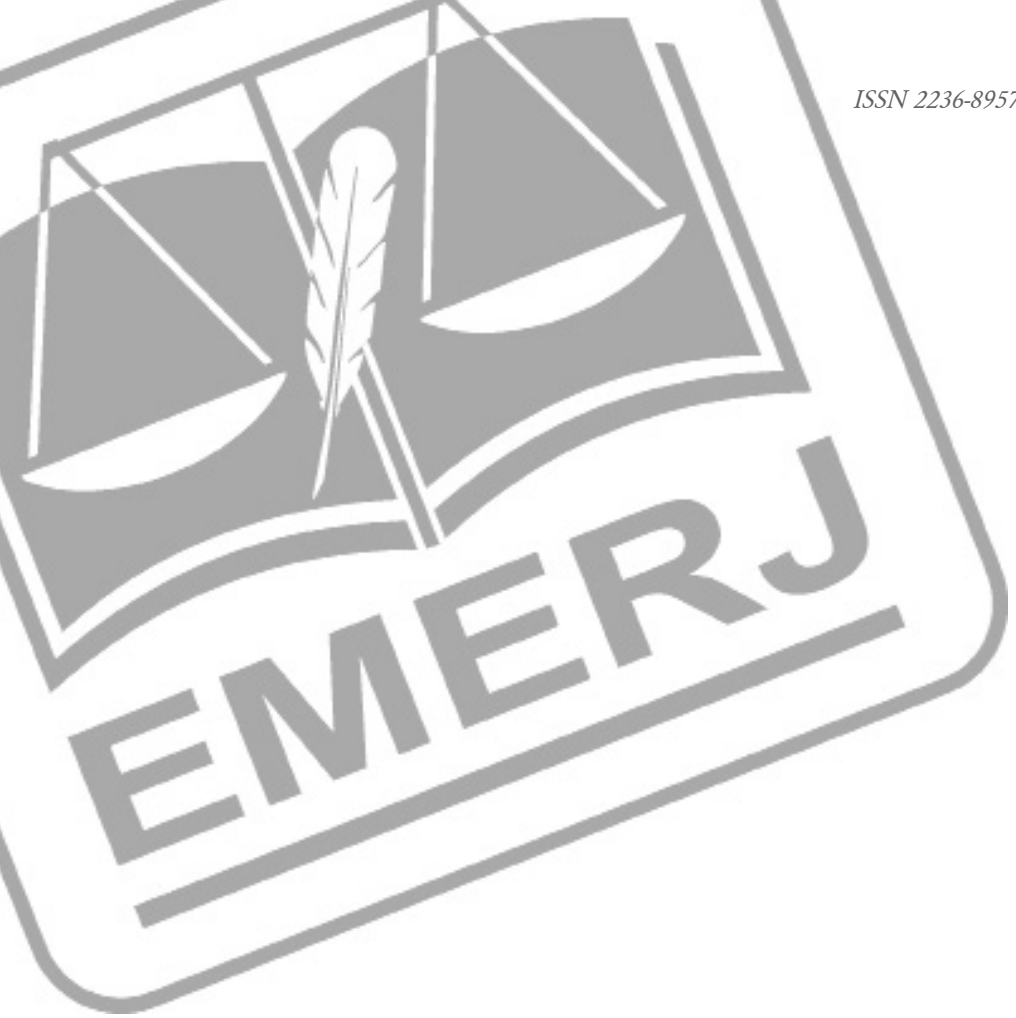
REVISTA DA

EMERJ

ESCOLA DA MAGISTRATURA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO



ISSN 2236-8957



Revista da EMERJ

*Setembro/Dezembro
V. 19 - n. 4 - Ano 2017*

Rio de Janeiro

© 2017 EMERJ

Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro - EMERJ TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO - TJERJ

Revista doutrinária destinada ao enriquecimento da cultura jurídica do País.

EQUIPE EDITORIAL:

Coordenador Editorial: Juiz de Direito Antônio Abi Ramia Duarte.

Conselho Editorial: Ministro do STF Luiz Fux, Ministro do STJ Luis Felipe Salomão, Ministro do STJ Marco Aurélio Bellizze Oliveira, Ministro do STJ Antonio Saldanha Palheiro, Desembargador Sérgio Cavalieri Filho, Desembargador Jessé Torres Pereira Júnior, Desembargador Caetano Ernesto da Fonseca Costa, Desembargador Eduardo Gusmão Alves de Brito Neto, Desembargador Luiz Roberto Ayoub, Desembargador Federal Abel Fernandes Gomes, Desembargador Federal Aluísio Gonçalves de Castro Mendes, Juiz de Direito Daniel Vianna Vargas, Juiz de Direito José Guilherme Vasi Werner, Juiz de Direito Rafael Estrela Nóbrega, Procurador do Estado do Rio de Janeiro Rodrigo Borges Valadão, Doutor Humberto Dalla Bernardina de Pinho, Mestre Luciano Vianna Araújo.

Portaria nº 68/2017

Editores Associados: Juiz de Direito Álvaro Henrique Teixeira de Almeida, Juíza de Direito Adriana Ramos de Mello, Juiz de Direito Carlos Gustavo Vianna Direito, Juíza de Direito Daniela Bandeira de Freitas, Juíza de Direito Daniela Barbosa Assumpção de Souza, Juíza de Direito Raquel Santos Pereira Chrispino, Juiz de Direito Ricardo Lafayette Campos.

Revista da EMERJ. v. 1, n. 1 -
1998 -

Rio de Janeiro: EMERJ,

v.

ISSN 1415-4951 (versão impressa)

ISSN 2236-8957 (versão *on-line*)

v. 1, n. 4, 1998: Anais da 4ª Semana de Integração Jurídica Interamericana

Número Especial 2003: Anais dos Seminários EMERJ Debate o Novo Código Civil, parte I, fevereiro a junho/2002.

Número Especial 2004: Anais dos Seminários EMERJ Debate o Novo Código Civil, parte II, julho/2002 a abril/2003.

Edição Especial 2007: Comemorativa do Octogésimo Ano do Código de Menores Mello Mattos.

Edição Especial 2016: Comemorativa da Centésima Reunião do Fórum Permanente de Direito Empresarial.

1. Direito - Periódicos. I. RIO DE JANEIRO (Estado). Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro.

CDD 340.05

CDU 34(05)

Os conceitos e opiniões expressos nos trabalhos assinados são de responsabilidade exclusiva de seus autores. É permitida a reprodução total ou parcial dos artigos desta revista, desde que citada a fonte.

Todos os direitos reservados à Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro - EMERJ

Rua Dom Manuel, nº 25 - Rio de Janeiro/RJ CEP: 20010-090

Telefones: (21) 3133-3400 / 3133-2561

www.emerj.tjrj.jus.br - emerjpublicacoes@tjrj.jus.br

Poder Judiciário do Estado do Rio de Janeiro

■ PRESIDENTE

Desembargador Milton Fernandes de Souza

■ CORREGEDOR-GERAL

Desembargador Cláudio de Mello Tavares

■ 1º VICE-PRESIDENTE

Desembargadora Elisabete Filizzola Assunção

■ 2º VICE-PRESIDENTE

Desembargador Celso Ferreira Filho

■ 3º VICE-PRESIDENTE

Desembargadora Maria Augusta Vaz Monteiro de Figueiredo

Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro – EMERJ

■ DIRETOR-GERAL

Desembargador Ricardo Rodrigues Cardozo

■ CONSELHO CONSULTIVO

Desembargador Mauro Dickstein

Vice-Presidente

Desembargador Claudio Luiz Braga Dell'orto

Diretor Adjunto Administrativo

Desembargador Marco Aurélio Bezerra de Melo

Presidente da Comissão de Formação e Aperfeiçoamento de Magistrados - COMAM

Desembargador Fernando Cerqueira Chagas

Presidente da Comissão Acadêmica - COMAC

Desembargadora Claudia Pires dos Santos Ferreira

Desembargadora Maria Isabel Paes Gonçalves

Juiz Luiz Marcio Victor Alves Pereira

Juíza Adriana Ramos de Mello

Equipe Administrativa - EMERJ:

Diretora do Centro de Estudos e Pesquisas - CEPES: Elina Bussade dos Santos.

Execução Administrativa e Pesquisa: Yanka Albertin Sodré.

Produção Gráfico-Editorial: Assessoria de Publicação Acadêmica - EMERJ.

Responsável: Ébano Machel do Rosario Assis

Editor: EMERJ.

Programação Visual: Rafaelle Rego Neves

Capa: Marcelo Melim

Foto: Banco de Imagens

Revisão Ortográfica: Ana Paula Maradei, Claudio Mendonça e Sergio Silves.

Sumário

7 | Apresentação

Desembargador Eduardo Gusmão Alves de Brito Neto

9 | A Competência para Julgamento da Reclamação em Face das Decisões Proferidas pelas Turmas Recursais dos Juizados Especiais Cíveis

Alexandre Chini

Felippe Borring Rocha

23 | A Fundamentação e seus Contornos Garantísticos

Antonio Aurelio Abi-Ramia Duarte

Maria Eduarda de Oliveira Brasil

37 | A Custosa Questão Carcerária Brasileira e as Inverdades Convenientes

Francisco Glauber Pessoa Alves

61 | As Redes Sociais e o Terrorismo

Leandro de Matos Coutinho

78 | Civil mediation, how to kick-start it; the Italian experience - Training , compulsory , tax relieves , control

Dr. Giovanni Matteucci

101 | Crítica à Pertinência Temática

Gabriel Dolabela Raemy Rangel

125 | La Mediación Penal en España. Contextos Normativos e Institucionales. Experiencias Prácticas

Rosa María Freire Pérez

137 | O Argumento da Liberdade no Debate sobre a Constitucionalidade do Regime Sucessório do Companheiro: Notas ao Re 878.694/Mg

Rafael Mansur de Oliveira

161 | O Negócio Jurídico Processual na Execução

Luísa Monteiro Chaloub

177 | Útero de Substituição: A Responsabilidade Civil da Mulher Hospedeira em Caso de Recusa da Entrega da Criança

Raquel Veggi Moreira

Hildeliza Lacerda Tinoco Boechat Cabral

191 | Zoneamento Urbano como Mecanismo de Intervenção Econômica Municipal: O Caso dos Estabelecimentos Comerciais

Divo Augusto Cavadas

Apresentação

Nenhum de nós da Turma Zero, os assim chamados Pioneiros, integrantes da primeira turma da EMERJ, poderia antecipar em março de 1990 a dimensão que a Escola teria vinte e sete anos após: conhecida em todo o Brasil, ocupando o antigo prédio da Procuradoria Geral do Estado e repleta de Fóruns Permanentes do mais variado matiz e inclinações ideológicas as mais diversas, a que devem estar expostos os magistrados, particularmente em tempos de polarização, alimentada por algoritmos e *fake news*.

É com certa nostalgia daquele tempo, do início de tudo, e também com muito orgulho, que apresento ao Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro, e à comunidade científica como um todo, o volume 19, número 4 da Revista de Direito da EMERJ, que, tal como os Fóruns Permanentes, propõe-se a dar voz à vanguarda do pensamento jurídico, nesse eterno e constante processo de instrução e formação do juiz contemporâneo.

Os artigos desta nova edição mantêm a tradição de pluralismo. Ao lado de temas clássicos revisitados, como o “Dever de Fundamentação” ou a “Questão Carcerária”, os trabalhos abordam o direito comparado italiano e espanhol e questões modernas, de que são exemplo As Redes Sociais e o Negócio Jurídico Processual.

De volume em volume, artigo a artigo, seguem a Revista e a Escola sua tradição, sua vocação e sua história, feitos de reflexão, pensamento, criatividade, liberdade e suor, hoje corporificados em nosso Diretor-Geral, o operoso colega e amigo Ricardo Rodrigues Cardozo.

BOA LEITURA!

Eduardo Gusmão Alves de Brito Neto

Desembargador do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro

Membro do Conselho Editorial da Revista da EMERJ

A Competência para Julgamento da Reclamação em Face das Decisões Proferidas pelas Turmas Recursais dos Juizados Especiais Cíveis

Alexandre Chini

Pós-Graduado em Direito pela Universidade Gama Filho – UGF (1993). Professor da Graduação e da Pós-Graduação da Universidade Salgado de Oliveira. Juiz de Direito do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro – TJRJ. Membro da Comissão Judiciária de Articulação dos Juizados Especiais – COJES – e integrante da 4ª Turma Recursal do Tribunal de Justiça Rio de Janeiro – TJRJ

Felippe Borring Rocha

Doutorando do Programa de Pós-Graduação em Sociologia e Direito da Universidade Federal Fluminense – PPGSD/UFF. Mestre em Direito pela Universidade Estácio de Sá – UNESA (2001). Professor de cursos de graduação e pós-graduação em Direito e cursos preparatórios para concursos públicos. Articulista, palestrante e autor, dentre outros, dos livros Manual dos Juizados Especiais Cíveis Estaduais: Teoria e Prática, Sistema dos Juizados Especiais, Juizados Especiais Cíveis e Criminais Estaduais e Federais e Juizados Especiais Cíveis: Novos Desafios. Membro do IAB e do IBDP. Defensor Público do Estado do Rio de Janeiro

RESUMO: Este trabalho busca fazer uma análise sobre a controvérsia jurídica existente acerca da competência para o julgamento das reclamações por violação jurisprudencial (art. 988, II, III e IV, do Código de Processo Civil Brasileiro) impetradas em face de decisão proferida pelas Turmas Recursais dos Juizados Especiais Cíveis (Lei nº 9.099/1995), decorrente da antinomia existente entre a determinação expressa na Resolução nº 03/2016 do Superior Tribunal de Justiça e as regras constitucionais e legais. O objetivo do estudo é tentar construir uma reflexão sobre a questão e indicar qual seria o melhor caminho a ser seguido, com vistas à promoção do acesso à justiça dentro do Sistema dos Juizados Especiais.

PALAVRAS-CHAVE: Direito processual civil. Juizados especiais cíveis. Competência. Reclamação.

THE COMPETENCE FOR JUDGING THE CORRECTION IN FACE OF THE DECISIONS PRONOUNCED BY THE COURTS OF APPEALS OF THE CIVIL SMALL CLAIM COURTS

ABSTRACT: This work seeks to analyze the legal controversy regarding the competence to judge the corrections for case law's breach (article 988, II, III and IV, of the Brazilian Civil Procedure Code) proposed in the face of the decision handed down by the Courts of Appeals of the Civil Small Claim Courts (Act 9.099 of 1995), due to the antinomy existing between the determination expressed in the Resolution 3 of 2016 edited by the Superior's Justice Court and the constitutional e legal rules. The objective of the study is to try to construct a reflection on the question and indicate the best way to be followed, with a view to promoting access to justice taking in consider the Small Claim Courts System.

KEYWORDS: Civil procedure law. Small claim courts. Competence. Correction.

SUMÁRIO: 1. Introdução. 2. Algumas considerações iniciais. 3. A Resolução nº 12/2009 do STJ. 4. A origem da Resolução nº 3/2016. 5. A antinomia existente entre a Resolução nº 6/2016 do STJ e o ordenamento jurídico. 6. O impacto da modificação introduzida. 7. Considerações finais.

1. INTRODUÇÃO

Dentre os meios típicos de impugnação das decisões judiciais, a reclamação sempre foi tratada no Brasil como um remédio “menor”, sem uma natureza jurídica muito clara ou um regulamento geral e sistemático. Esse quadro, no entanto, começou a mudar com a promulgação da Constituição Federal de 1988 – CF, que previu que a reclamação seria o instrumento adequado para a preservação da competência e da autoridade das decisões do Supremo Tribunal Federal – STF (art. 102, I, I) e do Superior Tribunal de Justiça – STJ (art. 105, I, f). Posteriormente, esse mesmo mecanismo foi estendido para o controle da aplicação das súmulas vinculantes (art. 103-A, § 3º, introduzido pela EC nº 45/2008) e para a observância da competência e da autoridade das decisões do Tribunal Superior do Trabalho (art. 111-A, § 3º, introduzido pela EC nº 92/2016).

Desse modo, a importância da reclamação no sistema de controle dos atos judiciais foi se avolumando, assim como sua participação nas pautas dos tribunais superiores. Apenas para exemplificar, de acordo com o Conselho Nacional de Justiça – CNJ, em 2008, dentre os 283.291 procedimentos em curso no STJ, apenas 128 eram reclamações. Em 2015, dos 373.534 procedimentos presentes em seu acervo ativo, o número de reclamações no STJ havia pulado para 6.352.¹ Não por outro motivo, o Novo Código de Processo Civil – CPC dedicou um capítulo inteiro ao tema (Capítulo IX do Título I do Livro III da Parte Especial – arts. 988 a 993), visando não apenas a unificar o instituto, mas também promovendo a sua sistematização, realçando o seu papel de garantidor da competência e da autoridade das decisões dos tribunais.

Dentre as regras presentes no CPC, merece destaque aquela que estabelece que a competência para julgamento da reclamação é do “*órgão jurisdicional cuja competência se busca preservar ou cuja autoridade se pretenda garantir*” (art. 988, § 1º). Apesar disso, logo após a entrada em vigor do Novo Código, no dia 7 de abril de 2016, o STJ editou a Resolução nº 3, que determinou que caberia às Câmaras Reunidas ou à Seção Especializada dos Tribunais de Justiça a competência para processar e julgar as Reclamações destinadas a dirimir divergência entre acórdão prolatado por Turma Recursal Estadual e do Distrito Federal e a jurisprudência do STJ (art. 1º).²

1 Dados obtidos junto ao site do CNJ (http://www.cnj.jus.br/images/stories/docs_cnj/relatorios), onde estão expostos os relatórios das pesquisas realizadas sobre o Poder Judiciário brasileiro, desde 2004, reunidos em cadernos chamados Justiça em Números.

2 O TJRJ editou o Aviso Conjunto nº 08/2016, tratando da distribuição de reclamação destinada a dirimir divergência

O objetivo deste texto, portanto, é analisar a questão da competência para julgamento das reclamações por violação da jurisprudência do STJ interpostas em face das decisões proferidas pelas Turmas Recursais Cíveis e indicar qual seria o melhor caminho a ser seguido, com vistas à promoção do acesso à justiça e à luz das diretrizes presentes na CF, no CPC e no Sistema dos Juizados Especiais.

2. ALGUMAS CONSIDERAÇÕES INICIAIS

Apesar do parágrafo único do art. 1º da Lei nº 12.153/2009, que trata do Juizado Fazendário, colocar a questão de maneira restritiva,³ a moderna doutrina aponta que o Sistema dos Juizados Especiais seria formado pela visão integrativa não apenas da Lei nº 9.099/1995 (Juizados Estaduais) e da Lei nº 12.153/2009, mas também da Lei nº 10.259/2001 (Juizados Federais). Esse Sistema seria pautado por um diálogo constante entre os três Diplomas, que formariam um estatuto comum.⁴ Não obstante, o entendimento predominante tem sido no sentido de que cada um dos modelos integrantes do Sistema dos Juizados deve se submeter às regras específicas dos procedimentos previstos nas suas respectivas legislações, sobretudo no que toca à forma de uniformização da jurisprudência das Turmas Recursais, tanto internamente como em relação à jurisprudência dos tribunais superiores.

Nesse ponto, necessário sublinhar que a Lei nº 9.099/1995 não definiu qualquer mecanismo de revisão das decisões das Turmas Recursais,⁵ nem de Uniformização de Jurisprudência⁶ ou adequação à jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça. Exatamente por isso, Fábio Lima Quintas e Luciano Corrêa Gomes⁷ anotaram que:

entre acordão prolatado pelas Turmas Recursais e a jurisprudência do STJ, dispondo que ficaria “determinado, em caráter excepcional e até que se estruture eventual órgão competente (Turmas de Uniformização) ao novo encargo, que a distribuição será feita às Seções Cíveis, em caráter precário, por serem os órgãos similares aos noticiados na Resolução STJ/GP nº 03 de 07 de abril de 2016, publicada em 08 de abril de 2016.”

3 Art. 1º, parágrafo único, da Lei n. 12.153/2009: “O sistema dos Juizados Especiais dos Estados e do Distrito Federal é formado pelos Juizados Especiais Cíveis, Juizados Especiais Criminais e Juizados Especiais da Fazenda Pública”.

4 CÂMARA, Alexandre Freitas. **Juizados especiais estaduais, federais e da fazenda pública: uma abordagem crítica**. 6ª ed., Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 3; ROCHA, Felipe Borring. **Manual dos juizados especiais cíveis estaduais: teoria e prática**. 9ª ed., São Paulo: Atlas, 2017, p. 19.

5 A Lei nº 9.099/1995 previa, no seu art. 47, um recurso de divergência dirigido ao Tribunal de Justiça. Esse artigo, no entanto, foi vetado, para evitar que as causas processadas perante os Juizados Especiais pudessem desembocar na Justiça Ordinária.

6 O Regimento Interno das Turmas Recursais do Rio de Janeiro (Resolução nº 05/2013 do TJRJ) prevê em seu art. 41 a criação de uma Turma de Uniformização, destinada a dirimir divergência entre decisões proferidas por Turmas Recursais, que será presidida pelo Desembargador Presidente da COJES e composta pelos integrantes das Turmas Recursais da competência onde foi verificada a divergência de julgados e pelo Juiz Coordenador das Turmas Recursais.

7 A jurisdição do Superior Tribunal de Justiça sobre os Juizados Especiais Cíveis: antecedentes, perspectivas e

“É certo que a Lei n. 9.099/1995 não estabelece mecanismo de controle externo das decisões dos Juizados Especiais. (...). Essa posição não foi repetida na lei que instituiu os Juizados Especiais Federais (Lei n. 10.259/2001). Com efeito, talvez por conta da experiência adquirida com o tempo, talvez por envolver interesses do Estado, essa lei previu mecanismos de controle das decisões proferidas pelos Juizados Especiais Federais. No âmbito federal, a Lei n. 10.259/2001 criou a Turma de Uniformização da Jurisprudência, que pode ser acionada quando a decisão proferida pela turma recursal contrariar a jurisprudência do STJ. É possível, ainda, a provocação dessa Corte Superior após o julgamento da matéria pela citada Turma de Uniformização (art. 14). Semelhante sistemática foi também instituída no âmbito dos Juizados Especiais da Fazenda Pública, por intermédio da Lei n. 12.153/2009, que previu mecanismos para uniformização de jurisprudência e previu a possibilidade de acesso ao STJ quando as decisões proferidas por Turmas de diferentes Estados contrariarem súmula do STJ ou derem à lei interpretações divergentes”.

Por certo, a falta dos mecanismos de uniformização presentes nos Juizados Federais e Fazendários dificulta sobremaneira o controle das divergências existentes entre as Turmas Recursais dos Estados, bem como a observância da jurisprudência e das súmulas do Superior Tribunal de Justiça, criando uma *“lacuna no sistema recursal brasileiro”*.⁸

3. A RESOLUÇÃO Nº 12/2009 DO STJ

Na sessão do dia 26/08/2009, o Pleno do STF, conduzido pela Min. Ellen Gracie, no julgamento dos Embargos de Declaração no Recurso Extraordinário nº 571.572/BA, proferiu uma decisão que reconheceu a perplexidade causada pelo fato de o STJ não exercer controle sobre a interpretação da lei federal no âmbito dos Juizados Especiais (Súmula 203 do STJ), especialmente após a edição da Lei nº 10.259/2001, que instituiu os Juizados Especiais Federais, prevendo o pedido de Uniformização da Jurisprudência para

o controle por meio da reclamação. *In:* Revista de Processo, ano 36, vol. 196. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 440.

8 CAMBI, Eduardo; MINGATI, Vinícius Secafen. *Nova hipótese de cabimento da reclamação, protagonismo judiciário e segurança jurídica*. *In:* Revista de Processo, ano 36, vol. 196. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 303.

aquela Corte (art. 14). Assim, o Pleno do STF determinou que, enquanto não fosse criada a Turma de Uniformização para os Juizados Especiais Estaduais (medida perseguida, dentre outros, pelo Projeto de Lei da Câmara nº 16/2007), o STJ teria competência para julgar as reclamações propostas em face das decisões proferidas pelas Turmas Recursais dos Juizados Especiais Cíveis, quando elas violassem a jurisprudência consolidada sobre a interpretação da lei federal existente naquela corte. Veja-se a ementa dessa decisão:

“EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. RECURSO EXTRAORDINÁRIO. AUSÊNCIA DE OMISSÃO NO ACÓRDÃO EMBARGADO. JURISPRUDÊNCIA DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. APLICAÇÃO ÀS CONTROVÉRSIAS SUBMETIDAS AOS JUIZADOS ESPECIAIS ESTADUAIS. RECLAMAÇÃO PARA O SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. CABIMENTO EXCEPCIONAL ENQUANTO NÃO CRIADO, POR LEI FEDERAL, O ÓRGÃO UNIFORMIZADOR. 1. No julgamento do recurso extraordinário interposto pela embargante, o Plenário desta Suprema Corte apreciou satisfatoriamente os pontos por ela questionados, tendo concluído: que constitui questão infraconstitucional a discriminação dos pulsos telefônicos excedentes nas contas telefônicas; que compete à Justiça Estadual a sua apreciação; e que é possível o julgamento da referida matéria no âmbito dos juizados em virtude da ausência de complexidade probatória. Não há, assim, qualquer omissão a ser sanada. 2. Quanto ao pedido de aplicação da jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, observe-se que aquela egrégia Corte foi incumbida pela Carta Magna da missão de uniformizar a interpretação da legislação infraconstitucional, embora seja inadmissível a interposição de recurso especial contra as decisões proferidas pelas turmas recursais dos juizados especiais. 3. No âmbito federal, a Lei 10.259/01 criou a Turma de Uniformização da Jurisprudência, que pode ser acionada quando a decisão da turma recursal contrariar a jurisprudência do STJ. É possível, ainda, a provocação dessa Corte Superior após o julgamento da matéria pela citada Turma de Uniformização. 4. Inexistência de órgão uniformizador no âmbito dos juizados estaduais, circunstância que inviabiliza a aplicação da jurisprudência do STJ. Risco de

manutenção de decisões divergentes quanto à interpretação da legislação federal, gerando insegurança jurídica e uma prestação jurisdicional incompleta, em decorrência da inexistência de outro meio eficaz para resolvê-la. 5. Embargos declaratórios acolhidos apenas para declarar o cabimento, em caráter excepcional, da reclamação prevista no art. 105, I, f, da CF, para fazer prevalecer, até a criação da turma de uniformização dos juizados especiais estaduais, a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça na interpretação da legislação infraconstitucional”.

Assim, apesar de muitas resistências por parte dos ministros, a reclamação contra decisão de Turma Recursal Estadual foi regulada no STJ pela Resolução nº 12/2009. Desse modo, o STJ definiu que a reclamação seria cabível para dirimir divergência sobre direito material⁹ entre acórdão¹⁰ prolatado por Turma Recursal Estadual e a sua jurisprudência, consagrada em suas súmulas ou orientações decorrentes do julgamento de recursos especiais repetitivos. Essa Resolução vigiu até ser revogada, em 16/03/2016, pela Corte Especial do STJ, através da Emenda Regimental nº 22/2016, abrindo espaço para a edição da Resolução nº 3/2016.

4. A ORIGEM DA RESOLUÇÃO Nº 3/2016

A Resolução nº 3/2016 foi editada a partir de entendimento firmado pela Corte Especial do STJ, em decorrência da questão de ordem suscitada em 03/02/2016 pelo Ministro Luis Felipe Salomão no julgamento do agravo regimental interposto na Reclamação nº 18.506/SP, relatado pelo Ministro Raul Araújo.

Na sessão do dia 03/02/2016, o Ministro Salomão suscitou a nulidade da Resolução n. 12/2009 e, por conseguinte, sustentando sua inaplicabilidade a partir daquela data, *“ressalvando os atos que já foram praticados com base nela, não mais se admitindo nesta Corte as reclamações oriundas do sistema de Juizados Especiais”*. Em seguida, pediu vista o Ministro Felix Fischer. Na sessão de 02/03/2016, o Ministro Fischer acompanhou o voto

9 Nesse sentido, veja-se: “A expressão ‘jurisprudência consolidada’ engloba apenas questões de direito material, excluindo questões processuais” (STJ – 2a Seção – AgRg na Rel 6034/SP – Rel. Min. Nancy Andrighi, j. em 29/02/12).

10 Por certo, não cabe reclamação em face de decisão monocrática do relator. Nesse sentido, veja-se: “O art. 1º da Resolução 12, de 14 de dezembro de 2009, prevê que a reclamação por ela regulamentada destina-se a dirimir divergência entre acórdão prolatado por Turma Recursal Estadual e a jurisprudência desta Corte. Incabível em face de decisão monocrática do relator” (STJ – 2a Seção – AgRg na Rel 5598/TO – Rel. Min. Nancy Andrighi, j. em 25/05/11).

do Ministro Salomão, mas o julgamento foi novamente interrompido, pelo pedido de vista da Ministra Fátima Nancy Andrighi.

Poucos dias depois, em 16/03/2016, a própria Corte Especial do STJ aprovou a Emenda Regimental nº 22, que, dentre outras providências, revogou a Resolução nº 12/2009, que tratava das reclamações impetradas para dirimir divergência entre acórdão prolatado por Turma Recursal Estadual e a jurisprudência do STJ. Assim, na sessão do dia 06/04/2016, a Ministra Nancy Andrighi apresentou seu voto, julgando prejudicado o agravo regimental¹¹ e apresentando uma proposta de edição de uma nova resolução para tratar especificamente da competência para processamento e julgamento das referidas reclamações.

A proposta de resolução apresentada pela Ministra Andrighi previa a delegação da competência ao órgão especial ou ao órgão correspondente dos Tribunais de Justiça, para processamento e julgamento das reclamações oriundas das Turmas Recursais. Nas palavras do relator, o Ministro Araújo:

“Seguiu-se profícuo e enriquecedor debate acerca dos termos da resolução proposta, tendo a Corte chegado a um consenso sobre a questão, do qual decorreu a retificação de voto do Sr. Ministro Luís Felipe Salomão e deste Ministro Relator, decidindo esta eg. Corte Especial, por unanimidade, em questão de ordem, aprovar a proposta de resolução sobre a delegação da competência às Câmaras Reunidas ou Seção Especializada dos Tribunais de Justiça, para processamento e julgamento, em caráter excepcional, até a criação das Turmas de Uniformização, de Reclamações destinadas a dirimir divergência entre acórdão prolatado por turma recursal estadual e a jurisprudência desta Corte”

Dessarte, foi encerrado o julgamento do agravo regimental interposto em face da Reclamação nº 18.506/SP, que restou assim ementado:

“AGRAVO REGIMENTAL. RECLAMAÇÃO. JUIZADOS ESPECIAIS. RESOLUÇÃO N. 12/2009-STJ. INCIDENTE DE INCONSTITUCIONALIDADE. PREJUDICADO. POSTERIOR ADVENTO DA EMENDA REGIMENTAL 22/2016-STJ REVOGANDO A RESOLUÇÃO N. 12/2009-STJ. DELI-

¹¹ Por certo, como a reclamação sob julgamento foi proposta sob a vigência da Resolução nº 12/2009, não poderia o agravo regimental ter sido considerado prejudicado pela superveniência da revogação operada pela Emenda Regimental nº 22/2016. A própria Resolução nº 3/2016 diz isso, expressamente, no seu art. 4º. Esse recurso, portanto, foi indevidamente fulminado.

BERAÇÃO DE EDIÇÃO DE NOVA RESOLUÇÃO SOBRE A COMPETÊNCIA PARA DIRIMIR DIVERGÊNCIAS ENTRE TURMA REGIONAL ESTADUAL E A JURISPRUDÊNCIA DESTA CORTE. AGRAVO PREJUDICADO. 1. Com o advento da Emenda Regimental nº 22-STJ, de 16/03/2016, ficou revogada a Resolução n. 12/2009-STJ, que dispunha sobre o processamento, no Superior Tribunal de Justiça, das reclamações destinadas a dirimir divergência entre acórdão prolatado por turma recursal estadual e a jurisprudência desta Corte. 2. Com isso, fica prejudicado o incidente de inconstitucionalidade que ataca a Resolução n. 12/2009-STJ. 3. A matéria passará a ser tratada por nova resolução, editada à luz do novo Código de Processo Civil, nos termos debatidos pela Corte Especial. 4. Agravo regimental prejudicado”

Em seguida, a Resolução nº 3/2016 foi editada, prevendo aquilo que fora proposto pela Ministra Andriighi, ou seja, que a competência para julgar as reclamações oriundas das Turmas Recursais dos Juizados Especiais seria do Tribunal de Justiça correspondente, valendo destacar:

“Art. 1º. Caberá às Câmaras Reunidas ou à Seção Especializada dos Tribunais de Justiça a competência para processar e julgar as Reclamações destinadas a dirimir divergência entre acórdão prolatado por Turma Recursal Estadual e do Distrito Federal e a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, consolidada em incidente de assunção de competência e de resolução de demandas repetitivas, em julgamento de recurso especial repetitivo e em enunciados das Súmulas do STJ, bem como para garantir a observância de precedentes”.

5. A ANTINOMIA EXISTENTE ENTRE A RESOLUÇÃO Nº 6/2016 DO STJ E O ORDENAMENTO JURÍDICO

Durante o período de *vacatio legis* do Novo CPC, a doutrina começou a construir o entendimento de que diversos aspectos da Resolução nº 12/2009 do STJ seriam invalidados e a disciplina da reclamação impetrada contra as Turmas Recursais passaria a ser feita pelo seu art. 988.¹² Uma

12 Nesse sentido, veja-se o artigo de CUNHA, Leonardo Carneiro da Cunha, **Novo CPC: Reclamação contra decisões em Juizados Especiais Cíveis. Revogação da Resolução 12/2009-STJ**. Aliás, atualmente, o entendimento é de que o

questão, entretanto, se manteria inalterada: a competência para julgar essas reclamações permaneceria no STJ, pois, tanto a Resolução nº 12/2009 como o art. 988, § 1º, do CPC, apontavam nesta mesma direção.

Não obstante, como visto, antes mesmo de o debate ser aprofundado, o próprio STJ revogou a Resolução nº 12/2009 (art. 4º da Emenda Regimental 22/2016) e editou a Resolução nº 3/2016, que deslocou para as Seções Especializadas ou Câmaras Reunidas dos Tribunais de Justiça a competência para julgar as reclamações oriundas das Turmas Recursais. Diz a referida Resolução:

“Art. 1º. Caberá às Câmaras Reunidas ou à Seção Especializada dos Tribunais de Justiça a competência para processar e julgar as Reclamações destinadas a dirimir divergência entre acórdão prolatado por Turma Recursal Estadual e do Distrito Federal e a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, consolidada em incidente de assunção de competência e de resolução de demandas repetitivas, em julgamento de recurso especial repetitivo e em enunciados das Súmulas do STJ, bem como para garantir a observância de precedentes”.

No plano formal, é preciso considerar que a regra citada contém não propriamente uma determinação de organização judiciária, o que estaria entre as atribuições do STJ (art. 96, I, a, da CF), mas de definição da competência judicial, matéria eminentemente processual e de regulamentação privativa do Congresso Nacional (art. 22, I, da CF). Além disso, a regra disciplina o tema de forma diferente daquela prevista na Lei Federal (CPC). *In verbis*:

“Art. 988. (...)

§ 1º A reclamação pode ser proposta perante qualquer tribunal, e seu julgamento compete ao órgão jurisdicional cuja competência se busca preservar ou cuja autoridade se pretenda garantir”.

Portanto, num primeiro momento, a Resolução nº 3/2016 parece ser simultaneamente inconstitucional (por vício formal de competência legislativa – art. 22, I, da CF) e ilegal (por contrariar as regras previstas no CPC – art. 988, § 1º).

Novo CPC revogou as regras que tratam da reclamação no STJ, previstas nos arts. 13 a 18 da Lei nº 8.038/1990 (Lei dos Recursos Extraordinário e Especial).

6. OS IMPACTOS DA REVOGAÇÃO DA RESOLUÇÃO Nº 12/2009 E DA EDIÇÃO DA RESOLUÇÃO Nº 3/2016

Em decorrência de suas peculiaridades, o legislador optou por dar uma sistemática recursal diferenciada aos órgãos do sistema dos juizados especiais. Os recursos em face das sentenças proferidas pelo juiz do Juizado serão julgados pela Turma Recursal e não pelo Tribunal de Justiça. A Turma Recursal compõe-se de um colegiado formado por três juízes de primeira instância e está instalada na estrutura dos Juizados Especiais. As decisões monocráticas proferidas pelos relatores (art. 932 do CPC) desafiam agravo interno¹³ e as decisões colegiadas abrem caminho para a interposição de embargos de declaração¹⁴ e recurso extraordinário,¹⁵ não sendo cabível a interposição de Recurso Especial.¹⁶ A impossibilidade, no caso, decorre da previsão exclusiva do art. 105, III, da CF, a qual atribui ao STJ a competência para julgar, em recurso especial, as causas decididas, em única ou última instância, pelos Tribunais Regionais Federais ou pelos tribunais dos Estados, do Distrito Federal e Territórios, quanto à decisão recorrida. Por outro lado, o recurso extraordinário é cabível contra causas decididas em única ou última instância por qualquer órgão jurisdicional (art. 102, II, da CF).

Por outro lado, o acesso ao STJ está expressamente garantido nos Juizados Federais e nos Juizados Fazendários. De fato, a Lei do Juizado Especial Federal (Lei nº 10.259/2001) prevê que a parte poderá formular pedido de Uniformização de Jurisprudência para a Turma Regional de Uniformização – TRU ou para a Turma Nacional de Uniformização – TNU (art. 14). A Lei dos Juizados da Fazenda Pública também adotou a possibilidade de pedido de Uniformização de Jurisprudência quando as Turmas de diferentes Estados derem à lei federal interpretações divergentes ou a decisão proferida estiver em contrariedade com súmula do STJ (arts. 18 e 19). Em ambos os casos, quando a orientação acolhida pelas Turmas de Uniformização contrariar a

13 Enunciado 102 do Fórum Nacional dos Juizados Especiais – FONAJE: “O relator, nas Turmas Recursais Cíveis, em decisão monocrática, poderá negar seguimento a recurso manifestamente inadmissível, improcedente, prejudicado ou em desacordo com Súmula ou jurisprudência dominante das Turmas Recursais ou da Turma de Uniformização ou ainda de Tribunal Superior, cabendo recurso interno para a Turma Recursal, no prazo de cinco dias” e Enunciado 103 do Fórum Nacional dos Juizados Especiais – FONAJE: “O relator, nas Turmas Recursais Cíveis, em decisão monocrática, poderá dar provimento a recurso se a decisão estiver em manifesto confronto com Súmula do Tribunal Superior ou Jurisprudência dominante do próprio juizado, cabendo recurso interno para a Turma Recursal, no prazo de 5 dias”.

14 Enunciado 63 do Fórum Nacional dos Juizados Especiais – FONAJE: “Contra decisões das Turmas Recursais são cabíveis somente os embargos declaratórios e o Recurso Extraordinário”.

15 Súmula 640 do STF: “É cabível recurso extraordinário contra decisão proferida por juiz de primeiro grau nas causas de alçada, ou por turma recursal de juizado especial cível e criminal”.

16 Súmula 203 do STJ: “Não cabe recurso especial contra decisão proferida por órgão de segundo grau dos Juizados Especiais”.

jurisprudência do STJ, a parte interessada poderá provocar a manifestação deste, que dirimirá a divergência.

Na seara dos Juizados Especiais Estaduais, entretanto, como a Lei nº 9.099/95 não previu uma forma de fazer prevalecer a jurisprudência adotada pelo STJ, era a Resolução nº 12/2009 que possibilitava à parte ajuizar reclamação no STJ contra a decisão de Turma Recursal quando esta afrontasse a sua jurisprudência. A revogação dessa resolução, pela Emenda Regimental nº 22/2016, portanto, recriou a lacuna que existia nos Juizados Estaduais antes de 2009, com o agravante de que, agora, os dois outros modelos de Juizados Especiais integrantes do Sistema tinham mecanismos próprios de acesso ao STJ.

Essa lacuna, por sua vez, não foi suprida pela edição da Resolução nº 3/2016, que manteve a inacessibilidade do STJ ao prever que a competência para processar e julgar as reclamações destinadas a dirimir divergência entre acórdão prolatado por Turma Recursal e a jurisprudência do STJ seria dos próprios Tribunais de Justiça dos Estados e do Distrito Federal.

Além disso, diante das questões apontadas, alguns Tribunais já estão declinando da competência das reclamações que lhes são dirigidas, com fulcro na Resolução nº 3/2016, ou suscitando conflito negativo de competência para o STF daquelas reclamações declinadas pelo STJ. Nesse sentido, veja-se o seguinte aresto:

“Direito processual civil. Direito constitucional. Reclamação contra decisão de Turma Recursal por divergir de decisão proferida pelo STJ em sede de recurso especial repetitivo. Decisão do STJ declinando da competência para este Tribunal de Justiça, por força da Resolução nº 3/2016 daquele Tribunal Superior. Impossibilidade de ampliação da competência de Tribunal de Justiça por ato normativo infraconstitucional. Disposição contida na Constituição da República estabelecendo que as competências dos Tribunais de Justiça dos Estados devem ser estabelecidas pelas Constituições Estaduais. Expressa previsão, no CPC/2015, do cabimento de reclamação contra decisão que contraria tese firmada em REsp repetitivo, atribuindo ao STJ a competência para dela conhecer. Conflito de competência que se suscita, a ser apreciado pelo Supremo Tribunal Federal” (TJRJ – 2ª Seção Cível – Rcl 0048611-23.2016.8.19.0000- Rel. Des. Alexandre Freitas Câmara, j. em 24/11/2016)

De sorte que o quadro atual é de absoluta incerteza, não se sabendo qual é o juízo competente para julgamento das reclamações referentes à divergência entre a decisão da Turma Recursal e a jurisprudência do STJ.

7. CONSIDERAÇÕES FINAIS

De todo o exposto, conclui-se que o STJ não poderia ter delegado aos Tribunais de Justiça, por meio de resolução, sua competência para analisar por meio de reclamação se a decisão da Turma Recursal afrontou ou não sua jurisprudência. De fato, a Resolução nº 3/16 não apenas desconsidera a determinação oriunda do STF (ED Rext 571.572/BA), como também viola a competência legislativa constitucional para legislar sobre direito processual (art. 22, I, da CF) e o art. 988, § 1º, do CPC, que regula a competência para julgamento da reclamação.

Assim, apesar da citada Resolução, parece correto afirmar que as reclamações referentes à inobservância pelos órgãos dos Juizados Especiais das teses jurídicas consagradas pelo STJ deverão ser julgadas nesse tribunal, como já ocorria durante a vigência da Resolução nº 12/2009, mas agora sob o regulamento do CPC (arts. 988 a 993).

Nesse sentido, necessário sublinhar que o julgamento da reclamação oriunda dos Juizados Especiais não pode ter a sua competência delegada, uma vez que ela representa um instrumento fundamental para a preservação da eficácia e da autoridade das decisões proferidas pelo STJ, que é o guardião da lei federal no País. Esse papel não é de um tribunal estadual ou distrital. E, ainda que fosse, restaria indagar: caso a decisão proferida pelo Tribunal de Justiça ofendesse a jurisprudência do STJ, caberia reclamação da reclamação?

Por fim, necessário reconhecer que a melhor maneira de resolver a questão, em caráter definitivo, seria promover uma alteração na Lei nº 9.099/1995 para introduzir um incidente de uniformização da jurisprudência nos Juizados Especiais Estaduais, aos moldes do que já existe nos Juizados Federais e nos Juizados Fazendários, para preservar a uniformidade da jurisprudência entre as Turmas Recursais Estaduais e entre estas e a jurisprudência do STJ na interpretação da legislação infraconstitucional. ❖

8. REFERÊNCIAS

CÂMARA, Alexandre Freitas. **Juizados especiais estaduais, federais e da fazenda pública: uma abordagem crítica**. 6ª ed., Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

CAMBI, Eduardo; MINGATI, Vinícius Secafen. **Nova hipótese de cabimento da reclamação, protagonismo judiciário e segurança jurídica.** *In:* Revista de Processo, ano 36, vol. 196. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 295/314.

CUNHA, Leonardo Carneiro da Cunha, **Novo CPC: Reclamação contra decisões em Juizados Especiais Cíveis. Revogação da Resolução 12/2009-STJ.** Disponível em <https://www.leonardocarneirodacunha.com.br/opinioao/opinioao-61-novo-cpc-reclamacao-contra-decisoes-em-juizados-especiais-civeis-revogacao-da-resolucao-122009-stj/>. Acessado em 05/09/2017.

QUINTAS, Fábio Lima; GOMES, Luciano Corrêa. **A jurisdição do Superior Tribunal de Justiça sobre os Juizados Especiais Cíveis: antecedentes, perspectivas e o controle por meio da reclamação.** *In:* Revista de Processo, ano 36, vol. 196. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011, p. 433/459.

ROCHA, Felipe Borring. **Manual dos juizados especiais cíveis estaduais: teoria e prática.** 9ª ed., São Paulo: Atlas, 2017

A Fundamentação e seus Contornos Garantísticos

Antonio Aurélio Abi-Ramia Duarte

Juiz de Direito do TJERJ. Membro do Instituto Brasileiro de Direito Processual. Membro Fundador do Instituto Carioca de Processo. Autor de livros e artigos publicados em revistas especializadas. Mestre em Processo pela UERJ. Coordenador Editorial da Revista da EMERJ

Maria Eduarda de Oliveira Brasil

Bacharel em Direito pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro (UERJ). Pós-graduada pela Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro (EMERJ). Servidora pública integrante dos quadros do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro

ÁREA DE CONCENTRAÇÃO: Direito Constitucional. Direito Processual Civil.

RESUMO: Este estudo busca examinar os contornos do princípio da fundamentação das decisões judiciais, na qualidade de garantia constitucional fundamental ao processo e aos seus destinatários, os jurisdicionados. Frisando-se sua essencialidade para a legitimação democrática da atividade jurisdicional do Estado, analisa-se não só o tratamento conferido pela Carta Magna de 1988, como também a detalhada sistemática introduzida pelo Código de Processo Civil de 2015, em um esforço conjunto para a maior concretização possível do preceito em comento.

PALAVRAS-CHAVE: Princípio da fundamentação das decisões judiciais. Democracia. Legitimidade democrática. Poder Judiciário. Código de Processo Civil de 2015.

ABSTRACT: This article intends to examine the outlines of the judicial decisions substantiation principle, as a constitutional and fundamental guarantee in benefit of the process and its recipients, the people. Highlighting its importance to democratically legitimate the State's jurisdictional activity, this paper analyses not only the Constitution's treatment, but also the detailed structure introduced by the Civil Procedure Code of 2015, in a common effort to maximize the principle.

KEYWORDS: Judicial decisions substantiation principle. Democracy. Democratic legitimation. The Judiciary. Civil Procedure Code of 2015

SUMÁRIO: I. Introdução. II. Constituição, processo e fundamentação. III. A legitimidade democrática e o novo Código de Processo Civil. IV. Conclusão; V. Referências bibliográficas

I. INTRODUÇÃO

“Presentes os requisitos, defiro.” “Uma vez inexistentes contradição, omissão ou obscuridade no julgado, rejeito os embargos de declaração.” “Indefiro a prova testemunhal pleiteada pela parte, porquanto prescindível à resolução da controvérsia.”

Ainda que estranhas ao estudo ideológico realizado na academia, “*decisões*” como as acima enumeradas encontram eco alarmante nas cortes de todo o país. Talvez como resposta à judicialização dos conflitos – fenômeno responsável pelo considerável aumento da quantidade de processos judiciais nas últimas décadas –, talvez como mero automatismo adotado por muitos na rotina forense, é certo deparar-se de mais a mais com julgados de tal natureza.

Uma das maiores preocupações reveladas pelo nosso novo Código de Processo Civil foi o resguardo das garantias fundamentais do processo, item primeiro do Projeto Fux.

Nesse cenário, o presente trabalho objetiva ponderar o princípio da fundamentação analítica, o tratamento conferido a ele tanto pela Constituição da República quanto pelo novo Código de Processo Civil, e a sua importância prática na concretização das normas jurídicas.

II. CONSTITUIÇÃO, PROCESSO E FUNDAMENTAÇÃO

Não causa espanto a mais ninguém a afirmação de que o Direito Processual (como os demais ramos da ciência jurídica) finca profundas bases na disciplina constitucional. Após a Segunda Guerra Mundial, especialmente em países recém-saídos das agruras experimentadas no curso dos regimes totalitários, assistiu-se a um progressivo fenômeno de constitucionalização dos direitos fundamentais e, dentro deles, das garantias mínimas ínsitas a todo processo judicial.¹

Não poderia ser diferente. Na busca por um sistema que ajudasse na prevenção a novas ondas de atrocidades como a da Alemanha nazista, natural que muito se investisse na proteção de um núcleo mínimo de direitos e garantias dos cidadãos, como forma de salvaguardá-los de positivismos exacerbados e, como a história havia acabado de demonstrar, extremamente agressivos. Assim, ao conferirem *status* constitucional a certas diretrizes básicas, os legisladores constituintes nada mais faziam do que revestir de maior segurança linhas que, no fim das contas, seriam verdadeiramente essenciais à manutenção da própria noção de Estado Democrático, resguardando o primado da dignidade da pessoa humana, trave mestra do nosso sistema processual.

No Brasil, o advento da Constituição da República, em 05 de outubro de 1988, representou essa tentativa de romper a barreira imposta pelas políticas totalitárias e violentas. Recém-egressos de um regime ditatorial que ignorou, mutilou e aniquilou direitos individuais e coletivos por anos a fio, o Estado brasileiro clamava pela garantia de que seus valores basilares seriam respeitados nos tempos vindouros. Novos ventos eram bem-vindos.

Ressalta o jurista Paulo Bonavides o papel da Constituição e do Tribunal Constitucional, cuja atuação interpretativa e vinculante atualiza o tema correlato aos direitos fundamentais e à limitação dos poderes políticos, removendo, assim, ambiguidades e controvérsias, pela via hermenêutica, aproximando o texto constitucional da realidade social para que seja efetivamente implementado².

1 A respeito, Joan Picó I Junoy salienta que o “fenômeno de constitucionalización de los derechos fundamentales de la persona, y dentro de éstos, una tutela de las garantías mínimas que debe reunir todo proceso judicial” pretendia “evitar que el futuro legislador desconociese o violase tales derechos, protegiéndolos, en todo caso, mediante un sistema reforzado de reforma constitucional”. JUNOY, Joan Picó I. Las garantías constitucionales del proceso. 2ª ed. Barcelona: Bosch Editor, 2012, p.29.

2 Bonavides, Paulo. Curso de Direito Constitucional. 11ª ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2001, p. 530.

Nesse contexto, encontram-se elencados na Carta Magna não só os fundamentos e objetivos da República (arts. 1º e 3º), como também os direitos e garantias fundamentais de cada um de seus cidadãos, tais como listados no extenso art. 5º e em uma série de outros preceitos do documento.

Nessa linha de intelecção, parece intuitivo desenhar-se o Direito Constitucional como tronco comum, do qual partem as ramificações atinentes a todos os demais ramos do Direito³. Nada faz sentido nem se legitima se não calcado na *lex mater* do ordenamento jurídico e expressão máxima do espírito democratizador, a Constituição elaborada em 1988⁴.

Em termos específicos atinentes ao processo, Fredie Didier Jr. destaca que o fenômeno da constitucionalização funciona em via dupla, uma vez que, de um lado, “há a incorporação aos textos constitucionais de normas processuais, inclusive como direitos fundamentais” – como acima abordado – e, de outro, “a doutrina passa a examinar as normas processuais infraconstitucionais como concretizadoras das disposições constitucionais”⁵. Realçam-se, assim, tanto a preocupação da Lei Maior com a proteção de garantias e direitos de tratamento tipicamente infraconstitucional, quanto o caráter intercomplementar e interpenetrativo dos diplomas legais em relação à norma fundamental.

Dito de outro modo, é preciso examinar a questão por dois espectros. Por um deles, à Constituição da República, na qualidade de diploma central do ordenamento, compete zelar por prerrogativas processuais essenciais (como ampla defesa e contraditório, elencados no art. 5º, LV), por vezes sob o *status* de direitos fundamentais e, portanto, cláusulas pétreas. Em contrapartida, à legislação infraconstitucional cabe dialogar com os valores da Carta, concretizando-os nos processos e procedimentos que tramitam nos juízos de todo o país, sempre gravitando em torno da dignidade da pessoa humana como eixo central de qualquer interpretação. Daí operamos os escpos primordiais do Estado Democrático de Direito.

Dentre tais garantias essenciais, o art. 93, IX, 1ª parte, ao tratar dos princípios atinentes ao Poder Judiciário, elenca o chamado princípio da fun-

3 Ideia cunhada pelo Prof. Luigi Paolo Comoglio.

4 Por se tratar de uma lei rígida, ou seja, que apresenta maior dificuldade para ser modificada, a Constituição possui supremacia sobre todas as demais normas da ordem jurídica. É dizer, “[t]oda autoridade só nela encontra fundamento e só ela confere poderes e competências governamentais. Nem o governo federal, nem os governos dos estados, nem os dos municípios ou do Distrito Federal são soberanos, porque todos são limitados, expressa ou implicitamente, pelas normas positivas daquela lei fundamental. Exercem suas atribuições nos termos nela estabelecidos.” SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 32ª ed. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 46.

5 DIDIER JR., Fredie. **Curso de direito processual civil: introdução ao direito processual civil, parte geral e processo de conhecimento**. Vol. 1. 17. ed. Salvador: JusPodivm, 2015, p. 46.

damentação das decisões judiciais, estabelecendo que “*todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos, e fundamentadas todas as decisões, sob pena de nulidade (...)*”. Essa 1ª parte do dispositivo (o qual se estende, em seguida, a abordar as hipóteses excepcionais nas quais a publicidade das sessões deve ser restringida), que possui a mesma redação desde 1988, veio demarcar a importância do tema, da qual ora se passa a tratar. Conceito primordial, a publicidade possibilita que a sociedade controle e fiscalize a atuação do julgador. Portanto, além da indigitada função de legitimar eventual decisão proferida pelo julgador, possibilita dar absoluta credibilidade à sua atuação, a qual, obviamente, decorre da já mencionada fiscalização pública.

Com efeito, “[s]ão Poderes da União, independentes e harmônicos entre si, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário”. Assim ensinam o art. 2º da Lei Maior e os professores de Direito Constitucional espalhados pelas universidades de todo o país. Em acréscimo, convém dizer que cada um desses Poderes desempenha um feixe de funções típicas (legislar, administrar e julgar, respectivamente) e atípicas (para poderem manter sua autonomia e independência face aos demais), e que, em conjunto, regem a vida da nação.

Esse cenário, mister destacar, guarda a mais estreita relação com a realidade democrática do Brasil. Isso porque a soberania, primeiro fundamento elencado na CR/88 (art. 1º, I), pertence ao povo, não a uns e outros que, apenas por haverem alcançado posição de relevo na estrutura pública, entendem por bem dispor com absoluta liberdade de recursos que, no fim das contas, são de todos os administrados. O povo é soberano, pois somente ele pode escolher quem preencherá as funções de administração e legislatura. Tanto é assim que, como visto, uma vez alterada a opinião pública, pretensos grandes políticos não conseguem se manter em suas posições. Não possuem qualquer direito subjetivo vitalício. Sua representação se mantém apenas na justa medida em que há representados a endossá-los.

Eis, então, a chave da questão: como estender essa lógica ao Poder Judiciário? Afinal, como bem se sabe, seus quadros não são compostos por membros eleitos pela sociedade, e sim por aqueles que logram a aprovação em concurso público de provas e títulos (art. 37, II, da Carta), ou seja, sem qualquer ingerência prévia do detentor do poder soberano.

Para Canotilho, embora a posição dos membros do Poder Judiciário não seja pautada pela relação de representação característica dos outros Poderes, essa especificidade não significa que sua posição jurídico-constitucional se diferencie, pois a função judicial, sob a ótica constitucional,

consubstancia-se em contribuir para a concretização e desenvolvimento das normas constitucionais⁶.

No entanto, seria inviável e manifestamente afrontoso à Constituição que somente o Judiciário, dentre todos os Poderes, pudesse atuar sem qualquer tipo de controle ou limite. Sem, enfim, a necessária legitimidade.

Eis o papel do princípio da fundamentação analítica: conferir legitimidade posterior aos atos do Poder Judiciário.

III. A LEGITIMIDADE DEMOCRÁTICA E O NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL

Como supraenunciado, a atuação de cada um dos Poderes da República Federativa do Brasil se justifica na exata medida em que legitimada pelo detentor do poder soberano, ou seja, pelo povo. Ao passo que o Executivo e o Legislativo, em essência, sofrem um controle *a priori*, pelas vias eleitorais (embora admitidos modos posteriores de correção), o Judiciário passa por um controle *a posteriori*, através da fundamentação das decisões que profere⁷.

Em termos práticos, basta visualizar o seguinte cenário: um cidadão, angustiado por suposta violação a um de seus direitos, busca o Estado-Juiz para tutelar sua posição jurídica. Munido de assistência especializada de seu defensor, vai aguardando o desenrolar, moroso e por vez incompreensível do processo, o que não raro toma anos e anos de sua vida, até que, finalmente, uma decisão é proferida pelo julgador.

Bifurcando-se o exemplo, primeiro se vai admitir um cenário no qual a tão esperada sentença não é devidamente fundamentada, trazendo apenas expressões genéricas, conceitos em latim e jargões jurídicos, sem o necessário enfrentamento das questões postas a exame e das provas dos autos. Como, então, se sentiria o aflito jurisdicionado, senão frustrado, incompreendido e mesmo não representado pelo Estado?

Todavia, se, por outro lado, a sentença correspondesse ao modelo esperado, com a indicação precisa dos fundamentos que conduziram à conclusão adotada, a rejeição dos argumentos impertinentes e a análise, enfim, do caso concreto escrutinado seria completamente diferente o final desta questão.

6 CANOTILHO, J. J. Gomes. Direito Constitucional e Teoria da Constituição. 4ª ed. Coimbra: Editora Almedina, 2001, p. 642.

7 José Afonso da Silva, neste particular, observa que “[d]ivididas as funções da soberania nacional por três Poderes distintos, Legislativo, Executivo e Judiciário, os órgãos deste (juizes e tribunais) devem, evidentemente, decidir atuando o direito objetivo; não podem estabelecer critérios particulares, privados ou próprios, para, de acordo com eles, compor conflitos de interesses, ao distribuírem justiça. Salvo o juízo de equidade, excepcionalmente admitido, como referimos ao tratar do mandado de injunção, normalmente o juiz, no Brasil, pura e simplesmente aplica os critérios que foram editados pelo legislador.” SILVA, José Afonso da. *Op. cit.*, p. 554.

O lúdico facilita a compreensão da assertiva basilar deste incipiente estudo: o Poder Judiciário, para legitimar sua atuação republicana e democrática, deve prestar contas, ato a ato, da parcela do poder soberano a ele delegada pelo povo, através de decisões adequadamente fundamentadas. Devemos ter, como norte, o que o processualista e professor Eduardo Cambi chama de “fundamento do fundamento”.

Não são poucos os doutrinadores que se propõem a tecer agudas considerações sobre o assunto ora abordado. Michele Taruffo, por exemplo, faz questão de ressaltar que a distinção entre o exercício arbitrário do poder exercido pelo juiz e a prestação válida e legal da atividade judicante reside, sobretudo, na sua *“obligación de justificar sus propias decisiones”*⁸. Do contrário, teríamos um juiz ditador ou legislador.

O processualista oferece, ainda, um rol de razões pelas quais as normas ordinárias impõem a obrigação de motivação, dentre as quais cita a persuasão das partes e de seus advogados, mormente a parte perdedora, acerca *“de la bondad y la justicia de la decisión, así como del hecho de que el juez valoró los fundamentos de las exigencias y excepciones contrapuestas”*. Diminuir-se-ia, com isso, a quantidade de recursos interpostos em face da decisão. Quanto melhor e mais adequadamente fundamentada a sentença, maior o conformismo da parte vencida.

Por outro lado, Taruffo também destaca que, uma vez fundamentado o pronunciamento, torna-se mais fácil precisar os vícios capazes de embasar eventuais impugnações dos litigantes e individualizar-se o conteúdo decisório, o que acabaria por simplificar a atividade interpretativa a ser exercida sobre ele¹⁰.

Observa-se, na espécie, ligação direta com o princípio do contraditório participativo, apreendido em sua noção substancial, a partir do desenvolvimento conjunto, colaborativo e comparticipativo do processo, até a prola-

8 “En todo caso, se debe establecer una distinción entre el albedrío y la decisión correcta. El juez que decide sobre la base de sus preferencias subjetivas, o de cuántas horas durmió a noche, de las impatías o enemistad que siente por el acusado, o sobre la base de una posición económica de éste, o de alguna de las partes, incluso, que decide con miedo para no molestar o pisar los callos de los que están al rededor, pues es un juez que no está francamente interpretando la ley, es un juez parcial, para nada independiente, que decide de forma arbitraria, es decir, de acuerdo a intereses que se encuentran a su al rededor, personales o del poder y, por ello, se trata de un juez que decide según su arbitrio o albedrío, y eso no debe de suceder así. Entonces, ¿dónde está la línea de distinción entre el ejercicio arbitrario del poder que ejerce el juez y el ejercicio válido y legal de esa actividad? Creo que ello radica en los criterios que el juez utiliza al interpretar la ley, es decir, en la medida que provengan de ciencia jurídica, de la jurisprudencia y de la cultura general del jurista; pero, sobre todo, derivan de su obligación de justificar sus propias decisiones.” (grifou-se) TARUFFO, Michele. *Proceso y decisión: lecciones mexicanas de Derecho Procesal*. Madrid: Marcial Pons, 2012, p. 33.

9 TARUFFO, Michele. *La motivación de la sentencia civil*. Madrid: Editorial Trotta, 2011, p. 336.

10 *Ibid.*, p. 336-340.

ção de um *decisum* derradeiro que haja, de fato, considerado os argumentos apresentados pelas partes¹¹.

Ainda sobre o tema, Didier Jr., com pertinência, frisa o papel assumido pelo contraditório enquanto “*reflexo do princípio democrático na estruturação do processo*”, ou seja, impende-se considerar que democracia é participação, e a participação no processo é operada pela via do contraditório, o qual “*deve ser visto como exigência para o exercício democrático de um poder*”¹².

Assim, no melhor e mais ideal dos contextos, ao fim de um procedimento desenvolvido a partir do diálogo, em um processo multifacetário e da cooperação¹³ entre todos os sujeitos, proferirá o juiz uma decisão adequadamente fundamentada. Uma vez seguido tal roteiro, o processo despontaria tal qual delineado por Dierle Nunes, a saber, “*uma verdadeira garantia contra o exercício ilegítimo de poderes públicos e privados em todos os campos (jurisdicional, administrativo, legislativo), com o fim de controlar os provimentos dos agentes políticos e garantir a legitimidade discursiva e democrática das decisões*”¹⁴.

Mas em que, de fato, consiste uma “decisão adequadamente fundamentada”? Como pode o magistrado saber, no caso concreto, que prolatou uma decisão conforme a Constituição, sem qualquer pecha de nulidade¹⁵?

Para ajudar nessa árdua tarefa, a Lei nº 13.105/2015, mais conhecida como Projeto Fux, optou por incluir no antigo art. 458, atual art. 489, uma lista de padrões, como uma receita do que não se pode fazer, sob pena de se tomar por não fundamentado o pronunciamento jurisdicional¹⁶.

11 AgInt no AREsp 871.076/GO, Rel. Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES, SEGUNDA TURMA, julgado em 09/08/2016, DJe 19/08/2016: “(...) o recurso somente é viável se houver a possibilidade de distinção em relação ao precedente firmado ou superação do entendimento fixado no precedente (seja vinculante, seja persuasivo) através do enfrentamento de seus fundamentos determinantes, argumentos que devem ser trazidos pelo recorrente. Interpretação do art. 489, §1º, do CPC/2015 que, *mutatis mutandis*, se traduz também em obrigação para as partes”.

12 DIDIER JR., Fredie. **Curso de direito processual civil**. V. 1. 15. ed. Salvador: 2013, pp. 56-57.

13 Bruno Garcia Redondo conceitua a cooperação como “o dever, de todos os sujeitos processuais, de adotar condutas, sempre de acordo com a boa-fé e a lealdade, que cooperem com a maior eficiência e transparência do procedimento”. REDONDO, Bruno Garcia. **Princípio da cooperação e flexibilização do procedimento pelo juiz e pelas partes**. Revista Dialética de Direito Processual, São Paulo: Dialética, n. 133, abril. 2014, p. 09-14.

14 NUNES, Dierle José Coelho. **Processo jurisdicional democrático: uma análise crítica das reformas processuais**. Curitiba: Juruá, 2012, p. 209.

15 Anote-se que, antes mesmo da edição do CPC/2015, o Supremo Tribunal Federal, interpretando o art. 93, IX, da CR/88, firmou alguns entendimentos, em sede de Repercussão Geral, acerca da fundamentação de decisões judiciais. Assim, por exemplo, admite o Excelso Pretório a prolação de julgados que “sejam fundamentados, ainda que sucintamente, sem determinar, contudo o, exame pormenorizado de cada uma das alegações ou provas, nem que sejam corretos os fundamentos da decisão” (AI nº 791.292 QO-RG/PE, Rel. Min. Gilmar Mendes, julgado em 23/06/2010). Também entende a Corte ser possível ao “colégio recursal fazer remissão aos fundamentos adotados na sentença”, sem que isso viole o preceito constitucional (RE nº 635.729/SP, Rel. Min. Dias Toffoli, julgado em 30/06/2011).

16 Ainda em seu Capítulo I (“Das normas fundamentais do processo civil”), o CPC já se preocupa em trazer a inspiração constitucional para suas páginas, ao reproduzir a norma do art. 93, IX, em seu art. 11, *caput*, que estabelece que “[t]odos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos, e fundamentadas todas as decisões, sob pena de nulidade”

De forma a facilitar a visualização e a compreensão da matéria, eis a redação do §1º do art. 489, *ipsis litteris*:

Art. 489. (*omissis*)

§1º. Não se considera fundamentada qualquer decisão judicial, seja ela interlocutória, sentença ou acórdão, que:

I - se limitar à indicação, à reprodução ou à paráfrase de ato normativo, sem explicar sua relação com a causa ou a questão decidida;

II - empregar conceitos jurídicos indeterminados, sem explicar o motivo concreto de sua incidência no caso;

III - invocar motivos que se prestariam a justificar qualquer outra decisão;

IV - não enfrentar todos os argumentos deduzidos no processo capazes de, em tese, infirmar a conclusão adotada pelo julgador;

V - se limitar a invocar precedente ou enunciado de súmula, sem identificar seus fundamentos determinantes nem demonstrar que o caso sob julgamento se ajusta àqueles fundamentos;

VI - 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.

Primeiramente, há de se salientar que, embora extenso, o rol retro reproduzido possui caráter meramente exemplificativo, nos termos do entendimento entabulado através do Enunciado nº 303 do Fórum Permanente de Processualistas Civis: “As hipóteses descritas nos incisos do §1º do art. 489 são exemplificativas.”. De toda sorte, ainda que não exaustivas as hipóteses legalmente elencadas, é inegável que já representam considerável – e bem-vinda – ajuda ao sistema jurídico e forense pátrio.

Afinal, mesmo uma leitura superficial do dispositivo é capaz de revelar uma realidade que talvez não estivesse, em verdade, escondida: não são poucas as decisões judiciais que padecem dos vícios apontados pelo Código de 2015. Julgados que se limitam a paráfrases de atos normativos (inciso I) – como “presentes o *fumus boni iuris* e o *periculum in mora*, defiro a tutela de urgência” –, conceitos jurídicos indeterminados e cuja incidência no caso concreto não é explicada (inciso II) – como *proporcionalidade*, *justo motivo*, *interesse público* – ou comandos genéricos, que se prestariam ao empre-

go em qualquer caso¹⁷ (inciso III¹⁸) – como “presentes os requisitos, defiro” –, ainda que jamais permitidos, agora estariam categoricamente banidos da ordem jurídica.

Ainda analisando o preceito em referência, insta destacar, por relevante, a norma contida no inciso IV, que acaba suscitando intensos debates e motivando a apresentação de muitos recursos, principalmente os embargos de declaração¹⁹.

Segundo o dispositivo, não se reputa fundamentado o *decisum* que não discute todos os argumentos deduzidos no processo “capazes de, em tese, infirmar a conclusão adotada pelo julgador”. Acontece, porém, que muitos não apreendem o real significado da expressão entre aspas, e insistem na apreciação judicial de absolutamente todos os argumentos invocados por ambas as partes – o que, na maioria das vezes, representa laudas e mais laudas do processo.

Em verdade, o que pretende a lei é, ao mesmo tempo em que não permite ao juízo simplesmente ignorar as teses suscitadas pelas partes (postura que, embora muito comum sob a égide do CPC/1973, é inaceitável e representa afronta ao modelo constitucional de processo participativo e ao princípio do contraditório participativo²⁰), evitando que se prendam os julgados

17 E, nos dizeres de Alexandre Câmara, “decisão que serve para qualquer caso, na verdade, não serve para caso algum”. CÂMARA, Alexandre Freitas. **O novo processo civil brasileiro**. 2ª ed. São Paulo: Atlas, 2016, p. 17.

18 HC 384.923/SP, Rel. Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ, SEXTA TURMA, julgado em 09/03/2017, DJe 16/03/2017: “(...) O Juízo monocrático traz motivação que se encaixa em todos os casos nos quais o autuado seja preso em flagrante pela suposta prática de roubo, o que contraria o disposto no art. 489, § 1º, III, do Código de Processo Civil. A prevalecer a argumentação da decisão acima transcrita, todos os crimes de roubo ensejariam a prisão cautelar de seus respectivos autores, o que não se coaduna com a excepcionalidade da prisão preventiva, princípio que há de ser observado para a convivência harmônica da cautela pessoal extrema com a presunção de não culpabilidade”.

19 Veja-se, como exemplificação, a ementa do AgInt no REsp nº 1.662.345/RJ, Rel. Min. Regina Helena Costa, julgado no STJ em 13/06/2017 pela 1ª Turma e publicado no DJe em 21/06/2017 (grifou-se): PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO INTERNO NO RECURSO ESPECIAL. CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL DE 2015. APLICABILIDADE. OFENSA AO ART. 489 DO CPC/2015. AUSENTE. HONORÁRIOS. REVISÃO. IMPOSSIBILIDADE. SÚMULA N. 7/STJ. INCIDÊNCIA. ARGUMENTOS INSUFICIENTES PARA DESCONSTITUIR A DECISÃO ATACADA. I - Consoante o decidido pelo Plenário desta Corte na sessão realizada em 09.03.2016, o regime recursal será determinado pela data da publicação do provimento jurisdicional impugnado. In casu, aplica-se o Código de Processo Civil de 2015. II - O art. 489 do Código de Processo Civil de 2015 impõe a necessidade de enfrentamento dos argumentos que possuam aptidão, em tese, para infirmar a fundamentação do julgado, não estando o julgador obrigado a responder a todas as questões suscitadas pelas partes, quando já tenha encontrado motivo suficiente para proferir a decisão. Precedentes. III - In casu, rever o entendimento do Tribunal de origem, o qual consignou que, em virtude de o contribuinte ter decido de parte mínima do pedido, o município réu deve arcar com os honorários advocatícios em 10% sobre o valor dado à causa, demandaria necessário revolvimento de matéria fática, o que é inviável em sede de recurso especial, à luz do óbice contido na Súmula n. 7/STJ. IV - O Agravante não apresenta, no agravado, argumentos suficientes para desconstituir a decisão recorrida. V - Agravo Interno improvido. (Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequal=1612_807&num_registro=201602480049&data=20170621&formato=PDF>. Acesso em 12/09/2017.

20 Para o querido amigo e Professor Câmara, o vício apontado no inciso IV “demonstra, de modo muito claro, a intrínseca ligação existente entre o princípio da fundamentação das decisões e o princípio do contraditório”, na medida em que o segundo “não garante às partes só o direito de falar, mas também o direito de ser ouvido”, de modo que “não haverá contraditório efetivo e dinâmico se os argumentos deduzidos pelas partes não forem levados em consideração na decisão judicial”. *Ibid.*, p. 17.

ao escrutínio de fundamentos que em nada alterariam o resultado da causa²¹.

É saber: uma vez que o órgão jurisdicional haja “encontrado um fundamento suficiente para decidir favoravelmente a uma das partes, não há qualquer utilidade (e, portanto, não há interesse) em que sejam examinados outros fundamentos deduzidos pela parte e que também levariam a um resultado a ela favorável”, já que esses argumentos não analisados não poderiam levar a uma conclusão diferente. Em contrapartida, a parte vencida tem o direito de “*ver na decisão que lhe é desfavorável a exposição dos motivos que levaram à rejeição de todos os fundamentos que suscitou em seu favor*”²².

Certamente que não se pretende esgotar o exame de todo o §1º do art. 489. Como facilmente constatado, trata-se de extenso e relevantíssimo dispositivo, o qual, nessa qualidade, merece o mais minucioso dos olhares, em páginas e mais páginas de estudos e na prática incessante da vida forense. Intentou-se, assim, na presente reflexão, tão somente chamar atenção para a estreita relação do preceito com o princípio constitucional da fundamentação, funcionando como uma ferramenta de auxílio para sua imperiosa concretização no seio jurídico.

IV. CONCLUSÃO

Não é leviano afirmar que os Poderes da República sofrem, atualmente, uma crise de representatividade. Em meio aos escândalos diários e à cultura degradante de corrupção que parece reger a vida pública brasileira (ambos ampla e fartamente noticiados pela imprensa), cresce o número de cidadãos insatisfeitos com a forma com a qual o país vem sendo guiado.

Em relação aos Poderes Executivo e Legislativo, cujos quadros são compostos pela via eleitoral, o controle apriorístico exercido pelas massas, no primeiro domingo de outubro a cada dois anos, tem o papel de retomar as rédeas de condução do Estado brasileiro e conduzi-lo ao destino almejado pela maioria indicada nas urnas. Mas e o Poder Judiciário, como é limitado?

Buscou-se aqui, ainda que em poucas linhas, traçar um panorama do controle exercido *a posteriori* pela população no tocante ao único dos

21 REsp 1663459/RJ, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, SEGUNDA TURMA, julgado em 02/05/2017, DJe 10/05/2017: “(...) Afasta-se a alegada violação dos artigos 489 e 1022 do CPC/2015, porquanto é pacífica a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça no sentido de que não viola tais dispositivos, o acórdão que, mesmo sem ter examinado individualmente cada um dos argumentos trazidos pelo vencido, adota fundamentação suficiente para decidir de modo integral a controvérsia, apenas não adotando a tese defendida pela recorrente”.

22 CÂMARA, *Op. Cit.*, p. 17.

Poderes que não é eleito, e sim formado a partir de certames públicos que coroam cada candidato com base no mérito individual²³. Em suma, sem que haja qualquer participação social na composição do corpo de magistrados.

Nesse cenário, deve o Estado-Juiz, ato a ato, intentar legitimar sua atuação através de decisões adequadamente fundamentadas, na esteira da norma do art. 93, IX, da Constituição de 1988.

Decerto que a indeterminação do conteúdo abstrato do preceito, por vezes, pode dificultar sua plena concretização. Somado a isso, não se desconhece a realidade de assoberbamento dos juízos, com a crescente e inclemente quantidade de demandas ajuizadas (algumas até fabricadas), não raro sem a correlata aparelhagem estatal apta a cuidar de seu trâmite com celeridade, eficiência e presteza. Nesse contexto verdadeiramente caótico de massificação dos conflitos, também acabam padronizadas as respostas estatais, às vezes genéricas e aplicáveis a um sem-número de hipóteses, às vezes simplesmente diminutas e incompletas, proferidas com pressa e sem zelo.

Em uma tentativa de auxiliar os aplicadores do Direito, o novo Código de Processo Civil, em seu art. 489, §1º, detalha um rol de posturas que, se adotadas no momento de decidir, implicarão justamente uma decisão com falsa fundamentação e, portanto, eivada de nulidade.

Não se ignora que os desafios de aplicabilidade do artigo são muitos. Afinal, a cultura judiciária brasileira possui características peculiares já enraizadas no dia a dia forense, e mudar a mentalidade do sistema processual tal qual ele se verifica na prática (ainda que jamais dessa forma sancionado pela ordem positiva) não é tarefa simples. No entanto, a Lei nº 13.105/2015, com inspiração garantística, vem ao menos tentar indicar novos rumos para o Direito Processual Civil brasileiro, um caminho pelo qual todos os sujeitos colaborem e dialoguem na construção do resultado final – falando, sendo ouvidos e podendo influenciar o juízo, que deve se esforçar para produzir decisões adequadas, isto é, decisões bem fundamentadas. A decisão deve ser construída com base no diálogo, fruto de um processo policêntrico.

Esse modelo constitucional de processo, enfim, veste o Poder Judiciário com uma nova roupagem: é preciso que ele esteja disposto a ouvir e a se deixar convencer pelos argumentos invocados pelos jurisdicionados, e que construa seu convencimento de modo suficientemente fundamentado.

23 Aliás, vivas ao concurso público! Trata-se, sem a menor sombra de dúvidas, da melhor e mais qualificada forma de compor os quadros do Poder Judiciário. Nada até hoje implementado no Estado brasileiro teve melhor resultado. A sociedade deve permanecer vigilante para tentativas pouco republicanas, diria nefastas, de selecionar nossos Magistrados por vias outras que não o concurso. Aqui, repudiamos a ideia bizarra da eleição de Juízes.

Afinal, o processo deve ser encarado como a garantia que todos têm de, uma vez socorrendo-se ao órgão jurisdicional, dele receberem o justo, efetivo e eficaz tratamento que suas questões demandam. ❖

V. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 11ª ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2001.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. AgInt no REsp nº 1.662.345/RJ. Relator: Ministra Regina Helena Costa. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1612807&num_registro=201602480049&data=20170621&formato=PDF>. Acesso em: 12 set. 2017.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. AI nº 791.292 QO-RG/PE. Relator: Ministro Gilmar Mendes. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=613496>>. Acesso em: 12 set. 2017.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. RE nº 635.729/SP. Relator: Ministro Dias Toffoli. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=626533>>. Acesso em: 12 set. 2017.

CÂMARA, Alexandre Freitas. **O Novo Processo Civil Brasileiro**. 2ª ed. São Paulo: Atlas, 2016.

CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 4ª ed. Coimbra: Editora Almedina.

DIDIER JR., Fredie. **Curso de Direito Processual Civil**. Vol. 1. 15. ed. Salvador: 2013.

_____. **Curso de Direito Processual Civil: Introdução ao Direito Processual Civil, Parte Geral e Processo de Conhecimento**. Vol. 1. 17. ed. Salvador: JusPodivm, 2015.

JUNOY, Joan Picó I. **Las garantías constitucionales del proceso**. 2ª ed. Barcelona: Bosch Editor, 2012.

NUNES, Dierle José Coelho. **Processo jurisdicional democrático: uma análise crítica das reformas processuais**. Curitiba: Juruá, 2012.

REDONDO, Bruno Garcia. **Princípio da cooperação e flexibilização do procedimento pelo juiz e pelas partes**. Revista Dialética de Direito Processual, São Paulo: Dialética, n. 133, abril. 2014.

SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 32^a ed. São Paulo: Malheiros, 2009.

TARUFFO, Michele. **La motivación de la sentencia civil**. Madrid: Editorial Trotta, 2011.

_____. **Proceso y decisión: lecciones mexicanas de Derecho Procesal**. Madrid: Marcial Pons, 2012.

A Custosa Questão Carcerária Brasileira e as Inverdades Convenientes

The Difficult And Costly Brazilian Prison Question

Francisco Glauber Pessoa Alves

Juiz Federal/RN. Coordenador Seccional dos Juizados Especiais Federais no RN. Doutor e Mestre em Direito Processual Civil (PUC/SP). Membro do Instituto Brasileiro de Direito Processual (IBDP). Membro do Instituto Potiguar de Processo Civil (IPPC). Membro do TRE/RN (biênio 2017/2019)

SUMÁRIO: I. Introdução. II. Os problemas, alguns dados e as inverdades convenientes. III. Propostas. IV. Conclusão. Bibliografia.

RESUMO: O presente trabalho busca trazer subsídios acerca da questão carcerária. Esclarece que já há uma legislação que adequadamente confere tratamento humano ao preso. Destaca a dificuldade de estudo da matéria, notadamente pela difusão de soluções sem base científica ou empírica. Analisa estatísticas de diversos órgãos e traz uma abordagem socioeconômica. Reforça a necessidade de um caráter vinculante aos Planos de Política Criminal e Penitenciária. Utiliza dados de entidades nacionais e estrangeiras para formular determinadas assertivas. Procura desmistificar algumas inverdades convenientes. O método de trabalho foi essencialmente bibliográfico. Apresenta soluções possíveis.

PALAVRAS-CHAVE: Questão carcerária. Custo. Inverdades convenientes. Soluções.

ABSTRACT: The present work seeks to bring about the prison question. It clarifies that there is already legislation that adequately confers human

treatment on the prisoner. It highlights the difficulty of studying the matter, notably by the diffusion of solutions without scientific or empirical basis. It analyzes data from various organs and brings a socio-economic approach. It reinforces the need for a binding character to the Criminal and Penitentiary Policy Plans. It uses statistics from national and foreign entities to formulate certain assertions. It seeks to demystify some desirable untruths. The method of work was essentially bibliographic. It presents possible solutions.

KEYWORDS: Prison question. Cost. Desirable untruths. Solutions.

I. INTRODUÇÃO

A humanidade sempre tratou com desdém aqueles que, por um ou outro motivo, culpados ou não, infringem as regras sociais. Essa característica, que vem se repetindo ao longo da história de diferentes povos e nações, passou sempre pela matriz ideológica de que o preso não merecia atenção, muito menos investimento estatal qualificado para melhoria das condições carcerárias. Isso é bem testemunhado ao longo dos séculos, nas histórias das guerras e mesmo em tempos de paz. Beccaria, em seu clássico *Dos Delitos e das Penas*, já dizia, ainda no distante ano de 1764, que as prisões eram “mansões de desespero e de fome”¹.

A Lei de Execuções Penais (Lei n. 7.210, de 11 de julho de 1984 – LEP) prevê assistência material, à saúde, jurídica, educacional, social, religiosa ao egresso. Viabiliza o trabalho interno e externo ao preso. Regula uma série de direitos (dentre eles, a separação entre presos definitivos e provisórios, entre presos perigosos e os demais, a progressão de regime, o sursis, a anistia e o indulto) e deveres (regime disciplinar como um todo). Delimita os órgãos da execução penal e suas atribuições. Trata dos estabelecimentos penais (penitenciárias, para aqueles punidos com pena de reclusão, em regime fechado; colônia agrícola, industrial ou similar para os sancionados com regime semiaberto; casas de albergado, para aqueles condenados ao cumprimento de penas em regime aberto e de limitação do fim de semana; hospital de custódia e tratamento psiquiátrico para os inimputáveis e semi-imputáveis). Traça todo o trâmite da execução das penas (privativas de liberdade ou restritivas de direito, multa, medidas de segurança e sursis), com regimes de

¹ “À medida que as penas forem mais brandas, quando as prisões já não forem a horrível mansão do desespero e da fome, quando a piedade e a humanidade penetrarem nas masmorras, quando enfim os executores impiedosos dos rigores da justiça abrirem os corações à compaixão, as leis poderão contentar-se com indícios mais fracos para ordenar a prisão”. Disponível em: <<http://www.dominiopublico.gov.br/download/texto/eb000015.pdf>>, p. 14-15. Acesso em 10.04.2017.

cumprimento, autorizações de saída, remição (direito à diminuição da pena por trabalho ou estudo) e livramento condicional. Autoriza a monitoração eletrônica e regula os procedimentos. Detalha, principalmente, o cumprimento de penas em celas individuais com dormitório, sanitário e lavatório, com área mínima de 6,00 metros quadrados.

Sim, caro leitor! Tudo isso já está positivado na LEP!! Pode parecer brincadeira, mas não é! Há mais de 30 anos o Brasil já tem um corpo normativo que, em tese, *tutela o respeito à pessoa do apenado*, assegurando um tratamento decente, dentro de padrões internacionais humanitários e propiciadores de ressocialização. Ainda assim ninguém se descarta ou nega que, no geral, as prisões são lugares com amontoados de seres humanos postos em condições medievais (nenhuma palavra vem melhor a calhar que essa!). Daí que, quando eclodem, de tempos em tempos, motins, chacinas ou rebeliões, ressurgem a discussão sobre os motivos do problema, a real extensão dele e as soluções viáveis.

Este artigo busca empreender uma análise do problema à luz de números, desmistificando alguns referenciais equivocados e apresentando soluções possíveis – não necessariamente fáceis e cumpridamente eficazes – nesse tema que possui a marca da atemporalidade. Algumas inverdades convenientes (= falsas premissas difundidas por superficialidade de abordagem) serão referidas, com o intuito de aprimorar o debate.

II. OS PROBLEMAS, ALGUNS DADOS E AS INVERDADES CONVENIENTES

Se o preso não for tratado com respeito, retornará à sociedade (após cumprida a pena ou mesmo foragido) com a mesma régua que aprendeu no cárcere. Ele tenderá a prosseguir com o ímpeto de violência que impera nos estabelecimentos prisionais brasileiros. Violência gera violência. Conquanto possam existir discussões quanto à melhor ou mais viável fórmula de execução penal, não há dúvidas sobre o raciocínio de que uma política que admita a violência contra o apenado incutirá ou aprofundará nele os instintos mais violentos.

Por outro lado, não há novidade: o Brasil não cumpre satisfatoriamente a LEP, senão nas penitenciárias federais². Em grau reduzidíssimo,

2 Atualmente são quatro: Campo Grande (MS), Catanduvas (PR), Porto Velho (RO) e Mossoró (RN). Criadas pela Lei n. 11.671/2008, as penitenciárias federais têm uma finalidade específica e clara, normativamente definida: “Art. 3º. Serão recolhidos em estabelecimentos penais federais de segurança máxima aqueles cuja medida se justifique no interesse da segurança pública ou do próprio preso, condenado ou provisório”. Bem estruturadas e com limite de lotação devidamente

algumas unidades penitenciárias estaduais atingem os padrões normativos mínimos. Isso foi alvo de constatação científica em estudo de 2015 (IPEA, 2015a, p. 111-118), mas também é patente pelo que a mídia divulga nos diversos noticiários. A melhor definição é dada pelo Conselho Nacional de Política Penitenciária, ao descrever:

As condições dos cárceres brasileiros, bem como a superlotação de vagas no sistema prisional, ainda estão muito distantes do que exigem Constituição Federal e Lei de Execução Penal brasileiras. Encontram-se celas sem nenhuma ventilação, iluminação ou incidência de sol. Há unidades prisionais que só tem celas sem espaço para visitas, atividades educativas ou laborais, administrativas ou alojamento para funcionários. A superlotação de vagas chega a situações extremas em diversas localidades, onde se abrigam mais de quatro pessoas por vaga disponível. É frequente, também, a ocorrência de mortes violentas intencionais dentro dos estabelecimentos prisionais e notícias de prática de tortura e tratamento cruel. (MINISTÉRIO DA JUSTIÇA, 2015, p. 30-31).

Ora, se a ressocialização a partir das penas privativas de liberdade (art. 33 do Código Penal – CP) já é uma solução de exceção – e de discutível eficiência – para aqueles indivíduos que se recusam a cumprir as leis penais impostas a todos, é para lá de lógico que não haverá sucesso algum nessa meta ressocializadora enquanto *as condições humanas e estruturais dos estabelecimentos prisionais não forem plenamente implementadas*.

Segundo dados do Ministério da Justiça (2014, p. 14-17), havia 622.202 presos no sistema carcerário brasileiro, deixando nosso país atrás apenas dos Estados Unidos (2.217.000), da China (1.657.812) e da Rússia (644.237). A taxa brasileira de pessoas presas por 100 mil habitantes (MINISTÉRIO DA JUSTIÇA, 2014, p. 14) é de 306, a sexta maior do mundo entre os países com mais de 10 milhões de habitantes, atrás dos Estados Unidos (698), Cuba (510), Tailândia (467), Rússia (446) e Ruanda (434). A taxa mundial de encarceramento é de 144 presos para cada 100 mil habitantes (MINISTÉRIO DA JUSTIÇA, 2014, p. 14).

Do universo prisional brasileiro, destaca o Ministério da Justiça, 40% (248.880) são presos provisórios. Parece muito, mas deixa o Brasil apenas na

obedecido, elas não se prestam, portanto, ao cumprimento ordinário das penas privativas de liberdade de custodiados que não se enquadrem nessas condições (interesse da segurança pública), atribuição dos Estados e Distrito Federal.

38ª posição entre os países com mais de 10 milhões de habitantes. E aqui já temos *uma primeira inverdade conveniente*: não é verdade que o Brasil possua uma população carcerária provisória tão elevada, se está atrás de tantos outros países – 37, para sermos mais exatos. O que não significa, verdade, que não se deva ou se possa estudar e diminuir, se possível, tal realidade. A prisão processual deve ser exceção e não a regra. Entre países desenvolvidos, é menor o índice de presos provisórios: França (27,2 % em janeiro de 2016), Alemanha (19,8 % em novembro de 2015) e Estados Unidos (20,4 % em 2013). Na América do Sul, a título ilustrativo, importante frisar os dados do Chile (29,7 % em dezembro de 2015) e da Colômbia (35,9 % em janeiro de 2016).

Aqui é necessário um adendo. Estudo divulgado em 2015 pelo Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada (IPEA, 2015b, p. 34) deu conta de que 54% dos processos com denúncias aceitas corriam contra réu preso. Desses, 86,9% tiveram prisão em flagrante. Raros, assim, os casos em que *a prisão deu-se na fase judicial*. Do total de flagrantes, 73,3% tiveram a prisão provisória mantida. Assim, na maioria das situações em que o réu foi preso em flagrante e o Ministério Público ofereceu a denúncia, uma vez aceita esta, restou mantida a prisão provisória pelo juiz. A manutenção da prisão em flagrante é uma consequência natural (embora não necessária) do ordenamento jurídico: a) a polícia prende (art. 301 e ss. do Código de Processo Penal – CPP); e, b) o juiz analisa a legalidade da prisão, a ocorrência de motivos para o relaxamento do flagrante e a conveniência de decretação da prisão preventiva ou da concessão de liberdade provisória (arts. 310 c.c. 321 do CPP). Se não relaxa a prisão e se presentes razões para a decretação da preventiva, a prisão remanesce, ainda que por fundamentação distinta da do flagrante.

Isso desdiz a tese de que os juízes prendem muito (ou, reversamente, que soltam muito). A prisão processual determinada em consequência de fato distinto do flagrante é, por assim dizer, a exceção. Tanto quanto a soltura, o que afasta o discurso comum de que “a polícia prende e a justiça solta”. São duas faces de uma mesma moeda falsa. Trata-se de uma *segunda inverdade conveniente*. Avançando, o estudo destaca:

(...) no caso dos réus que cumpriam prisão provisória, 62,8% foram condenados a penas privativas de liberdade, enquanto 17,3% foram absolvidos. Um número considerável de presos provisórios foi condenado a penas alternativas (9,4%) ou teve de cumprir medidas alternativas (3,0%). Somando-se, ainda, os casos de arquivamento (3,6%), prescrição (3,6%) e medida de

segurança (0,2%), constata-se que 37% dos réus que responderam ao processo presos sequer foram condenados à pena privativa de liberdade. Ou seja, o fato de que praticamente quatro em cada dez presos provisórios não recebem pena privativa de liberdade revela o sistemático, abusivo e desproporcional uso da prisão provisória pelo sistema de justiça no país. (IPEA, 2015b, p. 37-38).

Mais à frente, defende:

Já entre os réus que responderam ao processo em liberdade, observou-se a seguinte distribuição das sentenças proferidas: 25,2% foram condenados à prisão; 23% foram absolvidos; e 26,0% foram condenados a penas ou medidas alternativas. Também é importante notar que 25,6% desses réus tiveram seus processos arquivados por falta de provas ou por prescrição.

Em suma, pode-se constatar que a condenação à pena privativa de liberdade é o tipo de sentença mais frequente (46,8%). Além disso, verifica-se que 92,8% dos réus que cumpriram prisão provisória receberam uma sentença de mérito, ao passo que, entre os réus que responderam ao processo em liberdade, apenas 74,4% chegaram a uma sentença de mérito. (IPEA, 2015b, p. 38).

Conclui o estudo que há um elevado número de presos provisórios *porque 37% dos réus que responderam processos presos não foram condenados a uma pena privativa de liberdade*. O argumento, sedutor do ponto de vista estatístico, passa ao largo de um conteúdo extremamente relevante para qualquer conclusão jurídica: os requisitos e pressupostos para as prisões provisórias são distintos daqueles para a condenação. A cominação de uma sanção definitiva leva em conta exaurimento probatório e devido processo legal pleno, sendo óbvio que haverá uma diferença, a menor, na relação entre réus condenados e réus presos. Do contrário, não seria necessário processo algum! A sentença pode reconhecer, após análise probatória, a situação de absolvição. Pode aplicar a prescrição da pretensão punitiva. Pode, mais, ao enveredar pela condenação, entender ser o caso de penas restritivas de direito, sursis, perdão judicial etc. em vez de privação de liberdade. Descabido, portanto, comparar-se inadequada a prisão provisória por não lhe corresponder necessariamente

uma condenação. A trilhar-se esse raciocínio, seria acertado dizer que se 25,2% dos que responderam ao processo em liberdade foram condenados à prisão, houve erro ao não aplicar-se a eles prisão provisória, o que não é verdade justamente porque requisitos para prisão processual são distintos daqueles para a prisão penal.

Costuma-se alegar, ainda, que há excesso de presos provisórios por decisões judiciais ilegais ou descabidas frente ao ordenamento jurídico. Esse argumento, aliás, é deveras comum. Ora, como se saber, em grau sólido, quantas dessas prisões são inequivocamente ilegais? O número de reformas de decisões condenatórias (não há dados sobre decisões interlocutórias) colegiadas em matéria penal é insignificante (1,12%, considerando-se decisões junto à competência do STF), o que levou, inclusive, a Corte Maior a usar isso como um dos argumentos para a execução provisória da pena, com prisão após a condenação (ou confirmação da condenação) em segunda instância³. Trata-se de uma *terceira inverdade conveniente* defender-se que há um excesso de presos provisórios – já que não restou suficientemente provada em bases estatísticas satisfatórias.

Não só isso. Argumento atual e assaz de vezes repetido é o de que as audiências de custódia serviriam para diminuir o número de prisões provisórias⁴. Trata-se de uma afirmação sem qualquer base empírica. *Primeiro*, porque não há estatística consistente (por um período razoável de tempo e em um quantitativo de decisões pesquisadas) acerca do número de prisões em flagrante não convertidas em prisões preventivas *anteriormente* à im-

3 Do voto do Ministro Luis Roberto Barroso: “Segundo dados oficiais da assessoria de gestão estratégica do STF, referentes ao período de 01.01.2009 até 19.04.2016, o percentual médio de recursos criminais providos (tanto em favor do réu, quanto do MP) é de 2,93%. Já a estimativa dos recursos providos apenas em favor do réu aponta um percentual menor, de 1,12%. Como explicitado no texto, os casos de absolvição são raríssimos. No geral, as decisões favoráveis ao réu consistiram em: provimento dos recursos para remover o óbice à progressão de regime, remover o óbice à substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos, remover o óbice à concessão de regime menos severo que o fechado no caso de tráfico, reconhecimento de prescrição e refazimento de dosimetria”. BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10964246>>, p. 33, nota de rodapé 6. Acesso em 10.04.2017. Mais à frente, frisa Sua Excelência: “Em verdade, foram identificadas apenas nove decisões absolutórias, representando 0,035% do total de decisões (ARE 857130, ARE 857.130, ARE 675.223, RE 602.561, RE 583.523, RE 755.565, RE 924.885, RE 878.671, RE 607.173, AI 580.458). Deve-se considerar a possibilidade de alguma margem de erro, por se tratar de pesquisa artesanal. Ainda assim, não há risco de impacto relevante quer sobre os números absolutos, quer sobre o percentual de absolvições”. BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10964246>>, p. 33, nota de rodapé 7. Acesso em 10.04.2017. O STF entendeu pela possibilidade de execução provisória após decisão da segunda instância no HC 126.292/SP, Pleno, rel. Min. Teori Zavascki, DJe-100 17.05.2016. Dito entendimento restou asseverado nos julgamentos das ADCs n. 43 e 44 (acórdãos não publicados, julgados ambos em 05.10.2016, indeferindo-se as cautelares ali buscadas), bem como no ARE 964.246 RG/SP (Pleno, rel. Min. Teori Zavascki, DJe-251 25.11.2016, reafirmando, em repercussão geral, o entendimento do HC 126.292/SP).

4 JOTA. Audiências de custódia podem reverter o caos carcerário?. Disponível em: <<http://jota.info/justica/audiencias-de-custodia-podem-reverter-o-caos-carcerario-14012017>>. Acesso em 10.04.2017.

plementação da audiência de custódia. *Segundo*, porque mesmo os dados divulgados pelo próprio Conselho Nacional de Justiça (CNJ, 2016) indicam disparidades, como o Rio Grande do Sul, onde 84,88% das audiências resultaram em prisão preventiva, ao passo que em Alagoas, que somente realizou 99 audiências, o percentual de liberdade provisória foi de 78,79%. O que mudaria tanto entre dois Estados em diferentes regiões do país? *Terceiro*, porque a média nacional de opção judicial pelo encarceramento por ocasião de audiência e custódia foi de 53,80%, acima, inclusive, do percentual de presos provisórios de 40% detectados pelo Ministério da Justiça (2014, p. 14-17). Ou seja, *não há como dizer ser a audiência de custódia útil ao problema carcerário*. Trata-se de uma *quarta inverdade conveniente*. Evidente que a audiência de custódia é deveras importante, a fim de inibir a violência policial ou mesmo assegurar um tratamento mais humano ao preso. Mas, chegar a dizê-la instrumento de diminuição da população carcerária, é não só temerário, como manifestamente equivocado à luz de dados estatísticos hoje existentes.

Reporta o Ministério da Justiça (2014, p. 18) que, excluindo-se as 397 vagas no Sistema Penitenciário Federal, as demais são formadas pelos Sistemas Penitenciários dos Estados (584.758) e carceragens de delegacias (37.444). *Há um déficit de 250.318 vagas* – déficit este que aumenta a cada dia. A população prisional cresceu 167,32% nos últimos 14 anos, bem acima do crescimento populacional. Num período de 25 anos, a população carcerária saltou de 90 mil presos no início da década de 1990 para mais de 622 mil em 2014 (MINISTÉRIO DA JUSTIÇA, 2014, p. 14).

Bom frisar que o crescimento da população prisional não é uma realidade apenas nacional. Conforme Relatório do World Prison Brief (INSTITUTE FOR CRIMINAL POLICY RESEARCH, 2016, p. 02), desde o ano de 2000, a população prisional mundial cresceu 20%, um pouco acima do crescimento populacional mundial (18%). Entretanto, na Oceania o crescimento foi de 60%, ao passo que nas Américas foi de 40% (14% nos EUA, 80% na América Central e 145% na América do Sul). Inversamente, a população prisional da Europa diminuiu em 21% no mesmo lapso (INSTITUTE FOR CRIMINAL POLICY RESEARCH, 2016, p. 02). O último Council of Europe Annual Penal Statistics (SPACE) aponta que houve um decréscimo na população carcerária europeia de 6,8%, só entre os anos de 2014 para 2015. Em 2015, havia 1.404.398 pessoas presas nas penitenciárias europeias (COUNCIL OF EUROPE,

2017, p. 06). Assim, é uma quinta inverdade conveniente a de que o crescimento da população carcerária é fenômeno apenas brasileiro. Em maior ou menor intensidade ele se repete no restante do mundo, com exceção da Europa.

O custo médio mensal de uma vaga no Sistema Penitenciário Estadual é de R\$ 2.400,00, ao passo que no Federal é de R\$ 3.800,00. Numa conta simples, há um custo global atual de R\$ 1.403.419.200,00 quanto aos Estados, sendo necessários, ainda, outros R\$ 600.763.200,00 para implementar as 250.318 vagas faltantes. É um vistoso acréscimo da ordem de 42,80 % na despesa, em tempos onde faltam recursos para pagamento de remuneração de servidores públicos e para o custeio de saúde, da educação e de outras demandas mais sensíveis à sociedade. Se somarmos a isso o custo de construção de cada vaga, na ordem de 20 a 70 mil reais (MINISTÉRIO DA JUSTIÇA, 2015, p. 6-7), teremos de adicionar à conta o valor de R\$ 400.000.000,00 (considerando o menor valor, 20 mil reais). Não é pouco dinheiro, por mais que se trate de responsabilidade dividida entre União, Estados e Distrito Federal.

Ainda assim, parece evidente a necessidade desse investimento. Os dados do Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada (IPEA, 2015a, p. 23), em pesquisa encomendada pelo Conselho Nacional de Justiça (CNJ), considerando os critérios do Código Penal (arts. 63 e 64)⁵, são de que um a cada quatro ex-condenados (24,4%) volta a ser condenado no prazo de cinco anos. O IPEA valeu-se da reincidência legal, não considerando o mero reingresso do ex-condenado no sistema penitenciário a título provisório, critério que gera distorções e que, no entanto, é usualmente citado, no patamar de 70% a 80%, a partir de menção no Relatório da Comissão Parlamentar de Inquérito do Sistema Carcerário (CÂMARA DOS DEPUTADOS, 2008). A se considerar o mero reingresso no sistema penitenciário, ainda que a título provisório, a reincidência atingiria patamares elevados e distintos. Permitimo-nos, pela pertinência, reproduzir trecho do estudo do IPEA (2015a, p. 13) que aponta a falta de uniformidade de critérios:

5 Art. 63 - Verifica-se a reincidência quando o agente comete novo crime, depois de transitar em julgado a sentença que, no País ou no estrangeiro, o tenha condenado por crime anterior.

Art. 64 - Para efeito de reincidência:

I - não prevalece a condenação anterior, se entre a data do cumprimento ou extinção da pena e a infração posterior tiver decorrido período de tempo superior a 5 (cinco) anos, computado o período de prova da suspensão ou do livramento condicional, se não ocorrer revogação;

II - não se consideram os crimes militares próprios e políticos.

Autor	Título	Conceito de reincidência utilizado na pesquisa	Taxa de reincidência
Sérgio Adorno; Eliana Bordini	<i>A Prisão sob a Ótica de seus Protagonistas: itinerário de uma pesquisa.</i>	Reincidência criminal – mais de um crime, condenação em dois deles, independentemente dos cinco anos.	São Paulo: 29,34%.
Sérgio Adorno; Eliana Bordini	<i>Reincidência e Reincidentes Penitenciários em São Paulo (1974-1985).</i>	Reincidência penitenciária – reingresso no sistema penitenciário para cumprir pena ou medida de segurança.	São Paulo: 46,3%.
Julita Lemgruber	<i>Reincidência e Reincidentes Penitenciários no Sistema Penal do Estado do Rio de Janeiro.</i>	Reincidência penitenciária – reingresso no sistema penitenciário para cumprir pena ou medida de segurança. Segundo a autora: “compreende reincidente penitenciário como quem tendo cumprido (tal) pena ou (tal) medida de segurança, veio a ser novamente recolhido a estabelecimento penal para cumprir nova pena ou medida de segurança” (Lemgruber, 1989, p. 45).	Rio de Janeiro: 30,7%.
Túlio Kahn	<i>Além das Grades: radiografia e alternativas ao sistema prisional.</i>	Reincidência penal – nova condenação, mas não necessariamente para cumprimento de pena de prisão. Segundo Kahn, pode-se assumir que nos casos de crimes mais graves os conceitos de reincidência penal e reincidência penitenciária medem basicamente as mesmas coisas, uma vez que crimes graves quase sempre são punidos com prisão.	São Paulo: 50%, em 1994; 45,2%, em 1995; 47%, em 1996; na década de 1970, a taxa não passou de 32%.
Depen	Dados de 2001 para Brasil e de 2006 para Minas Gerais, Alagoas, Pernambuco e Rio de Janeiro.	Reincidência penitenciária – considerando presos condenados e provisórios com passagem anterior no sistema prisional.	Brasil: 70%; e Minas Gerais, Alagoas, Pernambuco e Rio de Janeiro: 55,15%.

Fonte: Pesquisa Ipea/CNI, 2013 (revisão bibliográfica).

Essa disparidade de critérios (que aponta índices de reincidência de 29,34% a 70%) evidencia nossa pobreza científica e metodológica na abordagem de um instituto jurídico que não é novo, como é o caso da reincidência. Por outro lado, há que se separar as discussões sobre (1) punição penal (o que a sociedade, via legislador, escolhe como infrações que merecem sanção penal, inclusive prisão) e (2) sua efetivação (cumprimento da pena). A academia, já no início do bacharelado em direito, discute acentuadamente desde a Lei do Talião até a humanização da pena (Beccaria o símbolo maior), assim como o conteúdo das infrações e a própria ineficácia da pena (privativa de liberdade, restritiva de direitos e de multa) para evitar, por si só, o cometimento de novos crimes. Pouco ou nada se estuda nos bancos acadêmicos acerca do cumprimento da pena (2). A discussão surge muito tempo depois das graduações, de forma tangencial e superficial, geralmente nos momentos de crise, como os das tragédias do Carandiru (São Paulo, SP), do Complexo Penitenciário de Pedrinhas (Pedrinhas, MA), do Complexo Penitenciário Anísio Jobim (Manaus, AM), da Penitenciária Agrícola de Monte Cristo (Boa Vista, RR) ou de Alcaçuz (Natal, RN). Claro que há uma doutrina e institutos voltados à análise do problema da população carcerária (como o Fórum Nacional de Segurança Pública), porém ou não são suficientemente ouvidos ou não há um interesse midiático em fomentar seus importantes trabalhos. Advém disso uma discussão enviesada, buscando-se bodes ex-

piatórios e soluções fáceis⁶, pouco amadurecidas, com imputações cruzadas de culpas.

Argumento assaz de vezes invocado é o de que houve um incremento extraordinário na população carcerária (28% hoje em dia)⁷ por conta da tipologia aberta da Lei n. 11.343/2006, que não define exatamente o que seja traficante e usuário⁸. Ou porque as condenações em sede de tráfico seriam

6 O Instituto de Defesa do Direito de Defesa apresentou seis propostas para tentar equacionar o problema carcerário (CONJUR, 2017a): Proposta 1: Audiências de custódia; Proposta 2: Proibição da prisão preventiva para tráfico privilegiado; Proposta 3: Proibição da prisão preventiva para crimes sem violência ou grave ameaça com pena mínima igual ou menor a quatro anos; Proposta 4: Edição de resolução pelo CNJ para controle das prisões provisórias e medidas cautelares; Proposta 5: Edição de súmulas vinculantes que pacifiquem os entendimentos consolidados pelo STF e criação de mecanismos urgentes que garantam o cumprimento das súmulas do STJ; Proposta 6: Alterações na Lei de Execução Penal para garantir direitos do apenado.

7 “A mudança resultou em uma explosão do número de presos por tráfico de entorpecentes. Em 2005, eram 31.520 detidos por esse crime, o equivalente a 9% da população carcerária do país, que então contava com 361.402 pessoas, segundo dados do Departamento Penitenciário Nacional, órgão do Ministério da Justiça. Já em 2014, o número de presos por tráfico subiu para 174.216, e esse delito passou a ser o que mais leva gente para as penitenciárias: 28% dos 622.202 detentos do Brasil. Esse percentual é ainda maior quando a conta inclui apenas mulheres: 64% das presidiárias estão encarceradas pelo artigo 33 da Lei de Drogas” (CONJUR, 2017b).

8 Art. 33. Importar, exportar, remeter, preparar, produzir, fabricar, adquirir, vender, expor à venda, oferecer, ter em depósito, transportar, trazer consigo, guardar, prescrever, ministrar, entregar a consumo ou fornecer drogas, ainda que gratuitamente, sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar:

Pena - reclusão de 5 (cinco) a 15 (quinze) anos e pagamento de 500 (quinhentos) a 1.500 (mil e quinhentos) dias-multa.

§ 1º Nas mesmas penas incorre quem:

I - importa, exporta, remete, produz, fabrica, adquire, vende, expõe à venda, oferece, fornece, tem em depósito, transporta, traz consigo ou guarda, ainda que gratuitamente, sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar, matéria-prima, insumo ou produto químico destinado à preparação de drogas;

II - semeia, cultiva ou faz a colheita, sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar, de plantas que se constituam em matéria-prima para a preparação de drogas;

III - utiliza local ou bem de qualquer natureza de que tem a propriedade, posse, administração, guarda ou vigilância, ou consente que outrem dele se utilize, ainda que gratuitamente, sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar, para o tráfico ilícito de drogas.

§ 2º Induzir, instigar ou auxiliar alguém ao uso indevido de droga: (Vide ADI nº 4.274)

Pena - detenção, de 1 (um) a 3 (três) anos, e multa de 100 (cem) a 300 (trezentos) dias-multa.

§ 3º Oferecer droga, eventualmente e sem objetivo de lucro, a pessoa de seu relacionamento, para juntos a consumirem:

Pena - detenção, de 6 (seis) meses a 1 (um) ano, e pagamento de 700 (setecentos) a 1.500 (mil e quinhentos) dias-multa, sem prejuízo das penas previstas no art. 28.

§ 4º Nos delitos definidos no caput e no § 1º deste artigo, as penas poderão ser reduzidas de um sexto a dois terços, vedada a conversão em penas restritivas de direitos, desde que o agente seja primário, de bons antecedentes, não se dedique às atividades criminosas nem integre organização criminosa. (Vide Resolução nº 5, de 2012)

Art. 34. Fabricar, adquirir, utilizar, transportar, oferecer, vender, distribuir, entregar a qualquer título, possuir, guardar ou fornecer, ainda que gratuitamente, maquinário, aparelho, instrumento ou qualquer objeto destinado à fabricação, preparação, produção ou transformação de drogas, sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar: Pena - reclusão, de 3 (três) a 10 (dez) anos, e pagamento de 1.200 (mil e duzentos) a 2.000 (dois mil) dias-multa.

Art. 35. Associarem-se duas ou mais pessoas para o fim de praticar, reiteradamente ou não, qualquer dos crimes previstos nos arts. 33, caput e § 1º, e 34 desta Lei:

Pena - reclusão, de 3 (três) a 10 (dez) anos, e pagamento de 700 (setecentos) a 1.200 (mil e duzentos) dias-multa.

Parágrafo único. Nas mesmas penas do caput deste artigo incorre quem se associa para a prática reiterada do crime definido no art. 36 desta Lei.

Art. 36. Financiar ou custear a prática de qualquer dos crimes previstos nos arts. 33, caput e § 1º, e 34 desta Lei:

Pena - reclusão, de 8 (oito) a 20 (vinte) anos, e pagamento de 1.500 (mil e quinhentos) a 4.000 (quatro mil) dias-multa.

Art. 37. Colaborar, como informante, com grupo, organização ou associação destinados à prática de qualquer dos crimes previstos nos arts. 33, caput e § 1º, e 34 desta Lei:

Pena - reclusão, de 2 (dois) a 6 (seis) anos, e pagamento de 300 (trezentos) a 700 (setecentos) dias-multa.

calçadas exclusivamente na prova policial (CONJUR, 2017c) ou a partir de juízos preconceituosos (CONJUR, 2017d). Todas essas considerações partem de premissas que não foram até aqui provadas com números. Elas expressam muito mais posições ideológicas de quem as defende. Portanto, suscetíveis a falhas e até mesmo a pré-conceitos sem base factual. Que dados comprovariam que tipos abertos ensejam maior arbitrariedade policial ou judicial? Ademais, os tipos penais descritos na lei não têm a pretensão de encaixar os fatos como outrora já se taxou (tráfico, porte). Os arts. 33 a 39 da Lei n. 11.343/2006 simplesmente definem atitudes ilícitas.

Desdoura mais esse falacioso argumento, por exemplo, o fato de cerca de 49,5% dos presos federais e 15,7% dos estaduais nos Estados Unidos da América estarem cumprindo pena por delitos referentes a drogas, conforme dados do Bureau of Justice Statistics (CONJUR, 2017e). Mesmo a Europa, em regra mais tolerante com o uso de psicotrópicos, tem uma média de encarceramento por delitos referentes a tráfico da ordem de 18,7% (COUNCIL OF EUROPE, 2017, p. 6). Daí porque o aumento geométrico do encarceramento por tráfico de drogas é consequência do aumento das atividades do tráfico de drogas e/ou da sua punição em si. Não há outra conclusão possível. Aquele fato (elevado percentual de presos por tráfico de drogas) deriva deste (elevadas atividades de tráfico de drogas) e não o contrário. Muito se

Art. 38. Prescrever ou ministrar, culposamente, drogas, sem que delas necessite o paciente, ou fazê-lo em doses excessivas ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar:

Pena - detenção, de 6 (seis) meses a 2 (dois) anos, e pagamento de 50 (cinquenta) a 200 (duzentos) dias-multa.

Parágrafo único. O juiz comunicará a condenação ao Conselho Federal da categoria profissional a que pertença o agente.

Art. 39. Conduzir embarcação ou aeronave após o consumo de drogas, expondo a dano potencial a incolumidade de outrem:

Pena - detenção, de 6 (seis) meses a 3 (três) anos, além da apreensão do veículo, cassação da habilitação respectiva ou proibição de obtê-la, pelo mesmo prazo da pena privativa de liberdade aplicada, e pagamento de 200 (duzentos) a 400 (quatrocentos) dias-multa.

Parágrafo único. As penas de prisão e multa, aplicadas cumulativamente com as demais, serão de 4 (quatro) a 6 (seis) anos e de 400 (quatrocentos) a 600 (seiscentos) dias-multa, se o veículo referido no *caput* deste artigo for de transporte coletivo de passageiros.

Art. 40. As penas previstas nos arts. 33 a 37 desta Lei são aumentadas de um sexto a dois terços, se:

I - a natureza, a procedência da substância ou do produto apreendido e as circunstâncias do fato evidenciarem a transnacionalidade do delito;

II - o agente praticar o crime prevalecendo-se de função pública ou no desempenho de missão de educação, poder familiar, guarda ou vigilância;

III - a infração tiver sido cometida nas dependências ou imediações de estabelecimentos prisionais, de ensino ou hospitalares, de sedes de entidades estudantis, sociais, culturais, recreativas, esportivas, ou beneficentes, de locais de trabalho coletivo, de recintos onde se realizem espetáculos ou diversões de qualquer natureza, de serviços de tratamento de dependentes de drogas ou de reinserção social, de unidades militares ou policiais ou em transportes públicos;

IV - o crime tiver sido praticado com violência, grave ameaça, emprego de arma de fogo, ou qualquer processo de intimidação difusa ou coletiva;

V - caracterizado o tráfico entre Estados da Federação ou entre estes e o Distrito Federal;

VI - sua prática envolver ou visar a atingir criança ou adolescente ou a quem tenha, por qualquer motivo, diminuída ou suprimida a capacidade de entendimento e determinação;

VII - o agente financiar ou custear a prática do crime.

prende por tráfico e tipos quejandos da Lei de Entorpecentes porque muito se trafica no Brasil, assim como no restante do mundo. Essa é a triste verdade! Chegamos, então, à sexta inverdade conveniente, que é dizer decorrer a superlotação carcerária de falhas na legislação de combate às drogas, abuso (da polícia) ou preconceito (do sistema, da polícia, dos juízes).

Certo que se poderia enveredar pelo problema da (in)eficácia da punição penal a tais tipos de delitos, com opiniões abalizadas dando conta de que o encarceramento não resolveu o problema do tráfico de entorpecentes – do que ninguém duvida – e que somente a descriminalização traria alguma atenuação (CONJUR, 2017e). Isso a partir de recomendações do World Drug Report, no sentido de que

O excessivo encarceramento por crimes de menor potencial ofensivo relacionados a drogas é ineficaz em diminuir a reincidência e sobrecarrega os sistemas de justiça criminal, impedindo-nos de lidar melhor com crimes mais graves. (CONJUR, 2017e).

O dado concreto, porém, é que a solução oposta, a descriminalização, como realidade em dado contexto, não tem uma experiência significativa em países suficientes por um mínimo de tempo para se concluir⁹, como política viável, pelo atingimento da diminuição do tráfico de entorpecentes com a descriminalização. Mesmo os que defendem o modelo do Uruguai ou da Holanda, por exemplo, reconhecem ser ele um teste (CONJUR, 2017f). Nenhum país do mundo, até aqui, parece ter conseguido vencer o poder do tráfico ilícito de entorpecentes, mesmo porque, ainda que se liberem determinadas drogas como maconha, cocaína ou heroína, outras tantas permanecerão ilícitas e lucrativas (crack, ecstasy etc.). Quanto a drogas outras, fora a maconha, a cocaína e a heroína, não se apresentam dados claros acerca dos eventuais benefícios da descriminalização. Algumas delas, como o crack, tem um efeito devastador e altamente viciante no organismo, a par de terem um custo de aquisição muito mais baixo do que suas primas ricas (cocaína, heroína, e.g.).

Outro erro é falar-se em descriminalizar isso ou aquilo para não acarretar a mistura do menos com o mais perigoso (problema derivado da ausência de estrutura carcerária adequada). Ora, a LEP já diz (art. 84) para separar uns e outros. Não há novidade nisso. Que sejam separados. É uma sétima

⁹ Houve liberação da compra e uso da maconha na Holanda, no Uruguai, em Portugal e em estados norte-americanos como Colorado e Califórnia, dentre outros. Porém, mais números seriam necessários para se saber se houve diminuição do tráfico ou dos crimes a ele associados em tais países.

inverdade conveniente achar que se misturam uns e outros por ausência de norma. Na verdade, o descumprimento da norma posta é que enseja a realidade ilegal.

A negativa de cumprimento da LEP e da criação de mais vagas no sistema penitenciário pela dificuldade econômica tem sido a tônica dos executivos estaduais desde sempre. Não há dinheiro e, portanto, soluções mágicas devem ser pensadas. Duas decisões do STF, porém, têm potencial para mudar esse quadro nos próximos anos. A primeira delas é o julgamento da ADPF 347 (Pleno, rel. Min. Marco Aurélio, DJe-31 19.02.2016), na qual foi deferida liminar para (a) realização das audiências de custódia e, principalmente, para (b) que a União libere “(...) o saldo acumulado do Fundo Penitenciário Nacional para utilização com a finalidade para a qual foi criado, abstendo-se de realizar novos contingenciamentos (...)”. A *segunda*, não menos importante, foi o resultado do RE n. 580.252/MS, em 16.02.2017 (acórdão não publicado até a conclusão deste trabalho), no qual predominou a tese de que o Estado deve ressarcir aos detentos os danos materiais e morais em decorrência da falta ou insuficiência das condições legais de encarceramento¹⁰.

Essas decisões terão repercussão nas finanças da União, dos Estados e do Distrito Federal, compelidos a equalizarem satisfatoriamente as condições carcerárias, sob pena de *criarem passivos* (débitos de FUNPEN, quanto à União, e de ações indenizatórias imputadas aos Estados e ao Distrito Federal devido à falta de condições mínimas de encarceramento) *sobre passivos* (o investimento mínimo no sistema penitenciário, em conformidade com a LEP). Também deve ser mencionada a decisão do Pleno do STF no RE 641.320/RS, rel. Min. Gilmar Mendes, publicada no DJe de 01.08.2016, e julgado sob a sistemática de Repercussão Geral, analisando a concessão, pelo Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, de prisão domiciliar à falta de estabelecimento adequado para o cumprimento do regime semiaberto, determinando

“(...) que, havendo viabilidade, ao invés da prisão domiciliar, sejam observados (i) a saída antecipada de sentenciado no regime com falta de vagas; (ii) a liberdade eletronicamente mo-

10 A tese fixada pelo STF, conforme consta no site, foi: “Considerando que é dever do Estado, imposto pelo sistema normativo, manter em seus presídios os padrões mínimos de humanidade previstos no ordenamento jurídico, é de sua responsabilidade, nos termos do art. 37, § 6º, da Constituição, a obrigação de ressarcir os danos, inclusive morais, comprovadamente causados aos detentos em decorrência da falta ou insuficiência das condições legais de encarceramento”. BRASILE. Disponível em: «<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?numero=580252&classe=RE-RG&codigoClasse=0&origem=JUR&recurso=0&tipoJulgamento=M>». Acesso em 10.04.2017.

nitorada do recorrido, enquanto em regime semiaberto; (iii) o cumprimento de penas restritivas de direito e/ou estudo ao sentenciado após progressão ao regime aberto”.

Essa última decisão do STF, porém, é consequencialista, porque não resolve o problema estrutural da ausência de estabelecimentos adequados para o cumprimento do regime semiaberto. Na verdade, tal atribuição, como política pública complexa, é da alçada dos Executivos Federal, Estaduais e Distrital.

A falta de resolução da questão carcerária tem proporcionado um aumento exponencial do orçamento da segurança pública da União, dos Estados e do Distrito Federal. Em 2015, o gasto com segurança pública no Brasil totalizou R\$ 76,2 bilhões, um aumento de 11,6% em relação ao ano anterior, segundo dados do Anuário Brasileiro de Segurança Pública, produzido pelo Fórum Brasileiro de Segurança Pública (AGÊNCIA BRASIL, 2016). O Estado de São Paulo investiu R\$ 11,3 bilhões, a União, R\$ 9 bilhões e o Estado de Minas Gerais, R\$ 8,8 bilhões. Ainda assim, os índices de criminalidade brasileira são elevadíssimos e não recuam, no geral. Vale o registro do *Atlas da Violência 2016*:

Segundo o Sistema de Informações sobre Mortalidade (SIM), do Ministério da Saúde, em 2014 houve 59.627 homicídios no Brasil – o que equivale a uma taxa de homicídios por 100 mil habitantes de 29,1. Este é o maior número de homicídios já registrado e consolida uma mudança no nível desse indicador, que se distancia do patamar de 48 mil a 50 mil homicídios, ocorridos entre 2004 e 2007, e dos 50 a 53 mil mortes, registradas entre 2008 a 2011.

Para situarmos o problema, estas mortes representam mais de 10% dos homicídios registrados no mundo e colocam o Brasil como o país com o maior número absoluto de homicídios. Numa comparação com uma lista de 154 países com dados disponíveis para 2012, o Brasil, com estes números de 2014, estaria entre os 12 com maiores taxas de homicídios por 100 mil habitantes. (IPEA; FÓRUM BRASILEIRO DE SEGURANÇA PÚBLICA, 2016, p. 6).

Como já dissemos, há um custo global atual de cerca de R\$ 1.403.419.200,00 para manutenção da população carcerária quanto aos Estados, sendo necessários, ainda, outros R\$ 600.763.200,00 para implementar as 250.318 vagas faltantes. E os gastos com segurança pública estão subindo ano a ano (cerca de R\$ 68,64 bilhões em 2014 e R\$ 76,2 bilhões em 2015), *de onde é claríssimo que valores que poderiam se prestar ao sistema penitenciário, de forma muito mais adequada aos fins sociais, estão indo para a segurança pública para conter*, dentre vários problemas, a criminalidade oriunda do sistema penitenciário falho e muitas vezes dominado pelo crime organizado.

À prática criminal gravosa segue-se, quando havida a devida apuração, o cumprimento da pena nos estabelecimentos prisionais, que, em condições medievais, aprimoram a delinquência dos internos, até mesmo por força do controle e da submissão aos ditames dos grupos criminosos organizados que comandam a vida interna desses ambientes. Daí porque *é uma oitava inverdade conveniente* negar a utilidade de investimento qualificado no sistema penitenciário.

Não se pode tangenciar a responsabilidade econômica quanto à questão penitenciária. Embora essa postura de fuga aos deveres seja uma característica inata do brasileiro, é o momento de se enfrentá-la adequada e racionalmente, sem o que só veremos a situação piorar, no futuro, com o incremento de um crime organizado que, à falta do Estado, incorporou as penitenciárias como elementos lucrativos e essenciais em suas empresas.

Um modelo inspirador e que fala por si é o da Noruega (CONJUR, 2012). Rico, culto e desenvolvido, aquele país nórdico tem taxa de reincidência de apenas 20%, contra 50% na Inglaterra e 60% nos Estados Unidos (CONJUR, 2012). A ideia reinante nas suas penitenciárias é de recuperação do indivíduo em estabelecimentos-modelo, com equipes de trabalho longamente preparadas para lidar com os apenados e infraestrutura muito boa (médicos, biblioteca, dentistas, aulas diversas etc.), inclusive com prisões sem grades. Os noruegueses têm 73 presos por 100 mil habitantes (não esqueça, o Brasil tem 306), enquanto os suecos têm 70 e os dinamarqueses 74, ambos por 100 mil habitantes, que seguem a mesma linha do sistema penitenciário norueguês.

Fundamentalmente, ainda que se considere caro ao restante da sociedade, predomina nesses países a sistemática de efetiva reabilitação e correição, com reforma das deficiências do indivíduo e não do sistema, para que

ele retorne à sociedade como membro produtivo. O custo diário de um preso na Europa (COUNCIL OF EUROPE, 2017, p. 121-122) é de 101,08 euros (mensal de 3.032,08 euros, *a representar o gasto mensal de R\$ 10.097,89¹¹*), enquanto que na Noruega é de 348 euros (mensal de 10.440 euros, *a representar o gasto mensal de R\$ 34.765,20*), na Dinamarca é de 191 euros (mensal de 5.730 euros, *a representar o gasto mensal de R\$ 19.080,90*) e na Suécia, de 354 euros (mensal de 10.620 euros, *a representar o gasto mensal de R\$ 35.364,60*). Na Inglaterra, o gasto diário é de 115,76 euros (mensal de 3.472,80 euros, *a representar um mensal de R\$ 11.564,24*), ao passo que na França é de 102,67 euros (mensal de 3.080,10 euros, *a representar um mensal de R\$ 10.256,73*) e na Alemanha é de 129,35 euros (mensal de 3.880,50 euros, *a representar um mensal de R\$ 12.922,06*).

Lembrando que (I), no Brasil, o custo médio mensal de uma vaga no Sistema Penitenciário Estadual é de R\$ 2.400,00 e no Federal é de R\$ 3.800,00; (II) que a Europa (com um gasto mensal de R\$ 10.097,89), tem tido uma redução no encarceramento médio de 21%, conforme o World Prison Brief (INSTITUTE FOR CRIMINAL POLICY RESEARCH, 2016, p. 02), e de 2014 para 2015, de 6,8%, segundo o último Council of Europe Annual Penal Statistics (COUNCIL OF EUROPE, 2017, p. 06); (III) que as menores taxas de reincidência estão nos países nórdicos, os que mais investem no sistema penitenciário; é razoável dizer que há uma relação direta entre adequada política carcerária (com robustos investimentos) e baixa taxa de reincidência e de prisões. Dito de forma mais clara, quanto mais se investe em política penitenciária, menos reincidência há e menos se investe em segurança pública.

Não se pode solucionar o problema carcerário brasileiro tangenciando a necessidade de um maior investimento por parte da União, dos Estados e do Distrito Federal. É preciso superar a barreira ideológica de que direcionar recursos para a adequação dos estabelecimentos prisionais aos patamares de humanidade e razoabilidade previstos na LEP e em outros preceitos normativos, inclusive internacionais, é gasto (e aqui chegamos à *nona e última inverdade conveniente*) ao invés de investimento. Cuida-se de investimento a se refletir diretamente na melhoria da segurança e da qualidade de vida da sociedade como um todo e, ao fim e ao cabo, a permitir a integral ressocialização dos indivíduos segregados que potencialmente podem se reinserir na sociedade e mostrarem-se produtivos.

11 Câmbio de 1 euro valendo R\$ 3,33 reais, em 12.04.2017, a ser utilizado nas conversões seguintes.

Vale dizer, por questão de justiça, que na conformidade dos incisos I e II do art. 64 da LEP, o Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária tem implementado, a cada quatro anos, um Plano Nacional de Política Criminal e Penitenciária. O atual é de 2015 e vários dos temas de política carcerária que se discutem aqui já são ali previstos (MINISTÉRIO DA JUSTIÇA, 2015, p. 16-19)¹². Muitas das medidas, inclusive, são tendentes ao desencarceramento. É, porém, um Plano que não vincula os Executivos Federais e Estaduais, o que faz com que, imbuído da melhor das experiências, seja apenas um referencial inábil à cobrança a quem de direito por resultados não atingidos. Assim, *essencial que se dê alteração legislativa*, constitucional inclusive, se necessário, para que o Plano Nacional de Política Criminal e Penitenciária passe a ser vinculante quanto às autoridades responsáveis pela política criminal e penitenciária.

III. PROPOSTAS

Chegamos aqui à apresentação de soluções que nos parecem adequadas. Interessante notar que muito já se escreveu e se propôs para resolução do problema carcerário. Pensamos, porém, que nada obstante seja nobre o intuito de enfrentar o problema repensando a própria legislação penal (o que é algo muito mais complexo), é na política penitenciária que temos estado em déficit e onde está a raiz dos males. Nossas propostas, são, portanto, nessa linha. E pensamos que podem ser divididas por prazos de implementação (imediate, intermediário e longo). Elas não esgotam o que pode ser feito, mas parece que são o mínimo a ser feito.

¹² Para fins da chamada Medida 8 (Condições do cárcere e tratamento digno do preso), propõem-se: a) Garantir o cumprimento da Resolução nº 09/2011 do CNPCP, que edita as diretrizes básicas para a arquitetura prisional; b) Combater a violência institucional, com ênfase na erradicação da tortura e na redução das letalidades policial e prisional; c) Instituir procedimento de investigação para toda morte ocorrida no sistema prisional e monitorar o seu funcionamento; d) Implementar a Lei 12.847/2013, que institui o Sistema nacional de Prevenção e Combate à Tortura, cria o Comitê Nacional de Prevenção e Combate à Tortura e o Mecanismo Nacional de Prevenção e Combate à Tortura; e) Estabelecer limite ao número de vagas no sistema prisional no País e gerenciar o sistema penal a partir disso ("numerus clausus"); f) Instituir mecanismos de fiscalização e controle do sistema prisional de âmbito nacional, com poderes sancionatórios. Para a Medida 9 (Gestão prisional e combate aos fatores geradores de ineficiência), indicam-se: a) Realizar estudos para viabilizar repasse de recursos fundo a fundo, que facilite o acesso aos recursos, mas mantenha a função de indução de políticas públicas do Ministério da Justiça. b) Modificar as prioridades de destinação dos recursos do FUNPEN, para que alcance a política criminal de forma ampla, desde aspectos da porta de entrada e, no tocante ao sistema, com equilíbrio para investimento no sistema prisional, medidas de segurança, alternativas penais, monitoramento eletrônico, política para egressos e garantia de direitos; c) Estimular e fomentar a implantação de modelos alternativos de gestão prisional com participação da comunidade e da sociedade civil, com possibilidade de financiamento público para sua implantação e manutenção, a exemplo de modelos já existentes; d) Aprofundar o debate, para oferecer parecer e posicionamento do CNPCP, sobre os modelos de terceirização, privatização e sobre atividades típicas do estado, relativos à administração dos serviços de execução penal. e) Fomentar nos Municípios maior participação na execução penal e nas condições de encarceramento das populações locais, inclusive e principalmente daquelas recolhidas em estabelecimentos distantes da administração estadual. f) Promover a regulamentação nacional da gestão prisional.

Proposta 01. Prazo de implementação *imediato*. Cumprimento da liminar concedida na ADPF n. 347. Devem ser descontingenciados os recursos do FUNPEN e repassados aos Estados e DF para investimentos na infraestrutura carcerária, de modo a construir estabelecimentos dentro dos padrões mínimos de humanidade previstos na LEP.

Proposta 02. Prazo de implementação *imediato*. Alteração legislativa para que o Plano Nacional de Política Criminal e Penitenciária (art. 64, I e II, da LEP) passe a ter caráter vinculante para os Estados e DF. Assim, restará garantido um cronograma de cumprimento da efetiva implementação, nos estabelecimentos prisionais, da LEP e de dinâmicos mecanismos de aprimoramento do sistema penitenciário. Metas de implemento de vagas têm de ser fixadas e rigidamente cumpridas. Por exemplo: 10% do número do déficit ser zerado no ano seguinte, 30% nos dois anos seguintes e assim por diante. Essa proposta já consta no Plano Nacional de Política Criminal e Penitenciária (MINISTÉRIO DA JUSTIÇA, 2015, p. 07-08)¹³.

Proposta 03. Prazo de implementação *imediato*. Entabulamento da Proposta 02 também mediante Termos de Ajustamento de Condutas com participação do Ministério Público atuante em cada Estado e no Distrito Federal. No âmbito local, a atuação do Ministério Público será essencial para que ensejem (I) exequibilidade imediata e, caso não cumpridos, (II) consequências civis, penais, administrativas e de improbidade aos responsáveis pelo descumprimento.

Proposta 04. Prazo de implementação *imediato*. Realização de mutirões carcerários pelas Defensorias Públicas em linha de atuação com o Judiciário local competente. Esta solução não é definitiva e nem a melhor, mas é a mais expedita para a resolução temporal de problemas pe-

¹³ Para fins da chamada Medida 1 (Governança da política criminal e penitenciária), propõem-se: a) Institucionalização formal da política criminal e penitenciária por meio de norma que regule a atuação das diversas esferas de governo e poderes envolvidos, que defina de forma clara as competências, objetivos, papéis, responsabilidades, recursos e obrigações de todos os envolvidos. A norma deve também identificar e dividir riscos e oportunidades, bem como estabelecer formas de revisão, avaliação e monitoramento da política; b) Elaboração de planos e objetivos pelos gestores que definam resultados da política com visão de longo prazo, baseados em evidências; c) Estabelecimento de modelo de participação social, no qual se promova o envolvimento da sociedade, dos usuários e demais partes interessadas na definição de prioridades da política; d) Aperfeiçoamento da capacidade organizacional e recursos, de modo a garantir a distribuição das responsabilidades entre os diversos atores da política, o balanceamento de poder e a disponibilidade de dotação orçamentária suficiente à realização das ações programadas; e) Seja estabelecida coerência entre os diversos atores envolvidos, bem como demais políticas públicas afetas, de forma que as ações e os objetivos específicos das intervenções empreendidas sejam alinhados, os resultados esperados possam ser alcançados e reforcem-se mutuamente, ampliando o impacto à população; f) Definição do escopo, do propósito e dos demandantes do sistema de monitoramento e avaliação, bem como de indicadores-chave de progresso para os principais objetivos da política; g) Definição e formalização dos mecanismos e instrumentos para promoção da accountability da política; h) Elaboração sistemática de dados, de forma acessível e transparente.

nitenciários: a) superlotação; b) indenização por cumprimento da pena além do tempo. A ideia não é ampla (mutirão genérico, sem linhas de trabalho claras) mas, muito claramente focada e voltada especificamente a: I) relaxamentos de prisão por excesso de prazo; II) concessão de benefícios (progressão de pena, livramento condicional, cumprimento no regime menos gravoso se não houver instituição adequada à observância do regime contido no título condenatório, monitoramento eletrônico etc.) a quem de direito; III) elaboração/alimentação de um cadastro atualizado dos custodiados. E só tem sentido se utilizada por prazo determinado e concomitantemente às demais propostas que ora são apresentadas.

Proposta 05. Prazo de implementação *imediato*. Estruturação das Varas de Execuções Penais, ainda que provisoriamente. Relotação de servidores, especialização de varas e designação de juízes para auxílio temporário, de sorte a dar vazão às demandas reprimidas, observadas as mesmas cautelas da Proposta 04 quanto a prazos e concomitância de implementação de propostas.

Proposta 06. Prazo de implementação *intermediário*. Análise aprofundada de políticas penais e penitenciárias que adequadamente justifiquem um desencarceramento, tendo em conta experiências concretas nacionais ou estrangeiras e valores da sociedade. Aqui, através de eventos incentivados pelo Ministério da Justiça e com participação de todos os atores importantes (Judiciário, Ministério Público, Defensoria pública, advogados, gestores do Executivo etc.), de forma a viabilizar medidas legislativas calcadas em bases científicas suficientes para evitar ou atenuar o encarceramento.

Proposta 07. Prazo de implementação *intermediário*. Estruturação plena das Defensorias Públicas nos âmbitos federal e estaduais. Muitos Estados e mesmo a União ainda não estruturaram adequadamente, seja em termos físicos, seja em termos humanos, essa importante instituição, que é parte da solução do problema penitenciário. Dessa forma, concursos públicos devem ser abertos nos locais onde há déficit, dando-se a nomeação e posse aos selecionados o mais brevemente possível.

Proposta 08. Prazo de implementação *intermediário*. Estruturação plena das unidades penitenciárias. Nessa linha de déficit histórico, a contratação de agentes penitenciários, médicos, dentistas, psicólogos e assistentes sociais, dentre outros, para dar viabilidade de ressocialização efetiva e cumprimento dos reclamos da LEP.

Proposta 09. Prazo de implementação *longo*. Inclusão efetiva no currículo universitário do estudo do direito penitenciário e da realidade carcerária. Inútil tentar sensibilizar a sociedade a pensar e repensar a miríade de problemas que envolvem o sistema penitenciário sem que isso seja minimamente estudado pelos graduandos em direito. Soluções eficazes, como regra, só nascem do estudo aprofundado e da metodologia científica.

Claro que há um risco enorme de se seguir todas as propostas anteriormente apontadas (e mesmo outras elencadas pela doutrina e órgãos competentes) e não se atingir um resultado eficaz. Porém, cumprir-se a LEP exatamente como foi editada por um período mínimo para, em seguida, reavaliar-se se a criminalidade e a reincidência continuarão a subir, é algo elementar. Reavaliá-la, inclusive à luz dos problemas sociais, como baixa instrução, falta de oportunidades de trabalho etc. Nesse caso – e só assim –, teremos informações sólidas para dizer se uma execução penal nos termos da lei é insuficiente e precisa mudar. Fora disso, é discussão calcada apenas em achismo, sem nenhuma razão e planejamento, a fomentar *inverdades convenientes*.

IV. CONCLUSÃO

Há mais de 30 anos o Brasil já tem um corpo normativo (LEP) que *tutela o respeito à pessoa do apenado*, por meio de uma execução penal asseguradora de um tratamento decente e dentro de padrões internacionais humanitários e propiciadores de ressocialização.

O enfrentamento da grave questão penitenciária não pode ser feito a partir de perspectivas isoladas e sem bases científicas bastantes.

O espraio de uma diversidade de opiniões calcadas em intuições em vez de em dados metodologicamente confiáveis mais confunde que ajuda, incentivando *inverdades convenientes*.

O assunto merece aprofundamento na discussão e seriedade no seu enfrentamento, sem o que retornaremos a atravessar, infelizmente, por infinitos motins, chacinas e rebeliões dentro do sistema penitenciário.

Sem prejuízo da revisitação de conceitos e mesmo da inovação legislativa, não há solução que passe ao largo da incrementação financeira adequada, a fim de que haja o devido cumprimento da LEP. O que desconsiderar isso não será mais do que mero paliativo.

É preciso superar a barreira ideológica de que direcionar recursos para a adequação dos estabelecimentos prisionais aos patamares de humanidade

e razoabilidade previstos na LEP e em outros preceitos normativos, inclusive internacionais, é gasto ao invés de investimento.

Uma execução penal adequada reflete-se diretamente na melhoria da segurança e da qualidade de vida da sociedade como um todo e, ao cabo, permite a integral ressocialização dos indivíduos segregados que, potencialmente, podem se reinserir na sociedade e mostrarem-se produtivos. ♦

BIBLIOGRAFIA

AGÊNCIA BRASIL. **Gastos com segurança pública no Brasil são insuficientes, diz especialista**. Disponível em: «<http://agenciabrasil.ebc.com.br/geral/noticia/2016-11/gastos-com-seguranca-publica-no-brasil-sao-insuficientes-mostra-anuario>». Acesso em 10.04.2017.

BECCARIA, Cesare. **Dos delitos e das penas**. Disponível em: «<http://www.dominiopublico.gov.br/download/texto/eb000015.pdf>». Acesso em 10.04.2017.

BRASIL. Congresso Nacional. Câmara dos Deputados. **Comissão Parlamentar de Inquérito do Sistema Carcerário. Relatório Final**. Brasília: julho de 2008. Disponível em: «<http://pfdc.pgr.mpf.mp.br/atuacao-e-conteudos-de-apoio/publicacoes/sistema-prisional/relatorio-final-cpi-sistema-carcerario-2008>». Acesso em 12.01.2017.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário n. 580.252**. Brasília: 2015. Disponível em: «<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?numero=580252&classe=RE-RG&codigoClasse=0&origem=JUR&recurso=0&tipoJulgamento=M>». Acesso em 10.04.2017.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Habeas Corpus n. 126.292**. Brasília: 2015. Disponível em: «<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/pagador.jsp?docTP=TP&docID=10964246>». Acesso em 10.04.2017.

CONJUR. **IDDD apresenta seis propostas para melhorar sistema penitenciário**. São Paulo: 2017a. Disponível em: «<http://www.conjur.com.br/2017-fev-02/idd-d-apresenta-seis-propostas-melhorar-sistema-penitenciario>». Acesso em 10.04.2017.

_____. **Guerra às drogas sobrecarrega prisões e alimenta massacres**. São Paulo: 2017b. Disponível em: «<http://www.conjur.com.br/2017-jan-08/guerra-drogas-sobrecarrega-prisoas-alimenta-massacres>». Acesso em 10.04.2017.

_____. **74% das prisões por tráfico têm apenas policiais como testemunhas do caso.** São Paulo: 2017c. Disponível em: «<http://www.conjur.com.br/2017-fev-17/74-prisoos-traffic- apenas-policiais-testemunhas>». Acesso em 10.04.2017.

_____. **Mesmo sem provas, acusado de tráfico e furto já começa o processo condenado.** São Paulo: 2017d. Disponível em: «<http://www.conjur.com.br/2017-fev-21/entrevista-tecio-lins-silva-criminalista-presidente-iab>». Acesso em 10.04.2017.

_____. **Repressão do Estado não diminuiu uso nem comércio de drogas mundo afora.** São Paulo: 2017e. Disponível em: «<http://www.conjur.com.br/2017-fev-16/repressao-estado-nao-diminuiu-uso-nem-comercio-drogas>». Acesso em 10.04.2017.

_____. **É absolutamente ilegítimo que o Estado limite o uso de qualquer droga.** São Paulo: 2017f. Disponível em: «<http://www.conjur.com.br/2017-fev-20/entrevista-salo-carvalho-professor-direito-penal-ufjr>». Acesso em 10.04.2017.

_____. **Noruega consegue reabilitar 80% de seus criminosos.** São Paulo: 2012. Disponível em: «<http://www.conjur.com.br/2012-jun-27/noruega-reabilitar-80-criminosos-prisoos>». Acesso em 10.04.2017. Recomendamos fortemente a leitura desse artigo, muito elucidativo.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. Audiência de Custódia. Dados Estatísticos. Brasília: 2016. Disponível em: «<http://www.cnj.jus.br/sistema-carcerario-e-execucao-penal/audiencia-de-custodia/mapa-da-implantacao-da-audiencia-de-custodia-no-brasil>». Acesso em 12.01.2017.

COUNCIL OF EUROPE. Council of Europe Annual Penal Statistics (SPACE). Strasbourg: 2017. Disponível em: «http://wp.unil.ch/space/files/2017/03/SPACE_I_2015_Report_170314.pdf». Acesso em 12.01.2017.

INSTITUTE FOR CRIMINAL POLICY RESEARCH. World Prison Brief: World Prison Population List. London: 2016. Disponível em: «http://prisonstudies.org/sites/default/files/resources/downloads/world_prison_population_list_11th_edition_0.pdf». Acesso em 12.01.2017.

INSTITUTO DE PESQUISA ECONÔMICA APLICADA (IPEA). Reincidência criminal no Brasil. Rio de Janeiro: 2015a. Disponível em: «<http://cnj.jus.br/files/conteudo/destaques/arquivo/2015/07/577d8ea3d35e53c27c2ccc265cd62b4e.pdf>». Acesso em 12.01.2017.

_____. **A Aplicação de Penas e Medidas Alternativas.** Rio de Janeiro: 2015b. Disponível em: «<http://www.ipea.gov.br/agencia/images/>

stories/PDFs/relatoriopesquisa/150325_relatorio_aplicacao_penas.pdf». Acesso em 12.01.2017.

INSTITUTO DE PESQUISA ECONÔMICA APLICADA; FÓRUM BRASILEIRO DE SEGURANÇA PÚBLICA. **Atlas da violência 2016**. Brasília: 2016. Disponível em: «http://infogbucket.s3.amazonaws.com/arquivos/2016/03/22/atlas_da_violencia_2016.pdf». Acesso em 10.04.2017.

JOTA. **Audiências de custódia podem reverter o caos carcerário?**. Disponível em: «<http://jota.info/justica/audiencias-de-custodia-podem-reverter-o-caos-carcerario-14012017>». Acesso em 10.04.2017.

MINISTÉRIO DA JUSTIÇA. **Plano Nacional de Política Criminal e Penitenciária**. Brasília: 2015. Disponível em: «<http://www.justica.gov.br/seus-direitos/politica-penal/cnpcp-1/imagens-cnpcp/plano-nacional-de-politica-criminal-e-penitenciaria-2015.pdf>». Acesso em 12.01.2017.

_____. **Levantamento nacional de informações penitenciárias**. Infopen – dezembro 2014. Brasília: 2014. Disponível em: «http://www.justica.gov.br/seus-direitos/politica-penal/documentos/infopen_dez14.pdf». Acesso em 12.01.2017.

As Redes Sociais e o Terrorismo

Leandro de Matos Coutinho

Advogado, Chefe do Departamento Jurídico da Área de Gestão de Riscos do BNDES, Pós-graduado em Direito do Consumidor pela EMERJ/Estácio e em Direito Empresarial pela Fundação Getúlio Vargas – FGV, mestrando em Direito Constitucional na UNESA.

SUMÁRIO: Introdução. 1. Conceito de rede social. 2. Conceito de terrorismo. 2.1 Lei brasileira antiterrorismo. 3. Redes Sociais e o Terrorismo. 3.1 A Guerra ao Terror no espaço virtual. Conclusão. Referências.

INTRODUÇÃO

As redes sociais estão entre as grandes revoluções do mundo atual. Como destaca a docente da Universidade de Harvard Jessica Stern, especialista em terrorismo e armas de destruição maciça, em seu livro “Estado Islâmico: Estado de Terror”¹: “Todos os meios de comunicação são sociais, mas os meios de comunicação de massas são um desenvolvimento relativamente recente na sociedade.”

Representam, para um sem-número de pessoas, acesso direto e sem intermediários a comunicação e informação em tempo real. Esse é também o pensamento de Manuel Castells em sua obra “A Sociedade em Rede”²:

Assim, a sociedade em rede constitui comunicação socializante para lá do sistema de *mass media* que caracterizava a sociedade industrial. Mas não representa o mundo de liberdade entoada pelos profetas da ideologia libertária da Internet. Ela é constituída simultaneamente por um sistema oligopolista de negócios multimídia, que controlam um cada vez mais inclusivo hipertexto, e pela explosão de redes horizontais de comunicação local/global. E, também, pela interação

¹ STERN, Jessica, BERGER, J. M. **Estado Islâmico: Estado de Terror**. 1 ed. Amadora-Portugal: Vogais, 2015, p. 282.

² CASTELLS, Manuel. **A Sociedade em Rede: do Conhecimento à Política**. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2002, p. 24.

entre os dois sistemas, num padrão complexo de conexões e desconexões em diferentes contextos. Contudo, o que resulta desta evolução é que **a cultura da sociedade em rede é largamente estruturada pela troca de mensagens no compósito de hipertexto electrónico criado pelas redes, ligadas tecnologicamente, de modos de comunicação diferentes. Na sociedade em rede, a virtualidade é a refundação da realidade através de novas formas de comunicação socializável.** (Grifou-se)

Sem encontrar empecilhos de ordem (i) geográfica, (ii) governamental (em regra, pois em países com a República Popular da China assim não pode ser dito), (iii) de idioma, (iv) religiosa ou (v) étnica, as redes sociais conectam pessoas de todos os cantos do mundo, fazendo com que todos possam falar (ou se preferirem, escrever) e ser ouvido (ou lido), sem necessidade de fazer uso dos meios tradicionais de comunicação, como a grande *media*, escrita, falada, televisiva etc. No mesmo sentido, CASTELLS³:

Além disso, a **comunicação em rede transcende fronteiras, a sociedade em rede é global, é baseada em redes globais.** Então, a sua lógica chega a países de **todo o planeta e difunde-se através do poder integrado nas redes globais de capital, bens, serviços, comunicação, informação, ciência e tecnologia.** Aquilo a que chamamos **globalização é outra maneira de nos referirmos à sociedade em rede**, ainda que de forma mais descritiva e menos analítica do que o conceito de sociedade em rede implica. (Grifou-se)

Como mecanismos livres que são – mas não libertários como destacou o autor ibérico, as redes sociais não estão imunes a usos incorretos e, por que não, mesmo ilegais e desumanos.

Falar da *World Wide Web* também significa falar de práticas reprováveis.

Como nem só de boas notícias vivem as redes sociais, os núcleos terroristas também descobriram que a liberdade de rede garante para eles terreno fértil para não apenas sua divulgação em larga escala, mas também para disseminação de suas ideias, aliciamento e até mesmo treinamento de novos

³ CASTELLS, *op. cit.*, p. 18.

adeptos. Também aqui encontramos respaldo doutrinário em CASTELLS⁴:

ninguém sabe quem é quem na Internet, a eficiência no trabalho é sustentada em tecnologia que não depende da experiência humana, **o crime e a violência, e até o terrorismo, usam a Internet como um medium privilegiado**, e nós estamos rapidamente a perder a magia do toque humano. (Grifou-se)

As experiências atuais demonstram que, por exemplo, os terroristas do Estado Islâmico valem-se das redes sociais para alcance de vários objetivos relacionados a sua guerra contra os ditos infiéis do ocidente.

Se antes as pregações se davam em ambiente restrito e limitado, hoje, por meio das redes sociais, podem ser acessadas por pessoas nos quatro cantos do mundo. O mesmo pode ser dito das notícias relativas a suas conquistas de território e, perversamente, também para as notórias cerimônias de degolação de presos, que foram vistas por todo o planeta.

Tudo isso reforça a tese correntemente aceita de que a intitulada Guerra ao Terror não se dá apenas nas cidades, vilas e campos de treinamento de terroristas, mas especialmente no ambiente virtual, no qual, ousamos dizer, ela aparenta estar sendo perdida pelo Ocidente.

Para apresentar a questão e permitir uma análise mais embasada, começaremos por conceituar as redes sociais no capítulo I.

No capítulo II, buscaremos conceituar também o Terrorismo, valendo destacar que trataremos ainda da Lei brasileira antiterrorismo recentemente promulgada e já aplicada no âmbito da suposta ameaça de ataque terrorista ocorrida às vésperas dos Jogos Olímpicos Rio 2016.

No capítulo III, será apresentada a clara conexão entre redes sociais e terrorismo, tendo por destaque a Guerra ao Terror e suas “batalhas virtuais”.

Passa-se ao exame da matéria.

1. CONCEITO DE REDE SOCIAL

As redes sociais são amplamente conhecidas por todos. De crianças a adultos e mesmo os de mais idade lidam e interagem nas redes sociais.

De tal sorte, todos têm na ponta da língua o que vem a ser o conceito de rede social.

⁴ CASTELLS, *op. cit.*, p. 19-20..

Não obstante, para os fins do presente trabalho, é importante buscar em autores de renome o conceito praticado no ambiente acadêmico. Nesse sentido, vale trazermos à baila mais uma vez a obra de CASTELLS⁵: “A Sociedade em Rede é a nossa sociedade, a sociedade constituída por indivíduos, empresas e Estado operando num campo local, nacional e internacional.”

Há quem diga, e CASTELLS não difere, que as relações em rede caracterizam as sociedades informacionais.

Importante destacar a ponderação de CASTELLS em relação à sociedade em rede *versus* a sociedade industrial, demonstrando a atualidade da questão, pois enquanto ⁶:

As redes de comunicação digital são a coluna vertebral da sociedade em rede, tal como as redes de potência (ou redes energéticas) eram as infra estruturas sobre as quais a sociedade industrial foi construída, como demonstrou o historiador Thomas Hughes. (Grifou-se)

Sumarizando a questão, CASTELLS⁷ assim conceitua a Sociedade em Rede:

A sociedade em rede, em termos simples, é uma estrutura social baseada em redes operadas por tecnologias de comunicação e informação fundamentadas na microeletrônica e em redes digitais de computadores que geram, processam e distribuem informação a partir de conhecimento acumulado nos nós dessas redes. A rede é a estrutura formal (vide Monge e Contractor, 2004). É um sistema de nós interligados. E os nós são, em linguagem formal, os pontos onde a curva se intersecta a si própria. **As redes são estruturas abertas que evoluem acrescentando ou removendo nós de acordo com as mudanças necessárias dos programas que conseguem atingir os objectivos de performance para a rede.** Estes programas são decididos socialmente fora da rede, mas, a partir do momento em que são inscritos na lógica da rede, a rede vai seguir eficientemente essas instruções, acrescen-

⁵ CASTELLS, 2002, p. 09..

⁶ Idem, 2002, p. 18.

⁷ Idem, 2002, p. 20.

tando, apagando e reconfigurando, até que um novo programa substitua ou modifique os códigos que comandam esse sistema operativo. (Grifou-se)

Não se pode perder de vista que o conceito de redes sociais se insere em outro maior, qual seja, o da sociedade da informação ou da era da informação, nas palavras de BRANCO⁸:

Vivemos num período histórico caracterizado como a «era da informação», onde nos deparamos com a possibilidade de interação com novos aparatos tecnológicos, que estabelecem novas formas de comunicação entre as pessoas e das pessoas com coisas. Estamos vivenciando uma revolução que tem como elemento central a tecnologia da informação e da comunicação. (Grifo do autor)

O Livro Verde⁹, lançado pelo governo brasileiro em 2000, iniciou as políticas relacionadas à Sociedade da Informação em nosso país. Segundo o documento, o começo da discussão mundial sobre essa Sociedade se deu com:

O Programa HPCC (*High Performance Computing and Communications*), que ganhou notoriedade mundial a partir de 1991/92, pode ser considerado o começo do processo que hoje perpassa governos e empresas sob o rótulo de sociedade da informação.

Enquanto os EUA utilizavam o termo “Infraestrutura de Informação”, a expressão “Sociedade da Informação” derivou da resposta da União Europeia ao desafio lançado pelos americanos, e acabou por se disseminar.

Em reportagem publicada pela Revista Superinteressante na edição 162 de 2001, intitulada exatamente Sociedade da Informação¹⁰, pode-se obter os parâmetros dessa sociedade:

Essa nova comunidade, a chamada **Sociedade da Informação**, está sendo criada agora. Ela se caracteriza por coisas como

8 BRANCO, Marcelo. Software Livre e Desenvolvimento Social e Econômico, in **A Sociedade em Rede: do Conhecimento à Política**. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2002, p. 227.

9 BRASIL. Ministério da Ciência e Tecnologia. **Sociedade da Informação no Brasil**: Livro Verde. Brasília: MCT, 2000, p. 107. Disponível em <<https://www.governoeletronico.gov.br/documentos-e-arquivos/livroverde.pdf>>. Acesso em 10/12/2016.

10 Editora Abril. Revista Superinteressante, Edição 162, **Sociedade da Informação**, 2001, São Paulo, disponível em <<http://super.abril.com.br/tecnologia/a-sociedade-da-informacao>>. Acesso em 10/12/2016.

a **abstração, a virtualidade, a conectividade e a qualidade do trabalho**. E, como regra básica para que ela exista, as noções de tempo e de espaço que nortearam a humanidade nos últimos milênios terão que ser desmontadas e reestruturadas em uma nova ordem. (Grifou-se)

Para finalizar esse capítulo, é importante mencionar a legislação brasileira (Lei nº 12.965, de 23/04/2014)¹¹ sobre a grande rede, conhecida como o Marco Civil da internet.

Apesar de não definir expressamente o que vem a ser rede social, essa lei traz em seu texto o reconhecimento da importância da rede, que tem escala mundial e função social, como se vê abaixo:

Art. 1º Esta Lei estabelece **princípios, garantias, direitos e deveres para o uso da internet no Brasil** e determina as diretrizes para atuação da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios em relação à matéria.

Art. 2º A disciplina do uso da internet no Brasil tem como fundamento o respeito à liberdade de expressão, bem como:

I - o reconhecimento da **escala mundial da rede**;

II - os direitos humanos, o desenvolvimento da personalidade e o exercício da cidadania em meios digitais;

III - a pluralidade e a diversidade;

IV - a abertura e a colaboração;

V - a livre iniciativa, a livre concorrência e a defesa do consumidor; e

VI - a **finalidade social da rede**.

(Grifou-se)

Pois bem, desenvolvido o conceito de rede social (e também da própria sociedade da informação), cumpre-nos o dever de, para o bom desenvolvimento deste trabalho, conceituar terrorismo.

2. CONCEITO DE TERRORISMO

Antes de se buscar o conceito, torna-se relevante apresentar resumida incursão histórica sobre o terror, para melhor compreensão de seu *status* atual. Para tanto, vale citar o trabalho do professor de Direito Internacional da

¹¹ BRASIL. Lei n. 12965/14, Publicada no DOU em 23.04.2014.

Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais (UFMG), Leonardo Nemer Caldeira Brant, que em seu artigo “Terrorismo Internacional: A Guerra Preventiva e a Desconstrução do Direito Internacional”, publicado pela Revista Brasileira de Estudos Políticos, trata da questão com precisão.

Segundo BRANT, o termo terror sofreu mutações durante a história desde sua origem na expressão latina, incorporada à língua portuguesa no século XV, com o significado de ansiedade extrema face a um medo ou ameaça vagamente percebida, pouco familiar e altamente imprevisível, passando, com o advento da Revolução Francesa, em 1793, a possuir outro significado, mas especificamente o terror como forma de governo, designando a violência política (abusiva) exercida em nome do Estado, até os atentados praticados pelos Nihilistas ou Anarquistas a partir de 1890, que invertem a lógica para violência contra o Estado¹².

O terrorismo, como conhecido no contexto internacional atual, teve início, também de acordo com BRANT, com o atentado ao avião da companhia El Al sobre o aeroporto de Atenas cometido pela OLP, em 1968, oportunidade na qual o conflito palestino foi exportado numa estratégia deliberada visando a implicar outros estados fora do contexto do conflito original¹³. Desde então, as ações terroristas assumiram nova dimensão e amplitude, com vista a sua mundialização.

O tema terrorismo vem sendo discutido há muito, em especial na esfera internacional, que acompanha seu desenrolar histórico com diversos tratados e convenções a ele destinados.

A primeira Convenção Internacional que se tem notícia acerca do assunto foi a Convenção para a Prevenção e Punição do Terrorismo da Liga das Nações, de 16 de novembro de 1937, colegiado precursor da Organização das Nações Unidas (ONU). No referido documento, os atos de terrorismo foram definidos no artigo 1º como: “atos criminosos dirigidos contra um Estado e com a intenção calculada de criar um estado de terror nas mentes de pessoas específicas ou de um grupo de pessoas ou do público em geral”¹⁴. Ressalte-se que essa Convenção não chegou a vigorar.

Anos mais tarde, já sob a jurisdição da ONU, nova Convenção veio a tratar do tema, apesar de não precisar a definição¹⁵:

12 BRANT, Leonardo Nemer Caldeira, **Terrorismo Internacional: A Guerra Preventiva e a Desconstrução do Direito Internacional**, Revista Brasileira de Estudos Políticos, 2004, pp. 208-209.

13 Idem, 2004, p. 210.

14 Para maiores informações sobre a Convenção, <https://www.wdl.org/pt/item/11579/>

15 BRANT, *op. cit.*, p. 212.

O artigo 33 da quarta Convenção de Genebra, de 12 de agosto de 1949, relativa à proteção de pessoas civis em tempos de guerra e o artigo 4º §2º (d) do protocolo nº 2 às Convenções de Genebra de 12 de dezembro de 1977 ‘condenam toda medida de terrorismo’ no caso de conflito armado internacional ou os ‘atos de terrorismo’ em caso de conflito armado não internacional.

Outros esforços e iniciativas foram adotados no âmbito das Nações Unidas, mas nenhum foi conclusivo no sentido de definir o conceito de terrorismo. Podem ser citados como exemplos: (i) a Declaração de 24 de outubro de 1970, relativa aos princípios de direito internacional que regem as relações amigáveis e a cooperação entre os Estados, e (ii) as atividades do comitê especial instituído pela Resolução 3.043 da Assembleia Geral após os atentados das Olimpíadas de Munique, de 1972. Mesmo no âmbito do Conselho de Segurança não se teve sucesso em conceituar o terrorismo.

Sem êxito em definir o termo, a estratégia adotada passou a ser, segundo BRANT, a¹⁶:

[...] de se referir às infrações determinadas (como o sequestro de aeronaves) sem, contudo, se mencionar o termo terrorismo. Este mesmo regime foi transposto para diversas outras organizações como a Agência Internacional de Energia Atômica e a Convenção de Viena de 3 de março de 1980 sobre a Proteção Física em Matéria Nuclear.

E assim foi feito em vários outros instrumentos, como a Convenção para a Prevenção de Atos Ilícitos Contra a Segurança da Navegação Marítima, a Convenção de Nova York, de 14 de dezembro de 1973, sobre a Prevenção e Repressão de Infrações Contra Pessoas Gozando De Proteção Diplomática e Compreendendo os Agentes Diplomáticos e a Convenção de Nova York, de 17 de dezembro de 1979, contra o sequestro de pessoas.

Mesmo sem definição legal aceita internacionalmente, as resoluções da ONU pós-atentados de 11 de setembro de 2001 nos Estados Unidos foram no sentido de que ¹⁷:

Ora, a resolução 1373 vai muito além. Ela inova de duas maneiras. Em primeiro lugar, ela se coloca em um terreno geral e im-

16 BRANT, *op. cit.*, p. 214

17 Idem, 2004, p. 234.

pessoal ao resolver que **‘todo ato de terrorismo internacional’ é qualificado de ameaça à paz**. Em segundo lugar, ela resolve **‘em virtude do capítulo VII da Carta das Nações Unidas’, que a permite tomar decisões obrigatórias para todos os Estados’**. Trata-se aqui de uma verdadeira legislação internacional, já que **os Estados serão obrigados a combater ‘algo’ sem que este ‘algo’ seja devidamente tipificado ou compreendido dentro de uma roupagem normativa**.(Grifou-se)

Nesse sentido, conclui o professor mineiro¹⁸:

De fato, as contradições da comunidade internacional **impediram o aparecimento de uma definição universal do que venha a ser “terrorismo”**. Estamos, portanto, diante de algo que o direito deve combater, prever e tipificar sem que convencionalmente os Estados tenham acordado quanto aos seus contornos normativos. (Grifou-se)

Por derradeiro, cumpre registrar que, para o filósofo Immanuel Kant, a ideia de regressão, oposta à de progresso que fundamentou a filosofia da história nos séculos passados e dos ciclos, predominantes na época clássica e pré-cristã, era por ele chamada de terrorista¹⁹, o que deixa claro o conteúdo negativo do termo de há muito, mesmo para a filosofia.

Se o direito internacional não logrou êxito em conceituar terrorismo, deve-se buscar no direito interno brasileiro esclarecimentos para o desenrolar deste trabalho.

2.1. Lei brasileira antiterrorismo

Em outra perspectiva, voltando os olhos à legislação nacional, a Constituição Federal de 1988, em seu artigo 5º, XLIII²⁰, previu que a lei considerará crimes inafiançáveis e insuscetíveis de graça ou anistia a prática da tortura, o tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins, o terrorismo e os definidos como crimes hediondos, por eles respondendo os mandantes, os executores e os que, podendo evitá-los, se omitirem.

18 BRANT, *op. cit.*, p. 207.

19 BOBBIO, Norberto. 1909 - **A era dos direitos**; tradução Carlos Nelson Coutinho. Nova ed. Rio de Janeiro, RJ: Elsevier, 2004 – 7ª reimpressão, p. 27.

20 BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil, Promulgada em 05.10.1988.

Atendendo à determinação constitucional, o legislador ordinário aprovou a Lei Antiterrorismo, a de nº 13.260/2016, de 16/03/2016²¹, que, além de alterar outras leis, regulamenta o disposto no citado inciso XLIII do art. 5º da Constituição Federal, disciplinando o terrorismo, tratando de disposições investigatórias e processuais e reformulando o conceito de organização terrorista.

Dois dispositivos da referida lei merecem atenção especial. Trata-se do *caput* do artigo 2º, que, apesar de não definir terrorismo, estabelece no que ele consiste:

Art. 2º O terrorismo consiste na prática por um ou mais indivíduos dos atos previstos neste artigo, por razões de xenofobia, discriminação ou preconceito de raça, cor, etnia e religião, quando cometidos com a finalidade de provocar terror social ou generalizado, expondo a perigo pessoa, patrimônio, a paz pública ou a incolumidade pública. (Grifou-se)

E também do parágrafo 1º do mesmo artigo, que lista os atos de terrorismo:

§ 1º São atos de terrorismo:

I - usar ou ameaçar usar, transportar, guardar, portar ou trazer consigo explosivos, gases tóxicos, venenos, conteúdos biológicos, químicos, nucleares ou outros meios capazes de causar danos ou promover destruição em massa;

II - (VETADO);

III - (VETADO);

IV - sabotar o funcionamento ou apoderar-se, com violência, grave ameaça a pessoa ou servindo-se de mecanismos cibernéticos, do controle total ou parcial, ainda que de modo temporário, de meio de comunicação ou de transporte, de portos, aeroportos, estações ferroviárias ou rodoviárias, hospitais, casas de saúde, escolas, estádios esportivos, instalações públicas ou locais onde funcionem serviços públicos essenciais, instalações de geração ou transmissão de energia, instalações militares, instalações de exploração, refino e processamento de petróleo e gás e instituições bancárias e sua rede de atendimento;

21 BRASIL. Lei n. 13260/16, Publicada no DOU em 16.03.2016.

V - atentar contra a vida ou a integridade física de pessoa:
Pena - reclusão, de doze a trinta anos, além das sanções correspondentes à ameaça ou à violência.
(Grifou-se)

Para os propósitos do presente trabalho, a redação da Lei Antiterrorismo é adotada como conceito de terrorismo.

Mesmo com pouquíssimo tempo de promulgada, a Lei Antiterrorismo teve sua estreia garantida às vésperas dos Jogos Olímpicos Rio 2016. Na oportunidade, um suposto grupo terrorista brasileiro valeu-se das redes sociais para planejar um ataque durante o evento esportivo. O episódio tomou as páginas dos grandes jornais e noticiários nacionais (por exemplo: Portal de notícias do G1²², *blog* O Antagonista²³ e Portal de notícias IG²⁴) e internacionais²⁵ (Jornal espanhol *El País*).

Superado o esforço de definições tanto de rede social quanto de terrorismo, as atenções podem se voltar à pergunta chave deste trabalho. Servem as redes sociais para a prática de terrorismo? Em caso positivo, em que medida? Sobre isso trataremos no capítulo 3.

3. REDES SOCIAIS E O TERRORISMO

Antes de adentrar especificamente no tópico Redes Sociais e o Terrorismo, cumpre ressaltar, nas palavras de BRANT²⁶:

Em resposta aos atentados terroristas em Nova York e Washington em 2001, o Conselho de Segurança adotou rapidamente as resoluções 1368 e 1373. De fato, ambas resoluções e os fatos que se seguiram refletem a crise atual por que passa o direito internacional, impotente diante de um terrorismo transnacional, atomizado e difuso.

22 Disponível em <<http://g1.globo.com/sao-paulo/noticia/2016/09/pf-realiza-terceira-fase-da-operacao-hashtag-contra-terrorismo.html>>. Acessado em 06/09/2016.

23 Disponível em <<http://www.oantagonista.com/posts/oito-denunciados-na-operacao-hashtag>>. Acessado em 16/09/2016.

24 Disponível em <<http://ultimosegundo.ig.com.br/brasil/2016-09-02/estado-islamico-brasil.html>>. Acessado em 13/09/2016.

25 Disponível em <http://brasil.elpais.com/brasil/2016/07/21/politica/1469112537_834424.html>. Acessado em 13/09/2016.

26 BRANT, *op. cit.*, p. 231.

Ou seja, desde os atentados que atingiram os Estados Unidos em 2001, todo o ordenamento jurídico internacional encontra-se impotente diante da ameaça terrorista, em especial por conta dos instrumentos convencionais – da era industrial – de que se vale, quais sejam, tratados, convenções, resoluções etc, bastante inócuos para os tempos atuais – da era da informação.

O desenvolvimento das redes sociais só agrava tal situação, posto que nesse espaço os remédios tradicionais são ainda mais inofensivos.

Para desenvolvimento desse tópico, será muito útil a já citada obra “Estado Islâmico: Estado de Terror”, dos autores Jessica Stern e J.M. Berger, a primeira, professora da Universidade de Harvard e especialista em terrorismo e o segundo, investigador no *Brookings Institution*.

A primeira lição valiosa que se pode tomar de STERN e BERGER é que²⁷:

O Estado Islâmico alardeia a sua crueldade e essa prática literalmente descarada é, talvez, a sua inovação mais importante. A **exibição pública de barbárie** transmite um sentido de urgência ao desafio que representa e permite-lhe consumir uma quantidade desproporcional da **atenção mundial**. (Grifou-se)

Em outras palavras, o terrorismo atual, e o Estado Islâmico é sua face mais conhecida, soube com a exibição pública de suas práticas conquistar a atenção mundial, como ninguém antes o fizera. A al-Qaeda demorou anos até ser conhecida pelos governos dos EUA, mas o Estado Islâmico, ao contrário, faz tudo para chamar a atenção.

Segundo STERN e BERGER:

Embora seja extremamente importante manter as suas propaganda e atividades nas redes sociais na perspectiva adequada - nunca ninguém foi morto por um *tweet* - é claro que o EI considera as mensagens como sendo uma das frentes principais da sua guerra com o mundo, e é também o método principal pelo qual estende a sua influência para fora do domínio físico. Os esforços ocidentais para contrariar o EI devem ter em conta tanto o conteúdo como a distribuição da sua mensagem²⁸.

²⁷ STERN, Jessica, BERGER, J. M., *op. cit.*, p. 270.

²⁸ Idem, 2015, p. 281.

Como as sociedades em rede não encontram fronteiras, tampouco o terrorismo as conhecem. Assim destaca o já citado BRANT²⁹:

Rapidamente, com o desenvolvimento dos meios de comunicações, a abertura da agenda internacional, o surgimento de novos atores e canais de interação, além do acirramento de uma interdependência complexa, **o terrorismo internacional evolui para um terrorismo transnacional, com novas e complexas características e desafios**. A ação terrorista se desvincula da subordinação estatal e sem negar sua conotação política econômica e social encontra apoio na mobilização identitária enfatizando menos a ideologia que os valores tradicionais opostos à modernidade ocidental. (Grifou-se)

Diante desse quadro, fica difícil não responder positivamente à indagação formulada no capítulo anterior. Sim, as redes sociais têm sido utilizadas como terreno fértil para a prática do terrorismo, seja para: disseminação das suas bandeiras, apresentação de seus resultados ou conquista de novos adeptos.

Pode-se afirmar, até sem medo de errar, que mais do que surfistas da grande rede, os grupos terroristas especializaram-se em seu uso, obtendo êxitos destacados, como também se vê em STERN e BERGER³⁰:

Os radicais de hoje em dia estão a exprimir a sua insatisfação com o *status quo* fazendo guerra, não amor. São mais seduzidos por Thanatos do que por Eros. Eles ‘amam a morte tanto quanto vocês [no Ocidente] amam a vida’, nas famosas e muitas vezes repetidas palavras de Osama bin Laden. Neste negro mundo novo, **as crianças são vistas a encenar decapitações com os seus brinquedos, seduzidas pelo drama familiar dos bons que matam os maus para salvarem o mundo**. Há dezenas de milhares de utilizadores do *Twitter* a adotar a bandeira preta, e pessoas que praticamente nada sabem acerca do Islão ou do Iraque são incutidas a emular as decapitações brutais do EI. (Grifou-se)

29 BRANT, *op. cit.*, p. 210.

30 STERN, Jessica, BERGER, J. M., *op. cit.*, p. 271.

A rigor, se vivemos na sociedade da informação (e a resposta é sim, vivemos) a utilização das redes sociais deixou de ser mais um instrumento de comunicação, para assumir, ao contrário, papel fundamental e indispensável para toda a espécie de interação, o que, uma vez percebido pelos grupos terroristas, foi por eles amplamente exercitado e difundido.

3.1. A guerra ao terror no espaço virtual

Soma-se aos exemplos apresentados acima a recente experiência vivenciada no Brasil. Apesar de não estar no foco do terrorismo mundial, diferentemente dos EUA e da Europa, a ocorrência aqui verificada às vésperas dos Jogos Olímpicos Rio 2016 reforça a tese aqui defendida, qual seja a de que as redes sociais tornaram-se território próprio para disseminação de práticas terroristas.

Como destacado acima, a Polícia Federal e o Ministério Público Federal deflagraram operação com base na recém-aprovada Lei Antiterrorismo brasileira, que teve por início interceptações telefônicas e de acesso de dados e de interações por meio de *softwares* de troca de mensagens.

Redes sociais, como *Telegram* e *Whatsapp*, serviram de mecanismo para o planejamento e difusão das ideias referentes aos possíveis atentados terroristas, confirmando o indevido uso que se pode dar à grande rede.

Por se falar em redes sociais, interessante discussão está em curso entre os que defendem a liberdade de expressão mesmo para os extremistas do Estado Islâmico. STERN e BERGER tratam dessa questão nos seguintes termos³¹:

A maneira mais óbvia de atuação no contexto do EI é a supressão, nomeadamente a **suspensão de contas em redes sociais que distribuem conteúdos extremistas**. Os debates sobre como lidar com os **extremistas nas redes sociais** sofrem de um problema crônico de estruturação. Os **defensores da liberdade de expressão veem isto como censura**, assim como algumas operadoras de redes sociais. (Grifou-se)

É sabido que as principais definições ocidentais de liberdade de expressão não incluem o direito de uso irrestrito das plataformas de emissão, ao contrário, ainda mais por se tratar de ambientes privados e geridos por termos de condições de adesão. Tanto é assim que:

31 STERN, Jessica, BERGER, J. M., op. cit., p. 282

[...] as **mesmas objeções raramente são expressas quando se trata de outros crimes, como publicar pornografia infantil no YouTube** ou contratar assassinos no *Craigslist*. Embora seja verdade, sem dúvida, que o Estado Islâmico está a envolver-se numa forma de discurso político, o seu conteúdo também excede as condições do contrato com o qual cada utilizador concorda quando adere ao serviço. [...] Quando uma empresa nega acesso a um utilizador por infringir esses termos, não é exatamente censura - ou é? [...] ³² (Grifou-se)

Para além da discussão liberdade *versus* excessos, STERN e BERGER reconhecem claramente que a escolha dos extremistas islâmicos foi a de praticar a guerra no espaço virtual. Em aguçada análise, os autores esclarecem que o terreno de batalha é do Ocidente, já que são empresas desses países que são proprietárias das redes e plataformas sociais, mas são os terroristas que estão levando toda a vantagem³³:

Apesar das complicações, o EI escolheu travar **uma grande parte da sua batalha com o Ocidente nas redes sociais**. Através de uma combinação de infraestruturas públicas e empresas privadas, o **Ocidente é o proprietário deste campo de batalha e o nosso fracasso em controlar as mensagens do EI é o resultado direto do nosso insucesso** em compreender e agir sobre o facto. **Nunca antes houve uma guerra em que um dos lados controlasse o ambiente operacional**. O nosso poder sobre a Internet é o equivalente a ser capaz de controlar o tempo atmosférico num terreno de guerra - não é a solução completa, mas pode conceder uma vantagem incrível se for usada corretamente. (Grifou-se)

CONCLUSÃO

Foram estipulados logo no início do trabalho alguns objetivos com o intuito de enfrentar a questão das redes sociais e o terrorismo. O primeiro deles foi conceituar redes sociais, incumbência atendida logo no capítulo 1. O segundo foi o mesmo esforço de conceituação, mas desta vez em relação

³² STERN, Jessica, BERGER, J. M., op. cit., p. 283

³³ Idem, 2015, p. 284.

ao terrorismo, que cobriu o capítulo 2, e valeu-se da recém-aprovada Lei Antiterrorismo brasileira. O terceiro capítulo, a seu turno, tratou de, entrelaçando os dois conceitos, apresentar o problema em si, ou seja, o uso das redes sociais como instrumento de terrorismo.

Feito esse passeio pelos tópicos do presente trabalho, chega-se ao final com satisfação dos resultados alcançados, em especial por lançar luz sobre assunto tão relevante para a sociedade atual, para muitos intitulada sociedade da informação, mas também para alguns apelidada de sociedade de risco³⁴, que encontra no terrorismo uma de suas facetas mais temidas. ❖

REFERÊNCIAS

BOBBIO, Norberto. **1909 - A era dos direitos**; tradução Carlos Nelson Coutinho. Nova ed. Rio de Janeiro, RJ: Elsevier, 2004.

BRANCO, Marcelo. Software Livre e Desenvolvimento Social e Económico, *in* **A Sociedade em Rede: do Conhecimento à Política**. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2002.

BRANT, Leonardo Nemer Caldeira, **Terrorismo Internacional: A Guerra Preventiva e a Desconstrução do Direito Internacional**, Revista Brasileira de Estudos Políticos, 2004.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**, Promulgada em 05.10.1988.

BRASIL. **Lei n. 12965/14**, Publicada no DOU em 23.04.2014.

BRASIL. **Lei n. 13260/16**, Publicada no DOU em 16.03.2016.

BRASIL. Ministério da Ciência e Tecnologia. **Sociedade da Informação no Brasil: Livro Verde**. Brasília, DF, 2000. Disponível em <<https://www.governoeletronico.gov.br/documentos-e-arquivos/livroverde.pdf>>. Acesso em 10/12/2016.

CASTELLS, Manuel. **A Sociedade em Rede: do Conhecimento à Política**. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2002

CONVENÇÃO para a Prevenção e Punição do Terrorismo da Liga das Nações, de 16 de novembro de 1937. Disponível em <https://www.wdl.org/pt/item/11579/>. Acesso em 10/12/2016.

34 HIMANEN, Pekka, Desafios Globais da Sociedade de Informação, *in* **A Sociedade em Rede: do Conhecimento à Política**. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2002, p. 363: "A sociedade da informação pode também ser chamada sociedade de risco: a volatilidade tem aumentado nos mercados financeiros, as relações de trabalho têm-se tornado instáveis, o sector público faz pouco mais que reagir às crises, e os cidadãos estão constantemente com pressa. A importância da protecção assegurada pela sociedade de bem-estar é enfatizada na sociedade da informação, onde todos os riscos são cada vez maiores."

Editora Abril, **Revista Superinteressante: Sociedade da Informação**, São Paulo, SP, 2001. Disponível em <<http://super.abril.com.br/tecnologia/a-sociedade-da-informacao>>. Acesso em 10/12/2016.

HIMANEN, Pekka, *Desafios Globais da Sociedade de Informação*, in **A Sociedade em Rede: do Conhecimento à Política**. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2002.

STERN, Jessica, BERGER, J. M. **Estado Islâmico: Estado de Terror**. 1ª ed. Amadora-Portugal: Vogais, 2015.

Civil Mediation, How To Kick-Start It; The Italian Experience

Training, compulsory, tax relieves, control

Dr. Giovanni Matteucci

Giovanni Matteucci was born in Rome, Italy, in 1949. He graduated in Law and Economics & Commerce at "La Sapienza" University of Rome and earned a "Diploma in Economics" from the University of York (UK). He attended the postgraduate specialization courses in "Alternative Dispute Resolution techniques" and "Bankruptcy law" at the University of Siena.

He worked as a bank officer, specialized in assessing and managing risk, especially the uncertainly realized. He has been a civil mediator certified by the Ministry of Justice since 2006 and a trainer since 2011; he operates as a mediator at the Chamber of Commerce of Grosseto, Conciliatore BancarioFinanziario and ADRCenter, and as a trainer at Risorsa cittadino s.c.s e Arbimedia s.r.l. . He specializes in the use of mediation to prevent conflict in the event of corporate financial crisis. He trained in Online Dispute Resolution with Virtualmediationlab-Hawaii.

Since 2014, he is a European funding consultant.

ABSTRACT: According to the European Parliament (12.9.2017) "*Italy uses mediation at a rate six times higher than the rest of Europe*". Mandatory mediation was ruled in 2010 in Italy and came in force in 2011. In 2013 the "Opt-Out" model was introduced. Results:

year 2011 - 60,810 proceedings, 9,912 agreements, 16% success rate.

year 2016 - 183,977 proceedings, 20,237 agreements, 11% success rate.

20,237 is the highest number of agreements through mediation ever reached in Italy, thanks to:

- the judges and the controls carried out by the Ministry of Justice on the mediation bodies;

- statistics available at a nationwide level, which allow to check on the results;
- the stubbornness of those who believe in mediation, who often work for free.

Nevertheless the success rate scored in 2016 is still far away from that realized in 2011, mainly because a worsening in the quality of training during the 2010/2011 period. The most efficient mediation bodies, in addition to the courses required by the law, have realized further training and are achieving far higher results than the average.

INDEX – 1 Introduction; 2 Main statistical figures; 3 A bit of history; 4 Mandatory mediation approved (2010), unconstitutional declared (2012), reintroduced (2013); 5 New rules in 2014/15; 6 Mediation bodies and the Ministry of Justice; 7 The judiciary; 8 Training; 9 Conclusions.

1 . INTRODUCTION

The European Parliament, in the resolution of 12.9.2017, states: “ ...

A. whereas Directive 2008/52/EC has been an important milestone with regard to the introduction and use of mediation procedures in the European Union;

F. whereas the objectives stated in Article 1 of the Mediation Directive aimed at encouraging the use of mediation and in particular at achieving a ‘balanced relationship between mediation and judicial proceedings’ have clearly not been achieved, as mediation is used in less than 1 % of the cases in court on average in the majority of Member States; ...

“ calls on the Member States to step up their efforts to encourage the use of mediation in civil and commercial disputes;

“ calls on the Commission

- to assess the need to develop EU-wide quality standards for the provision of mediation services, especially in the form of minimum standards ensuring consistency ... ;

- to create and maintain -in each Member State- national registers of mediated proceedings

to undertake a detailed study on the obstacles to the free circulation of foreign mediation agreements in the Union ... ;

- to extend ... the scope of mediation also to other civil or administrative matters ... ;

*“ regrets the difficulty of obtaining comprehensive statistical data on mediation, including the number of mediated cases, the average length and success rates of mediation processes”*¹.

But, first of all, in order to spread the use of mediation all over Europe, I think that the European Commission should advice a minimum standard of a highly qualified training course in ADR to be shared in all Member States. The European Parliament underlines that *“Italy uses mediation at a rate six times higher than the rest of Europe”*; nevertheless, in this Country, the sharp fall in quality of training in 2010 / 2011 has caused serious consequences.

On March 21st, 2011, mandatory mediation took off in Italy. The initial results were encouraging: 31% of proceedings saw all parties present and the success rate was 54%; a final agreement was achieved in 16% of mediations (9.912). Over time, the number of proceedings increased but (all parties present) the success rate declined from 59% at the beginning of 2011 to 38% at the end of 2012.

Year 2016 year scored the highest number of mediation agreements (20,237) ever reached in Italy but the success rates (all parties present 43%; final agreement 11%) were far away from those scored in 2011.

2 . MAIN STATISTICAL FIGURES

Civil and commercial mediation has been compulsory in Italy since 2011. More precisely

compulsory since	March 21, 2011	untill December 12, 2012
voluntary since	December 13, 2012	untill September 19, 2013
compulsory since	September 20, 2013	

¹ EU – European Parliament, Tuesday, 12 September 2017, Strasbourg “Implementation of mediation directive” <http://www.europarl.europa.eu/sides/getDoc.do?pubRef=-//EP//TEXT+TA+P8-TA-2017-0321+0+DOC+XML+V0//EN> Quantifying the cost of not using mediation – a data analysis. 2011

http://www.adrcenterinternational.com/wp-content/uploads/2015/07/Paper-EU-Parliament-Giuseppe-De-Palo-dox_.pdf Rebooting the Mediation Directive: Assessing the limited impact of its implementation and proposing measures to increase the number of mediations in the EU; 2014

http://www.adrcenterinternational.com/wp-content/uploads/2015/07/IPOL-JURI_ET2014493042_EN.pdf

The implementation of the Mediation Directive – 29 November 2016

<http://www.adrcenterinternational.com/balanced-relationship-mediation.pdf>

Study for an evaluation and implementation of Directive 2008 / 52 / EC – the “Mediation Directive – 2013/2016

<https://publications.europa.eu/it/publication-detail/-/publication/bba3871d-223b-11e6-86d0-01aa75ed71a1>

	Mediation			Civil	proceedings
	Proceedings	Agreements	Agreements success rate	Registered	Pending
2011*	60,810	9,912	16%	4,409,000	5,566,000
2012	154,879	16,727	11%	4,267,000	5,081,000
2013	41,604	5,408	13%	4,389,000	5,155,000
2014	179,587	16,162	9%	4,009,000	4,359,000
2015	196,247	19,625	10%	3,334,000	3,945,000
2016	183,977	20,237	11%	3,472,000	3,803,000

*21.3 / 31.12.2011

The conflicts subjected to mandatory mediation are only the 8% of all the conflict filed in Italian courts; their filing had a 9% increase from October 2012 to September 2013, when mediation was voluntary (footnote 2, period *D*) and a 15% decrease after September 2013, when mandatory mediation was back (footnote 2, period *E* ²).

2 As far as mediation is concerned, Italy has experienced five different time periods :

A) 1993 - 2003 :

- “pure” voluntary mediation;
- not enforceable;
- no links with the judicial proceeding;
- no compulsory assistance by a lawyer to the parties;
- fees to be paid at the beginning of the proceeding;

B) 2003 – March 2011

- voluntary mediation;
- enforceable;
- no links with the judicial proceeding;
- no compulsory assistance by a lawyer to the parties;
- fees to be paid at the beginning of the proceeding;

C) March 2011 – October 2012

- mandatory mediation;
- enforceable;
- links with the judicial proceeding;
- no compulsory assistance by a lawyer to the parties;
- fees to be paid at the beginning of the proceeding;

D) October 2012 – September 2013

- voluntary mediation;
- enforceable;
- links with the judicial proceeding;
- no compulsory assistance by a lawyer to the parties;
- fees to be paid at the beginning of the proceeding;

E) from September 2013

- mandatory mediation;
- enforceable;
- links with the judicial proceeding;
- compulsory assistance by a lawyer to the parties;

	Cases discussed in Tribunals	
From 2013 to 2015	All civil proceedings	Proceedings related to civil mediation
	-8%	-16%

Therefore (compulsory) mediation “works”, but the overall success rate is still too low, only 11%. Why ?

In order to kick-start mediation (and ADR), it is necessary to have clear goals to be reached, a very good training, a strong attention to the “stakeholders” (people, lawyers, judges), their attitudes and interests, and to control what is going on. Starting with the knowledge of the historical framework.

3 . A BIT OF HISTORY

Mediation belongs to the Italian cultural and juridical tradition. The Italian State was founded in 1861. In the first Civil Procedure Code (1865) the heading of the introductory seven articles was “Conciliation”. According to a law issued in the same year, police officers must first of all reconcile conflicts among private citizens. In 1880 Justices of Peace issued the 70% of all sentences delivered in Italy. According to Law 261/1892 the judge “*in order to reach a conciliation, could call for the single party in a private hearing*” (an *ante litteram* caucus). But the totalitarian regime carried out during the Fascist period (1922 – 1943) disliked conflict resolutions reached by private citizens; they must be settled by judges, through sentences. 1941 Civil Procedure Code, art. 183, provided the possibility of conciliation managed by the judge in the pre-trial hearings; nevertheless it is always been a pure formality.

The bankruptcy rules have their roots in the “*jus mercatorum*”, developed in Central and Northern Italy around the thirteenth century. These laws included the “*affida*”, i.e. the *trust* given to the insolvent debtor and fugitive allowing him to return to his city in order to negotiate with his creditors; this practice became very popular in the highly business-oriented Republic of Venice from the fifteenth century onwards. The debtor-creditor negotiation was later opposed by the Napoleonic Code, shyly resumed by the Italian legislation of the late nineteenth century, supported by the Ital-

- pre-mediation first meeting, free of charge, with an “opt out” mechanism.

ian doctrine of the early twentieth century, and rejected by the bankruptcy law passed by fascism in 1942³.

Since the 30's of the twentieth century, in Italy, mediation gradually lost its importance and it was no longer taught in universities for over seventy years; it was (and still is) part of the Italian legal tradition, but it was forgotten, by the potential users (people) and by the professionals (lawyers and judges).

In 1993 the Law 580 ruled: each Italian Chamber of Commerce had to set up a conciliation (and arbitration) chamber. At a very slow pace ADRs started their way in contemporary Italy. The Legislative Decree no. 5/2003 (in force since 2005) ruled voluntary mediation in corporate, financial and banking controversies. Mediation bodies were ruled; lawyers and no lawyers could be mediators. Specific training requirements, especially on communication, were very modest. Nobody (*rectius*, no lawyer) used it, and when I asked why, lawyers replied: "*Because it was not compulsory*".

There were a high number of litigation cases, long lasting litigation cases, a huge numbers of lawyers (with decreasing revenues), a "*shrinking*" in the litigation market (the number of new civil proceedings has decreased due to the economic crisis started in 2008, the length of proceedings and the increase in court fees)⁴ and a tremendous number of pending civil litigation cases in the overall judicial system (5,700,000 in 2009).

3 Matteucci Giovanni, "Insolvenza e negoziazione in Italia: uno sguardo al passato per comprendere il presente e, forse, prevedere un po' del futuro – Insolvency and negotiation in Italy; a look to the past to understand the present and, perhaps, forecast a bit of the future" 21.2.2013 <http://www.adrmaremma.it/matteucci25.pdf> or http://www.ilfallimentarista.it/insolvenza_negoziiazione_sguardo_storico

4 Increase in court fees, according to the Italian Bar Council (Consiglio Nazionale Forense) + 180% from 2005 to 2012; CNF January 24th, 2014 <http://www.consiglionazionaleforense.it/site/home/naviga-per-temi/in-evidenza/articolo8457.html>.

"The decrease in case filings. According to the year-end forecasts ... 2014 recorded a significant positive balance: in practice, the civil courts of first instance delivered 330,000 judgments more compared to the disputes initiated by citizens and businesses. The result depends on the fall in new cases (-4.2% over 2013) and the increase in the decisions of judges (+3.9%). In other words: less litigation and more ruling.

"There is no clear diagnosis of the reasons for the decline in filings. In addition to the likely impact of the crisis on trade and thus litigation, in 2014 some measures for alternative dispute settlement were introduced, such as arbitration, assisted negotiation and mediation that have lightened the courts", said Fabio Bartolomeo director general of statistics at the Ministry of Justice.

"In fact, last year there has been the best result since 2008, bringing the potential backlog of civil courts as of December 31 under the threshold of 3 million cases. A number of dossiers which is still impressive - certainly - but progressing at this rate it could be zeroed in nine years. Which are many, but represent a "measurable" period, especially when compared with the projections referred to the pace of disposal recorded in 2012 and 2013, which were three times longer". - Dell'Oste Cristiano, Finizio Michela and Mazzei Bianca Lucia, "Less litigation (-4.2%) and more rulings (+3.9%) are reducing the civil justice backlog", in *Il Sole 24 Ore*, 10.08.2015

<http://www.italy24.ilsole24ore.com/art/laws-and-taxes/2015-08-05/less-litigation-42percento-and-more-rulings-39percento-are-reducing-the-civil-justice-backlog-095331.php?uuid=ACpyqBd&icmpid=boxhp>

4 . MANDATORY MEDIATION APPROVED (2010), UNCONSTITUTIONAL DECLARED (2012), REINTRODUCED (2013)

In 2010 the compulsory civil and commercial mediation was ruled by Legislative Decree no 28/2010), starting from March 2011, in many civil matters ⁵ ; it was declared unconstitutional in October 2012 and reintroduced in September 2013. It had to face a furious opposition by lawyers (a matter of culture and revenues – ADR, here, doesn't mean Alternative Dispute Resolutions, rather *Alarming Drops in Revenues*) and -until 2013- a benign neglect by judges (a matter of culture). 50 hours of training (too few) were established, with specific attention to communication; graduates in any subject could become mediators (also non-graduates, but only on matters related to their activities). In Italy civil and commercial mediation took-off : from March 21 to December 31, 2011 : registered proceedings 60.810, all parties present in 31% of proceedings, agreements 9.912 (with a success rate of 16%), two to three months required to reach the deal.

Over time, the number of proceedings increased, as well as the percentage of proceedings where all parties were present. But the success rate of the latter started to decline, continuously, constantly, and stubbornly, until the end of 2012.

On December 12th, 2012, the Constitutional Court declared the unconstitutionality of compulsory mediation, due to over-delegation (the Government went beyond its powers in creating the delegated legislation) and not because of the breach of a citizen's right to defense. The number of mediation proceedings dropped, voluntary mediation survived, with a much higher success rate than the compulsory one.

Under the pressure from the European Union, the so called "To Do" Law, Legislative Decree no. 69/2013, reintroduced mediation as a mandatory first step before going to court, starting on September 20th, 2013.

But the heavy pressure exerted by lawyers on the members of Parliament led to significant changes from the previous law. Among others :

- lawyers mediators "ope legis" (and for almost two years they were asked to attend only a 15 hours training)

⁵ Rights in rem, property; division of assets, partition; wills and inheritance; family covenants and agreements; lease; gratuitous loans; business rents; civil liability for medical malpractice; civil liability for defamation in the press or other media; insurance, banking and financial contracts; condominium. Interim and preventive procedures (injunction proceedings, notice to quit, possessory proceedings, civil action inside the criminal proceedings, etc.) were exempted from the mandatory attempt at mediation. The conflicts subjected to mandatory mediation are the 8% of all the conflicts filed in Italian courts.

- compulsory lawyers' assistance (presence) for the parties;
- the first "informative" meeting free of charge (except for a 48,80 euro fee, 97,60 if mediation value is higher than 250,000 euro – the mediator works for free, the lawyer hired by the party is paid); the invited party, according to lawyers' misinterpretation, can abstain from the proceeding by not attending the mediation meeting (with the plaintiff and the mediator) or, attend the first informative meeting, can "**OPT-OUT**" from the process ⁶ .

5 . NEW RULES IN 2014 / 15

New rules came in force in 2014 and 2015:

- cases pending before the court, upon the parties' agreement, can be transferred in arbitration;
- assisted negotiation by lawyers : for disputes relating to compensation for damages caused by cars and boats and for all claims for payments up to 50,000.00 euro (in matters not subject to mandatory mediation); for the separation between husband and wife (provided there are no underage children, or anyway dependent from their parents), the litigants, assisted by their lawyers, will be able to reach an agreement, that is enforceable; as mediation, this procedure will be a pre-condition to assessment in court ⁷ ;
- who loses in court will refund the expenses of the process;
- a high statutory rate of interest for late payment will be provided, to an extent at least equal to the market price; therefore the debtor, who forces the creditor by applying to the court to get the amount back, will not make money out of the lengthy procedures.

6 . MEDIATION BODIES ("*ORGANISMI DI MEDIAZIONE*") AND THE MINISTRY OF JUSTICE

In Italy mediators are allowed to operate only within the mediation bodies, ruled by the Ministerial Decree 180 / 2010 ⁸ , updated by Minis-

6 D'Urso Leonardo and Canezza Romina, "The Italian Mediation Law on Civil and Commercial Disputes", a description of the mediation procedure under the Legislative Decree 28/2010 and the Ministerial Decree 180/ 2010, along with the translation of the laws in English www.mondoadr.it/wp-content/uploads/The-Italian-Mediation-Law.pdf

7 Legislative Decree 132, September 12, 2014 art. 1 and art. 2, converted with amendments by Law 162/ 2014, ruled the transfer in arbitration and the assisted negotiation, both institute strongly supported by lawyers. Results in 2016: proceedings 43.000; agreements 4.132 (separations and divorces 3.197). With respect to the mediation a much wider field of application, but inferior results. No news about transfer in arbitration.

<http://www.consiglionazionaleforense.it/documents/20182/321984/Monitoraggio+negoziiazione+assistita+2016+-+Dati.pdf/8adb4fb2-45ec-4a8c-943a-55918435cb81?version=1.0> .

8 <http://www.adrmaremma.it/norm17.pdf>

terial Decree 145 / 2011 ⁹ . “*Organismo di mediazione: l’ente pubblico o privato, o la sua articolazione, presso cui può svolgersi il procedimento ai sensi del decreto legislativo 18/2010*”- “*Mediation body: public or private institution, or its branch, where the mediation proceedings can take place under Decree 28/2010*”.

We are talking about

- public institutions (also ruled by foreign law): chamber of commerce, council of professional bodies (not only lawyers), universities, etc. and
- private institutions.

A mediation body must have a registered capital amounting to a minimum sum required for setting up a small joint-stock companies, an insurance policy for an amount not lower than 500,000.00 euro and an independent accounting. It applies for registration to the Ministry of Justice, which manages the register of mediation bodies and the register of mediators. The rates of the proceedings are established by the Ministry and are paid by the parties to the mediation body, which pays the mediator.

There is an administrator (who can not be a mediator) and, at least, five mediators, who ask to join the mediation body. The administrator must assign the proceedings to mediators based on their bachelor’s degree and specialization; and on rotation. The mediation body must publicise its own regulation and the names and experiences of mediators on a website. The parties, together, they can choose the mediator. The body may conduct its activities in all matters prescribed by the law, but also limit its work to a few (or even one).

There is no contribution by the State, except legal aid, the assistance provided to those who cannot afford the fees to initiate court proceedings or to defend themselves before a court.

The documents of every proceeding must be sent to the Ministry and the number of initiated proceedings, the results, those not yet completed and much more must be communicated every quarter.

The Ministry of Justice controls mediation bodies and mediators: in 2016 there were 1,050 registered organizations; between 2014 and 2016, “*one quarter of the mediation bodies have been canceled. ... the number of deleted organisms was almost seven times higher than the number of new registered organisms. ... inspections carried out – amounting to 125 – resulted in*

⁹ <http://www.adrmaremma.it/norm24.pdf>

the cancellation or suspension of almost half of the mediation bodies” ¹⁰ .

There is no national organization of mediators.

7 . THE JUDICIARY

When compulsory mediation came into force in 2011, judges did not take a stand against it, but in practice they did not use the opportunity provided by the law. But a small portion of the Italian judiciary began to look carefully at mediation and its possible use. I mainly refer to:

- “Progetto Conciliamo”, started in 2005 at the Court of Milan ;

- “Progetto Nausicaa”, started in 2010 at the Court of Florence ;

both projects focused on the analysis of mediation and aimed at improving the knowledge of mediation among legal professionals ;

- the “integrated” conciliatory practices started in 2011 at the Court of Modugno-Bari

- the experience of the Court of Ostia, a separate division of the Court of Rome, whose leader, Judge Massimo Moriconi, acted as a pioneer in the field of mediation. Thanks to an extensive use of invitation to mediation in the 2012 – 2013 period, Judge Moriconi achieved a reduction of at least 10% of the disputes entrusted to him ¹¹ .

Which method did he use? The magistrate analyzed all incoming cases and, whenever he believed that the parties could reach a settlement, he invited them to undergo a mediation proceeding. Moral suasion was effective.

According to Legislative Decree no. 28/2010 mediation could also start at the invitation of the judge (delegated mediation).

Moreover, Legislative Decree no. 69/2013 established:

- the possibility for judges (since June 2013) to make a solution proposal based on equity (ex art. 185-*bis* civil procedure code) in all subjects related to alienable civil rights, which the parties were free to accept or refuse (not binding arbitration);

- the possibility for judges (since September 2013) to order litigants to

10 Ministero della Giustizia, Direzione Generale della Giustizia civile : nel 2016 c'erano 1.050 organismi iscritti; tra il 2014 ed il 2016 “un quarto degli organismi è stato cancellato. .. il numero di organismi cancellati è stato superiore di quasi sette volte quello dei nuovi organismi iscritti. ... le ispezioni di controllo effettuate –pari a 125- hanno condotto alla cancellazione o la sospensione di quasi la metà degli organismi di mediazione”, in Commissione di studio per l'elaborazione di ipotesi di organica disciplina e riforma degli strumenti di degiurisdizionalizzazione, con particolare riguardo alla mediazione, alla negoziazione assistita e all'arbitrato (Pres. ALPA), page 151, 2017 <http://www.adrmaremma.it/norm76.pdf> . The translation into English of this provision is mine.

11 <http://www.mondoadr.it/cms/articoli/resoconto-del-convegno-il-ruolo-del-giudice-nella-mediazione.html>

undergo mediation in all subjects related to alienable civil rights (delegated mediation). In many cases, the judges blended these two options: they made a solution proposal, and if the proposal was rejected, they ordered mandatory mediation (arbitration – then – mediation).

From June 2013 to June 2014, only about ten judges used these opportunities in about fifty cases ¹² ; but later an increasing number of them started, and with very interesting results: in most cases lawyers, though reluctant to do so, joined the mediation procedure and litigants reached an agreement. Last but not least, judges have opposed the practice of those lawyers who did not attend the first informative meeting, or attended it (without the party) only to declare that they are not interested in proceeding with the mediation. Judges are condemning this behavior, remarking that: “*lawyers are mediators ‘ope legis’, therefore ‘ope legis’ they know mediation, the necessity of the parties’ presence and of a real interaction among them*”.

From September 23rd, 2013 to October 10th, 2014, new rules, the above-mentioned Judge Moriconi presided over about 700 cases; according to him, ADR methods could be used in almost 200 cases of them; in 121 cases he turned to 40 non-binding arbitrations, 35 delegated mediations and 46 non-binding arbitrations and delegated mediations (*arb-then-med*); in 58% of the cases the parties reached an agreement. 8% reduction of the disputes entrusted to him ¹³ .

The tools work, they are very efficient but they are underutilized. It is easier and quicker to issue a law than to change a habit; the issue here is “culture”!

8 . TRAINING

Training can be seen as the Achilles’ heel of Italian mediation proceedings ¹⁴ .

In Italy, certified mediators are required to:

- hold a BA degree in any subject, or membership in a professional association (in this second case, mediators are only allowed to manage proceedings related to their professional competences);

¹² For further information see www.adrmaremma.it , Italian section, News.

¹³ <http://www.adrmaremma.it/news199.pdf>

¹⁴ Matteucci Giovanni, “Mediazione avanti tutta ma ... la formazione? – Mediation, go ahead; but...training?” January 30th, 2012 <http://www.altalex.com/index.php?idnot=16703>

Riccardi Carlo, “Formare alla mediazione”, July 21st, 2014 <http://blogconciliazione.com/2014/06/formare-alla-mediazione/>

- complete a 50 hour training course on theory and practice, designed for a maximum of 30 trainees, consisting of:

- Italian, European and international laws on mediation;
- facilitative and adjudicative mediation procedures, and mediation ordered by a judge;
- conflict management techniques;
- communication techniques;
- mandatory mediation contract clauses;
- form, content and effects of mediation demand and agreement;
- mediator's duties and responsibilities;
- simulated mediation sessions;
- final 4 hour test;
- update their training every two years with an 18 hour advanced training course on the above mentioned subjects, including simulated mediations, and attend 20 mediation procedures.

Certified ADR trainers in Italy are required to:

- publish works on ADR theory: 3 articles or books on ADR, issued by a national based publisher, with ISBN code for books and ISSN for serial issues; alternatively, ADR scientific issues published by public bodies; online publications are not admitted;

- practice ADR: management of 3 mediation procedures;
- give lectures on ADR to professional associations, public bodies, Italian or foreign public universities;
- update their training every two years with a 16 hour training course run by professional associations, public bodies, Italian or foreign public universities.

Mediation is a multidisciplinary science; a 50 hour course is enough *to inform*, but not *to form* professionals. Moreover, in 2010 / 2011 most teachers and participants were lawyers; therefore, lectures mainly focused on civil procedure laws as applied to mediation. And approximately 99,99999 ... % of candidates were successful in the exams !!!

On March 21st, 2011, mandatory mediation took off. The initial results were encouraging: only 31% of proceedings saw all parties present (understandably so, not only because of the lawyers' hostility, but also due to the novelty of the procedure), but, when all parties were present, the success rate was 54%. A final agreement was achieved in 16% of mediations (Table 10). Not too bad.

And, overall, three to four months were required to reach the deal.

Over time, the number of proceedings increased as well as the percentage of proceedings where all parties were present. But the success rate of the latter started to decline, continuously, constantly, and stubbornly, from 59% at the beginning of 2011 to 38% at the end of 2012 (table 10).

More than 200,000 disputes were expected to be transferred from the courts to mediation (one million in five years). There was a “*mediation explosion*”, or, to be precise, the *expectation* of a “*mediation explosion*”: due to the economic crisis, many professionals, mainly lawyers, rushed to attend courses on mediation (which only lasted 50 hours, while at least 200 hours would have been necessary). As a consequence in 2011 there were 813 mediation bodies ¹⁵ ; at least 5 professionals per mediation body (in some structure also more than 100), on the whole not less than 60/70.000 mediators (mainly lawyers) ¹⁶ ; 60.810 proceedings. There were more mediators than mediations.

The mediator’s fee doubles when an agreement is reached. This acts as an incentive to the professional, who will try to ensure that the proceeding results in a positive solution; however, in some (if not many) cases, the parties left the mediation just before its final session, where the deal was to be signed.

Moreover, it is my opinion that, at the beginning of 2010, mediators were professionals with expertise in the subject, with many years of training behind them, and able to understand the causes of conflict and how to manage them. Later on (also because of the economic crisis), people who jumped on the bandwagon were arriving on the scene with poor training; the consequences were deterioration in the quality of the mediation process management and worse results.

As already quoted, the success rate of the proceedings, where all parties were present, dropped from 59% at the beginning of 2011 to 38% at the end of 2012. On December 12th, 2012, the Constitutional Court declared the unconstitutionality of compulsory mediation; as a consequence, in 2013 there were mainly voluntary mediations, with a sharp decrease in the number and an (obvious) increase in the success rate. Compulsory mediation was reintroduced in 2014 and the situation started to recover, thanks to the

¹⁵ Mediation bodies : 813 in 2011, 986 in 2012, 778 in 2016.

¹⁶ 22,786 mediators on February 2017; Ministero della Giustizia, Albo dei mediatori - Ministry of Justice, List of mediators.

judges and the inspections carried out by the Ministry of Justice. Lawyers started to realize they can make a profit out of mediation, especially in times of economic downturn, when companies need to solve their problems in order to get money. Tax benefits have been formally introduced but are not operational. Statistics at a national level have allowed to check on the results. Universities have started to give attention to ADR training: the Italian competition on mediation (Milan, Chamber of Commerce) in 2012 was attended by 4 universities; in February 2017, there were 24 universities and 120 students all highly trained. The most efficient mediation bodies, where there is a continuous training, achieve far superior results to the average (tabel 10, Chamber of Commerce in Milan). 2016 scored the highest number of mediation agreements ever reached in Italy, but the success rates achieved in 2011 are still far away.

9 . CONCLUSIONS

According to the European Parliament “*Italy uses mediation at a rate six times higher than the rest of Europe*”. Mandatory mediation was ruled in 2010 in Italy and came in force in 2011; mediation took-off. In 2013 the “Opt-Out” model was introduced ¹⁷ , taking into account the needs of the different mediation stakeholders: lawyers (mainly), judges, contending parties.

Results :

year 2011 - 60,810 proceedings, 9,912 agreements, 16% success rate.

year 2016 - 183,977 proceedings, 20,237 agreements, 11% success rate.

20,237 is the highest number of agreements through mediation ever reached in Italy, thanks to:

- the judges and the controls carried out by the Ministry of Justice on the mediation bodies;
- statistics available at a nationwide level, which allow to check on the results;
- the stubbornness of those who believe in mediation, who often work for free.

Nevertheless the success rate scored in 2016 is still far behind what was from that realized in 2011, mainly –according to my opinion- because of a worsening in the quality of training during the 2010/2011 period. The most efficient mediation bodies, in addition to the courses required by the

¹⁷ See footnote 6.

law, have realized further training and are achieving far higher results than the average.

50 hours training have proved insufficient¹⁸; at least 200 hours would be necessary, and not only law experts but also communication experts, psychologists, bankers, etc. should be involved, because ADRs are a mixture of very different skills. This idea could be useful to implement the Mediation Directive in the European Union and the Commission should advice a minimum standard of a highly qualified training course to be shared in all Member States.

Giovanni Matteucci

Table 1

CIVIL AND COMMERCIAL MEDIATION IN ITALY						
	Incoming mediations proceedings	The invited party present	Agreement	Agreement	Agreement	Agreement
			success rate when parties go further [1]	success rate when parties do NOT go further [2]	overall success rate [3]	absolute values [4]
	A	B	C	D	B x C = E	A x E = F
					B x D = E	
2011*	60,810	31%	53%	[1]	16%	9,730
2012	154,879	27%	41%	[1]	11%	17,037
2013	41,604	32%	49%	[1]	16%	6,657
2014	179,587	40%	47%	23%	9%	16,162
2015	196,247	45%	43%	22%	10%	19,625
2016	183,977	47%	43%	24%	11%	20,237
* 21.3 / 31.12.2011						
[1] In 2011, 2012 and untill September 19, 2013 the first infomation meeting was not required						
[2] Success rate when parties go further than the first information meeting						
[3] Success rate when parties do NOT go further the first infomation meeting						
[4] Overall success rata, including mediations in which invited party is not present and those in which parties do NOT go further the first information meeting.						

18 Greg Bond, "What Is a "Certified Mediator" ? New Regulation in Germany Published", Kluwermediationblog, 27.9.2016 <http://kluwermediationblog.com/2016/09/27/what-is-a-certified-mediator-new-regulation-in-germany-published/>

	Initial pending proceedings	Incoming proceedings	Resolved proceedings	Final pending proceedings	Agreements overall success rate	Agreements absolute values
	G	H	I	L	E	I x E = M
2011*	742	60.810	40.162	21.390	16%	6.425
2012	21.390	154.879	152.631	23.638	11%	16.789
2013	23.638	41.604	24.019	41.222	16%	3.843
2014	41.223	179.587	156.317	64.493	9%	14.068
2015	64.493	196.247	185.745	74.995	10%	18.574
2016	74.995	183.977	173.474	85.499	11%	19.082
*21.3 / 31.12.2011						

Table 2

Comparison between cases discussed in the Tribunals and those discussed in mediation		
From 2013 to 2015	All civil proceedings	Proceeding relating to civil mediation
	- 8 %	- 16 %

Matters relating to civil mediation		
Civil mediation has been		
- compulsory since	March 21, 2011	untill December 12, 2012
- voluntary since	December 13, 2012	untill September 19, 2013
- compulsory since	September 20, 2013	
Proceedings filed in the courts		Incoming mediations
2011	209,572	60,810
2012	209,024 - 0,2%	154,879 + 155 %
2013	228,870 +10 %	41,604 - 73 %
2014	195,273 - 15 %	179,587 + 332 %
2015	191,587 - 2 %	196,247 + 9 %

Table 3

Lawyer's assistance in voluntary mediation				
	Inviting party to mediation legally NOT legally assisted		Present invited party legally NOT legally assisted	
	A	B	C	D
21.3.2011 / 31.12.2012	81%	19%	81%	19%
1.1 / 30.9.2013	72%	28%	65%	34%
2014 Year	63%	37%	73%	27%
2015 Year	52%	48%	83%	17%
2016 Year	n.a.	n.a.	84%	16%
Untill September 19 th , 2013 lawyer's assistance in mediation was not compulsory.				

Table 4

Categories of mediation (resolved cases)				
	Mandatory by law	Voluntary	Delegated by judge	Compulsory by contract
	A	B	C	D
21.3 / 31.12.2011	78%	20%	2%	0.5%
2012	85%	12%	3%	0.3%
2013	56%	42%	2%	1.5%
2014	80%	12%	8%	0.6%
2015	82%	8%	10%	0.4%
2016	80%	9%	11%	0.5%

Table 5

Outcome by type of referral / proceeding			
	Settled proceedings according to type of mediation (resolved cases)	Success rate when parties go further [2]	Success rate when parties do NOT go further [3]
	A	B	C
21.03.2011 / 31.12.2012			
Mandatory by law	81%	43%	[1]
Voluntary	16%	62%	[1]
Ordered by judge	3%	29%	[1]
2013			
Mandatory by law	56%	30%	[1]
Voluntary	42%	64%	[1]
Ordered by judge	2%	22%	[1]
2014			
Mandatory by law	80%	45%	n.a.
Voluntary	12%	67%	n.a.
Ordered by judge	8%	33%	n.a.
2015			
Mandatory by law	82%	43%	21%
Voluntary	8%	62%	41%
Ordered by judge	10%	31%	14%
2016			
Mandatory by law	80%	44%	23%
Voluntary	9%	61%	39%
Ordered by judge	11%	32%	15%
[1] In 2011, 2012 and until September 19, 2013, the first information meeting was not requested.			
[2] Success rate when parties go further than the information meeting.			
[3] Success rate when parties do NOT go further the first information meeting.			

Table 6

Mediation proceedings according to the type of mediation bodies				
	Mediation bodies	Settled proceedings	Success rate when parties go further [2]	Success rate when parties do NOT go further [3]
	A	B	C	D
21.3.2011 / 31.12.2012				
Chambers of Commerce	87	16%	49% °	[1]
Private organizations	686	56%	46% °	[1]
Professional not lawyers	80	0.6%	36% °	[1]
Bar associations	115	27%	34% °	[1]
	968	100%	44% °	[1]
2013				
Chambers of Commerce	87	16%	40% °	[1]
Private organizations	699	54%	49% °	[1]
Professional not lawyers	85	1%	47% °	[1]
Bar associations	115	29%	30% °	[1]
	986	100%	42% °	[1]
2014				
Chambers of Commerce	87	12%	54%	23%
Private organizations	644	54%	51%	27%
Professional not lawyers	92	1%	62%	38%
Bar associations	115	33	38%	21%
	938	100%	47%	24%
2015				
Chambers of Commerce	88	11%	48%	22%
Private organizations	611	53%	47%	26%
Professional not lawyers	88	1%	47%	33%
Bar associations	107	33%	37%	19%
	894	100%	43%	23%
2016				
Chambers of Commerce	87	11%	47%	23%
Private organizations	516	52%	48%	27%
Professional not lawyers	70	1%	51%	35%
Bar associations	105	36%	37%	21%
	778	100%	44%	24%
° Success rate (number of agreements / total defined proceedings) when the invited party is present				
[1] In 2011, 2012 and until September 19, 2013 the first information meeting was not requested.				
[2] Success rates when parties go further the first information meeting.				
[3] Success rate when parties do NOT go further the first information meeting.				

Table 7

Value of mediation disputes (euros)		
	Average ¹⁹	Median ²⁰
2012	n.a.	n.a.
2013	156.464	10.412
2014	110.556	20.000
2015	137.862	19.929
2016	139.544	17.000

Table 8

Length of proceedings (days)		
	Civil cases in Courts	Mediation proceedings cases when agreement is reached
2012	n.a.	65
2013	844	82
2014	984	83
2015	921	103
2016	882	115

¹⁹ If n numbers are given, the average is the sum of the numbers divided by n .

²⁰ The median is the middle number of the group when they are ranked in order.

Table 9

Incoming mediation proceedings by subject - 2016					
	Incoming proceedings	The invited party present	Agreement success rate when parties go further	Agreement overall success rate	Value median
	%	%	%	%	euro
	A	B	C	B x C = D	E
Bank contracts	20	46	7	3	40.000
Property	14	55	36	20	10.000
Other proceedings (non mandatory mediat.)	12	43	36	16	11.640
Condominium	12	53	26	14	5.000
Lease	12	52	29	15	7.549
Medical malpractice	7	38	10	4	37.500
Insurance contracts	6	15	15	2	9.380
Partition	5	59	29	17	70.000
Will and inheritance	4	62	27	17	50.000
Financial contracts	3	40	8	3	19.684
Gratuitous loans	1	46	32	15	7.500
Business rents	1	53	32	17	25.954
Libel	1	38	16	6	37.500
Family agreements	0,2	54	21	11	24.000

Statistics based on data by Italian Ministry of Justice

https://webstat.giustizia.it/_layouts/15/start.aspx#/SitePages/Studi%20analisi%20e%20ricerche.aspx

Table 10

Civil and commercial mediation					
	Incoming mediation proceeding	The invited party present	Agreement success rate	Agreement success rate	Agreement overall success rate
			when parties go further [1]	when parties do NOT go further [2]	[3]
	A	B	C	D	$B \times C = E$ $B \times D = E$
ITALY					
2011					
2 quarter	18,138.	26%	59%		15%
3 quarter	15,670.	30%	50%		15%
4 quarter	27,002.	36%	49%		17%
2 / 4 quarter	60,810.	31%	53%	[1]	16%
2012					
1 quarter	30,880.	35%	44%		15%
2 quarter	51,634.	26%	42%		11%
3 quarter	45,040.	21%	40%		8%
4 quarter	27,325.	21%	38%		8%
Year	154,879.	27%	41%	[1]	11%
2013					
1 quarter	4,785.	31%	43%		13%
2 quarter	4,485.	33%	62%		21%
3 quarter	6,369.	23%	58%		13%
4 quarter	25,965.	36%	32%		11%
Year	41,604.	32%	49%	[1]	16%
2014	179,587.	40%	47%	23%	9%
2015	196,247.	45%	43%	22%	10%
2016	183,977.	47%	43%	24%	11%
CHAMBER of COMMERCE of MILAN*					
2014	959.	52%	69%	27%	14%
2015	922.	54%	71%	31%	17%
2016	780.	55%	68%	38%	21%
[1] In 2011, 2012 and untill September 19, 2013 the first information meeting was not required.					
[2] Success rate when parties go further than the first information meeting.					
[3] Success rate when parties do NOT go further the first information meeting.					
Statistics based on data by Italian Ministry of Justice https://webstat.giustizia.it/_layouts/15/start.aspx#/SitePages/Studi%20analisi%20e%20interviste.aspx * https://www.camera-arbitrale.it/it/mediazione/statistiche-mediazione.php?id=405					

MAIN ADR PROCEEDINGS IN ITALY

		People involved other than parties	Object	Duration	Enforceable
MEDIATION Independent of court	Voluntary	Mediator	Alienable rights, NO labour	No limits	No
	Administered voluntary	Mediator (mediation body)	Alienable rights, NO labour	3 months	Yes President of the Court (1)
	Mandatory (pre- trial)	Mediator lawyers (mediation body)	Property, partition, inheritance, lease, gratuitous loans, business rents, insurance banking & financial contracts, etc.	3 months	Yes Lawyers
	Delegated	Judge, mediator, lawyers (mediation body)	All alienable rights, NO labour	3 months	Yes Lawyers
NON BINDING ARBITRATION	Court annexed	Judge lawyers	All alienable rights, NO labour	Specified by judge	Yes Judge
NON BINDING ARBITRATION and DELEGATED MEDIATION	Court annexed	Judge, mediator, lawyers (mediation body)	All alienable rights, NO labour	Specified by judge	Yes Lawyers/ judge
ASSISTED NEGOTIATION	Voluntary	Lawyers	All alienable rights, NO labour	No limits	No
	Mandatory (pre- trial)	Lawyers	Compensation for damages due to car/boat accident; payments up to 50,000 euro	3 months	Yes lawyers
ARBITRATION Out of court Court annexed	Voluntary	Arbitrator, lawyers	All alienable rights	8 months	Yes
	Voluntary	Arbitrator, lawyer	All alienable right	8 months	Yes
Transfer in arbitration the cases pending before the Court upon the parties' agreement					
PEER NEGOTIATION	Voluntary	Companies, Consumers' associations	Complaint procedures for service users	No limits	No

..(1) Under request by the parties

Giovanni Matteucci giovannimatteucci@alice.it

papers

www.eu.altalex.com

“Mediation and over-indebtedness in Italy” 30.8.2012

<http://e-archivo.uc3m.es/handle/10016/20429>

“Italy Is Doing It – Should We Be? - Civil and Commercial Mediation in Italy “

in “Contemporary tendencies in mediation”, pag. 205, Dykinson 2015, Universidad Carlos III de Madrid

www.redp.com.br

“Mandatory mediation, the Italian experience” (Vol. XVI 2015, pag. 189)

in Revista Eletronica de Direito Processual REDP; Periodico da Pós-Graduacao Stricto Sensu em Direito Processual da UERJ Universidade do Estado do Rio de Janeiro

www.insol-europe.org/publications/eurofenix-past-issues Eurofenix Spring 2017 English (#67) / French page 28 “Early disclosure of business crisis in Italy”

<https://blog.globalpoundconference.org/2017/05/15/how-to-kick-start-civil-mediation-the-italian-experience/>

“Civil mediation, how to kick-start it; the Italian experience. Statistics 2011 / 2016” 15.5.2017

www.academia.edu

“Mediation in Italy, July 2014; new rules being approved” 7.7.2014

“ADR and the judiciary in Italy” 18.10.2014

“The civil mediator in Italy : an auxiliary of the judge ?!?” 3.7.2015

“ ‘Italian mediation law is all right’ , the European Court of Justice said” 24.6.2017

“ ‘Festina lente’ in NPL management in Italy” 7.8.2017

video

- “Mandatory mediation, the Italian experience” 23.6.2015

<http://blogconciliazione.com/2015/06/mandatory-mediation-the-italian-experience-video/>

Crítica à Pertinência Temática

Review of the Thematic Pertinence

Gabriel Dolabela Raemy Rangel

Doutorando em Sociologia e Direito pela UFF, Mestre em Direito pela UGF, Pós-graduado em Litigation pela FGV. É professor de Direito Constitucional da UCAM, de Processo Civil da AVM e de Direito e Negociação da EPN. É membro do IAB

RESUMO: O artigo visa a analisar a exigência criada pelo Supremo Tribunal Federal de demonstração da pertinência temática por alguns dos legitimados previstos na Constituição para propor ação direta de inconstitucionalidade.

Summary: The purpose of this paper is to analyze the thematic pertinence, a requirement created by the Brazilian Supreme Court for some legitimated entities that, according to the Brazilian Constitution, can propose a direct action on the unconstitutionality of a statute.

PALAVRAS-CHAVE: Constituição; Supremo Tribunal Federal; pertinência temática.

KEYWORDS: Constitution; Brazilian Supreme Court; thematic pertinence.

1. INTRODUÇÃO

É inegável que nas últimas duas décadas no Brasil o Poder Judiciário passou a viver um momento de destaque. Hoje, chega-se a falar que a nomeação de um novo membro do Supremo Tribunal Federal “é mais importante do que a eleição de um deputado, de um senador, ou mesmo de um governador”.¹ Diariamente nos jornais acompanhamos a intervenção de nossos Tribunais em questões políticas de intensa relevância, sendo cada

1FALCÃO, Joaquim. **O Supremo**. 1ª Edição. Rio de Janeiro, Fundação Getúlio Vargas, 2015, p. 22.

vez mais comuns expressões do tipo “ativismo judicial”² e “judicialização da política”³. Como consequência, nasce um mosaico de discussões que passam a ser enfrentadas pelos juristas, cientistas políticos, sociólogos, dentre outras áreas do saber. Discute-se, de maneira geral, quais os limites da intervenção judicial na atuação dos demais Poderes, o que legitimaria democraticamente a atuação dos juízes, quais as consequências do paradigma em construção, como permitir a participação da sociedade civil⁴ na tomada de decisões, dentre outros temas.

A Constituição de 1988, promulgada para atender anseios democráticos de uma população que suportara 21 anos de ditadura militar, representou colossal contribuição para esse fenômeno de ampliação jurisdicional. Foram muitas as inovações trazidas pela nova Carta, que corroboraram com a hipertrofia jurisdicional. Cite-se como exemplo a legitimidade para ajuizar as ações de controle de constitucionalidade, que, sob a égide da Constituição de 1969, era conferida apenas ao Procurador Geral da República e, com a nova Constituição, passou a ser conferida a uma série de sujeitos previstos no artigo 103. Isso teve como consequência natural a restrição do controle difuso de constitucionalidade e uma ampliação do controle concentrado no Supremo Tribunal Federal, já que as grandes questões constitucionais passaram a ser solvidas mediante utilização de ação direta.⁵

Sendo o Judiciário tipicamente inerte, dependendo de provocação para atuar, torna-se evidente que, quanto mais atores puderem levar questões ao Supremo Tribunal Federal, mais oportunidades serão franqueadas à instituição para exercer seu poder e ter relevo na sociedade, de sorte que é procedente a afirmação de Diego Werneck no sentido de que “o fluxo de casos é, enfim, um elemento essencial na definição das chances que um tribunal tem de exercer qualquer poder relevante em uma dada comunidade”.⁶ Desse

2 Rogério Gesta Leal conceitua o ativismo como “a tendência do Poder Judiciário fazer às vezes do Poder Legislativo e do Poder Executivo em situações especiais, até em face da ausência irresponsável destas instituições em seguimentos e temas de sua competência constitucional originária” (LEAL, Rogério Gesta. **As Responsabilidades Políticas do Ativismo Judicial: Aspectos Teóricos-Práticos da Experiência Norte-Americana e Brasileira**. In: LEAL, Rogério Gesta (org). *Ativismo Judicial e Défis democráticos: algumas experiências Latino-Americanas e Europeias*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011, p. 16.)

3 BARROSO, Luís Roberto. **Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática**. Revista Direito do Estado, Salvador, ano 4, n. 13, p. 71-91, 2009

4 Nesse ponto, não há como olvidar a obra de Häberle, que estabeleceu a concepção de uma sociedade aberta dos intérpretes da Constituição, com a participação da sociedade civil enquanto elemento pluralista e legitimador da tomada de decisões. (cf. HÄBERLE, Peter. **Hermenêutica Constitucional: A sociedade aberta dos intérpretes da Constituição**. Tradução Gilmar Mendes. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor. 1997)

5 MENDES, Gilmar Ferreira, **Curso de Direito Constitucional**, 2ª edição, São Paulo, Saraiva, 2008, p. 1103.

6 ARGUELHES, Diego Werneck. **Poder não é querer: preferências restritivas e redesenho institucional no Supre-**

modo, o alargamento do rol de legitimados para iniciar ações de controle concentrado de constitucionalidade representou, como consequência, uma ampliação grande da jurisdição constitucional.⁷

Insta chamar a atenção para o fato de que, dentre os legitimados para ajuizar a Ação Direta de Inconstitucionalidade, hoje, encontram-se os partidos políticos com representação no Congresso Nacional. Assim, acaba que aquele partido que se vê derrotado na arena política em uma discussão legislativa pode levar a discussão para a seara jurisdicional. Basta a aprovação de lei que não condiz com suas diretrizes políticas para que o partido possa judicializar a questão invocando a inconstitucionalidade. Isso, por sinal, com custos baixíssimos, sendo certo que, mesmo sabedor de uma provável derrota no Supremo Tribunal Federal, o partido derrotado ainda assim ajuizará a ação de controle de constitucionalidade para procrastinar o encerramento da discussão e, ao menos, marcar sua posição.

Mas não foi só a ampliação dos atores capazes de acionar o Supremo Tribunal Federal que marcou o início de uma era com protagonismo judiciário. Pode-se citar outros exemplos, como o estabelecimento dos mecanismos de controle judicial das omissões dos demais Poderes, como o mandado de injunção e a Ação Direta de Inconstitucionalidade por omissão⁸. Esses instrumentos fizeram com que o Judiciário tenha passado a ser chamado para corrigir as “síndromes de inefetividade das normas constitucionais”, isto é, passou-se a buscar o Judiciário também para preencher a omissão dos outros Poderes. Em outras palavras, a judicialização não se dará só diante de um agir por parte das instâncias políticas, mas até mesmo a sua inércia poderá ser legitimamente discutida na seara judicial.

Ademais, deu-se ao Supremo a competência para julgamento de pessoas com foro “privilegiado” por prerrogativa de função. Isto é, o Supremo Tribunal Federal passou a julgar originariamente uma série de pessoas que ocupam importantes cargos na administração pública e tenham praticado possíveis crimes.

mo Tribunal Federal pós-democratização. In: Gilmar Ferreira Mendes; Jorge Galvão; Rodrigo Mudrovitsch. (Org.). Jurisdição Constitucional. 1ed.São Paulo: Saraiva, 2016

7 CARVALHO, Ernani. Trajetória da revisão judicial no desenho constitucional brasileiro: tutela, autonomia e judicialização. Sociologias. V. 12, n° 23, 2010, p. 187

8 Gilmar Mendes chega a dizer que “a problemática atinente à inconstitucionalidade por omissão constitua um dos mais tormentosos e, ao mesmo tempo, um dos mais fascinantes temas do direito constitucional moderno” (MENDES, Gilmar Ferreira, Curso de Direito Constitucional p. 1177.)

9 Discute-se a precisão dessa expressão. Há quem entenda que não seria um privilégio, mas sim apenas um foro diferenciado.

Some-se a isso, ainda, o esgarçamento do tecido normativo, com expressões de conteúdo semântico aberto, dando maior margem de manobra aos juízes, com decisões mais volúveis e discricionárias.¹⁰ Ou seja, passou-se a se legislar pela técnica de cláusulas gerais e princípios abstratos, o que, em última análise, tem ocasionado em uma atuação mais maleável pelo Judiciário. Tome-se como exemplo a cláusula da “boa-fé objetiva” prevista no artigo 113 do Código Civil, no artigo 4º, III, do Código de Defesa do Consumidor e no artigo 5º do Código de Processo Civil de 2015.

A promulgação da nova Constituição, portanto, aliada a diversos outros fatores, importou uma enxurrada de ações nos nossos Tribunais, notadamente em nosso Supremo Tribunal Federal¹¹. Este passou, portanto, a ser protagonista de nossa política, decidindo questões de grande relevo nos últimos anos, como a união de pessoas do mesmo sexo, a possibilidade de aborto de fetos anencéfalos, a infidelidade partidária, a questão das cotas raciais em universidades públicas, dentre outros. Fala-se, assim, que vivemos a era do Judiciário. Chega-se até mesmo a se dizer que viveríamos uma “Supremocracia”¹², embora existam os que neguem e ponderem ser esta a era da judicialização.¹³

Sucedendo, por mais paradoxal que pareça, nossa Suprema Corte em um primeiro momento, posterior à promulgação da Constituição de 1988, buscou criar mecanismos para contenção dessa avalanche de ações que passaram a bater a sua porta. Como diz Diego Werneck:

“no período imediatamente após a promulgação da Constituição é possível ver em ação mecanismos judiciais interpretativos do tipo restritivo. Pode-se observar Ministros do Supremo fir-

10 MAUS, Ingeborg. **O Judiciário como Superego da Sociedade: a jurisdição na sociedade ôrfã de Pai**. Coleção Conexões Jurídicas. Tradução de Geraldo de Carvalho e Gercélia Batista de Oliveira Mendes. Rio de Janeiro. Lumenjuris, 2010. p. 20.

11 Como mostra Marco Paulo Veríssimo “em um ano antes de ser promulgada a atual Carta Constitucional, em 1987, computavam-se nas estatísticas de julgamento do órgão 20.122 casos resolvidos em doze meses. Vinte anos depois, ou seja, em 2007, essas mesmas estatísticas registravam 159.522 casos para o mesmo período de tempo.” (VERÍSSIMO, Marco Paulo. **A Constituição de 1988 vinte anos depois: Suprema Corte e Ativismo Judicial “à brasileira”**, Revista GV, São Paulo, 2008, disponível em <http://www.egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/114.pdf> acessado em 04/05/2017)

12 VIEIRA, Oscar Vilhena. **Supremocracia**. Revista Direito GV. Volume 4. São Paulo. 2008.

13 Thamy Pogrebinski sustenta que o Supremo brasileiro não seria ativista. Através de pesquisa empírica a autora traz sete argumentos para chegar a essa conclusão: (1) o STF declara nula apenas 0,02% das leis editadas pelo Congresso; (2) o STF nega a maioria esmagadora das ações de inconstitucionalidade manejadas; (3) a maioria das vezes que o STF declarou uma norma constitucional já havia outra norma tratando do tema; (4) Na maioria das vezes que o STF declara uma norma nula, o Congresso edita outra sobre o mesmo tema em seguida; (5) o STF acaba incentivando o Congresso a agir mais rápido; (6) O STF nas últimas decisões não seria nem governista nem oposicionista, mas sim equilibrado em números; e (7) o STF preserva as leis pela interpretação conforme a constituição, pela inconstitucionalidade sem redução do texto e pela modulação dos efeitos. (POGREBINSKI, Thamy. **Judicialização ou representação? Política, Direito e Democracia no Brasil**. Rio de Janeiro. Elsevier, 2011. p 11-13)

mando interpretações constitucionais que reconfiguravam para menor poderes de que dispunham segundo o texto da Constituição de 1988”¹⁴

Nesse contexto, foi criada a figura da pertinência temática, sem qualquer previsão legal. O objeto do presente trabalho, portanto, é traçar os contornos da figura da pertinência temática, tentando descortinar suas contradições e estabelecer perspectivas.

2. UMA OPÇÃO RESTRITIVA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

Como já foi acenado, embora hoje fale-se que o Supremo Tribunal Federal tem atuado de maneira expansiva, com grande protagonismo na política nacional, a ponto de expressões como “ativismo judicial” e “judicialização da política” tornarem-se corriqueiras, quando da promulgação da Constituição, a Suprema Corte criou algumas interpretações restritivas, visando a conter o fluxo de casos que passou a bater à sua porta. Em verdade, antes mesmo da promulgação da Constituição, os Ministros do Supremo Tribunal Federal, que compunham a corte naquela oportunidade, enviaram carta à Comissão Afonso Arinos - convocada pelo presidente José Sarney para elaboração da nova Carta - sugerindo que a legitimidade para o ajuizamento de ações diretas de inconstitucionalidade permanecessem a cargo exclusivo do Procurador-Geral da República, o que acabou não sendo atendido, mas já demonstrava uma postura restritiva em relação à ampliação do fluxo de processos.

Nos primeiros anos após a promulgação da Constituição, então, foram sendo tomadas diversas decisões aparentemente restritivas. Por exemplo, firmou-se o entendimento - mesmo sem qualquer previsão constitucional nesse sentido - de que não seria possível Ação Direta de Inconstitucionalidade para discutir validade de leis anteriores à Constituição. Adotou-se assim a ideia de que no Brasil não seria possível a inconstitucionalidade superveniente¹⁵¹⁶. Firmou-se também o entendimento de que “entidade de classe de âmbito nacional”, para fins de legitimação das ações de controle de constitucionalidade, seriam apenas entidades com membros em pelo menos

14 ARGUELHES, Diego Werneck. **Poder não é querer: preferências restritivas e redesenho institucional no Supremo Tribunal Federal pós-democratização**. Op. Cit. p. 29.

15 A discussão foi travada na ADI 02, proposta em 1989, tendo a maioria dos ministros acompanhado o voto do Ministro Paulo Brossard.

16 Mais adiante consolidou-se a possibilidade de Arguição de Descumprimento Fundamental para esse fim.

nove Estados da Federação: usou-se de uma analogia com a Lei Orgânica dos Partidos Políticos¹⁷.

Nesse contexto também foi criada a figura da pertinência temática. O Supremo Tribunal Federal, talvez no intuito de frear a grande quantidade de ações de controle de constitucionalidade que passaram a bater em sua porta, criou essa exigência. No entanto, como se tentará investigar neste trabalho, a pertinência temática talvez não se mostre como algo razoável e aceitável, não só porque não decorre de termos expressos da Constituição, mas sobretudo porque não se encaixa na natureza do sistema de fiscalização abstrata das normas no Direito brasileiro.

Importa destacar nesta oportunidade que existem algumas possíveis explicações para a postura restritiva do Supremo Tribunal Federal em um primeiro momento, quando da promulgação da Constituição de 1988. A primeira é o fato de a composição dos Ministros da Corte ter se mantido intacta com a nova Constituição. Tratou-se de uma nova Constituição com Ministros antigos. Isso por sinal é tratado por Luis Roberto Barroso, como uma “decisão grave” do Constituinte de 1988, já que a Corte era composta por juristas nomeados pela ditadura militar, sem o compromisso político com a transformação constitucional.¹⁸ Assim, teria ocorrido uma opção por aqueles Ministros de estabelecer um desenho institucional mais restritivo, com menor participação do STF na vida política do país¹⁹.

Outra possível hipótese é a de que, embora quisessem aumentar seu poder, os Ministros teriam se valido de uma cautela estratégica. Melhor dizendo, naquele contexto em que as regras do jogo ainda não estavam claras em uma recente democracia, teriam optado os Ministros por estrategicamente evitar a sobrecarga e o desperdício de tempo, buscando “uma canalização de certas demandas e questões políticas para o controle incidental e concreto”²⁰, sem o risco ocasionado pelo julgamento de casos de controle concentrado de constitucionalidade que os pudessem levar “para o centro de uma polêmica política dias logo após o Executivo e/ou Legislativo terem se pronunciado sobre a questão”²¹.

17 ADI/386 ES, de relatoria do Ministro Sydney Sanches

18 BARROSO, Luis Roberto. **Doze Anos da Constituição Brasileira de 1988**. In BARROSO, Luis Roberto. **Temas de Direito Constitucional**. Tomo I. Rio de Janeiro, 2001, p. 24.

19 ARGUELHES, Diego Werneck. **Poder não é querer: preferências restritivas e redesenho institucional no Supremo Tribunal Federal pós-democratização**. Op. Cit. p. 36.

20 Idem.

21 Ibidem. p. 37.

De mais a mais, tentar-se-á nos capítulos que se seguem voltar os olhares ao ponto central deste trabalho, a pertinência temática.

3. A PERTINÊNCIA TEMÁTICA E A DIVISÃO EM LEGITIMADOS ESPECIAIS E LEGITIMADOS UNIVERSAIS

Como já superficialmente esclarecido, sob a égide da Constituição de 1969²², era conferido somente ao Procurador-Geral da República a legitimidade para ajuizar ações de controle de constitucionalidade concentrado no Supremo Tribunal Federal. Frise-se: o Procurador-Geral da República poderia ser demitido *ad nutum* pelo Presidente da República, o que, como consequência lógica, poderia importar certo bloqueio ao ajuizamento de ações contrárias aos interesses do Poder Executivo. A Constituição de 1988, por sua vez, esgarçou sobremaneira esse rol, conferindo, no artigo 103, legitimidade a diversas pessoas para manejá-las, a saber:

“Art. 103. Podem propor a ação direta de inconstitucionalidade e a ação declaratória de constitucionalidade

I- o presidente da República;

II- a Mesa do Senado Federal;

III- a Mesa da Câmara dos Deputados;

IV- a Mesa de Assembleia Legislativa ou da Câmara Legislativa do Distrito Federal;

V- o Governador do Estado ou do Distrito Federal;

VI- o Procurador-Geral da República;

VII- o Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil;

VIII- partido político com representação no Congresso Nacional;

IX- confederação sindical ou entidade de classe de âmbito nacional.

É evidente que se trata de um rol taxativo. Não seria razoável se cogitar da possibilidade de se poder manejar ações diretas abstratas junto ao Supremo pessoa não prevista na Carta Constitucional. Mas certo é que o alargamento dos legitimados mostrou-se relevante - quiçá o principal - elemento ampliador do fluxo de casos na Suprema Corte.²³ No entanto, o fato de estar incluído no aludido artigo, por si só, em alguns casos, não é suficiente para permitir a

22 Em verdade tratou-se de uma emenda constitucional outorgada que alterou a Constituição de 1967 no ponto de vista formal. Contudo, diante da extensão das mudanças trazidas e de seu fundamento de validade, a doutrina majoritária entende ser uma nova Constituição. (cf. SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel. **Direito Constitucional: teoria, história e métodos de trabalho**. 2ª Edição. Belo Horizonte. Fórum, 2014, p. 148.)

23 CARVALHO, Ernani. **Trajetória da revisão judicial no desenho constitucional brasileiro: tutela, autonomia e judicialização**. Op. Cit. p. 187.

propositura de qualquer ação de fiscalização abstrata. É que, vale repetir, sem qualquer alicerce legal, o Supremo Tribunal Federal criou a figura da pertinência temática, que passou a ter que ser demonstrada por alguns dos legitimados a propor as ações de controle de constitucionalidade abstrato.

A pertinência temática representa a necessidade de que alguns dos legitimados para propor as ações de controle concentrado de constitucionalidade, tidos como legitimados especiais, teriam no sentido de demonstrar que as questões discutidas na ação “repercutem diretamente sobre sua esfera jurídica ou de seus filiados e em relação às quais possam atuar com representatividade adequada”.²⁴ Leonardo Sarmento define a pertinência temática como “relação de causalidade entre a norma questionada na Ação Direta de Inconstitucionalidade e os interesses juridicamente defendidos”.²⁵ Já Lenza diz que demonstrar pertinência temática é “demonstrar interesse na aludida representação, em relação à sua finalidade institucional”.²⁶ Por seu turno, Guilherme Sandoval Góes entende que é “liame entre o assunto versado na norma impugnada e as funções institucionais”.²⁷

Assim, os legitimados previstos no artigo 103 da Constituição da República são divididos em “legitimados universais” e “legitimados especiais”, sendo que a diferença é de que os últimos devem demonstrar a pertinência temática. Em outras palavras, os legitimados universais poderão ajuizar ações de controle concentrado de constitucionalidade para discutir qualquer tema, ao passo que os legitimados especiais somente poderão ajuizar ações para discutir a constitucionalidade de leis ou ato normativos que tenham relação com sua esfera jurídica. São legitimados universais o Presidente, a Mesa do Senado Federal, a Mesa da Câmara dos Deputados, o Procurador-Geral da República, o Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil e o partido político com representação no Congresso Nacional²⁸. Por outro lado, exige-se a demonstração de pertinência temática dos seguintes legitimados: a Mesa de Assembleia Legislativa ou da Câmara Legislativa do Distrito Federal, o Governador do Estado ou do Distrito Federal e a confederação sindical ou entidade de classe de âmbito nacional.

24 BARROSO, Luis Roberto. **O Controle de Constitucionalidade no Direito Brasileiro**. 4ª edição. São Paulo. Saraiva. 2009, p. 161.

25 SARMENTO, Leonardo. **Controle de Constitucionalidade e Temas Afins**. Rio de Janeiro. Editora Lumen Juris. 2015, p. 552.

26 LENZA, Pedro. **Direito Constitucional Esquematizado**. Op. Cit, p. 225.

27 GOES, Guilherme Sandoval. **Controle de Constitucionalidade**. Rio de Janeiro. Freitas Bastos, 2016, p. 229.

28 Para satisfazer a expressão “representação no Congresso Nacional” basta que haja um senador ou deputado com mandato no Congresso Nacional.

Assim, no entendimento do Supremo Tribunal Federal, não pode um governador de um Estado, por exemplo, ajuizar Ação Direta de Inconstitucionalidade para discutir a validade de uma lei editada por outro Estado:

LEGITIMIDADE – GOVERNADOR DE ESTADO – LEI DO ESTADO – ATO NORMATIVO ABRANGENTE – INTERESSE DAS DEMAIS UNIDADES DA FEDERAÇÃO – PERTINÊNCIA TEMÁTICA. Em se tratando de impugnação a diploma normativo a envolver outras unidades da Federação, o Governador há de demonstrar a pertinência temática, ou seja, a repercussão do ato considerados os interesses do Estado. O Tribunal, por unanimidade, não conheceu da ação, assentando a não configuração da pertinência temática, nos termos do voto do Relator. Votou o Presidente. Ausentes, justificadamente, a Senhora Ministra Ellen Gracie (Presidente), o Senhor Ministro Eros Grau e, neste julgamento, a Senhora Ministra Cármen Lúcia. Presidiu o julgamento o Senhor Ministro Gilmar Mendes (Vice-Presidente). Plenário, 16.05.2007.(ADI 2747, relatada pelo Ministro Marco Aurélio de Mello)²⁹

Também não pôde a Confederação Nacional dos Trabalhadores Metalúrgicos discutir sobre benefícios fiscais de ICMS, eis que não há uma ligação direta com seus afiliados:

“Agravos regimentais na Ação Direta de Inconstitucionalidade. Confederação sindical. Pertinência temática. Ausência. Ilegitimidade ativa. 1. A jurisprudência do STF é firme no sentido de se exigir, para a caracterização da legitimidade ativa das entidades de classe e das confederações sindicais para as ações de controle concentrado, a existência de correlação entre o objeto do pedido de declaração de inconstitucionalidade e os objetivos institucionais da associação. 2. No caso, não há pertinência temática entre as normas impugnadas, que dizem respeito à concessão de benefícios fiscais relativos ao ICMS, e os objetivos institucionais perseguidos pela autora, que estão voltados, em suma, para entidades sindicais e trabalhadores inorganizados em sindicatos nas indústrias metalúrgicas, mecânicas e de ma-

²⁹ Disponível em <http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=2067592> acessado em 09/5/2017.

terial elétrico, eletrônico e de informática. Ademais, os interesses por ela abrangidos não são atingidos de maneira direta pelos dispositivos questionados. Precedentes da Corte no mesmo sentido. 3. Agravo regimental a que se nega provimento.” (Agravo Regimental na ADI 4722-DF, relatada pelo Ministro Dias Toffoli)³⁰

No mesmo sentido, não pode a Mesa da Assembleia Legislativa do Estado do Paraná discutir a constitucionalidade da Emenda Constitucional nº 20, de 1998, que tratou da aposentadoria compulsória dos membros do Poder Judiciário:

“Ação direta. Arguição de inconstitucionalidade do inciso VI do artigo 93 da Constituição Federal na redação dada pela Emenda Constitucional nº 20/98. - Em se tratando de Mesa de Assembleia Legislativa - que não é daquelas entidades cuja legitimação ativa para propor Ação Direta de Inconstitucionalidade lhe é conferida para a defesa da ordem jurídica em geral -, em nada lhe diz respeito, para sua competência ou para sofrer os seus efeitos, seja constitucional, ou não, o preceito ora impugnado que se adstringe à determinação da aposentadoria compulsória dos membros do Poder Judiciário, inclusive estadual, aos setenta anos de idade. E a pertinência temática é, segundo a orientação firme desta Corte, requisito de observância necessária para o cabimento da ação direta de inconstitucionalidade. - Ademais, não tendo sido atacado o artigo 93, VI, da Constituição em sua redação originária, e que seria também inconstitucional pelos mesmos motivos que o seria na redação da Emenda Constitucional nº 20/98, não é de conhecer-se, também por esse fundamento, a presente ação, segundo o entendimento já firmado por esta Corte na ADIN 2.132. Ação direta não conhecida.” (ADI 2242, relatada pelo Ministro Moreira Alves)³¹

A uma primeira vista, essa exigência da pertinência temática parece razoável e ter coerência, eis que estabelece uma ligação lógica entre o que se

³⁰ Disponível em file:///C:/Users/User/Downloads/texto_308428362.pdf acessado em 09/05/2017.

³¹ Disponível em <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docIP=AC&docID=375356> acessado em 08/05/2017.

pede e quem pede. Ora, o que levaria ao governador de um Estado perder seu tempo movendo uma ação para algo que não atinge seu Estado? Ou o que levaria a um sindicato mover ação para discutir lei que não atinge os trabalhadores da categoria que defende? Exigir a demonstração desse requisito pode parecer inicialmente, portanto, algo razoável e, até mesmo, lógico. Contudo, faz-se necessário mergulhar na natureza jurídica do processo de controle de constitucionalidade e nos princípios que o norteia, para se chegar a conclusões mais maduras.

4. PROCESSO OBJETIVO

Hans Kelsen sustentou no século passado que seria mister a existência de um mecanismo para que se pudesse extirpar da ordem jurídica eventuais normas que fossem contrárias à Constituição. Sucede que o autor austríaco não defendeu a atribuição dessa tarefa a todos os juízes, como segue o modelo norte-americano, mas sim a uma Corte Constitucional especializada. Essa Corte atuaria de maneira abstrata e concentrada.³² Esse modelo kelseniano passou a ser bem aceito, como destacam Daniel Sarmento e Cláudio Pereira de Souza Neto:

“A sugestão de Kelsen foi acolhida na Constituição austríaca de 1920, bem como na Constituição da Checoslováquia do mesmo ano. Depois da II Guerra Mundial, a concepção kelseniana do controle de constitucionalidade exerceu grande influência no delineamento do sistema de jurisdição constitucional de diversos outros Estados europeus. Ao longo da segunda metade do século XX, houve progressiva tendência de expansão da jurisdição constitucional em todo o mundo, com a sua atual adoção pela ampla maioria dos países, espalhada por todos os continentes.”³³

Essa concepção foi absorvida pelo Brasil e, como consequência, os processos que tramitam no nosso Supremo Tribunal Federal para analisar de maneira abstrata a constitucionalidade das leis são dotados de características especiais em relação aos demais modelos processuais tradicionais, eis que o interesse abrangido na demanda não coincide inexoravelmente com

32 KELSEN, Hans. **Jurisdição Constitucional**. Tradução Alexandre Krug. 2ª Edição. São Paulo. Martins Fontes, 2006, p. 123-186.

33 SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel. **Direito Constitucional: teoria, história e métodos de trabalho**. Op.Cit p. 32.

o interesse privado de eventuais partes que se envolvem no feito. É que os processos de controle abstrato de constitucionalidade buscam defender o ordenamento jurídico, sua integralidade e hierarquia das normas. Fala-se, portanto, que se trata de processo objetivo.

Enquanto na dinâmica processualista em geral busca-se a satisfação de interesses subjetivos das partes envolvidas na demanda, o processo de controle de constitucionalidade abstrato visa a quase que exclusivamente preservar a supremacia constitucional, sendo, portanto, desnecessária a presença de elementos que garantam um caráter contraditório, dialético tradicional. É lógico, vale ressaltar que a sociedade pode - e deve - participar do processo de controle de constitucionalidade. Não à toa hoje alarga-se sobremaneira a participação de *amicus curie*³⁴ e a realização de audiências públicas em processos no Supremo Tribunal Federal. Trata-se da concepção trabalhada por Peter Häberle de “Sociedade Aberta dos Intérpretes da Constituição”³⁵, no sentido de que a interpretação da Constituição não fica restrita aos intérpretes formais, devendo toda a sociedade participar da tomada de decisões, garantindo maior grau de legitimidade democrática às decisões judiciais. Contudo, a formação processual, repita-se, não buscará a satisfação de uma ou de outra parte envolvida, mas somente da unidade do ordenamento.

A premissa de que o processo de controle abstrato de constitucionalidade é objetivo importa uma série de características. Primeiramente, é forçoso dizer que não há partes propriamente ditas no processo de controle de constitucionalidade abstrato. Como a questão discutida é a supremacia constitucional e não há interesses subjetivos, os legitimados a propor as ações de controle abstrato não são partes, mas sim participantes. Isso tem várias repercussões. Por exemplo, não há que se falar em suspeição do julgador, pois se não há partes não poderá ser alegada proximidade ou inimizade do julgador com um interessado.³⁶ Do mesmo modo, a impossibilidade de desistência da ação prevista no artigo 5º da Lei 9868 também decorre disso. Ora, se o legitimado não é o autor titular do direito envolvido, não poderá dispor desse direito.

Como bem assevera Dimitri Dimoulis, o mais próximo da figura de “parte” é o Advogado-Geral da União³⁷, que, pela dicção do artigo 103, § 3 ,

34 O novo Código de Processo Civil dedicou o artigo 138 e seus parágrafos à figura do *amicus curie*, garantindo amplamente a possibilidade de sua participação não só em processos objetivos como em qualquer tipo de processo.

35 HABERLE, Peter. *Hermenêutica Constitucional: A sociedade aberta dos interpretes da Constituição*. Op. Cit.

36 DIMOULIS, Dimitri; LUNARDI, Soraya. *Curso de Processo Constitucional: controle de constitucionalidade e remédios constitucionais*. 4ª Edição. São Paulo. Atlas, 2016, p. 237.

37 Ibidem

da Constituição da República, deveria ser o defensor da norma impugnada, acobertando necessariamente a constitucionalidade da norma, criando uma espécie de contraditório mínimo. Contudo, em algumas oportunidades, o Advogado-Geral da União poderia visar a defender os interesses da União desde que a lei fosse inconstitucional. Poderia até mesmo querer auxiliar o Presidente da República enquanto legitimado ativo a propor uma Ação Direta de Inconstitucionalidade. Dessa maneira, há forte discussão jurisprudencial e doutrinária, como se vê das Ações Diretas de Inconstitucionalidade nº 1616 e 3916, sobre os deveres do AGU. A interpretação que nos parece mais razoável, contudo, é a de que o AGU deveria defender a constitucionalidade da norma, eis que a Constituição é expressa nesse sentido, isto é, há uma atuação dirigida pela própria Constituição da República. Essa, entretanto, não é a atual orientação dominante no Supremo Tribunal Federal:

“(...) o múnus a que se refere o imperativo constitucional (CF art. 103, § 3) deve ser entendido com temperamentos. O Advogado-Geral da União não está obrigado a defender tese jurídica se sobre ela esta Corte já fixou entendimento pela sua inconstitucionalidade”(ADI 1.616, relatada pelo Ministro Maurício Corrêa, julgada em 24/5/2001)³⁸

Também por ser objetivo o processo importa em dizer que o Supremo Tribunal Federal não se vinculará exclusivamente à causa de pedir. Haverá a possibilidade de uma causa de pedir aberta, podendo os Ministros valerem-se de fundamentos não usados nos requerimentos dos participantes. E, na prática, o que se tem visto é a utilização pelos Ministros de fundamentos muito mais amplos do que os apresentados pelos requerentes. Em verdade, parece bem razoável a afirmação de que cada Ministro é uma ilha, uma vez que cada um elabora, na prática, seu voto complexo, usando seus fundamentos, apresentando suas teorias etc.

Poder-se-ia trazer, ainda, outros efeitos da objetividade do processo, tais como a impossibilidade de intervenção de terceiros³⁹, os efeitos *erga omnes* e vinculantes, a inexistência de coisa julgada material, a irrecorribilidade das decisões etc. Contudo, tentar-se-á estabelecer uma concentração ao objeto deste trabalho, que é a pertinência temática. Será que é razoável a

38 Disponível em <http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=1674271> acessado em 08/05/2017.

39 Lei 9868, artigo 7º e 18.

exigência de um requisito subjetivo em um processo objetivo? Será que isso não seria paradoxal?

5. REQUISITO SUBJETIVO EM PROCESSO OBJETIVO

É bem verdade que seria ingênuo acreditar que, por haver um interesse geral na preservação da Constituição, não haveria um interesse subjetivo influenciando o legitimado na propositura da ação direta de inconstitucionalidade. É lógico que muitos terão interesse próprio econômico, político ou jurídico em ver uma lei ser declarada inconstitucional. Se uma lei atribui um benefício trabalhista ou uma desvantagem tributária a uma certa categoria profissional, é evidente que alguns terão interesse na constitucionalidade disso e outros na inconstitucionalidade. Se é concedido benefício a uma região do país e não a outra, certamente haverá interesses subjetivos dos Estados afetados. Esses interesses serão um motor para o ajuizamento ou não de ações junto ao Supremo Tribunal Federal. Por exemplo, a ação a respeito da distribuição de *royalties* de petróleo entre os entes da federação gerou interesses políticos e econômicos dos entes beneficiados e prejudicados⁴⁰.

No entanto, a existência de eventuais interesses subjetivos de legitimados em propor a ação não descaracteriza o caráter objetivo do processo. Trata-se de um interesse que eventualmente pode estar embutido, implícito, mas não descaracteriza, diga-se novamente, a objetividade. Assim, por mais que possa existir o interesse subjetivo, ele não é fundamental e, desse modo, não poderia ser visto como um requisito. O interesse subjetivo, portanto, pode eventualmente existir na realidade, mas não é fundamental e tampouco é o que buscará ser satisfeito pelo Supremo Tribunal Federal. Gilmar Mendes, ao analisar o controle de constitucionalidade na Alemanha, diz que:

“O processo de controle abstrato de normas destina-se, fundamentalmente, à defesa da ordem jurídica contra leis inconstitucionais e, portanto, à segurança jurídica, sendo instaurado no interesse de toda a comunidade. Por isso, pôde Friesenhahn constatar, corretamente, que o autor atua no processo do controle abstrato de normas como autêntico ‘advogado da constituição’ (*Verfassungsanwalt*). A admissibilidade de processo de controle de constitucionalidade das normas está apenas vincu-

40 ADI 4917

lada a um interesse público de esclarecimento ou a uma necessidade pública de controle.”⁴¹

Nessa esteira, mesmo sem a ingenuidade de achar que não existem interesses subjetivos, parece correto crer que esses interesses não são fundamentais e não poderiam ser vistos como um requisito. O estabelecimento de um requisito subjetivo a um processo objetivo desvirtua sua natureza. De tal sorte, a exigência da pertinência temática importa, sem dúvidas, a criação de um requisito subjetivo, afastando o processo da tese de um interesse geral, da supremacia constitucional, do interesse público em extirpar normas contrárias à Constituição. Há, portanto, a transformação quanto aos legitimados especiais de uma ação de tutela da supremacia constitucional em ação de tutela de interesses subjetivos.

Portanto, parece existir um paradoxo. Por um lado, há a consagração de um processo objetivo, de interesse de toda a coletividade, produzindo efeitos *erga omnes*, tramitado à luz de um procedimento não contraditório, sem partes, amparado pela lógica de que não há interesses subjetivos dos participantes daquele feito envolvidos. Contudo, de outra ponta, exige-se que seja demonstrado que aquele legitimado do artigo 103, que optou pelo ajuizamento daquela ação, é atingido em sua esfera jurídica por aquele assunto que se discute.

No que diz respeito às confederações sindicais ou entidades de classe de âmbito nacional, através de hercúleos esforços interpretativos, poder-se-ia tentar justificar a existência da pertinência temática pelo fato de serem pessoas jurídicas de direito privado. Assim, poder-se-ia dizer que elas não dispõem de um interesse genérico em proteger o interesse público e a supremacia constitucional. Sua natureza de direito privado sempre as impulsionaria a buscar seus interesses institucionais privados. Não haveria uma separação clara dos seus interesses privados e dos interesses almejados na ação. Essa, por sinal, parece ser a fundamentação utilizada pelo Supremo Tribunal Federal para justificar a exigência. Ou seja, sendo pessoas de direito privado, não disporiam de interesse genérico de defesa da supremacia constitucional, mas somente da defesa de seus interesses particulares. Valeu-se, assim, a Suprema Corte da ideia de especialidade em relação aos fins institucionais dessas entidades. Contudo, isso aparentemente somente poderia ser alegado quanto às confederações sindicais ou entidades de classe de âmbito nacional e, ainda assim, sem um alicerce constitucional ou legal.

41 MENDES, Gilmar Ferreira. **Jurisdição Constitucional: o controle abstrato de normas no Brasil e na Alemanha**. 6ª Edição. São Paulo. Saraiva, 2014, p. 131.

6. LIMITAÇÃO SEM BASE CONSTITUCIONAL

A verdade é que a exigência da pertinência temática cria, em última análise, uma divisão entre os legitimados, dando maior grau de importância a uns do que a outros. Como destaca Dimitri Dimoulis, a pertinência temática “discrimina alguns legitimados previstos no artigo 103 da Constituição, criando uma bipartição entre legitimados de primeira classe (os universais) e de segunda classe (os especiais)”⁴² Estabelece-se que os legitimados universais enfrentarão um bloqueio a menos, preencherão um requisito a menos, para poder exercer sua função constitucionalmente prevista. Considerando que a possibilidade de provocação do Poder Judiciário é um exercício de poder, pode-se dizer que os legitimados universais terão um maior poder e, como consequência, maior grau de importância.

No entanto, qual seria o fundamento justificador da atribuição de maior importância a um legitimado do que a outro? Cumpre alertar que essa separação entre especiais e universais não está prevista na Constituição e tampouco na legislação. A Constituição da República, ao elencar os legitimados, nada fala sobre “pertinência temática”. Do mesmo modo, a Lei 9.868, de 1999, que regulamente a Ação Direta de Inconstitucionalidade, é silente sobre o tema.

Constava na redação original do artigo 2º, parágrafo único, da referida lei quando de sua aprovação no Congresso Nacional menção à pertinência temática, da seguinte forma:

“Parágrafo único. As entidades referidas no inciso IX, inclusive as federações sindicais de âmbito nacional, deverão demonstrar que a pretensão por elas deduzida tem pertinência direta com os seus objetivos institucionais.”

Entretanto, esse dispositivo foi objeto de veto do Presidente da República. As razões do veto não foram por motivos de crítica à pertinência temática em si, mas sim por força da previsão de que as “federações sindicais” poderiam propor a Ação Direta de Inconstitucionalidade, quando o Supremo Tribunal Federal é firme no sentido de que só as confederações sindicais poderão o fazer.⁴³ Assim, aplicando a regra de que o veto só abrange texto

42 DIMOULIS, Dimitri; LUNARDI, Soraya. *Curso de Processo Constitucional: controle de constitucionalidade e remédios constitucionais*. Op. Cit. p. 242.

43 Importa em transcrever as razões do veto: “Duas razões básicas justificam o veto ao parágrafo único do art. 2º, ambas decorrentes da jurisprudência do Supremo Tribunal em relação ao inciso IX do art. 103 da Constituição. Em primeiro lugar, ao incluir as federações sindicais entre os legitimados para a propositura da ação direta, o dispositivo contraria fron-

integral de parágrafo⁴⁴, acabou sendo o parágrafo único integralmente vetado. Certo é que, independentemente dos motivos, a exigência da pertinência temática não existe em nossa legislação, foi vetada. Não havendo, portanto, fundamento jurídico em sua existência.

Vale neste aspecto lembrar a velha máxima de que os direitos fundamentais devem ser interpretados de maneira ampla, não podendo ser criada uma interpretação limitativa, restritiva. Ora, se a própria Constituição não limita o exercício do direito, não poderia uma interpretação jurisprudencial fazê-lo.⁴⁵ Nesse diapasão, se existe a previsão de legitimados para ajuizar ações diretas de controle de constitucionalidade, garantindo a supremacia constitucional e um fluxo maior de processos ao Supremo Tribunal Federal, para aferição dos direitos fundamentais garantidos a todos, não parece sustentável a existência de limitações advindas da própria jurisprudência.

A fixação desse requisito de admissibilidade das ações de constitucionalidade, importa, outrossim, a atividade do Poder Judiciário como se legislador positivo fosse, comprometendo a própria existência saudável do princípio da Separação dos Poderes, consagrado no artigo 2º, da Constituição da República. Nesse sentido, esclarece Leonardo Sarmento:

“O Supremo Tribunal Federal, ao querer a comprovação da pertinência temática, como um requisito de admissibilidade, tem atu-

talmente a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, no sentido da ilegitimidade daquelas entidades para a propositura de ação direta de inconstitucionalidade (cf., entre outros, ADIn-MC 689, Rel.: Min. Néri da Silveira; ADIn-MC 772, Rel.: Min. Moreira Alves; ADIn-MC 1003, Rel.: Min. Celso de Mello). É verdade que a oposição do veto à disposição contida no parágrafo único importará na eliminação do texto na parte em que determina que a confederação sindical ou entidade de classe de âmbito nacional (art. 2º, IX) deverá demonstrar que a pretensão por elas deduzidas tem pertinência direta com os seus objetivos institucionais. Essa eventual lacuna será, certamente, colmatada pela jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, haja vista que tal restrição já foi estabelecida em precedentes daquela Corte (cf., entre outros, ADIn-MC 1464, Rel.: Min. Moreira Alves; ADIn-MC 1103, Rel.: Min. Néri da Silveira, Rel. Acórdão Min. Mauricio Corrêa; ADIn-MC 1519, Rel.: Min. Carlos Velloso).” Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/Mensagem_Veto/1999/Mv1674-99.htm acessado em 10/4/2017.

44 Essa regra é prevista na Constituição da seguinte forma: “Art. 66. A Casa na qual tenha sido concluída a votação enviará o projeto de lei ao Presidente da República, que, aquiescendo, o sancionará. § 1º Se o Presidente da República considerar o projeto, no todo ou em parte, inconstitucional ou contrário ao interesse público, vetá-lo-á total ou parcialmente, no prazo de quinze dias úteis, contados da data do recebimento, e comunicará, dentro de quarenta e oito horas, ao Presidente do Senado Federal os motivos do veto. § 2º O veto parcial somente abrangerá texto integral de artigo, de parágrafo, de inciso ou de alínea”

45 Esse raciocínio foi usado no voto vencido do Ministro Marco Aurélio de Mello, no Recurso Extraordinário 597854 com repercussão geral em que se discutiu a possibilidade de as universidades públicas cobrarem por cursos de especialização. Único a divergir do voto do relator Edson Fachin, o ministro Marco Aurélio afirmou que o Supremo Tribunal Federal não pode legislar ao estabelecer distinção entre as esferas e os graus de ensino que a Constituição Federal não prevê. Destacou que as universidades oficiais são públicas e não híbridas e a Constituição estabelece a igualdade de condições de acesso e permanência na escola. Falou o Ministro: “Onde o texto não distingue, não cabe ao intérprete distinguir”. Informações extraídas do endereço eletrônico <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=341686> acessado em 08/5/2017.

ado como legislador positivo, substituindo de modo temerário o Congresso Nacional, ou mesmo o Poder Constituinte.

Bem, se a Constituição não faz qualquer exigência para os legitimados ativos para o controle abstrato de constitucionalidade de normas, não poderia o STF fazê-lo. Até mesmo uma lei que preveja o requisito da pertinência temática seria, a nosso sentir, de constitucionalidade duvidosa.”⁴⁶

É de se chamar a atenção ao fato de que se uma norma inconstitucional causar efeitos indesejados a só um grupo específico atrelado ao tema versado, estará, em verdade, desafiando todo o ordenamento jurídico, merecendo, de tal sorte, dele ser banida. Daí a previsão da Constituição democrática de 1988 de um extenso rol de legitimados a propor as ações de controle de constitucionalidade abstrato, consagrando a aceção de uma sociedade aberta de intérpretes da Constituição. Nesse sentido, não se admite que o Tribunal Constitucional seja considerado:

“um intérprete qualificado, que sobressai por suas virtudes intelectuais a acesso privilegiado à verdade. O pluralismo é um fato social que não permite ao Judiciário a referência automática a valores éticos fundadores de determinada comunidade. Desse modo, dada a impossibilidade da revelação de valores éticos *a priori*, resta buscar a construção de procedimentos éticos de deliberação”⁴⁷

Em outras palavras: a guarda da Constituição cabe ao Supremo Tribunal Federal. Contudo, não só a ele. Nesse passo, não cabe ao Supremo simplesmente definir, do vazio, quem pode defender em maior grau ou em menor grau a supremacia constitucional. Se o Poder Constituinte não o fez, os Ministros não poderiam arvorar-se na tarefa de Poder Constituinte e criar esses limites.

7. CONCLUSÃO

A Assembleia Nacional Constituinte de 1988 mostrou-se preocupada com o aperfeiçoamento da realização da jurisdição constitucional como um dos elementos chave da efetivação de uma sociedade atenta aos direitos fun-

46 SARMENTO, Leonardo. *Controle de Constitucionalidade e Temas Afins*. Op. Cit. p. 563.

47 BINENBOJM, Gustavo. *A Democratização da Jurisdição Constitucional e o Contributo da Lei nº 9.868/99*. In: *Temas de Direito Administrativo e Constitucional*. Rio de Janeiro. Renovar. 2008, p. 151.

damentais e garantidora dos direitos das minorias⁴⁸. Fortaleceu, nessa esteira, o sistema de controle concentrado de constitucionalidade até então tímido na experiência brasileira. Não só trouxe a previsão de instrumentos que, até então, não existiam em nosso ordenamento jurídico, mas também promoveu o alargamento do rol de pessoas dotadas de legitimidade para provocar o inerte Supremo Tribunal Federal. Isso, como consequência lógica, importou um aumento no fluxo de casos e uma certa hipertrofia na atuação dessa corte, que hoje é tida como uma das figuras protagonistas de nossa política nacional.

Sem previsão na Constituição ou na legislação vigente, contudo, o Supremo Tribunal Federal, a seu talante, logo após a promulgação da Constituição de 1988, cunhou a figura da pertinência temática, que representa a necessidade de que alguns dos legitimados a propor as ações de controle concentrado de constitucionalidade têm de demonstrar que a questão discutida no processo atinge a sua esfera jurídica. Trata-se, pois, de anômalo requisito de admissibilidade da ação. Desse modo, os governadores, as Mesas das assembleias legislativas dos estados e as confederações sindicais ou entidades de classe de âmbito nacional são classificados como legitimados especiais, pelo fato de só poderem ajuizar ações de controle concentrado de constitucionalidade relativas aos temas que envolvem sua esfera jurídica e suas atividades.

Por outro lado, os demais legitimados a propor as ações de controle de constitucionalidade abstrato, elencados no artigo 103 da Carta Constitucional, poderão ajuizar ações de controle de constitucionalidade versando sobre qualquer tema, sendo, de tal modo, classificados como legitimados universais.

Tentou-se no presente trabalho demonstrar que essa exigência de demonstração da pertinência temática para certos legitimados importa um paradoxo, uma vez que os processos de controle concentrado de constitucionalidade são marcados por serem processos objetivos, isto é, processos em que não se discutem direitos subjetivos das partes, mas sim eventual ofensa de lei ou ato normativo à supremacia constitucional. Sendo processo objetivo, em verdade, sequer há partes, mas sim participantes, sendo certo que, diga-se novamente, os direitos e interesses específicos daqueles que participam do processo não

48 Vale dizer que o Brasil seguiu uma tendência de diversos outros países do mundo. Nesse sentido, Mônica Leal diz que “A jurisdição constitucional tem se apresentado, no contexto de democracias constitucionais contemporâneas, notadamente a partir do segundo pós-guerra, na Europa e, mais recentemente, com a redemocratização, no Brasil, como um dos principais e mais característicos elementos de garantia da Constituição e de concretização de Direitos Fundamentais, tidos como referências basilares das ordens jurídicas estabelecidas.” (LEAL, Mônica Clarissa Hennig. **Ativismo Judicial e Participação Democrática**. In: LEAL, Rogério Gesta. **Ativismo Judicial e déficits democráticos: algumas experiências Latino-Americanas e Europeias**. Rio de Janeiro, Lumenjuris, 2011, p. 222/223.)

são o objeto da discussão. De outra ponta, a pertinência temática mostra-se um requisito subjetivo, já que importa na exigência de demonstração do elo, a adequação, o nexo de afinidade, a pertinência, entre as finalidades estatutárias de quem ajuíza a ação e o conteúdo ou alcance da norma impugnada. Ou seja, criou-se um requisito subjetivo em um processo objetivo.

Como se não bastasse esse paradoxo, foi demonstrado na presente pesquisa que a criação da pertinência temática emanou de opção dos próprios Ministros que compunham o Supremo Tribunal Federal, não tendo gênese em qualquer dispositivo legal ou constitucional. Vale destacar: não há nenhum fundamento normativo na pertinência temática. Isso, como via de consequência, compromete a própria relação saudável entre os Poderes e, sobretudo, limita a efetivação do controle de constitucionalidade e, em última análise, a manutenção da supremacia constitucional.

É que, ao se estabelecer um requisito adicional para manejo das ações de controle concentrado de constitucionalidade, diminui-se o fluxo de casos que vai desaguar no Supremo Tribunal Federal e obstrui-se certas questões jurídicas, por vezes relevantes, de chegar a serem apreciadas. Assim, limita-se uma garantia constitucional, repita-se à exaustão, sem qualquer fulcro no texto da Constituição ou da própria legislação infraconstitucional. Embora a pertinência temática possa ser vista como algo lógico, não parece ser aceitável que o Supremo Tribunal Federal, por meio de julgados, atue verdadeiramente como legislador constitucional positivo. Insta lembrar da máxima de que se a própria Constituição não limita o exercício do direito, não poderia uma interpretação jurisprudencial fazê-lo.

Não poderia o Supremo Tribunal Federal dizer qual dos legitimados previstos no artigo 103 da Constituição da República pode defender em maior ou menor a Constituição. Uma lei inconstitucional precisa ser retirada do nosso ordenamento jurídico, sendo certo que a Carta cidadã não se preocupou em limitar essa função a apenas alguns dos legitimados, não podendo, como consequência, o Supremo Tribunal Federal estabelecer isso através do requisito anômalo. Ao estabelecê-lo, em verdade, a Corte acabou por considerar que há legitimados com maior importância e força do que outros.

Por outro lado, é certo que pode soar estranho que o Supremo Tribunal Federal, tão criticado hodiernamente por ser ativista, tivesse estabelecido entendimento que limita o fluxo de casos, isto é, que evita que número significativo de ações de controle concentrado de constitucionalidade viessem a bater em sua porta. Como destacado no presente trabalho, o fluxo de

casos no Tribunal tem papel relevante para firmar a extensão do poder de sua atuação. Assim, a criação da pertinência temática mostrou-se contrária ao caminho do ativismo.

Essa opção pode ser explicada pela composição do Supremo Tribunal Federal da época. Em 1988 a Constituição mudou, mas os Ministros permaneceram os mesmos. Tratou-se de uma Constituição nova com Ministros antigos. Desse modo, os Ministros do período pós-promulgação da Constituição tinham sido escolhidos sob a égide do regime constitucional anterior e estavam com ele acostumados. Partindo da premissa, de tal modo, que apenas o Procurador-Geral da República, substituível *ad nutum* pelo Presidente da República, poderia ajuizar as ações de controle concentrado de constitucionalidade, havia, como consequência lógica, um número abissalmente inferior de ações dessa espécie na Corte em relação ao cenário pós-promulgação da atual Carta, que permite a uma série de legitimados previstos no artigo 103 ajuizarem esse tipo de ação. Diante desse alargamento e da possível enxurrada de processos que passariam a desembocar na corte, é viável imaginar que os Ministros visaram a criar interpretações restritivas, almejando uma contensão.

Independentemente do motivo que ensejou a criação da pertinência temática pelo Supremo Tribunal Federal, o que se buscou no presente trabalho foi mostrar que tal requisito precisa ser revisitado, revisto, eis que não se mostra lógico. Mais do que isso, esse requisito é contrário à própria Constituição e ao aperfeiçoamento do exercício do controle concentrado de constitucionalidade e manutenção da supremacia constitucional. Vale repisar que a jurisdição constituição hoje é instrumento indispensável à saúde do ordenamento jurídico e à garantia dos direitos fundamentais, não podendo ser eclipsada pelo requisito da pertinência temática. ♦

BIBLIOGRAFIA

ARGUELHES, Diego Werneck. **Poder não é querer: preferências restritivas e redesenho institucional no Supremo Tribunal Federal pós-democratização.** In: Gilmar Ferreira Mendes; Jorge Galvão; Rodrigo Mudrovitsch. (Org.). *Jurisdição Constitucional*. 1ed. São Paulo: Saraiva, 2016

BARROSO, Luís Roberto. **Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática.** *Revista Direito do Estado*, Salvador, ano 4, n. 13, p. 71-91, 2009

_____. **O Controle de Constitucionalidade no Direito Brasileiro**. 4ª edição. São Paulo. Saraiva. 2009

_____. **Doze Anos da Constituição Brasileira de 1988**. In BARROSO, Luis Roberto. **Temas de Direito Constitucional**. Tomo I. Rio de Janeiro, 2001

BINENBOJM, Gustavo. **A Democratização da Jurisdição Constitucional e o Contributo da Lei nº 9.868/99**. In: **Temas de Direito Administrativo e Constitucional**. Rio de Janeiro, Renovar, 2008, pp. 143-164.

CARVALHO, Ernani. **Trajetória da revisão judicial no desenho constitucional brasileiro: tutela, autonomia e judicialização**. Sociologias. V. 12, nº 23, 2010

DIMOULIS, Dimitri; LUNARDI, Soraya. **Curso de Processo Constitucional: controle de constitucionalidade e remédios constitucionais**. 4ª Edição. São Paulo. Atlas, 2016

FALCÃO, Joaquim. **O Supremo**. 1ª Edição. Rio de Janeiro, Fundação Getúlio Vargas, 2015

HABERLE, Peter. **Hermenêutica Constitucional: A sociedade aberta dos intérpretes da Constituição**. Tradução Gilmar Mendes. Porto Alegre. Sérgio Antônio Fabris Editor. 1997

GOES, Guilherme Sandoval. **Controle de Constitucionalidade**. Rio de Janeiro. Freitas Bastos, 2016

JUCÁ, Danielle Nascimento. **Do Estado Liberal ao Estado Democrático de Direito: um enfoque nas Constituições Brasileiras**. In: **Neoconstitucionalismo e Direitos Fundamentais**. São Paulo. Editora Atlas. 2009

KELSEN, Hans. **Jurisdição Constitucional**. Tradução Alexandre Krug. 2ª Edição. São Paulo. Martins Fontes, 2006

LASSALLE, Ferdinand, **O Que é Uma Constituição?**. Tradução Ricardo Rodrigues Gama, 1ª Edição, Russell Editores, Campinas, 2005

LEAL, Fernando A. R. **Para que servem as audiências públicas no STF?** Site JOTA, 2015, disponível em <https://jota.info/artigos/para-que-servem-as-audiencias-publicas-no-stf-16062015> acessado em 08/5/2017.

LEAL, Mônica Clarissa Hennig. **Ativismo Judicial e Participação Democrática**. In. LEAL, Rogério Gesta. **Ativismo Judicial e déficits democráticos: algumas experiências Latino-Americanas e Europeias**. Rio de Janeiro, Lumenjuris, 2011

LEAL, Rogério Gesta. **As Responsabilidades Políticas do Ativismo Judicial: Aspectos Teóricos-Práticos da Experiência Norte-Americana e Brasileira.** In. LEAL, Rogério Gesta (org). **Ativismo Judicial e Déficits democráticos: algumas experiências Latino-Americanas e Europeias.** Rio de Janeiro. Lumen Juris, 2011, 1-25.

LENZA, Pedro. **Direito Constitucional Esquematizado.** 17ª Edição. São Paulo. Saraiva. 2010

MALUF, Sahid. **Teoria Geral do Estado.** Atualizador Miguel Alfredo Maluf Neto. 31ª Edição. São Paulo. Saraiva. 2013

MAUS, Ingeborg. **O Judiciário como Superego da Sociedade: a jurisdição na sociedade órfã de Pai.** *Coleção Conexões Jurídicas.* Tradução de Geraldo de Carvalho e Gercélia Batista de Oliveira Mendes. Rio de Janeiro. Lumenjuris, 2010

MENDES, Gilmar Ferreira, **Curso de Direito Constitucional,** 2ª edição, São Paulo, Saraiva, 2008

_____. **Jurisdição Constitucional: o controle abstrato de normas no Brasil e na Alemanha.** 6ª Edição. São Paulo. Saraiva, 2014

MONTESQUIEU, Charles de S. **O Espírito das Leis.** Tradução Cristina Murachco. São Paulo. Martins Fontes. 1996.

OMMATI, José Emílio Medauar. **Uma teoria dos direitos fundamentais.** Rio de Janeiro. Lumen Juris. 2014

POGREBINSCHI, Thamy. **Judicialização ou representação? Política, Direito e Democracia no Brasil.** Rio de Janeiro. Elsevier, 2011

RANGEL, Gabriel Dolabela R., **A Legitimidade do Poder Judiciário no Regime Democrático: uma reflexão no pós-positivismo,** Editora Laços, São Paulo, 2014

SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade (da pessoa) humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988.** 10ª edição. Porto Alegre. Livraria do Advogado Editora, 2015

SANTOS, Marcelo Fausto Figueiredo. **Teoria Geral do Estado.** 2ª Edição. São Paulo. Atlas, 2007

SARMENTO, Leonardo. **Controle de Constitucionalidade e Temas Afins.** Rio de Janeiro. Editora Lumen Juris. 2015

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

_____. **Aplicabilidade das Normas Constitucionais**. 4ª Edição. Malheiros Editores. 2000

SIMÃO, Calil. **Elementos do sistema de controle de constitucionalidade**. 2ª edição. São Paulo. Saraiva. 2014

SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel. **Direito Constitucional: teoria, história e métodos de trabalho**. 2ª Edição. Belo Horizonte. Fórum, 2014

TATE, N. **Why the Expansion of Judicial Power?** In TATE, N. VALLINDER, T, **The Global Expansion of Judicial Power**. New York, New York University Press, 1995.

TAVARES, André Ramos. **Curso de Direito Constitucional**. 6ª Edição. São Paulo. Saraiva, 2008.

VERÍSSIMO, Marco Paulo. **A Constituição de 1988 vinte anos depois: Suprema Corte e Ativismo Judicial “à brasileira”**, Revista GV, São Paulo, 2008, disponível em <http://www.egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/114.pdf> acessado em 04/05/2017)

VIEIRA, Oscar Vilhena. **Supremocracia**. Revista Direito GV. Volume 4. São Paulo. 2008

La Mediación Penal en España. Contextos normativos e institucionales. Experiencias prácticas.

Rosa María Freire Pérez

Magistrada na Espanha

INTRODUCCIÓN

El siglo XXI está suponiendo en el ámbito de la Justicia penal, un intento de enfocar la forma de administrar justicia con una nueva lente, la de la víctima. La justicia del siglo XX consiguió la garantía de los derechos del acusado, que puede ver mermadas sus libertades fundamentales, a través del proceso debido. En el siglo XXI, esta cuestión se considera superada y se evoluciona hacia la obtención de una Justicia de mayor calidad, que tenga en cuenta también la situación de la víctima. Ello implica reexaminar los sistemas de justicia penal y las funciones que el Estado asigna al Derecho penal.

Por ello, junto a los viejos modelos de justicia retributiva, e incluso los no tan viejos de justicia resocializadora, ha entrado con fuerza la Justicia Restaurativa, que trata de aunar los fines de estos modelos y aportar nuevas soluciones, nuevas miradas. Ello no supone necesariamente una enmienda a la totalidad del sistema punitivo, consciente de la necesidad del Derecho penal, como soporte último de valores sociales y bienes jurídicos protegibles.

Se trata, trata por tanto, de humanizar el sistema penal y dignificar a quienes lo padecen, víctimas e infractores; también a nosotros, los operadores jurídicos.

Esto significa reconocer este nuevo paradigma de Justicia, la Restaurativa, que aúna y supera los intereses de los ya viejos modelos de retribución – comunidad- y rehabilitación- infractor- , por cuanto incorpora, aúna y da visibilidad a los intereses de la víctima.

La Justicia restaurativa pretende alcanzar los objetivos pretendidos mediante el establecimiento de un **espacio de diálogo** víctima-victimario,

un proceso comunicativo, que favorezca la resolución de la controversia. Para ello se sirve de diferentes fórmulas: los círculos restaurativos, los círculos de sentencias, las conferencias, los diálogos del grupo familiar... en los que el elemento diferencial radica, básicamente, en la diferente presencia durante el proceso restaurativo de elementos importantes de la comunidad. Sin embargo, el principal instrumento del que se sirve es la mediación penal.

MEDIACIÓN PENAL EN ESPAÑA: PRESENTE Y FUTURO

Antecedentes Historicos:

Las primeras experiencias de Mediación Penal en España se llevaron a cabo en el ámbito de la Justicia Juvenil, desde principios de los años 90 y fueron impulsadas por psicólogos de los Equipos Técnicos del Departamento de Justicia de la Generalitat de Cataluña.

Siguiendo esta vía iniciada en la Justicia de Menores, en el año 1998 se desarrolló, también en Cataluña, y por impulso de Técnicos de la Administración de Justicia autonómica, la **primera experiencia piloto** en el ámbito de la **Justicia Penal de adultos**.

En el año 2000 entra en vigor la Ley Penal del Menor donde expresamente se regula y reconoce **-por primera vez en la Justicia Penal-** la posibilidad de acudir a la mediación-reparación, en delitos con pena aparejada inferior a 5 años de prisión, en íntima conexión, a su vez, con el reconocimiento, también por primera vez en nuestro derecho, del principio de oportunidad. La Fiscalía de Menores de Barcelona- de ámbito provincial-, a la que se ha adscrito por la Administración autonómica un equipo estable de mediadores, ha publicado estadísticas que permiten concluir que el 25 % de asuntos penales registrados en dicho órgano, han terminado con mediación/reparación, cifras que son similares en los sucesivos ejercicios. Además, se han realizado trabajos de investigación a cargo del Centro de Estudios Jurídicos y Formación Especializada que concluyen en estimar un **bajo nivel de reincidencia** - un 12 % - por parte de los jóvenes que han acudido o han participado en un programa de mediación-reparación.

En el ámbito de la **Justicia Penal de adultos**, en el año 2000, el Departamento de Justicia creó el **primer Servicio de Mediación Penal, vinculado a la Dirección General de Ejecución Penal y Medidas Alternativas**, ubicándolo en la misma sede de los Juzgados de Instrucción y de lo Penal de Barcelona, si bien con vocación de servicio a toda Cataluña, con delegaciones en todas las capitales de provincia.

Estas primeras experiencias se llevaron a cabo por impulso de jueces, que, miramos la normativa interna y vimos que el Código Penal no regulaba- sigue sin regular a fecha de hoy- la mediación. No obstante, prevé expresamente el otorgamiento de determinados beneficios jurídicos al infractor que repare el daño causado a la víctima, que según los casos pueden consistir en:

. **La apreciación de la atenuante genérica del artículo 21.5.**

La reparación se considera como una **atenuante genérica en el artículo 21.5 del Código Penal**, que recoge como una de las circunstancias atenuantes de la responsabilidad criminal, que el culpable haya reparado el daño ocasionado a la víctima o aminorado sus efectos en cualquier momento del procedimiento, antes del juicio oral.

. La apreciación de alguna de las atenuantes específicas reguladas en diversos tipos penales de la parte especial del Código.

Por otra parte, el Código Penal tipifica diferentes delitos perseguibles únicamente mediante denuncia de la persona ofendida (por ejemplo, el delito leve de amenazas del artículo 171.7). En estos casos un proceso de mediación puede facilitar la obtención de un acuerdo con el cual el perjudicado se considere plenamente reparado y, como consecuencia retire la denuncia y el Juez o Tribunal pueda archivar la causa.

Y con esto trabajamos, inspirándonos, a falta de regulación normativa interna específica, en el contexto internacional:

Naciones Unidas

. *Carta de los Derechos Humanos, de 26 de junio de 1945, Capítulo VI, artículo 34*, refleja para la solución de controversias “la negociación, la investigación, la mediación, la conciliación, el arbitraje, el arreglo judicial, el recurso a organismos o acuerdos regionales u otros medios pacíficos a su elección”.

. *Resolución 53/243, de 6 de octubre de 1999, sobre la declaración y programa de acción sobre una cultura de Paz.*

. *X Congreso sobre la Prevención del Delito y Tratamiento de la Delincuencia*, abril de 2000, Viena, que estableció la necesidad de que el **concepto de Justicia Restaurativa** debía de ser un elemento fundamental de los debates sobre responsabilidad y equidad respecto a los delincuentes y a las víctimas en el proceso penal de justicia. Opinando que esta clase de Justicia ofrecía al proceso penal una alternativa

a las modalidades establecidas de enjuiciamiento y castigo y a toda la sociedad en el proceso restaurativo.

. *Resolución 55/59 sobre Plan de acción sobre Justicia Restaurativa.*

. *Resolución 26/1999, de 28 de julio, sobre el desarrollo y la implementación de la mediación y las medidas de la Justicia Restaurativa en la Justicia criminal.*

. *Resolución 14/2000, de 27 de julio, sobre principios básicos del uso de la Justicia Restaurativa en los procesos criminales*, que anima el intercambio y experimentación en el ámbito de la mediación penal.

. *Informe del Secretario General del Consejo Económico y Social de las Naciones Unidas, de 7 de enero de 2002, sobre la reforma del sistema de justicia penal: logro de la eficacia y la equidad. La Justicia Restaurativa.*

. *Standards y normas para la prevención del crimen y la Justicia criminal*, Comisión de Prevención del Crimen y Justicia Criminal, de 18 de abril de 2002, sobre *Principios básicos sobre el uso de los programas de Justicia Restaurativa en los procesos criminales.*

CONSEJO DE EUROPA

1. Las Recomendaciones.

Varias Recomendaciones del Consejo de Europa instan a los Estados miembros a incorporar la mediación y la reparación, así como el reconocimiento de un mayor protagonismo de los ciudadanos en los procedimientos judiciales y en la resolución de los conflictos penales que les afectan:

La *Recomendación núm. R (83) 7 de 23 de junio de 1983 del Comité de Ministros del Consejo de Europa*, está orientada a potenciar la participación del público en la elaboración y aplicación de políticas criminales que tiendan a prevenir la criminalidad y a facilitar la indemnización y la reparación a la víctima, como una forma de sustitución de la pena privativa de libertad. Recomienda a los Gobiernos de los Estados miembros fomentar que se facilite la indemnización a la víctima por parte del delincuente, por ejemplo, previendo tal obligación como medida sustitutiva de la pena privativa de libertad.

La *Recomendación núm. R (85) 11 de 28 de junio de 1985 del Comité de Ministros del Consejo de Europa*, relativa a la posición de la víctima en el marco del Derecho penal y del procedimiento penal, recomienda a los Gobiernos de los Estados miembros revisar la legislación

y su práctica, teniendo presente que las decisiones de la Justicia se deben tomar considerando la reparación del daño sufrido por la víctima y todo el esfuerzo hecho seriamente por el autor del delito en este sentido. Aconseja una adaptación a las directrices que se expresan en su texto y que dan un amplio margen a la reparación e, incluso, recomienda a los Gobiernos de los Estados miembros examinar las ventajas que pueden presentar los sistemas de mediación y conciliación.

La **Recomendación núm. R (87) 18** de 17 de septiembre de 1987 del Comité de Ministros del Consejo de Europa, concerniente a la **simplificación de la Justicia criminal**, recoge la relevancia del principio de oportunidad y recomienda a los Gobiernos potenciar la aplicación de los principios de descriminalización y de intervención mínima; tomar medidas que faciliten la simplificación de los asuntos menores; y evitar, siempre que esto sea posible, la intervención judicial en primer término. Asimismo, en estos asuntos, se recomienda recurrir a acuerdos de compensación entre el autor y la víctima y evitar la acción penal, si el sujeto cumple las condiciones acordadas.

La **Recomendación núm. R (87) 21** de 17 de septiembre de 1987 del Comité de Ministros del Consejo de Europa, sobre la **asistencia a las víctimas y la prevención de la victimización**, donde se señalan un conjunto de acciones concretas a favor de éstas, entre las que se encuentra la mediación y contiene la concreta previsión de fomentar las experiencias de ámbito nacional o local de mediación entre el delincuente y su víctima.

La **Recomendación núm. R (99) 19** de 15 de septiembre de 1999 del Comité de Ministros del Consejo de Europa, sobre la **mediación en materia penal**.

Considera que los estados miembros tienden cada vez más a recurrir a la mediación penal como una opción flexible, basada en la resolución del problema y en la implicación de las partes, como complemento o como alternativa al procedimiento penal tradicional;

Valora la necesidad de posibilitar una participación personal activa en el procedimiento penal de la víctima, del delincuente y de todos aquellos implicados como partes, así como de la comunidad;

Reconoce el interés legítimo de las víctimas para que puedan expresar las consecuencias de su victimización, comunicarse con el delincuente, obtener razones de él, explicaciones y una reparación;

Considera que es importante reforzar el sentido de la responsabilidad en los delincuentes y darles la oportunidad de rectificar;

Reconoce que la mediación puede contribuir a la solución de los conflictos y a una justicia penal con resultados más constructivos.

Por todo ello, recomienda a los gobiernos de los estados miembros que inspiren su legislación y práctica internas en los principios de la Recomendación para ponerlos en marcha progresivamente y dar a este texto la más amplia difusión posible.

Define la mediación, entendida como un proceso mediante el cual víctima e infractor, voluntariamente se reconocen capacidad para participar activamente en la resolución de un conflicto penal, gracias a la ayuda de una tercera persona imparcial, el mediador y establece los principios generales de actuación, orientados tanto a las jurisdicciones penales juveniles como a la jurisdicción penal de adultos.

Entre estos principios generales recoge que la mediación en el ámbito penal tendría que ser un servicio generalmente disponible y que habría de ser posible en todas las fases del procedimiento penal.

Por otra parte, en los fundamentos jurídicos, prevé que la legislación tendría que facilitar la mediación en el ámbito penal.

Entre otros criterios, propone que la mediación únicamente se haga con el libre consentimiento de las partes, tanto para iniciarla como para dejarla en cualquier momento del proceso. En cuanto al contenido de la mediación, es confidencial y no se puede utilizar la mediación como una prueba de culpabilidad en los procedimientos penales.

También, establece criterios de derivación, y de funcionamiento de los servicios, los cuales considera que tendrían que gozar de suficiente autonomía. Igualmente define las líneas de actuación en relación con la formación, el rol y las funciones de los mediadores, etc.

UNION EUROPEA

Decisión Marco (2001/220/JAI) del Consejo de la Unión Europea, de 15 de marzo de 2001, relativa al Estatuto de la Víctima en el Proceso Penal.

En las consideraciones previas de la Decisión Marco, se estima que de acuerdo con el plan de acción del Consejo y de la Comisión, esta Decisión se orienta a buscar la mejor manera de aplicar las disposiciones del Tratado de Ámsterdam, relativas a la creación de un espacio de libertad, seguridad y justicia.

Establece un marco normativo de actuaciones a desarrollar, a nivel de la Unión Europea, a fin de que los estados miembros las incorporen a

sus respectivas legislaciones. Concreta normas referentes a los derechos y garantías de las víctimas, asistencia, protección, indemnización, mediación, cooperación entre los estados miembros, servicios especializados, etc.

Esta Decisión Marco hace referencia explícita a la mediación penal en diferentes apartados:

Artículo 1. Contiene la definición de diferentes conceptos y concretamente en el apartado e) se define “la mediación en causas penales” como **“la busca, antes o durante el proceso penal, de una solución negociada entre la víctima y el autor de la infracción en la cual interviene como mediador una persona competente”**.

Artículo 10. En sus apartados 1 y 2 insta a los estados miembros a impulsar la mediación en las causas penales para las infracciones que a su juicio se presten a estos tipos de medidas.

Los estados también han de vigilar para que puedan tenerse en consideración los acuerdos a los cuales hayan llegado la víctima y el inculcado con motivo de la mediación en las causas penales.

Según el artículo 17, referente a la aplicación, los estados miembros habían de poner en vigor las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas necesarias para dar cumplimiento a esta disposición **“a más tardar” el día 22 de marzo de 2006**.

Paralelamente, y con el amparo de la Decisión Marco relativa al Estatuto de la Víctima, aunque fuera ya del plazo vencido en marzo de 2006, otras Administraciones autonómicas como la del **País vasco, La Rioja, y diversas Administraciones locales, y Universidades como la Carlos III de Madrid** crearon y sostienen servicios de mediación que han puesto a disposición de Juzgados concretos para desarrollar experiencias de mediación penal.

Le siguieron experiencias en **Castilla – León, Aragón**, y tras la promulgación de la Ley de Mediación Civil y Mercantil en 2012 se ha producido el efecto expansivo de iniciar o consolidar múltiples experiencias en todo el territorio nacional: Málaga, Sevilla, Toledo, Valencia etc.

Pero es sobre todo el **Consejo Genral del Poder Judicial**, el que, en los últimos años, hizo una apuesta decidida por este método de resolución de conflictos, amparando y coordinando el desarrollo de Experiencias de Mediación penal, impulsando la celebración de cursos y seminarios de formación que se imparten tanto en Formación Inicial, como en Formación Continua, elaborando guías para la práctica de la mediación intrajudicial, impulsando convenios con distintas instituciones y asociaciones y fomen-

tando el conocimiento y la difusión de la mediación intrajudicial, dando visibilidad en la extranet del poder judicial a las distintas experiencias que se están desarrollando .

La Directiva 2012/29/UE del Parlamento Europeo y del Consejo de 25 de octubre de 2012, por la que se establecen normas mínimas sobre los derechos, el apoyo y la protección de las víctimas de delitos.

Sustituye a la Decisión marco 2001/ 220/JAI del Consejo. Establece un catálogo unitario de derechos de la víctima define como horizonte su recuperación, en sentido amplio. En este marco, es donde la mediación, como instrumento de justicia restaurativa, puede desarrollar su potencial. La directiva, en su único artículo sobre la materia, habla de “procesos de justicia reparadora”, lo cual incluye a la mediación, pero no solo, pues legitima otras fórmulas restaurativas.

ESPAÑA

Código Penal

La Reforma operada en el CP por L. O. 1/2015 introduce por primera vez en un texto de esta naturaleza una referencia a la mediación, y lo hace tanto en su exposición de motivos como en su regulación, que afecta en esencia a la fase de ejecución de la pena.

No define la mediación, por tanto, pero presupone su existencia, y ello significa un importante espaldarazo a la mediación penal, por cuanto supone su reconocimiento, como instrumento útil y pertinente en el ámbito de la Justicia Penal de adultos, nada menos que por la norma básica en este orden.

El art. 21. 5 no sufre modificación alguna, por lo que resulta aplicable todo lo antes expuesto.

El art. 84, tras la reforma, establece: ***1. El juez o tribunal también podrá condicionar la suspensión de la ejecución de la pena al cumplimiento de alguna o algunas de las siguientes prestaciones o medidas: 1º. El cumplimiento del acuerdo alcanzado por las partes en virtud de mediación.***

En una interpretación flexible del mismo Código Penal y de otras normas penales, podríamos llegar a deducir, siguiendo ejemplos de derecho comparado, que la reparación conseguida a través de un proceso de mediación, realizado con posterioridad a la sentencia o, incluso, durante la ejecución, hace posible la obtención de determinados beneficios,

como por ejemplo la progresión de grado en el cumplimiento de la pena privativa de libertad, la libertad condicional o el indulto.

Ley Del Estatuto De La Víctima Del Delito

La Ley 4/2015, de 27 de abril, del Estatuto de la víctima del delito en su Título Preliminar recoge un catálogo general de derechos comunes a todas las víctimas, que se va desarrollando posteriormente a lo largo del articulado y que se refiere, tanto a los servicios de apoyo, como a los de justicia reparadora que se establezcan legalmente.

El art.5 regula el derecho de información de la víctima que comprende: k) **Los servicios de justicia restaurativa disponibles**, en los casos en que sea legalmente posible.

Artículo 15. Servicios de justicia restaurativa.

1. Las víctimas podrán acceder a servicios de justicia restaurativa, en los términos que reglamentariamente se determinen, con la finalidad de obtener una adecuada reparación material y moral de los perjuicios derivados del delito, cuando se cumplan los siguientes requisitos:

a) El infractor **haya reconocido los hechos esenciales** de los que deriva su responsabilidad;

b) la víctima haya prestado su consentimiento, después de haber recibido información exhaustiva e imparcial sobre su contenido, sus posibles resultados y los procedimientos existentes para hacer efectivo su cumplimiento;

c) el infractor haya prestado su consentimiento;

d) el procedimiento de mediación no entrañe un riesgo para la seguridad de la víctima, ni exista el peligro de que su desarrollo pueda causar nuevos perjuicios materiales o morales para la víctima; y

e) no esté prohibida por la Ley para el delito cometido

2. Los debates desarrollados dentro del procedimiento de mediación serán confidenciales y no podrán ser difundidos sin el consentimiento de ambas partes. Los mediadores y otros profesionales que participen en el procedimiento de mediación, estarán sujetos a secreto profesional con relación a los hechos y manifestaciones de que hubieran tenido conocimiento en el ejercicio de su función.

3. La víctima y el infractor podrán revocar su consentimiento para participar en el procedimiento de mediación en cualquier momento.

CONTEXTO INSTITUCIONAL

Debe hacerse especial referencia a la **Unión Europea**, que es una firme promotora de la utilización de métodos alternativos de solución de conflictos, entre los cuales cabe mencionar la mediación. En su Portal e-justice (<https://e-justice.europa.eu/>) da cumplida información sobre el estado de la mediación en el ámbito de la Unión y en cada uno de los estados miembros.

Además, y en el ámbito de la Justicia restaurativa, algunos organismos promueven foros de difusión, diálogo y estudio sobre la mediación.

Especial referencia merece el ***European Forum for Victim- Offender Mediation and Restorative Justice***, creado en 1999 bajo los auspicios de la Unión Europea, Programa Grotius, y que participa en diferentes programas europeos de impulso de la Justicia Restaurativa y asimismo dirige el programa AGIS. (www.euforumrj.org).

Más detenidamente me referiré a **GEMME**, Grupo de Magistrados europeos pro mediación (www.gemme.eu)

QUÉ ES GEMME

GEMME es una asociación europea y europeísta que tiene por finalidad la de promover, desde el ámbito de los propios tribunales de justicia, los sistemas alternativos de resolución de conflictos (ADR) y, especialmente, de la mediación.

Se creó en Francia en el año 2004. Su impulsor y primer presidente fue el presidente de la Cour de Casación francesa Guy Canivet. Hoy existen secciones en Alemania, Bélgica, Francia, Holanda, Italia, Noruega, Portugal, Eslovenia y Suiza... y miembros asociados de Gran Bretaña, Grecia, Hungría, Polonia y Lituania. La sección española se constituyó en 2007.

Es una asociación que tiene el estatus de observadora en el Consejo de Europa, y que está vinculada recientemente a la Red Europea de Cooperación Judicial.

Es una asociación de carácter no gubernamental, de adscripción absolutamente voluntaria, que respeta en su seno el pluralismo ideológico de sus miembros, y que pretende ser un punto de encuentro entre profesionales de diversas procedencias y roles en la administración de justicia.

Pueden ser socios los jueces, magistrados, fiscales, secretarios judiciales y jueces de paz que lo deseen, sin otro requisito que su presentación por dos miembros que pertenezcan al ámbito territorial del candidato y su admisión por el consejo de administración.

A pesar de que el núcleo fundamental lo constituyen profesionales de la administración pública de la justicia, los estatutos prevén que pueden ser admitidos como socios un 30 % de profesionales de la mediación, o del ámbito de la abogacía o de la enseñanza, que tengan reconocido prestigio por su trabajo en pro de la resolución alternativa de conflictos, y trabajen en el ámbito de los tribunales de justicia.

En la actualidad la asociación cuenta con más de 300 miembros en toda Europa, y la sección española-la más numerosa, con más de 200 socios y lista de espera , para respetar la proporción- ha abierto sus estatutos para que puedan integrarse, también, magistrados y jueces latinoamericanos en condición de observadores. En la última Asamblea de Gemme Europa, celebrada en París , en junio de 2015, se encomendó a la sección española el establecer vínculos con la comunidad jurídica iberoamericana para la creación de una red hermana en Latinoamérica.

En la página web de la **sección española de GEMME**, www.mediacionesjusticia.com, se recoge amplia información sobre el efervescente estado de la mediación en nuestro país.

MEDIACION PENAL

Ultimos Datos Publicados Del Cgjp

A Modo De Conclusión

La mediación penal ha venido para quedarse. A los impacientes, recordar que Cesare Beccaría en su célebre *“De los delitos y de las penas”* (1764) decía: “Tratándose de asuntos difíciles no cabe esperar que se pueda plantar y recolectar de una sola vez; más bien, al contrario, es una obra que precisa de un trabajo laborioso de preparación que lleve a una maduración gradual”. En eso estamos.

La sociedad actual requiere jueces cercanos al ciudadano, con un discurso menos indescifrable y más dirigido a la interpretación de la realidad, jueces que estén empeñados en “hacer “ más que en “decir” justicia, jueces, al modo que define el jurista y filósofo François Ost, menos Júpiter, indiferentes a las consecuencias de sus decisiones, adoptadas desde las altas cumbres de la pirámide kelseniana, y si más jueces Mercurio, los que crean redes , conscientes de que la alta misión que se les exige en un mundo complejo como en el que vivimos, no la pueden realizar solos.

Por ello es preciso continuar sembrando modelos de Justicia más justos, humanos y respetuosos con la dignidad de las personas, como la mediación.

La mediación, con pleno respeto a las garantías, humaniza el proceso penal, y ayuda a mejorar la visión de los ciudadanos acerca del sistema judicial. Aunque sólo sea por eso, o quizás por ello, la incorporación a nuestro proceso penal de la mediación reparadora merece ser considerada e impulsada también por nosotros, los jueces. ❖

O Argumento da Liberdade no Debate sobre a Constitucionalidade do Regime Sucessório do Companheiro: Notas ao RE 878.694/MG

Rafael Mansur de Oliveira

Bacharel em Direito pela UERJ.

Pós-Graduado pela EMERJ.

RESUMO: O Supremo Tribunal Federal, recentemente, declarou a inconstitucionalidade do artigo 1790 do Código Civil, que previa um regime diferenciado para a sucessão da pessoa que vivia em união estável. A decisão, no entanto, não foi unânime. Este trabalho pretende analisar o argumento apresentado pela corrente vencida, e que continua encontrando eco em parcela expressiva da doutrina, de que o regime sucessório do companheiro seria, em verdade, constitucional, por prestigiar a liberdade do casal em escolher o regime legal de sua preferência.

PALAVRAS-CHAVE: Sucessão Legítima. Casamento. União Estável. Princípio da Liberdade. Autonomia Privada.

ABSTRACT: The Federal Supreme Court recently declared unconstitutional the article 1790 of the Civil Code, which established a different rule about inheritance for people who lived in a civil union. The decision, however, was not unanimous. This paper intends to analyze the argument presented by the minority of justices, and still echoed by many scholars, that the partner's succession regime would be, in fact, constitutional, since it protected the couple's freedom to choose the legal regime that best suited them.

KEYWORDS: Intestate Succession. Marriage. Civil Union. Principle of Liberty. Private Autonomy.

SUMÁRIO: 1. Introdução. 2. Síntese dos principais argumentos invocados no julgamento do RE 878.694/MG. 3. Novos contornos da liberdade no Direito Civil. 4. A questão da liberdade quanto ao regime jurídico sucessório no casamento e na união estável. 5. Ausência de liberdade e sufocamento do afeto. 6. Outros fundamentos para a defesa da inconstitucionalidade do artigo 1790. 7. Conclusão.

1. INTRODUÇÃO

Ana dividiu com Marcos¹ uma convivência pública, contínua e duradoura – que perdurou por cerca de nove anos –, e estabelecida com o objetivo de constituírem família. Em 2009, Marcos faleceu, levando Ana a ajuizar em face dos três irmãos do companheiro uma ação de reconhecimento de união estável cumulada com petição de herança. O Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais apreciou o feito, fazendo incidir a norma do artigo 1790, III, do Código Civil, atribuindo a Ana apenas um terço dos bens onerosamente adquiridos por Marcos na vigência da união estável, sendo todo o resto do patrimônio do *de cujus* repartido entre seus irmãos. Interposto recurso extraordinário pela autora, foi reconhecida sua repercussão geral pelo Supremo Tribunal Federal, com o objetivo de definir questão tormentosa que pairava desde o ano de 2002: seria constitucional o tratamento diferenciado conferido pelo Código Civil ao companheiro sobrevivente, em regra mais desvantajoso que o regime sucessório do cônjuge nas mesmas condições?

Com efeito, enquanto a sucessão do cônjuge (*rectius*, a sucessão legítima, ou seja, a que se opera por força de lei) é disciplinada pelo artigo 1829² do Código Civil, a do companheiro era tratada em apartado no artigo 1790³, suscitando intenso debate sobre a constitucionalidade do segundo dispositivo, reputado veiculador de discriminação irrazoável e, portanto,

1 Os nomes citados são fictícios.

2 “Art. 1.829. A sucessão legítima defere-se na ordem seguinte:

I - aos descendentes, em concorrência com o cônjuge sobrevivente, salvo se casado este com o falecido no regime da comunhão universal, ou no da separação obrigatória de bens (art. 1.640, parágrafo único); ou se, no regime da comunhão parcial, o autor da herança não houver deixado bens particulares;

II - aos ascendentes, em concorrência com o cônjuge;

III - ao cônjuge sobrevivente;

IV - aos colaterais.”

3 “Art. 1.790. A companheira ou o companheiro participará da sucessão do outro, quanto aos bens adquiridos onerosamente na vigência da união estável, nas condições seguintes:

I - se concorrer com filhos comuns, terá direito a uma quota equivalente à que por lei for atribuída ao filho;

II - se concorrer com descendentes só do autor da herança, tocar-lhe-á a metade do que couber a cada um daqueles;

III - se concorrer com outros parentes sucessíveis, terá direito a um terço da herança;

IV - não havendo parentes sucessíveis, terá direito à totalidade da herança.”

anti-isonômica. São diversas as diferenças entre os regimes, valendo pontuar a restrição da base de cálculo do quinhão do companheiro aos bens adquiridos onerosamente na vigência da união estável, bem como a sua concorrência com os colaterais, o que não se verifica na sucessão do cônjuge. Para ilustrar a distinção, basta verificar que com a aplicação da sistemática do artigo 1829 ao caso narrado, Ana herdaria todos os bens de Marcos, nada cabendo aos irmãos do falecido.

O julgamento do Recurso Extraordinário 878.694/MG foi iniciado em agosto de 2016, sendo concluído, após dois pedidos de vista, em maio de 2017. Prevaleceu o voto do relator, Ministro Luís Roberto Barroso, pelo provimento do recurso, com o reconhecimento incidental da inconstitucionalidade do artigo 1790, sendo acompanhado pelos Ministros Edson Fachin, Teori Zavascki, Rosa Weber, Luiz Fux, Celso de Mello e Cármen Lúcia. Restaram vencidos os Ministros Dias Toffoli, Marco Aurélio e Ricardo Lewandowski, que negavam provimento ao recurso por entenderem constitucional o dispositivo impugnado.

Julgou-se paralelamente o Recurso Extraordinário 646.721/RS, de relatoria do Ministro Marco Aurélio, no qual se assentou a extensão do entendimento prevalecente no RE 878.694/MG às uniões estáveis homoafetivas, sendo designado para redigir o acórdão o Ministro Luís Roberto Barroso.

O objetivo central deste trabalho é tecer algumas considerações sobre um dos argumentos invocados pela corrente vencida em favor da conformidade constitucional do regime sucessório dos companheiros: o de que se trataria de norma que privilegiaria o direito de liberdade do casal. Trata-se de argumento com ampla aceitação, e que tem repercutido com maior intensidade entre os doutrinadores críticos à decisão alcançada pelo tribunal⁴.

Para tanto, o fundamento, conforme constante do voto do Ministro Dias Toffoli, que inaugurou a divergência, será exposto mais detalhadamente no tópico seguinte, após a apresentação das razões do voto do relator, em sentido contrário. Em seguida, será esclarecida a relevância da análise de argumentos associados ao direito de liberdade no âmbito do Direito Civil para, então, aprofundar-se o estudo dos fundamentos aduzidos nos votos. Por fim, serão enfrentados outros argumentos invocados no debate, permitindo alcançar uma conclusão sobre a constitucionalidade do artigo 1790 e, por conseguinte, sobre o acerto ou não da decisão do STF.

4 Por todos: PEREIRA, Rodrigo da Cunha. STF acabou com a liberdade de não casar ao igualar união estável a casamento. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2017-jun-14/rodrigo-cunha-pereira-stf-acabou-liberdade-nao-casar>>. Acesso em 19.06.2017.

2. SÍNTESE DOS PRINCIPAIS ARGUMENTOS INVOCADOS NO JULGAMENTO DO RE 878.694/MG

O julgamento do recurso se iniciou pelo voto do Ministro Luís Roberto Barroso⁵, que delimitou a controvérsia constitucional a ser enfrentada na seguinte indagação: “é legítima a distinção, para fins sucessórios, entre a família proveniente do casamento e a proveniente de união estável?”

Após oferecer uma breve contextualização da controvérsia, traçar um histórico normativo da matéria e pontuar as principais diferenças entre os regimes sucessórios do cônjuge e do companheiro, o Ministro Barroso apresentou os fundamentos pelos quais reputava o artigo 1790 inconstitucional: (i) inicialmente, o dispositivo importaria uma desequiparação ilegítima entre as formas de família oriundas do casamento e da união estável, ao estabelecer entre elas uma relação de hierarquia, uma vez que desigualaria o nível de proteção estatal oferecido aos seus membros; (ii) haveria uma violação ao princípio da dignidade humana, nos seus aspectos de valor intrínseco e de autonomia; (iii) ocorreria, ainda, uma violação ao princípio da proporcionalidade (em sua dimensão positiva, de vedação à proteção estatal insuficiente), por restringir a dignidade humana dos companheiros sem que essa limitação se justificasse à luz de algum direito constitucional contraposto; (iv) e, por fim, incidiria o princípio da vedação ao retrocesso, uma vez que o Código Civil traria um regime mais restritivo que o previsto no regramento legal anterior (Leis n. 8.971/1994 e n. 9.278/1996).

Por fim, propôs como solução para o vácuo normativo decorrente da declaração de inconstitucionalidade a aplicação do artigo 1829 também às uniões estáveis, restabelecendo a igualdade de tratamento das entidades familiares, sugerindo ainda a modulação dos efeitos temporais da decisão, para preservar as partilhas concluídas antes do julgamento.

Confira-se a ementa do voto:

DIREITO CONSTITUCIONAL E CIVIL. RECURSO EXTRAORDINÁRIO. REPERCUSSÃO GERAL. INCONSTITUCIONALIDADE DA DISTINÇÃO DE REGIME SUCESSÓRIO ENTRE CÔNJUGES E COMPANHEIROS.

1. A Constituição brasileira contempla diferentes formas de família legítima, além da que resulta do casamento. Nesse rol, incluem-se as famílias formadas mediante união estável.

⁵ Disponível em: <<http://s.conjur.com.br/dl/sucessao-companheiro-voto-barroso.pdf>>. Acesso em 23.04.2017.

2. Não é legítimo desequiparar, para fins sucessórios, os cônjuges e os companheiros, isto é, a família formada pelo casamento e a formada por união estável. Tal hierarquização entre entidades familiares é incompatível com a Constituição.

3. Assim sendo, o art. 1790 do Código Civil, ao revogar as Leis n.ºs 8.971/94 e 9.278/96 e discriminar a companheira (ou companheiro), dando-lhe direitos sucessórios bem inferiores aos conferidos à esposa (ou ao marido), entra em contraste com os princípios da igualdade, da dignidade humana, da proporcionalidade como vedação à proteção deficiente e da vedação do retrocesso.

4. Com a finalidade de preservar a segurança jurídica, o entendimento ora firmado é aplicável apenas aos inventários judiciais em que não tenha havido trânsito em julgado da sentença de partilha, e às partilhas extrajudiciais em que ainda não haja escritura pública.

5. Provimento do recurso extraordinário. Afirmção, em repercussão geral, da seguinte tese: “No sistema constitucional vigente, é inconstitucional a distinção de regimes sucessórios entre cônjuges e companheiros, devendo ser aplicado, em ambos os casos, o regime estabelecido no art. 1.829 do CC/2002”.

Em seu voto divergente⁶, o Ministro Dias Toffoli aponta o parágrafo 3º do artigo 226 da Constituição⁷ como norma legitimadora do tratamento diferenciado das entidades familiares, pois, ao determinar que seja facilitada a conversão da união estável em casamento, teria deixado claro que “uma coisa é uma coisa e outra é outra coisa”. Afirma, invocando a exposição de motivos e os debates legislativos, que a desequiparação promovida pelo legislador não seria “injustificada ou desarrazoada”, mas sim fruto do debate democrático. Conclui no sentido de que, havendo múltiplas leituras possíveis da Constituição, deve prevalecer aquela promovida pelo legislador.

No que toca a questão central a ser discutida neste trabalho, o argumento sobre a autonomia do casal, permita-se a transcrição dos trechos mais relevantes do voto do Ministro Dias Toffoli:

⁶ Disponível em: <<http://www.migalhas.com.br/arquivos/2017/3/art20170331-06.pdf>>. Acesso em 23.04.2017.

⁷ “§ 3º Para efeito da proteção do Estado, é reconhecida a união estável entre o homem e a mulher como entidade familiar, devendo a lei facilitar sua conversão em casamento.” (grifou-se)

O casamento, portanto, não é união estável, o que autoriza que seus respectivos regimes jurídicos sejam distintos. Portanto, há de ser respeitada a opção feita pelos indivíduos que decidem por se submeter a um ou a outro regime. Há que se garantir, portanto, os direitos fundamentais à liberdade dos integrantes da entidade de formar sua família por meio do casamento ou da livre convivência, bem como o respeito à autonomia de vontade para que os efeitos jurídicos de sua escolha sejam efetivamente cumpridos.

(...)

Nesse sentido, correto se mostra o alerta feito por Mário Luiz Delgado, então Presidente da Comissão de Assuntos Legislativos do IBDFAM, em artigo publicado na Revista Consultor Jurídico, no qual afirmou que *o reconhecimento da igualdade do direito sucessório das entidades familiares pode representar a ‘aniquilação da liberdade daqueles que optaram pela relação informal, exatamente porque não pretenderam se submeter ao regime formal do casamento’*. Ou pior, que isso possa significar até mesmo

‘o fim da própria união estável, pois, à medida que se regula-menta um relacionamento que foi constituído para ser uma união livre e sem nenhuma oficialidade, estar-se-á alterando a sua natureza jurídica, transformando-o em outro tipo de relacionamento que não foi o desejado pelas partes. É o que chamo de ‘casamento forçado’, ou, ainda, ‘dormir com alguém e acordar com o Estado’, como diz Zeno Veloso’.

Estou plenamente convicto de que *a liberdade e a autonomia da vontade dos conviventes não de ser respeitadas* e de que não foi por outro motivo que o casamento civil passou a ser questionado a partir da década de 1960, principalmente pelos jovens, que passaram a entender que deveria existir maior liberdade nas relações familiares em face do Estado, ideia que se desenvolveu na sociedade germânica e que influenciou seu ordenamento jurídico, culminando na doutrina da ‘Finalidade Individual do Estado’, segundo a qual deveria haver uma menor intervenção estatal na vida dos indivíduos. (grifou-se)

A mesma preocupação foi externada nos votos dos Ministros Ricardo Lewandowski e Marco Aurélio (no deste segundo, talvez até com maior intensidade do que a contida no voto do Ministro Dias Toffoli)⁸.

Exposto o fundamento empregado pelos ministros vencidos, passa-se a um olhar mais detido sobre a matéria. Porém, antes de se adentrar no cerne da questão proposta, há que se aclarar uma indagação preliminar: porque selecionar, dentre os múltiplos aspectos que circundam o debate sobre o regime sucessório do companheiro, justamente o argumento fundado na liberdade?

3. NOVOS CONTORNOS DA LIBERDADE NO DIREITO CIVIL

É conhecida a percepção histórica do Direito Civil como terreno no qual se reconhece a mais ampla liberdade aos particulares, encontrando esta pontuais limitações:

O direito civil foi identificado, a partir daí, com o próprio Código Civil, que regulava as relações entre as pessoas privadas, seu estado, sua capacidade, sua família e, principalmente, sua propriedade, consagrando-se como o reino da liberdade individual. Concedia-se a tutela jurídica para que o indivíduo, isoladamente, pudesse desenvolver com plena liberdade a sua atividade econômica. As limitações eram as estritamente necessárias à viabilidade da convivência social.⁹

Essa concepção, porém, não restou imune ao amplo processo de transformações sociais ocorrido ao longo do século XX, culminando, no Brasil e alhures, no fenômeno conhecido como *constitucionalização do Direito Civil*¹⁰. O *princípio da liberdade*, que no âmbito da civilística era traduzido pelo conceito da *autonomia da vontade*, é significativamente impactado por esse giro paradigmático¹¹, ao ponto de se verificar a substituição da expressão clássica pela referência a uma *autonomia privada*.

Enquanto a autonomia da vontade expressava a vasta liberdade do sujeito de regular o seu patrimônio em conformidade com a sua vontade

8 A manifestação oral dos ministros pode ser assistida em: <<https://www.youtube.com/watch?v=ZQDVuD9Rops>>. Acesso em 15.06.2017.

9 BODIN DE MORAES, Maria Celina. "A Caminho de um Direito Civil-Constitucional". In: BODIN DE MORAES, Maria Celina. Na Medida da Pessoa Humana: estudos de direito civil. Rio de Janeiro: Renovar. 2010. p. 4-5.

10 TEPEDINO, Gustavo. "Premissas Metodológicas para a Constitucionalização do Direito Civil". In: TEPEDINO, Gustavo. Temas de Direito Civil. 4. ed. Rio de Janeiro: Renovar. 2008. p. 7-13.

11 Referido por Luiz Edson Fachin como uma verdadeira "virada de Copérnico".

psicológica e individualista, salvaguardada contra indevidas ingerências estatais, a noção de autonomia privada hoje remete ao poder conferido pela ordem jurídica às pessoas para regularem suas relações patrimoniais e existenciais, sempre em conformidade com os demais valores contemplados no ordenamento¹². Desse modo, fica marcada de forma nítida a modificação – não apenas quantitativa, mas também qualitativa – do espaço de liberdade no âmbito das relações interprivadas¹³.

Embora a proclamação dessas mudanças já seja amplamente difundida na doutrina pátria, a aplicação de tais ideias a situações concretas muitas vezes encontra uma forte barreira na visão, ainda arraigada na cultura jurídica brasileira, do Direito Civil como um campo normativo que teria na liberdade seu valor maior.

Daí a necessidade de contínua vigilância sobre a invocação de argumentos associados à liberdade (ou à autonomia), de modo a garantir que a liberdade invocada seja aquela em sintonia com os demais valores fundamentais do ordenamento jurídico, e não o puro e simples arbítrio do sujeito, sob pena de relegar ao campo da retórica o valioso esforço empreendido nas últimas décadas para a construção de um Direito Civil comprometido não apenas com uma sociedade livre, mas também justa e solidária (art. 3º, I, da CR).

4. A QUESTÃO DA LIBERDADE QUANTO AO REGIME JURÍDICO SUCESSÓRIO NO CASAMENTO E NA UNIÃO ESTÁVEL

No caso em exame, o argumento suscitado pode ser assim sintetizado: a coexistência de regimes distintos de sucessão para as famílias fundadas no casamento e na união estável privilegia a autonomia do casal de optar pelo modelo familiar cujo regime jurídico sucessório melhor lhe convier.

É preciso desde já consignar que não há nenhuma inverdade na afirmação. Com efeito, a existência de modelos familiares com regras distintas para a sucessão efetivamente permite que aqueles que pretendam formar uma entidade familiar escolham o seu modelo tomando em consideração o regime sucessório a ele atrelado. Saindo, porém, do plano das abstrações, outras questões relevantes começam a emergir.

Observe-se, inicialmente, o fato de que a mera possibilidade de as pessoas optarem entre os diversos arranjos familiares ponderando as regras

¹² MEIRELES, Rose Melo Vencelau. *Autonomia Privada e Dignidade Humana*. Rio de Janeiro: Renovar. 2009. p. 63-72.

¹³ Trata-se de questão de extrema relevância, mas que não comporta aprofundamento nos estreitos limites deste trabalho. Para uma análise mais detida da matéria, confira-se: BODIN DE MORAES, Maria Celina; CASTRO, Thamis Dalsenter Viveiros de. “Autonomia e o Corpo de cada um”. In: MONTEIRO FILHO, Carlos Edison do Rêgo; GUEDES, Gisela Sampaio da Cruz; MEIRELES, Rose Melo Vencelau (org.). *Direito Civil*. Rio de Janeiro: Freitas Bastos. 2015. p. 119-122.

sucessórias aplicáveis não significa necessariamente que este seja um aspecto relevante da decisão tomada.

Aliás, para que esse fator sequer seja considerado, ele precisa ser anteriormente conhecido pelo casal, o que não parece ser a regra na nossa realidade social. No imaginário popular, a união estável acaba sendo equiparada a um “casamento de fato”, especialmente em razão da unidade funcional entre os institutos, intuitivamente percebida mesmo por quem não possui formação jurídica: uma vez configurados, ambos dão origem a uma família, assim reconhecida pelo Direito. Quem já tentou explicar a um leigo que a situação de duas pessoas que vivem como se casadas fossem, são socialmente percebidas como casadas e são juridicamente vinculadas (assim como as pessoas casadas), configura, em verdade, uma união estável, e não um casamento, fatalmente experimentou a frustração de ter suas considerações liminarmente rejeitadas pela convicta afirmação de que “eles estão é casados sim!”

A confusão é potencializada pela identidade do regime de bens supletivo, que tanto na união estável como no casamento é o da comunhão parcial de bens (arts. 1640 e 1725 do CC). No momento da constituição da família, é natural que as atenções recaiam sobre o regime de bens, relegando a um segundo plano cogitações acerca dos efeitos sucessórios¹⁴, ou mesmo presumindo que, sendo iguais os efeitos patrimoniais quanto ao regime de bens, o mesmo se daria em relação à sucessão *causa mortis*.

Não se pode desconsiderar, ainda, o não raro cenário no qual a decisão de constituir família é tomada sem qualquer reflexão prévia quanto aos aspectos patrimoniais envolvidos, seja em razão do fato de o casal não possuir um acervo patrimonial expressivo, seja por reputar “mesquinho” pensar em dinheiro em um momento no qual o afeto deveria prevalecer.

Ainda que se trate de casal precavido, atento aos potenciais reflexos de suas escolhas existenciais sobre seu patrimônio, e que deseje investigar as consequências sucessórias do modelo de família que adotarão, o direito positivo brasileiro não contribui para o esclarecimento das dúvidas que podem

14 O que pode ser explicado, em parte, pela tendência humana de evitar pensar na própria morte: “Quando retrocedemos no tempo e estudamos culturas e povos antigos, temos a impressão de que o homem sempre abominou a morte e, provavelmente, sempre a repeliu. Do ponto de vista psiquiátrico, isto é bastante compreensível e talvez se explique melhor pela noção básica de que, *em nosso inconsciente, a morte nunca é possível quando se trata de nós mesmos. É inconcebível para o inconsciente imaginar um fim real para a nossa vida na terra e*, se a vida tiver um fim, este será atribuído a uma intervenção maligna fora de nosso alcance. Explicando melhor, em nosso inconsciente só podemos ser mortos; é inconcebível morrer de causa natural ou de idade avançada. Portanto, *a morte em si está ligada a uma ação má, a um acontecimento medonho*, a algo que em si clama por recompensa ou castigo” (KÜBLER-ROSS, Elisabeth. Sobre a Morte e o Morrer: o que os doentes têm para ensinar a médicos, enfermeiras, religiosos e aos seus próprios parentes. 7. ed. Tradução de Paulo Menezes. São Paulo: Martins Fontes. 1996. p. 14. Grifou-se).

surgir. Além da usual dificuldade envolvida na interpretação por leigos dos preceitos legais, em razão do caráter técnico dos textos jurídicos, a ambiguidade na redação dos enunciados contidos nos artigos 1790 e 1829 enseja intensas divergências na doutrina e na jurisprudência, criando um dificultador adicional para quem eventualmente desejar planejar sua sucessão¹⁵. Na prática, portanto, apenas quem puder consultar um advogado especialista será capaz de ponderar os efeitos sucessórios do modo de constituição de família. Em nosso contexto social, essa não é uma possibilidade real para a grande maioria da população.

Ademais, mesmo que a distinção de regimes seja do conhecimento das partes (e que elas sejam capazes de compreendê-los), é possível que outros fatores sejam considerados pelo casal como de maior peso nessa decisão. Convicções político-filosóficas refratárias a exigências burocráticas ou mesmo à necessidade de chancela estatal a decisões afetivas podem ser decisivas na opção do casal pela união estável, preponderando sobre as considerações de ordem patrimonial.

Nessa linha, em um cenário normativo no qual o regime sucessório do companheiro, de modo geral, é tão desfavorecido em relação ao do cônjuge¹⁶, é mais plausível supor que os casais conhecedores do regramento legal optam pela união estável *apesar* dos seus efeitos jurídicos, e não *em razão* deles.

Não se está a afirmar, insista-se, que não existam casais (em geral, pessoas de melhor condição econômica, com a possibilidade de consultar um advogado para auxiliá-los nessa decisão) que escolham constituir suas famílias em união estável justamente para se submeterem à disciplina do artigo 1790. Todavia, em uma realidade social na qual mais de um terço dos casais

15 “Daí a importância de que o Direito das Sucessões não crie obstáculos adicionais, exprimindo-se sempre por normas claras e objetivas. Qualquer dúvida de interpretação dá margem ao surgimento de desacordos, que se mostram de difícil solução em um momento em que os ânimos das partes se encontram à flor da pele, por força da perda dolorosa de um ente querido, não raro o elemento unificador daquela família. O Código Civil brasileiro de 2002 desviou-se dessa importante premissa, trazendo muitas normas de redação ambíguas, que suscitam dúvidas para os intérpretes no campo sucessório. (...) Cenários assim tão fragmentados, que poderiam se mostrar instigantes em outros campos do Direito, revelam-se devastadores no campo das Sucessões, onde a ausência de uma diretriz clara acaba elevando a conflituosidade *post mortem* e dificultando mesmo a disposição dos bens em vida, tendo se tornado cada vez mais frequente na prática advocatícia a elaboração de testamentos com cláusulas condicionadas à interpretação prevalente das normas jurídicas. O Direito das Sucessões deixa, assim, de ser baliza, para se tornar complicador” (SCHREIBER, Anderson. Sucessão do Companheiro no STF. Disponível em: <<http://www.cartaforense.com.br/conteudo/colunas/sucessao-do-companheiro-no-stf/> 17095>. Acesso em 16.06.2017).

16 Cite-se, para além da questão da ordem de vocação, o fato de o Código não reconhecer expressamente os companheiros como herdeiros necessários (art. 1845) e a eles não estender o direito real de habitação (art. 1831). É verdade que algumas dessas discriminações legais têm sido objeto de uma hermenêutica corretiva por parcela da doutrina (cf. Enunciado 117 da I Jornada de Direito Civil do CJF: “O direito real de habitação deve ser estendido ao companheiro, seja por não ter sido revogada a previsão da Lei n. 9.278/96, seja em razão da interpretação analógica do art. 1.831, informado pelo art. 6º, caput, da CF/88”), mas a matéria está longe de ser pacífica.

que formam uma família vivem em união estável¹⁷, não parece que esta seja a situação da maior parte dos companheiros.

Não é demais pontuar uma certa incoerência na ideia de que haveria uma escolha pela união estável. É que, uma vez presentes seus requisitos legais, estará formado o núcleo familiar, com todos os efeitos jurídicos que dele decorrem, independentemente de qualquer manifestação de vontade dos particulares nesse sentido. Trata-se, portanto, de verdadeiro ato-fato jurídico, que a rigor não derivaria do exercício da autonomia privada pelos integrantes da relação¹⁸.

É verdade que, no mundo dos fatos, muitas vezes há uma decisão prévia e refletida de viver em união estável, mas não se pode ignorar as situações em que um mero namoro se transmuda de forma espontânea, com o decurso do tempo e o estreitamento do afeto, surgindo o ânimo de constituir família, em uma união estável, sem que tenha havido uma escolha consciente do casal¹⁹ (e muito menos qualquer cogitação acerca de seus efeitos).

Nessa linha de intelecção, o grande equívoco do argumento parece ser justamente a premissa assumida de que os efeitos jurídicos são um aspecto relevante (senão o principal) da “opção” entre união estável e casamento. Defende-se, assim, a liberdade do *sujeito de direito* abstrato – que toma suas decisões com base apenas na razão, optando pelo arranjo familiar que ofereça o regime jurídico mais conveniente quanto aos efeitos patrimoniais produzidos – em detrimento da tutela da *pessoa humana*, cujas decisões são influenciadas pelos mais diversos fatores, entre eles seus sentimentos e visões de mundo, e que está concretamente inserida em uma sociedade na qual a maioria das pessoas desconhece os meandros da lei²⁰.

17 “Mais de um terço de uniões no país é consensual sem casamento, diz IBGE”. Disponível em: <<http://g1.globo.com/brasil/noticia/2012/10/mais-de-um-terco-de-unioes-no-pais-e-consensual-sem-casamento-diz-ibge.html>>. Acesso em 23.04.2017.

18 “Por ser ato-fato jurídico (ou ato real), a união estável não necessita de qualquer manifestação de vontade para que produza seus jurídicos efeitos. Basta sua configuração fática, para que haja incidência das normas constitucionais e legais cogentes e supletivas e a relação fática converta-se em relação jurídica. Pode até ocorrer que a vontade manifestada ou íntima de ambas as pessoas — ou de uma delas — seja a de jamais constituírem união estável; de terem apenas um relacionamento afetivo sem repercussão jurídica e, ainda assim, decidir o Judiciário que a união estável existe” (LÔBO, Paulo. Direito Civil: famílias. 4. ed. São Paulo: Saraiva. 2011. p. 172).

19 Fenômeno sensivelmente captado por Anderson Schreiber: “A constituição da união estável é, quase sempre, progressiva, não podendo ser identificada em um momento singular, mas no crescente comprometimento dos envolvidos em torno de um projeto comum, nascido, não raro, de forma inconsciente e silenciosa, mais na intimidade dos espíritos que na solenidade das declarações” (SCHREIBER, Anderson. “Famílias Simultâneas e Redes Familiares”. In: SCHREIBER, Anderson. Direito Civil e Constituição. São Paulo: Atlas. 2013. p. 302).

20 Sobre este movimento de transição do indivíduo abstrato à pessoa concreta, são eloquentes as palavras de Daniel Sarmiento: “Nesse novo contexto, o discurso sobre a dignidade humana também se modifica, incorporando uma dimensão social e relacional inafastável. Não se retorna à compreensão pré-moderna e estamental do ser humano como parte subordinada ao todo social, mas tampouco se mantém a visão ‘insular’ de pessoa, alentada pelo discurso jurídico do libe-

Como consequência, a situação dos que ingressam em uma união estável convictos de que estão devidamente amparados pela ordem jurídica e descobrem, no momento do falecimento de seu companheiro, que possuem menos direitos do que teriam caso tivessem escolhido se casar, deixaria de ser reputada uma sanção indireta pela opção pela vida na informalidade, passando a ser considerada constitucionalmente legítima por representar a consequência de uma suposta (ainda que, na maior parte das vezes, inexistente) escolha individual, fruto de sua autonomia²¹.

Olhando a questão sob outro ângulo, percebido com perspicácia pelo Ministro Luís Roberto Barroso em seu voto, vincular determinados regimes sucessórios a modelos familiares específicos pode significar, em verdade, um cerceamento da liberdade do casal, uma vez que deverá ser adotado obrigatoriamente o tipo de constituição familiar que possui o regime de sucessão desejado²²:

Não há que se falar aqui que a diferença de regimes sucessórios decorreria da própria autonomia da vontade, já que conferiria aos indivíduos a possibilidade de escolher o sistema normativo (casamento ou união estável) que melhor se ajusta aos projetos de vida de cada um. *O que a dignidade como autonomia protege é a possibilidade de opção entre um e outro tipo de entidade familiar, e não entre um e outro regime sucessório.* Pensar que a autonomia de vontade do indivíduo referente à decisão de casar ou não casar se resume à escolha do regime sucessório é amesquinhar o instituto e, de forma geral, a ideia de vínculos afetivos e de solidariedade. É pensar de forma anacrônica e

ralismo-burguês. O ser humano, nessa perspectiva, continua a ser concebido como um fim em si mesmo, na linha de Kant. Mas não se trata mais de uma abstração racional, valiosa porque ‘tem a lei moral dentro de si’, como queria Kant, mas sim de um indivíduo concreto, imerso num determinado universo material e simbólico, participe de uma teia de relações intersubjetivas que compõem a sua identidade. Uma pessoa real, que usa a razão e faz escolhas, mas que também sente fome, fica doente, cultiva amizades, ama, sofre e precisa do outro, e que não deixa de ser digna por isso” (SARMENTO, Daniel. *Dignidade da Pessoa Humana: conteúdo, trajetórias e metodologia*. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum. 2016. p. 50-51).

21 Como parece decorrer da lição de Rodrigo da Cunha Pereira: “Em outras palavras, (...) o sujeito é responsável por suas escolhas. Optar por constituir família pelo casamento tem vantagens e desvantagens, assim como optar pela união estável traz vantagens e desvantagens. O que o Direito deve garantir é a liberdade de as pessoas escolherem esta ou aquela forma de constituir família. Se não houver diferença entre estas duas formas, não haverá liberdade de escolha” (PEREIRA, Rodrigo da Cunha. “União Estável”. In: PEREIRA, Rodrigo da Cunha (org.). *Tratado de Direito das Famílias*. Belo Horizonte: IBDFAM. 2015. p. 233).

22 Em sentido semelhante, o magistério de Luiz Edson Fachin: “Quanto aos valores constitucionalmente consagrados, verifica-se que a discriminação estabelecida no art. 1.790 do CC/2002 viola os princípios da dignidade da pessoa humana e da igualdade (ou isonomia), uma vez que, por meio da diferenciação entre os efeitos sucessórios da união estável e do casamento, dá menos (ou mais) condições (reais) de desenvolvimento a determinada pessoa tão somente pela *escolha da entidade familiar, que deveria ser livre e desvinculada de quaisquer aspectos patrimoniais*” (FACHIN, Luiz Edson. “Inconstitucionalidade do Art. 1.790 do Código Civil Brasileiro”. In: FACHIN, Luiz Edson. *Soluções Práticas de Direito Civil: pareceres*, vol. II. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2011. p. 55. Grifou-se).

desprestigiar o valor intrínseco da família, restringindo-a a um aspecto meramente patrimonial, como costumava ocorrer preteritamente à Constituição de 1988. (grifou-se)

Sob esse viés, desloca-se o enfoque da questionável liberdade para a escolha de efeitos para o campo da livre escolha quanto ao modo de constituição familiar adotado, enquanto decorrência da autonomia privada existencial haurida do princípio da dignidade humana²³:

O delineamento da estrutura familiar na Constituição é finalizado com a conceituação do princípio constitucional da liberdade para constituir família, decorrência da previsão constitucional do princípio da liberdade (artigo 5º, *caput*), inclusive como corolário da dignidade humana (prevista no artigo 1º, III, que se revela principalmente ao supervalorizar a proteção das chamadas situações existenciais, dentre as quais a autonomia privada para escolher como formar a família, protegendo por igual, além da liberdade do indivíduo, a igualdade material com os demais, sua integridade psicofísica e instituindo um regime social de solidariedade). É corrente na doutrina contemporânea a definição desse princípio de liberdade como coincidente com o respeito à livre escolha e autonomia para a constituição da família, realização dos indivíduos dentro dela e sua extinção, sem qualquer imposição ou restrição externa de parentes, da sociedade ou mesmo do legislador.²⁴

Destarte, quando contrapostas as duas expressões de liberdade propugnadas, a primeira fundada na autonomia para a escolha dos aspectos patrimoniais²⁵ ligados à sucessão *causa mortis*, e a segunda ligada à autonomia

23 Sobre a fundamentação da autonomia privada existencial no princípio da dignidade da pessoa humana, oportuna a lição de Rose Meireles: “Dessa forma, a autonomia privada não pode ser compreendida, hoje, sem o respeito à dignidade da pessoa humana. Nas situações patrimoniais, tal fica marcada no art. 170 da Constituição da República, a sua funcionalização às situações existenciais, visto que a livre iniciativa, base da ordem econômica, tem por fim assegurar a todos existência digna. Com maior intensidade a dignidade da pessoa humana deve ser observada nas situações existenciais, pois nestas a pessoa íntegra, ao mesmo tempo, seu núcleo de interesse e função. A liberdade constitucional do art. 5º tem conteúdo negativo, insuficiente para abraçar a tutela positiva das situações existenciais. Por isso, o fundamento constitucional da autonomia privada nas situações jurídicas subjetivas existenciais se encontra na própria dignidade humana que tem como um dos seus postulados a liberdade no sentido positivo e negativo” (MEIRELES, op. cit., p. 106, grifou-se).

24 NAMUR, Samir. *Autonomia Privada para a Constituição da Família*. Rio de Janeiro: Lumen Juris. 2014. p. 135.

25 Ou, ao menos, *eminentemente* patrimoniais. Não se pode olvidar o caráter muitas vezes dúplice das situações jurídicas subjetivas, sob pena de escamotear a complexidade inerente à realidade social. Sobre a instigante temática, seja consentido remeter a: TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado; KONDER, Carlos Nelson. “Situações Jurídicas Dúplides: controvérsias na nebulosa fronteira entre patrimonialidade e extrapatrimonialidade”. In: TEPEDINO, Gustavo; FACHIN, Luiz Edson (orgs.). *Diálogos sobre Direito Civil*, vol. III. Rio de Janeiro: Renovar. 2012. p. 3-24. Especificamente no caso em exame,

existencial para a escolha do modelo familiar correspondente à concepção de vida boa do casal, a primazia do “ser” sobre o “ter” – decorrente da centralidade axiológica da dignidade humana em nosso ordenamento jurídico²⁶ – advoga fortemente a prevalência da segunda sobre a primeira.

As dúvidas que poderiam ainda remanescer são afastadas pela singela constatação de que a garantia da concepção da liberdade quanto aos efeitos tem como pressuposto a perpetuação de um tratamento francamente discriminatório entre as entidades familiares fundadas no casamento e na união estável, vulnerando o princípio constitucional da isonomia²⁷. O transplante da anacrônica supremacia do valor da liberdade sobre o da igualdade material (que tanto marcou o pensamento liberal-burguês nos séculos XVIII e XIX) do campo econômico para a seara existencial representaria inaceitável retrocesso civilizatório, incompatível com o caráter compromissório de nossa Constituição.

Destaque-se, por fim, que a liberdade para determinação dos efeitos sucessórios viabilizada pela manutenção do regime legal previsto para a união estável é muito mais aparente do que real. Isso porque o referido regime integra a chamada sucessão legítima, enquanto o exercício da autonomia privada no Direito Sucessório se dá principalmente no campo da sucessão testamentária, ainda assim encontrando expressiva constrição no instituto da legítima²⁸. Portanto, havendo herdeiros necessários²⁹, aplicar-se-ão quanto a eles as regras da sucessão legítima, infensas a qualquer alteração por parte do testador³⁰.

embora direcionada à disciplina da distribuição do patrimônio após a morte de seu titular, o interesse subjacente à escolha do regime poderá, eventualmente, corresponder a concepções existenciais sobre o melhor meio de atender às necessidades dos diversos membros do grupo familiar, por exemplo.

26 Como ensina Maria Celina Bodin de Moraes: “o atual ordenamento jurídico, em vigor desde a promulgação da Constituição Federal de 5 de outubro de 1988, garante tutela especial e privilegiada a toda e qualquer pessoa humana, em suas relações extrapatrimoniais, ao estabelecer como princípio fundamental, ao lado da soberania e da cidadania, a dignidade humana. Como regra geral daí decorrente, pode-se dizer que, em todas as relações privadas nas quais venha a ocorrer um conflito entre uma situação jurídica subjetiva existencial e uma situação jurídica patrimonial, a primeira deverá prevalecer, obedecidos, dessa forma, os princípios constitucionais que estabelecem a dignidade da pessoa humana como valor cardeal do sistema” (BODIN DE MORAES, Maria Celina. “O Princípio da Dignidade da Pessoa Humana”. In: BODIN DE MORAES, Na Medida da Pessoa Humana, op. cit., p. 114).

27 A incidência do princípio da isonomia resultando na exigência de tratamento igualitário entre as entidades familiares derivadas de distintos meios de formação é um aspecto teórico central da tese de inconstitucionalidade do artigo 1790 do CC. Deixou-se de desenvolver o tema de forma mais profunda, de modo a privilegiar o enfoque da questão à luz do princípio da liberdade, problema central deste trabalho, mas a questão da igualdade será retomada, ainda que brevemente, nos tópicos seguintes.

28 “Art. 1.789. Havendo herdeiros necessários, o testador só poderá dispor da metade da herança.”

29 “Art. 1.845. São herdeiros necessários os descendentes, os ascendentes e o cônjuge.” Intensa é a polêmica sobre a qualificação do companheiro como herdeiro necessário. Para uma explanação substanciosa sobre a questão, posicionando-se pela condição de herdeiro necessário do companheiro sobrevivente: CARVALHO, Luiz Paulo Vieira de. *Direito das Sucessões*. 3. ed. São Paulo: Atlas. 2017. p. 469-475.

30 Na precisa síntese de Ana Carolina Brochado Teixeira e Anna Cristina de Carvalho Rettore: “A sucessão legítima, portanto, é terreno da ordem pública, e não da autonomia privada” (TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado; RETTORE,

Vê-se com clareza que a autonomia privada sucessória encontra rígidos limites na disciplina legal. De um lado, a pertinência da legítima é matéria candente na doutrina, opondo aqueles que entendem ser o instituto um instrumento valioso de concretização do princípio da solidariedade familiar aos que defendem se tratar de injustificada restrição à liberdade testamentária³¹. Por outro lado, a própria sucessão legítima peca ao submeter os mais diversos arranjos fáticos a um regramento monolítico, pouco preocupado com a situação concreta do herdeiro e sua efetiva inserção na dinâmica familiar, sem permitir qualquer modulação por parte do autor da herança. É o que defende Ana Luiza Maia Nevares:

Nesse cenário, questiona-se se essa proteção direcionada à pessoa de cada um dos que integra a entidade familiar encontra-se na legítima dos herdeiros necessários, uma vez que, em relação aos descendentes e aos ascendentes, por exemplo, não há qualquer diferenciação nas regras sucessórias com base nas características e especificidades dos herdeiros, bastando que integrem tal categoria de parentes para que possam ser considerados herdeiros necessários. [...]

As aludidas posições jurisprudenciais parecem direcionar a análise para um debate mais amplo, a saber, aquele relativo à imposição de uma legítima para certos parentes, demonstrando um reclame por uma ampliação da liberdade de testar e por uma revisão da posição neutra do Direito Sucessório em relação às singularidades dos chamados à sucessão.

Com efeito, diante da igualdade entre os cônjuges na família; da maior expectativa de vida das pessoas, que leva à sucessão em favor dos filhos quando estes já alcançaram a idade adulta e aquela em que mais se produz e em favor dos pais quando estes estão muito idosos e dependentes e, ainda, diante do fenômeno cada vez mais comum da recomposição das famílias em virtude dos divórcios e das novas núpcias, pondera-se se a proteção à família extraída da legislação sucessória está realmente em

Anna Cristina de Carvalho. "Divergências Doutrinárias e Jurisprudenciais no Direito Sucessório: a sucessão do cônjuge no regime da separação convencional de bens e a sua concorrência com descendentes nos casos de filiação híbrida". In: *Revista Brasileira de Direito Civil*, vol. 5, jul./set. 2015. p. 127).

31 Um bom panorama do debate pode ser encontrado em: TEIXEIRA, Daniele Chaves. "A necessidade de se revisitar o instituto da Legítima". In: MONTEIRO FILHO; GUEDES; MEIRELES (orgs), *Direito Civil*, op. cit., p. 389-402.

consonância com a proteção da família fundada na pessoa de cada um de seus membros, como determina o mandamento constitucional fundado na dignidade da pessoa humana.³²

Nesse contexto, a defesa da manutenção de um regime específico de sucessão para os companheiros se dá no afã de tentar ampliar, de modo indireto, o espaço de liberdade das pessoas em determinarem o destino de seu patrimônio após a morte. Ante a excessiva limitação imposta pela legislação vigente, uma possível alternativa seria optar pela constituição da união estável, que ofereceria uma vocação hereditária diferenciada em relação à constante do artigo 1829.

Todavia, há que se reconhecer que o ganho promovido à liberdade do autor da herança com a preservação do regime sucessório do companheiro é mínimo, podendo fugir do bloco normativo rijo previsto no artigo 1829 apenas para se enquadrar no bloco igualmente estático do artigo 1790³³. Fica claro, desse modo, que a ideia de flexibilidade associada à família decorrente de união estável não se revela totalmente verdadeira: não obstante o afastamento da solenidade envolta na constituição da entidade familiar, os efeitos trazidos pelo legislador revelam-se, por vezes, tão rígidos quanto aqueles atribuídos ao casamento³⁴.

A questão, porém, transcende análise do tratamento conferido pelo legislador à matéria, impondo uma reflexão quanto ao objetivo da Constituição ao referir expressamente a tutela da união estável enquanto entidade familiar. Não se buscou ampliar o “cardápio” de regimes jurídicos postos à disposição do casal que desejasse constituir família, mas sim oferecer um “meio de proteção às famílias formadas espontaneamente, à margem do liame solene do matrimônio”, e que “restavam, quase sempre, desamparadas

32 NEVARES, Ana Luiza Maia. A proteção da família no Direito Sucessório: necessidade de revisão? Disponível em: <<http://www.cartaforense.com.br/conteudo/artigos/a-protecao-da-familia-no-direito-sucessorio-necessidade-de-revisao/14753>>. Acesso em: 26.04.2017.

33 Daí a impropriedade da manifestação da Procuradoria Geral de República no processo, ao afirmar que: “Diante de tudo isso, tem-se que a união estável e o casamento são regidos pelo princípio da autonomia privada. Se inexistir impedimento para o casamento e, mesmo assim, os conviventes optam pela união estável é por que a entendem mais adequada às suas conveniências, necessidades e anseios, *afastando-se das rígidas regras decorrentes do casamento*” (Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoPeca.asp?id=307752065&tipoApp=.pdf>>. Acesso em 28.04.2017). Haveria, de fato, uma maior flexibilidade no regime sucessório da união estável caso reconhecida a qualificação do companheiro como herdeiro facultativo. No entanto, as mesmas razões que levam à inconstitucionalidade do artigo 1790, aduzidas mais à frente, também impõem o reconhecimento do companheiro como herdeiro necessário. Trata-se, porém, de aspecto irrelevante na análise da constitucionalidade do artigo 1790, pois essa maior liberdade decorreria não da vocação estipulada, mas sim do afastamento do caráter necessário da herança do companheiro, que, em tese, poderia subsistir mesmo diante de um tratamento igualitário entre cônjuges e companheiros quanto à ordem de vocação.

34 A questão do critério para a aferição de legitimidade das distinções de tratamento entre o casamento e a união estável promovidas pelo legislador será objeto de olhar mais cuidadoso mais à frente.

na ocasião de sua ruptura”³⁵. Em outras palavras: a finalidade precípua da união estável não é socorrer a liberdade de quem queira fugir dos efeitos do casamento, mas sim o de tutelar as famílias que se formam sem o amparo de um título formal.

A discussão sobre a amplitude da liberdade testamentária, justamente por traduzir uma preocupação legítima, revela-se merecedora de profunda reflexão e debate, permitindo o adequado equacionamento da tensão entre solidariedade familiar e autonomia privada, sendo indevida a tentativa – vã – de se resolver a questão por via oblíqua por meio da admissão de um regime sucessório paralelo nas famílias formadas por união estável³⁶.

Em conclusão, deve ser rejeitado o argumento em defesa da constitucionalidade do artigo 1790, que sustenta ser o dispositivo norma ampliadora da liberdade referente à escolha dos efeitos jurídicos decorrentes da formação de entidade familiar, por se tratar de concepção em descompasso com a realidade social brasileira, justificada pela tentativa pouco efetiva de ampliar a autonomia patrimonial no campo da sucessão, e por representar entrave injustificado ao exercício da autonomia privada existencial no tocante ao modo de constituição da família, embaraçado pela sua repercussão obrigatória e muitas vezes indesejada no regramento sucessório.

5. AUSÊNCIA DE LIBERDADE E SUFOCAMENTO DO AFETO

Nos últimos anos, modificaram-se significativamente as lentes pelas quais a ciência jurídica encara o afeto: de fenômeno desprovido de qualquer juridicidade, a afetividade passou a ser reputada um verdadeiro pilar do direito de família, levando parte da doutrina a cogitar até da existência de um princípio da afetividade³⁷. Nesse contexto, impõe-se refletir com seriedade sobre a possibilidade de a interpretação conferida a determinada norma jurídica

35 SCHREIBER, Anderson, “Famílias Simultâneas e Redes Familiares”, op. cit., p. 304.

36 É o alerta de Ana Luíza Maia Nevares: “No exame de tal questão, precisamos nos distanciar de uma reflexão mais ampla, relativa ao dilema entre ampliar a liberdade testamentária em detrimento da proteção da família ou vice-versa. Em 2016, diante de uma família plural, democrática, de consagração da plena igualdade entre homens e mulheres e da clara inserção da mulher no espaço público, bem como das famílias recompostas, quando não é incomum a sucessão hereditária em segundos ou terceiros relacionamentos, com filhos comuns ao autor da herança e ao consorte sobrevivente e filhos exclusivos do primeiro, é muito pertinente nos questionarmos sobre a posição do cônjuge e do companheiro na vocação hereditária, ponderando se não seria o caso de ampliar a liberdade do testador em relação ao consorte. No entanto, esta é questão para uma lei a ser criada, que não pode nos influenciar na análise em questão” (NEVARES, Ana Luíza Maia. “Casamento ou União Estável?”. In: Revista Brasileira de Direito Civil, vol. 9, jul./set. 2016. p. 167). Na mesma direção, as reflexões contidas no parágrafo final do texto de: SCHREIBER, Anderson. União Estável e Casamento: uma equiparação? Disponível em: <<http://www.cartaforense.com.br/conteudo/colunas/uniao-estavel-e-casamento-uma-equiparacao/17554>>. Acesso em 16.06.2017.

37 CALDERON, Ricardo Lucas. “Famílias: afetividade e contemporaneidade – para além dos códigos”. In: TEPEDINO; Gustavo; FACHIN; Luiz Edson (Org.). Pensamento Crítico do Direito Civil Brasileiro. Curitiba: Juruá. 2011. p. 265-281.

resultar, ainda que de modo reflexo, na restrição das manifestações de afeto. É nesse sentido a ponderação trazida por Regina Beatriz Tavares da Silva, acolhida expressamente pelo voto do Ministro Marco Aurélio, ao assentar que:

Ao contrário do que pretende o Ministro Barroso, se o STF equiparar indevidamente a união estável ao casamento, os casais em união estável não escolherão entre nela permanecer, ou casar. Assustados, e com razão, pela insegurança jurídica em que o STF os deixará, os casais em união estável, muito mais provavelmente, ponderarão entre mantê-las, ou dissolvê-las. Se dissolvidas, não existirão direitos sucessórios! Quem ainda não vive em entidade familiar, possivelmente temeroso de seus efeitos sucessórios, permanecerá sozinho, fará declarações de namoro para assegurar que a relação que vive não é de união estável, enfim, não poderá extravasar seu afeto, terá que contê-lo, tornar-se-á infeliz e isto em razão de uma decisão equivocada do STF. O STF, então, ou revê seu entendimento, por ora provisório, ou pode ter a certeza de que, apesar de suas melhores intenções, estará contribuindo a afrouxar os relacionamentos e a destruir o afeto.³⁸

A possibilidade real de uma decisão judicial destruir o afeto, ou, ainda que não chegasse a tanto, criar um intenso embaraço à possibilidade de sua vivência, seria um vetor interpretativo relevante no sentido contrário ao da decisão, sendo certo que a afetividade é aspecto central para a realização da personalidade humana.

Contudo, o cenário retratado parece pouco factível. Conforme imortalizado pela pena de Carlos Drummond de Andrade, o “amor foge a dicionários e a regulamentos vários”³⁹. Revela-se, assim, extremamente improvável que a modificação do regime sucessório, ainda que seja do conhecimento do casal, seja causa suficiente para impedir pessoas que se amam de viverem em comunhão, constituindo uma família. O conteúdo do artigo 1829, embora passível de críticas, não parece ser tão repugnante ao ponto de servir de desestímulo a que as pessoas expressem seu afeto – se assim o fosse, seria o caso de investigar a sua inconstitucionalidade, por implicar barreira à constituição não apenas de uniões estáveis, mas também de casamentos.

38 SILVA, Regina Beatriz Tavares da. O afeto será prejudicado pelo STF. Disponível em: <<http://politica.estadao.com.br/blogs/fausto-macedo/o-afeto-sera-prejudicado-pelo-stf/>>. Acesso em 15.06.2017.

39 ANDRADE, Carlos Drummond de. As sem-razões do amor, apud CALDERON, op. cit., p. 265.

Em verdade, a declaração de inconstitucionalidade do artigo 1790, com a consequente submissão dos companheiros ao regime do artigo 1829, constitui alteração com pouco impacto na dinâmica concreta do casal, uma vez que os efeitos sucessórios só se colocam após a morte de um de seus integrantes. A decisão do STF apenas restabelece o quadro normativo vigente antes do Código Civil, no qual havia um regramento sucessório único para o casamento e a união estável. Nunca se cogitou, àquele tempo, de que a ausência de um regime sucessório alternativo inibisse os casais de constituírem família⁴⁰; não parece haver elementos concretos que indiquem que isto efetivamente ocorrerá a partir de agora.

Daí se poder afirmar, com alguma segurança, que a recente decisão do Supremo Tribunal Federal, além de não acarretar uma limitação indevida na liberdade do casal, também não ensejará qualquer reflexo negativo nas suas vidas afetivas.

6. OUTROS FUNDAMENTOS PARA A DEFESA DA INCONSTITUCIONALIDADE DO ARTIGO 1790

Tecidas as considerações pertinentes à invocação do princípio da liberdade, merecedor de atenção especial, resta analisar, ainda que brevemente, outros argumentos invocados no debate sobre a questão constitucional analisada. Embora causem algum impacto à primeira vista, são assuntos há muito debatidos pela doutrina, devidamente enfrentados no voto do relator, com a chancela do plenário do STF, razão pela qual apenas serão apontados os contra-argumentos pertinentes.

Conforme já exposto, afirma-se que o artigo 226, §3º, da Constituição, ao determinar que a lei facilite a conversão da união estável em casamento, seria norma que autorizaria (ou mesmo imporá) um tratamento diferenciado entre essas modalidades de família, pois só faz sentido converter uma coisa em outra se essas coisas forem distintas⁴¹. Há quem vá mais além,

40 Muito pelo contrário. Analisando o panorama normativo muito mais rígido que vigeu na maior parte do século passado, que impedia a extinção do matrimônio malsucedido e a formação de nova família, aponta Maria Berenice Dias: “Tantas reprovações, contudo, não lograram coibir o surgimento de relações afetivas mesmo sem amparo legal. *Não há lei, nem de Deus nem dos homens, que proíba o ser humano de buscar a felicidade*” (DIAS, Maria Berenice. Manual de Direito das Famílias. 9. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2013. p. 173. Grifou-se).

41 Sempre lembrada, na defesa desse ponto, a lição do eminente professor José Carlos Barbosa Moreira: “Ao admitir a união estável entre homem e mulher qual ‘entidade familiar’ posta sob a proteção do Estado, a Carta de 1988 inseriu a matéria, de forma inequívoca, no âmbito do direito de família, diversamente do que faziam construções jurídicas como a da ‘sociedade de fato’, colocada no plano do direito das obrigações. A partir daí, deixou de gozar o casamento da aptidão exclusiva para servir de fundamento à família. Não ocorreu, porém, equiparação entre os dois institutos, ao contrário do que se apressaram a sustentar alguns: a família resultante da união estável coexiste com a fundada no casamento, mas aquela não se identifica com este. Tanto assim, que, segundo o texto constitucional, a lei deve facilitar a conversão da

entendendo que não bastaria que essas modalidades tivessem tratamento distinto, devendo o regime do casamento necessariamente ser privilegiado, uma vez que a lógica da Constituição seria a de facilitar a migração do casal para um modelo familiar com mais direitos.⁴²

O raciocínio, todavia, revela-se apenas parcialmente correto. Com efeito, é inegável que casamento e união estável são institutos distintos, sendo impróprio falar em equiparação entre eles. Mas, tratando-se, em última instância, de diferentes modelos de família, essa distinção não é absoluta. Há de se perquirir, portanto, à luz do princípio da isonomia, em que medida tais institutos se aproximam e se afastam, a fim de determinar quais seriam as diferenças de tratamento normativo legitimamente estipuladas⁴³. A questão foi enfrentada com percuciência por Gustavo Tepedino, que assim os cotejou:

Aí está o cerne da questão: os efeitos jurídicos que decorrem do ato solene consubstanciado pelo casamento, cujo substrato axiológico vincula-se ao estado civil e à segurança que as relações sociais reclamam, não podem se aplicar à união estável por diversidade de *ratio*. À união estável, como entidade familiar, aplicam-se, em contraponto, todos os efeitos jurídicos próprios da família, não diferenciando o constituinte, para efeito de proteção do Estado (e, portanto, para todos os efeitos legais, sendo certo que as normas jurídicas são emanção do poder estatal), a entidade familiar constituída do casamento daquela constituída pela conduta espontânea e continuada dos companheiros, não fundada no matrimônio.

Trata-se de identificar a *ratio* das normas que se pretende interpretar. Quando informadas por princípios relativos à solenida-

união estável em casamento - o que não teria sentido se uma e outro já estivessem iguados" (BARBOSA MOREIRA, José Carlos. O Novo Código Civil e a União Estável. Disponível em: <www.direitodefamilia.adv.br/2008/artigos_pdf/Jose_Carlos_Barbosa_Moreira/novo.pdf>. Acesso em 27.04.2017).

42 Anderson Schreiber adverte quanto ao equívoco desta percepção: "Difundi-se, todavia, o entendimento de que na união estável os direitos dos companheiros não poderiam ser 'tão fortes' quanto os direitos dos cônjuges, devendo consubstanciar necessariamente uma proteção 'menor' que aquela atribuída à esposa ou esposo. Tem-se aí grave erro de perspectiva, que enxerga a união estável não como entidade familiar *diversa*, mas como entidade familiar *inferior* ao casamento, quando o Constituinte não acolhe tal hierarquização" (SCHREIBER, União Estável e Casamento: uma equiparação?, op. cit.).

43 No elegante magistério de Luiz Edson Fachin: "Sabendo-se, entretanto, que o princípio da igualdade é passível de ponderação com outros princípios de igual hierarquia, impende investigar se a discriminação feita pelo art. 1790 é, ou não, positiva. Para tanto, é necessário identificar: (a) o *fator de discrimen*; (b) se há correlação lógica entre esse fator e a *discriminação legal* decidida em função dele; e (c) se ela atende aos *valores constitucionalmente consagrados*" (FACHIN, op. cit., p. 54-55, grifos no original).

de do casamento, não há que se estendê-las às entidades familiares extramatrimoniais. Quando informadas por princípios próprios da convivência familiar, vinculada à solidariedade dos seus componentes, aí, sim, indubitavelmente, a não aplicação de tais regras contraria o ditame constitucional.⁴⁴

Dessarte, reside na formalidade intrínseca à formação do casamento e ausente na da união estável a chave para a compreensão da celeuma. As distinções normativas cuja teleologia possa ser reconduzida à solenidade do ato originário estarão em consonância com o ordenamento, enquanto aquelas que se justifiquem nos laços familiares formados entre companheiros ou cônjuges devem ser rechaçadas pelo intérprete⁴⁵. Ora, não pairam dúvidas quanto à inserção das regras que estabelecem a vocação hereditária no âmbito da sucessão legítima nesse segundo grupo, tratando-se de “normas que são informadas pelos princípios próprios da convivência familiar, vinculadas ao dever de solidariedade existente entre os componentes da família”⁴⁶.

Companheiro e cônjuge desempenham rigorosamente o mesmo papel no seio do grupamento familiar, sendo impossível determinar, sem uma consulta ao registro civil de pessoas naturais, se se está diante de uma ou outra figura. Daí a injustiça de se conferir, após a morte de um dos membros do casal, tratamentos distintos para quem exerceu a mesma função em vida. Apenas nos casos em que essa “consulta” for relevante será possível a aplicação de regras distintas.

44 TEPEDINO, Gustavo. “Novas Formas de Entidades Familiares: efeitos do casamento e da família não fundada no matrimônio”. In: TEPEDINO, Temas de Direito Civil, op. cit., p. 408.

45 Esse critério de distinção precisa ser bem compreendido, de modo a evitar equívocos na delimitação dos seus efeitos sobre o regime jurídico da união estável. Nessa esteira, não parece ser a melhor a leitura feita por José Fernando Simão sobre o conteúdo da decisão do STF, ao afirmar que: “Da leitura do voto do Ministro Barroso percebe-se uma linha condutora. Só é constitucional a diferença quando da *criação, comprovação e extinção*, logo, em termos de efeitos, união estável e casamento não podem ser diferenciados, sob pena de arbitrariedade e consequente inconstitucionalidade” (SIMÃO, José Fernando. E então o STF decidiu o destino do artigo 1.790 do CC? (parte 2). Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2016-dez-25/processo-familiar-entao-stf-decidiu-destino-artigo-1790-cc-parte-2>>. Acesso em 16.06.2017). O que efetivamente se extrai do voto do Ministro Barroso é o seguinte: “Desse modo, a diferenciação de regimes entre casamento e união estável somente será legítima quando não promover a hierarquização de uma entidade familiar em relação à outra. Por outro lado, se a diferenciação entre os regimes basear-se em circunstâncias inerentes às peculiaridades de cada tipo de entidade familiar, tal distinção será perfeitamente legítima. É o caso, por exemplo, da diferença quanto aos requisitos para a comprovação do casamento e da união estável”. Não existe, portanto, vedação à diferenciação quanto aos efeitos, desde que esta se justifique pela formalidade da entidade familiar. Um bom exemplo é a exigência de autorização do outro cônjuge para a prática de determinados atos de disposição patrimonial, efeito do casamento que, segundo José Fernando Simão, deveria ser estendido à união estável, caso aplicada a lógica adotada pelo STF. No entanto, como esclarece Anderson Schreiber: “a exigência de outorga uxória ou marital (contemplada no art. 1.647) é consequência que se vincula necessariamente à chancela prévia do Estado, pois se afigura impossível saber se o alienante vive ou não em união estável, modalidade familiar que, repita-se, é de constituição fática e progressiva. A exigência de outorga uxória ou marital aplica-se, portanto, ao casamento, mas não à união estável” (SCHREIBER, União Estável e Casamento: uma equiparação?, op. cit.).

46 NEVARES, Ana Luíza Maia. A Sucessão do Cônjuge e do Companheiro na Perspectiva do Direito Civil-Constitucional. 2. ed. São Paulo: Atlas. 2015. p. 148.

Ao entender razoável o *discrímen* promovido pelo legislador, o Ministro Dias Toffoli transcreve trecho do debate legislativo que revelaria as razões ponderadas pelo Congresso Nacional para justificar a manutenção de regimes sucessórios diferenciados, do qual se reproduz a seguinte passagem:

A própria formulação do texto constitucional já é suficientemente elucidativa a esse respeito: ‘... para efeito de proteção do Estado, é reconhecida a união estável... devendo a lei facilitar sua conversão em casamento’ (CF, art. 226, § 3º).

É como se a união estável fosse tomada como um caminho para o matrimônio, ou quando muito como um matrimônio incompleto, muito embora já constituísse por si mesma, nos termos da regra constitucional, uma ‘entidade familiar’. A natureza modelar do casamento, sua irrecusável preeminência, reflete-se no Projeto, bastando assinalar, a esse respeito, que na área do Direito de Família a disciplina da união estável se limita a cinco dispositivos sequenciados (arts. 1.737 e 1.739), e na área do Direito das Sucessões é contemplada com um único dispositivo específico (art. 1.814), além de dois outros aplicáveis tanto aos cônjuges quanto aos companheiros (arts. 1.871 e 1.817). (grifou-se)

O excerto, no entanto, antes de demonstrar a razoabilidade da escolha legislativa, acaba por expor o viés discriminatório que orientou a atuação do legislador, afastado dos parâmetros legítimos de diferenciação acima expostos. A afirmação de que a instituição da união estável seria um meio para o acesso ao matrimônio, uma espécie de *test drive*⁴⁷ para o casamento, não encontra amparo sequer na sistemática do próprio Código Civil, que admite a tutela da união estável indefinidamente, ainda que essa jamais venha a ser convertida em casamento. Significativo, quanto ao ponto, o batismo do instituto pelo constituinte como união *estável*. A preeminência do casamento, ao contrário do que consta da manifestação do legislador, pode ser facilmente refutada, pois fundada não em qualquer critério racionalmente demonstrável⁴⁸, mas apenas na tradição, que não deve ser imune a uma valoração à luz da axiologia do ordenamento constitucional.

47 A expressão foi utilizada pela advogada Regina Beatriz Tavares da Silva, em sua sustentação oral perante o STF. Disponível em: <<https://www.youtube.com/watch?v=UxgdcCxlnc>>, especialmente entre os minutos 26:10 e 27:20. Acesso em 26.04.2017.

48 Como explicado por Luiz Edson Fachin: “À medida que a família não mais se justifica em sua acepção abstrata, organicamente autônoma em relação à pessoa que nela se desenvolve, negar qualquer entidade familiar ou tratar as diferentes entidades de forma discriminatória implica muito mais do que negar um modelo ou dar um tratamento diferente a dois modelos constitucionalmente consagrados; implica negar a própria condição existencial de sujeitos concretos, que têm a formação de suas personalidades reduzida concretamente em função do tratamento discriminatório feito pela lei em razão de um modelo tradicional de família, que sequer guarda correspondência com a realidade vivida. *Inexiste, pois, justificativa racional à discriminação feita pelo art. 1.790 do CC/20002, uma vez que ela não visa à promoção da igualdade material de situações análogas, revelando-se, tão somente, gratuita ou fortuita*” (FACHIN, op. cit., p. 55, grifou-se).

Nessa esteira, a regra de facilitação constante da parte final do §3º do artigo 226 não deve ser lida como uma anacrônica hierarquização das relações familiares, mas como norma fomentadora de segurança jurídica, propiciada pelas formalidades inerentes ao casamento⁴⁹. Embora tal segurança seja desejável, sua ausência em nada desmerece o vínculo socioafetivo formado pelos companheiros, carecedor do mesmo respeito e proteção que as relações estabelecidas pela chancela estatal.

Há que se concluir, ante todo o exposto, pela insubsistência do artigo 1790 em nosso sistema jurídico, considerada sua total incompatibilidade com a Constituição da República, como felizmente reconheceu o Supremo Tribunal Federal e foi tão bem sintetizada por Ana Luiza Maia Nevares:

Desse modo, não podendo haver tutela sucessória diferenciada em virtude da diversidade entre casamento e união estável, pois ambas constituem um organismo familiar, que qualifica a relação do chamado à sucessão, bem como sendo encontrada a mesma vedação em razão da posição que cônjuge e companheiro ocupam nas respectivas comunidades familiares, conclui-se que os direitos sucessórios conferidos a um e a outro devem ser os mesmos, observando-se as relações patrimoniais existentes entre os consortes.⁵⁰

7. CONCLUSÃO

O artigo 93, IX, da Constituição, ao estabelecer o dever dos magistrados de fundamentarem suas decisões, é norma que objetiva propiciar o controle democrático das decisões judiciais⁵¹. Essa fiscalização se afigura particularmente relevante sobre os julgamentos que envolvam a aplicação

49 “Daí igualmente o porquê da determinação ao legislador ordinário no sentido de facilitar a conversão em casamento das uniões estáveis (art. 226, § 3º). Ou seja, quis o constituinte que o legislador ordinário facilitasse a transformação (do título de fundação) formal das entidades familiares, certo de que, com o ato jurídico solene do casamento, seriam mais seguras as relações familiares. Não pretendeu, com isso, o constituinte criar famílias de primeira e segunda classe, já que previu, pura e simplesmente, diversas modalidades de entidades familiares, em igualdade de situação. Pretendeu, ao contrário, no sentido de oferecer proteção igual a todas as comunidades familiares, que fosse facilitada a transformação do título das uniões estáveis, de modo a que a estas pudesse ser estendido o regime jurídico peculiar às relações formais” (TEPEDINO, Gustavo. “A Disciplina Civil-Constitucional das Relações Familiares”. In: TEPEDINO, Temas de Direito Civil, op. cit., p. 430-431, grifou-se).

50 NEVARES, A Sucessão do Cônjuge e do Companheiro na Perspectiva do Direito Civil-Constitucional, op. cit., p. 151.

51 “A exigência da motivação das decisões judiciais tem dupla função. (...) Fala-se ainda numa função exoprocessual ou extraprocessual, pela qual a fundamentação viabiliza o controle da decisão do magistrado pela via difusa da democracia participativa, exercida pelo povo em cujo nome a sentença é pronunciada. Não se pode esquecer que o magistrado exerce parcela de poder que lhe é atribuído (o poder jurisdicional), mas que pertence, por força do parágrafo único do art. 1º da Constituição Federal, ao povo” (DIDER JR., Fredie [et al.]. Curso de Direito Processual Civil, vol. 2. 10. ed. Salvador: Jus Podivm. 2015. p. 315).

de normas do Direito Civil, campo no qual o giro valorativo empreendido pela Carta da República ainda não foi totalmente absorvido pela cultura jurídica brasileira.

Nessa esteira, em que pesem os relevantes argumentos trazidos nos votos vencidos, não merece prosperar a solução por eles preconizada, em razão de sua desconformidade com o modelo constitucional de família. O argumento de que o tratamento diferenciado conferido pelo legislador à pessoa que vive em união estável viria ao encontro da liberdade do casal não merece acolhida em um contexto no qual se exige que o exercício da autonomia privada seja compatibilizado com a tábua axiológica contida na Lei Maior.

Deve, portanto, ser festejado o resultado do julgamento do RE 878.694/MG, que extinguiu a inconstitucional discriminação à família fundada na união estável e consagrou um tratamento igualitário entre companheiros e cônjuges no que concerne a direitos sucessórios, dando mais um passo na ainda longa jornada para a construção de um regramento para as famílias que concretize adequadamente os valores da liberdade, igualdade e solidariedade. Potencializa-se, assim, a vocação da família para desempenhar sua verdadeira função: servir de instrumento para a proteção e promoção da dignidade de cada um de seus membros⁵². ❖

52 TEPEDINO, “A Disciplina Civil-Constitucional das Relações Familiares”, op. cit., p. 420-422.

O Negócio Jurídico Processual na Execução

Luísa Monteiro Chaloub

Graduada em Direito pela Universidade Federal do Rio de Janeiro - UFRJ/FND. Advogada. Pós-graduada Latu Sensu na Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro.

RESUMO: O estudo do tema do Negócio Jurídico Processual tem se mostrado de relevância ímpar para o ordenamento jurídico brasileiro, sobretudo com o advento do novo Código de Processo Civil. Para tanto, fez-se mister breve estudo sobre seu conceito e sua origem, com foco no Princípio do Respeito ao Autorregramento da Vontade, que trata de uma dimensão do direito fundamental à liberdade e permite a qualquer um fazer suas próprias escolhas no campo do direito ou regular juridicamente seus interesses, de acordo com os ditames legais. Passou-se, posteriormente, à análise do dispositivo legal mais relevante sobre o tema, qual seja, o artigo 190 do novo Código de Processo Civil, que traz alguns dos parâmetros e limites, além do estudo de hipóteses de sua utilização. Feitas tais considerações, discute-se a sua aplicabilidade no que tange à execução processual, objetivando assegurar o direito fundamental à liberdade em todas as fases do processo. O que se destaca como cerne da discussão nesse momento é justamente quais seriam as possíveis consequências da utilização do negócio processual na execução.

PALAVRAS-CHAVE: Direito Processual Civil. Negócio Jurídico Processual. Novo Código de Processo Civil. Princípio do Respeito ao Autorregramento da Vontade. Direito Fundamental à Liberdade. Art. 190 do NCPC. Execução Processual.

ABSTRACT: The study of the topic of the contracture procedure has shown to be of unique relevance to the Brazilian legal system, especially with the new Code of Civil Procedure. In order to do so, a brief study was made of its concept and origin, centered in the Principle of Respect for Self-Willing

which deals with a dimension of the fundamental right to freedom, and allows anyone to make their own choices in the field of law or legally regulate their interests, according to the legal permissions. Furthermore, the analysis of the most relevant legal device on the subject, the article 190 of the New Code of Civil Procedure, was made, which brings some of the parameters and limits, as well as the study of the hypothesis of its use was analyzed. Once these considerations have been made, their applicability regarding procedural execution is discussed, aiming to ensure the fundamental right to freedom in all phases of the process. What stands out at the heart of the discussion at this moment is precisely which would be the possible consequences of using the contracture procedure in execution.

KEYWORDS: Civil Procedural Law. Contract Procedure. New Code of Civil Procedure. Principle of Respect for Self-Willing. Fundamental Right to Freedom. Art. 190 of the NCPC. Procedural Execution.

SUMÁRIO: 1. Introdução. 2. O Negócio Jurídico Processual 2.1. Conceito de negócio processual; 2.2. Parâmetros e limites do negócio processual; 2.3. Hipóteses de utilização do negócio processual na execução. 3. Conclusão: Possíveis consequências da utilização do negócio processual na execução.

1. INTRODUÇÃO

Para entendermos o instituto do negócio jurídico processual faz-se mister breve retrospecto da evolução do direito processual civil como um todo. A princípio, cabe destacar que autonomia do direito processual é fenômeno que pode ser considerado recente. Até meados do século XIX, o direito processual civil não existia como ciência; a ação era entendida como algo inerente ao direito material. Confundiam-se processo e procedimento, fazendo com que o processo fosse enxergado como um mero rito sequencial, cujo objetivo era a aplicação do direito material ao final.

No momento em que o direito processual civil passou a ser enxergado como ciência autônoma, este também assumiu um caráter público e o processo passou a representar um espaço em que se exprime a autoridade do Estado. A essa autoridade não interessa apenas a tutela do interesse privado, mas também a administração da Justiça e a correta aplicação da lei. Consolidou-se, então, a compreensão do processo como relação jurídica de direito público constituída entre os jurisdicionados e o Estado-juiz.

Em decorrência dessa concepção inicial, passaram a ser abordadas as normas processuais sob o ponto de vista cogente, impondo-se às partes no processo ainda que venha a constranger sua vontade, bastando haver a relação de causalidade para que a norma ali incida.

O desenvolvimento dessa concepção impossibilitou qualquer visão no sentido de interpretar o processo judicial como uma relação de direito obrigacional entre os sujeitos processuais, não sendo possível aos mesmos governar arbitrariamente o processo.

Nesse sentido, Antonio do Passo Cabral:

O publicismo processual inseriu o magistrado como figura central do processo, tendo as partes autonomia extremamente reduzida, desconsiderando-se que os interesses privados não estão adstritos ao direito material e abrangem também o direito processual.¹

No Brasil, a legislação processual seguiu essa tendência, limitando, assim, o campo de atuação das convenções processuais.

2 O NEGÓCIO JURÍDICO PROCESSUAL

Até a vigência do Código de Processo Civil de 1973 havia grande discussão a respeito da possibilidade de realização de negócios jurídicos processuais. Assim, duas posições antagônicas se formaram: aqueles que entendiam possível a utilização desse mecanismo e, em sentido diametralmente oposto, aqueles que a rechaçavam.

Alexandre Freitas Câmara, por exemplo, entendia que “A existência de negócios processuais não pode ser aceita, pois os atos de vontade realizados pelas partes produzem no processo apenas os efeitos ditados por lei”²

No mesmo sentido, Cândido Rangel Dinamarco afirmava não ser possível, no campo dos atos processuais, que existisse uma vinculação do ato com o efeito desejado pelas partes, que seria próprio dos negócios jurídicos, de modo que os atos processuais não teriam esta atribuição. Afirmava, ainda, que os atos processuais resultariam sempre da lei e não obrigatoriamente da vontade.³

1 CABRAL, Antonio do Passo. **Convenções Processuais**. Salvador: Juspodivm, 2016, p.138.

2 CÂMARA, Alexandre Freitas. **Lições de Direito Processual Civil**. 25. ed. São Paulo: Atlas, 2014, p. 276.

3 DINAMARCO. Cândido Rangel. **Instituições de Direito Processual Civil**. 6. ed., rev. e atual. São Paulo: Malheiros Editores, 2009, v. 2, p. 484.

A edição do Código de Processo Civil de 1973 trouxe, no entanto, certa flexibilização, pois foram estabelecidas hipóteses típicas de negócios jurídicos processuais, como, por exemplo, a eleição de foro⁴.

Mas foi com a promulgação do Código de Processo Civil de 2015 que não se pôde mais negar a existência dos negócios processuais, fato que se deve à redação do *caput* do artigo 190 do NCPC, que estabelece a possibilidade de as partes plenamente capazes poderem modificar o procedimento para adaptá-lo às especificidades da causa e convencionar, antes ou durante o processo, sobre os seus ônus, poderes, deveres e faculdades processuais, desde que o processo verse sobre direitos passíveis de autocomposição.⁵

O legislador, assim, não deixou qualquer dúvida sobre a existência da autonomia das partes no âmbito processual. Autonomia esta que não vale apenas para a possibilidade de praticar atos jurídicos em sentido estrito, que possuem efeitos predeterminados na lei, mas também para integrar o conteúdo destes atos.

Assim, pôs-se fim às discussões sobre a existência dos negócios jurídicos processuais no Brasil, não só ampliando o rol de negócios processuais típicos, bem como estabelecendo a possibilidade de as partes estipularem negócios jurídicos processuais atípicos.

A proposta do NCPC foi a de abrandar o modelo e permitir que as partes se utilizem de instrumentos convencionais, com a repartição do poder no processo “numa relação de coordenação própria do formalismo processual contemporâneo.”⁶

A partir dessa concepção, as partes deixam de ser meros provocadores da jurisdição para participar também da própria condução do processo, admitindo-se que tracem as linhas necessárias do procedimento, admitindo-se a autonomia das partes também em relação ao próprio processo.

Para Antonio do Passo Cabral, essa autonomia das partes em relação ao processo tem fundamento no princípio do debate, também designado como princípio do dispositivo em sentido processual, que corresponde ao

4 BRASIL. Lei 5.896, de 16 de jan. de 1973. **Código de Processo Civil**. Brasília, DF, jan 1973.: “Art. 111. A competência em razão da matéria e da hierarquia é inderrogável por convenção das partes; mas estas podem modificar a competência em razão do valor e do território, elegendo foro onde serão propostas as ações oriundas de direitos e obrigações.” (Revogado). Grifo nosso.

5 BRASIL. Lei 13.105, de 16 de mar. De 2015. **Código de Processo Civil**. Brasília, DF, mar. 2015.: “Art. 190. Versando o processo sobre direitos que admitam autocomposição, é lícito às partes plenamente capazes estipular mudanças no procedimento para ajustá-lo às especificidades da causa e convencionar sobre os seus ônus, poderes, faculdades e deveres processuais, antes ou durante o processo.”

6 CABRAL, *Op. Cit.*, p.139.

“princípio regente da autonomia e liberdade dos sujeitos do processo não apenas no que toca à disponibilidade sobre o direito material, mas também sobre as situações processuais.”⁷

E o autor continua sua explanação sobre o tema diferenciando os princípios do dispositivo em sentido material em sentido processual:

Enquanto o princípio dispositivo (em sentido material) tem sede constitucional e portanto adquire uma maior dimensão política, o princípio do debate é técnico, e significa uma opção legislativa para o desenvolvimento do processo (...) trata-se de uma opção política e ideológica de cada sistema processual ou aposta na condução do processo exclusivamente focada no juiz, ou uma tendência de valorização das partes. E o sistema processual brasileiro introduziu e incorporou o princípio do debate.⁸

Dessa forma, percebe-se que o NCPC consagrou o negócio jurídico processual, inserindo-o no contexto das ideias de cooperação e de autonomia que permeiam todo o novo Código e que devem ser empregadas para que o resultado eficaz seja alcançado em tempo razoável.

2.1. Conceito de Negócio Processual

De acordo com os ensinamentos de Pedro Henrique Pedrosa Nogueira, pode-se definir o negócio jurídico processual como:

O fato jurídico voluntário em cujo suporte fático, descrito em norma processual, esteja conferido ao respectivo sujeito o poder de escolher a categoria jurídica ou estabelecer, dentre dos limites fixados no próprio ordenamento jurídico, certas situações jurídicas processuais.⁹

Dessa forma, entende-se que o negócio jurídico processual é fato jurídico voluntário em que o sujeito tem o poder de estabelecer certas situações jurídicas processuais, dentro dos limites permitidos no próprio ordenamento jurídico. Portanto, é produto da autonomia privada e da autorregulação de interesses.

7 CABRAL, Op. Cit., p.139.

8 *Ibid.*, p.139.

9 NOGUEIRA, Pedro Henrique Pedrosa. **Negócios Jurídicos Processuais: Análise dos provimentos judiciais como atos negociais**. 2011. 243 f. Tese (Doutorado em Direito) Universidade Federal da Bahia, Salvador. 2011.

O art. 190 do novo Código de Processo Civil¹⁰ estabelece a chamada cláusula geral de negociação processual. Por meio dela, permite-se a celebração de acordos entre as partes, envolvendo questões processuais e procedimentais, além das hipóteses específicas de negócio jurídico processual típico. Sendo assim, a novidade trazida pelo CPC/2015 não é o reconhecimento de um novo instituto no ordenamento jurídico processual, mas sim a sua generalização.

Os negócios jurídicos processuais acontecem entre partes plenamente capazes e de comum acordo, em causas que admitam autocomposição, de modo a estipular mudanças no procedimento para ajustá-lo às especificidades da demanda ou convencionarem sobre os seus ônus, poderes, faculdades e deveres processuais, antes ou durante do processo.

A convenção acerca do procedimento possui fundamento no princípio da cooperação processual, que impõe a contribuição dos sujeitos processuais, conjugando seus interesses em busca da resolução da controvérsia. Tal princípio foi positivado pelo art. 6º do NCPC nos seguintes termos: “todos os sujeitos do processo devem cooperar entre si para que se obtenha, em tempo razoável, decisão de mérito justa e efetiva”.¹¹

Segundo Marcelo Dias Ponte e Pablo Freire Romão, em obra sobre o assunto:

As possibilidades de convenções processuais vão desde a fixação de obrigações e sanções até a ampliação de prazos de qualquer natureza, dispensa de efeito suspensivo da apelação, de assistentes técnicos e de execução provisória, dentre outras possibilidades. Há, em verdade, uma introdução da autonomia privada dentro da esfera processual, o que denota a sagacidade do novo Código em propiciar um procedimento mais democrático e aliado às expectativas das partes, pois estas poderão adequá-lo às suas pretensões.¹²

Esse arbítrio das partes não pode ser compreendido como uma disposição à privatização do processo, mas deixa claro que aquelas, como destinatárias da prestação jurisdicional, possuem interesse em deliberar sobre o procedimento e, por isso, em certas situações, estão mais habilitadas do

10 BRASIL. Lei 13.105, de 16 de mar. de 2015. **Código de Processo Civil**. Brasília, DF, mar. 2015.

11 BRASIL. Lei 13.105, de 16 de mar. de 2015. **Código de Processo Civil**. Brasília, DF, mar. 2015.

12 PONTE, Marcelo Dias; ROMÃO, Pablo Freire. **Negócio Jurídico Processual e Flexibilização do Procedimento: As Influências da Autonomia Privada no Paradigma Publicista do Direito Processual Civil**. Revista Eletrônica de Direito Processual. Volume 16. Periódico Semestral de Pós-Graduação da UERJ.

que o próprio magistrado para escolher os rumos do processo e estabelecer providências dentro dos limites estabelecidos pela lei, no tocante à tutela da paz social e ao resguardo da ordem pública.

O negócio jurídico processual nada mais é que espécie de negócio jurídico e, em assim sendo, sua validade depende dos requisitos previstos no Código Civil, exigindo, portanto, agente capaz, objeto lícito, possível, determinado ou determinável e forma prescrita ou não defesa em lei¹³.

Para além de tais requisitos estabelecidos pelo Código Civil, impõe-se a análise dos requisitos impostos expressa ou tacitamente pelo próprio Código de Processo Civil, ao que se passa a seguir.

2.2. Parâmetros e Limites do Negócio Processual

O Código de Processo Civil de 2015 trouxe como um dos seus princípios norteadores, em seu art. 6º¹⁴, o princípio da cooperação processual, o qual tem por objetivo atribuir a todos a responsabilidade pela construção de um processo célere, pacífico e justo. Sendo assim, a valorização dada à vontade das partes, também no âmbito do diploma processual, é reflexo desse princípio, em razão de se buscar mecanismos para torná-lo efetivo.

Ao mesmo tempo em que o princípio disposto no art. 6º do novo Código de Processo Civil¹⁵ justifica a autonomia das partes na formação de negócios jurídicos processuais, ele também gera a necessidade de que se estabeleçam limites a esses negócios, principalmente naqueles chamados atípicos, sob pena da cooperação processual e da boa-fé nas relações processuais serem desnaturadas pela atuação abusiva das partes na formação de tais negócios.

Nesse sentido, o Enunciado 06 do Fórum Permanente de Processualistas Cíveis (FPPC) estabelece que: “O negócio jurídico processual não pode afastar os deveres inerentes à boa-fé e à cooperação”.¹⁶

Fica evidente, portanto, que a atuação dessa autonomia das partes na formação das convenções processuais não se mostra tão ampla como acontece no direito privado. O desafio, portanto, é estabelecer uma sintonia entre a autonomia da vontade e o publicismo garantista do processo.

13 BRASIL. Lei 10.406, de 10 de jan. de 2002. **Código Civil**. Brasília, DF, jan. 2002: “Art. 104. A validade do negócio jurídico requer: I - agente capaz; II - objeto lícito, possível, determinado ou determinável; III - forma prescrita ou não defesa em lei.”

14 BRASIL. Lei 13.105, de 16 de mar. De 2015. **Código de Processo Civil**. Brasília, DF, mar. 2015.

15 *Ibid.*

16 Enunciado n. 06 do Fórum Permanente de Processualistas Cíveis.

Os limites cumprem um papel crucial no nivelamento da atuação das partes e na amplitude dos negócios processuais, pois demarcam quais negócios são, ou não, admitidos no processo. Figuram como elementos que compatibilizam a vontade das partes à natureza pública do direito processual; tendo em vista que, se por um lado, autorizam as partes a celebrarem negócios processuais, por outro, norteiam a extensão dessa vontade.

O primeiro limite que se pode visualizar está previsto no próprio artigo que consagrou a cláusula geral dos negócios jurídicos processuais, qual seja: os requisitos formais previstos no parágrafo único do art. 190 do NCPC¹⁷. É também limite a exigência de a mudança procedimental estar vinculada às especificidades da causa e à vedação de as partes convencionarem sobre as posições jurídicas do juiz.

A doutrina é pacífica em entender que a convenção processual entre as partes não pode violar as normas fundamentais do processo. No entanto, apesar de em um primeiro momento tal limitação parecer óbvia, Daniel Assumpção aponta em sua obra que nem sempre a violação ao devido processo legal como limite é clara.¹⁸

A impossibilidade de se convencionar sobre a publicidade do processo, no sentido de se criar hipóteses de segredo não previstas em lei ou afastar hipóteses em que seja esse o caso, é de fácil visualizar, em virtude de o *caput* do art. 11 do NCPC¹⁹ trazer regra de conteúdo absoluto. No entanto, o que dizer de uma convenção processual que tenha por objeto a renúncia ao direito recursal? A doutrina, de forma majoritária, admite tal renúncia. Mas não estaria tal convenção violando o contraditório? O direito recursal é reconhecidamente fundado nos princípios do contraditório e da ampla defesa, o que torna, em consequência, a sua renúncia violação a um dos princípios fundamentais do processo e à garantia constitucionalmente assegurada.

O que dizer, então, do acordo entre as partes pela renúncia ao direito de serem intimadas no processo? A informação é elemento indispensável ao contraditório, mas não só há a possibilidade de as partes abrirem mão desse direito, como a própria lei, como no parágrafo segundo do art. 191 do NCPC²⁰, permi-

17 BRASIL. Lei 13.105, de 16 de mar. de 2015. **Código de Processo Civil**. Brasília, DF, mar. 2015.

18 NEVES, Daniel Amorim Assumpção. **Manual de Direito Processual Civil** - Volume único - 8. ed. - Salvador: Ed. JusPodivm, 2016. Pag. 321.

19 BRASIL. Lei 13.105, de 16 de mar. de 2015. **Código de Processo Civil**. Brasília, DF, mar. 2015: "Art. 11. Todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos, e fundamentadas todas as decisões, sob pena de nulidade."

20 *Ibid.*: "Art. 191. De comum acordo, o juiz e as partes podem fixar calendário para a prática dos atos processuais, quando for o caso. § 1º O calendário vincula as partes e o juiz, e os prazos nele previstos somente serão modificados em casos excepcionais, devidamente justificados. § 2º Dispensa-se a intimação das partes para a prática de ato processual ou

te, naquilo que se chama de calendarização processual, que não mais ocorram intimações durante o processo.

Fica clara, portanto, a dificuldade em se estabelecer os limites quando se trata de violação à norma fundamental do processo, pois muitos acordos que aparentemente são legítimos e válidos, se analisados com maior minúcia, serão obstados em respeito às normas fundamentais.

Uma norma cogente é aquela que se torna obrigatória, de maneira coercitiva, mesmo que venha a constranger a vontade do indivíduo a que se aplica, bastando haver a relação de causalidade para que a norma incida sobre ele. Sendo assim, como a convenção processual tem como base a vontade das partes, conclui-se que o negócio jurídico em questão não pode ter como objeto uma norma cogente.

Diante dessa vedação, não será possível acordo que verse, por exemplo, sobre a modificação de regras de competência ou sobre a participação do Ministério Público quando a lei o exigir. Da mesma forma, seguindo a regra de impossibilidade de negócios jurídicos com matérias de ordem pública, não podem ser objeto de acordo as condições da ação e os pressupostos processuais.

No entanto, muitos são os casos em que tal proibição se mostra descabida, pois, apesar de tratarem de normas cogentes, não trariam qualquer prejuízo seja às partes seja ao processo.

É o caso, por exemplo, da impossibilidade de criação de uma legitimidade extraordinária por convenção das partes. Apesar de ser matéria de ordem pública, Daniel Assumpção não vê nesse momento obstáculos para a admissão da legitimação extraordinária, porque a vontade dessas partes não traz qualquer prejuízo ou oneração ao Poder Judiciário.²¹

Segundo o mesmo autor, a forma com que foi redigido o *caput* do art. 190 do NCPC, ainda que consciente ou não, trouxe limitação à realização dos negócios jurídicos processuais. Para ele, quando o legislador ligou a possibilidade de convenções processuais às especificidades da causa, criou, de acordo com suas palavras, “uma necessária correlação lógica e jurídica entre o procedimento pretendido pelas partes e a eventual especialidade da causa”.²²

Em virtude dessa dependência entre a especificidade da causa para a ocorrência de mudanças no procedimento, o legislador não teria consagrado a

a realização de audiência cujas datas tiverem sido designadas no calendário.” Grifo nosso.

21 NEVES, *Op. Cit.*, p. 332.

22 *Ibid.*, p. 321.

vontade livre das partes, mas uma vontade condicionada em que se harmonize adequação procedimental com as eventuais peculiaridades do caso concreto.

Tal necessidade de correlação constituiria, portanto, mais uma limitação ao poder das partes na realização das convenções processuais, na medida em que, inexistindo especialidades na causa que justifiquem a mudança no procedimento, não terá cabimento, segundo Assumpção, tal acordo, e o juiz deverá anulá-lo.²³

Por exemplo, numa causa simples, de despejo por falta de pagamento, as partes convencionam que seus prazos processuais serão contados em quádruplo. Nesse caso, não haverá qualquer especialidade da causa que justifique um tratamento diferenciado quanto aos prazos processuais, conclusão que seria distinta diante de uma demanda mais complexa, como uma dissolução parcial de sociedade com apuração de haveres com vários litisconsortes.²⁴

Outra limitação que pode ser extraída do *caput* do art. 190 do NCPC²⁵ é a impossibilidade de as partes terem por objeto de negociação as posições processuais do juiz. Os poderes-deveres do juiz não podem estar no cerne de uma negociação entre as partes porque, obviamente, elas não podem dispor de uma posição processual na qual não são titulares.

Sendo assim, não há, por exemplo, poder de disposição das partes no tocante ao dever do juiz de decidir com fundamento na legalidade (art. 8º do NCPC²⁶), o dever de decidir conforme súmulas e precedentes com força vinculante (art. 927, *caput*, do NCPC²⁷), ou o dever de observar e exigir a boa-fé processual (art. 5º do NCPC²⁸).

Nesse mesmo sentido, Alexandre Câmara afirma que:

O negócio jurídico processual pode ser celebrado no curso do processo, mas pode também ser realizado em caráter pré-processual. Imagine-se, por exemplo, um contrato celebrado entre

²³ NEVES, *Op. Cit.*, p. 321.

²⁴ *Ibid.*, p. 321.

²⁵ BRASIL. Lei 13.105, de 16 de mar. de 2015. **Código de Processo Civil**. Brasília, DF, mar. 2015.

²⁶ *Ibid.*: “Art. 8o Ao aplicar o ordenamento jurídico, o juiz atenderá aos fins sociais e às exigências do bem comum, resguardando e promovendo a dignidade da pessoa humana e observando a proporcionalidade, a razoabilidade, a legalidade, a publicidade e a eficiência.”

²⁷ *Ibid.*: “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.”

²⁸ *Ibid.*: “Art. 5o Aquele que de qualquer forma participa do processo deve comportar-se de acordo com a boa-fé.”

duas empresas no qual se insira uma cláusula em que se prevê que na eventualidade de instaurar-se processo judicial entre os contratantes, para dirimir litígio que venha surgir entre as partes em razão do aludido contrato, todos os prazos processuais serão computados em dobro. Estabelece a lei que os negócios jurídicos celebrados pelas partes podem versar sobre ‘seu ônus, poderes, faculdades e deveres processuais’. Têm as partes, então, autorização da lei para dispor sobre suas próprias posições processuais, não podendo o negócio alcançar as posições do Juiz. Assim, por exemplo, é lícito celebrar negócio jurídico processual que retire das partes a faculdade de recorrer (pacto de não recorrer), mas não é lícito às partes proibir o juiz de controlar de ofício o valor dado à causa nos casos que este seja estabelecido por um critério prefixado em lei (art. 292).²⁹

Parte da doutrina entende que o art. 509, I, do NCPC³⁰ traz espécie de negócio jurídico bilateral, na medida em que dá às partes a possibilidade de convencionar sobre a escolha do arbitramento como espécie de liquidação. Todavia, tal dispositivo não tem aplicabilidade prática, pois a vontade das partes não tem capacidade de afastar a espécie de liquidação que for cabível no caso concreto.

Logo, tem-se aqui outra limitação da atividade das partes na realização de negócios jurídicos bilaterais: as partes não têm o poder de exigir do juiz, mesmo mediante convenção processual, que atue em dissonância com a realidade, que adote mecanismos incapazes de gerar resultados práticos ao procedimento. Nas palavras de Daniel Assumpção:

A imposição de atividade processual desnecessária ou incapaz de gerar resultados contraria de forma clara o princípio da duração razoável do processo, previsto no art. 4º do Novo CPC, da eficiência da atividade jurisdicional, consagrada no art. 8º do Novo CPC e da economia processual. São violações que justificam a criação de limitação aos poderes das partes na celebração do negócio jurídico processual.³¹

29 CÂMARA, Alexandre Freitas. **O novo processo civil brasileiro** - 1. ed. São Paulo: Atlas, 2015. Pg. 127.

30 BRASIL. Lei 13.105, de 16 de mar. de 2015. **Código de Processo Civil**. Brasília, DF, mar. 2015: “Art. 509. Quando a sentença condenar ao pagamento de quantia ilíquida, proceder-se-á à sua liquidação, a requerimento do credor ou do devedor: I - por arbitramento, quando determinado pela sentença, convencionado pelas partes ou exigido pela natureza do objeto da liquidação; (...)”

31 NEVES, *Op. Cit.*, p. 334.

2.3. Hipóteses de Utilização do Negócio Processual na Execução

O Código de Processo Civil, ao prever que as partes capazes, valendo-se da autonomia da vontade, alterem o procedimento legal e convençionem sobre os seus ônus, poderes, faculdades e deveres processuais, permite que os mesmos sejam feitos a qualquer momento.

Tais acordos podem ser celebrados antes ou após iniciada a relação processual, tendo como exemplos a cláusula de eleição de foro contida em contrato, a avença de suspensão do processo, a limitação do número de testemunhas, etc.

Tais acordos produzirão efeitos a partir da celebração da avença, muito embora necessitem ser homologados pela autoridade judiciária, que, tão somente, negará sua aplicabilidade se o negócio processual não for válido, se inserido em forma abusiva em contrato de adesão ou se a parte estiver em situação de vulnerabilidade.

Segundo o Enunciado 19 do FPPC:

São admissíveis os seguintes negócios processuais, dentre outros: pacto de impenhorabilidade; acordo de ampliação de prazos das partes de qualquer natureza; acordo de rateio de despesas processuais; dispensa consensual de assistente técnico; acordo para retirar o efeito suspensivo de recurso; acordo para não promover execução provisória; pacto de mediação ou conciliação extrajudicial prévia obrigatória, inclusive com a correlata previsão de exclusão da audiência de conciliação ou de mediação prevista no art. 334; pacto de exclusão contratual da audiência de conciliação ou de mediação prevista no art. 334; pacto de disponibilização prévia de documentação (pacto de *disclosure*), inclusive com estipulação de sanção negocial, sem prejuízo de medidas coercitivas, mandamentais, sub-rogatórias ou indutivas; previsão de meios alternativos de comunicação das partes entre si.³²

Neste ponto, cabe destacar que, nos termos do enunciado acima, claramente é possível que os negócios jurídicos processuais sejam celebrados prevendo disposições acerca da execução, como é o caso do pacto de impenhorabilidade, do acordo para retirar efeito suspensivo de recurso e do acordo para não promover a execução provisória.

32 Enunciado n. 19 do Fórum Permanente de Processualistas Civis.

A execução processual é fase de importância ímpar para o processo, por ser o momento no qual de fato a satisfação da pretensão do autor é atendida. Para o professor Guilherme Peres de Oliveira:

São os meios executivos, na verdade (e não a sentença de procedência), que são capazes de, concretamente, outorgarem a tutela do direito material violado ou evitarem sua violação (aí, incluídos, evidentemente, tanto os meios de sub-rogação quanto os meios de coerção).³³

E é exatamente por tal motivo que o presente trabalho considerou essencial analisar, a par do conceito e dos limites do negócio jurídico processual, também a sua influencia especificamente nesta fase processual.

Tendo em vista a amplitude de possibilidades acerca dos negócios processuais na execução (mesmo porque, como já vimos, é possível às partes, através da cláusula geral de negócio jurídico, formular uma infinidade de negócios jurídicos processuais atípicos), passemos a dar destaque e analisar aqueles citados no enunciado acima transcrito que tenham relação direta com esta fase processual. Vejamos.

O pacto de impenhorabilidade permite às partes convencionarem sobre quais bens poderiam ser levados à execução, coadunando-se com um princípio que acompanha a execução processual já há algum tempo, qual seja, o da menor onerosidade para o devedor. Nessa hipótese, em respeito ao princípio da cooperação entre as partes, ambas podem dispor sobre os bens passíveis ou não de penhora, combinando os dois princípios supracitados.

Já o acordo para retirar efeito suspensivo de recurso abre possibilidade para a execução provisória da sentença, culminando em evidente celeridade processual. Vale lembrar que a celeridade processual atualmente não abarca a ideia de um processo desmedidamente célere, e sim a necessidade de um processo que leve o tempo adequado (nem maior e nem menor) para que seja dada a solução, mas também que permite ao ganhador ter acesso aos frutos do seu ganho no mesmo prazo adequado. Ou seja, o princípio da celeridade processual reflete inexoravelmente na execução como, em verdade, uma maior eficiência processual, permitindo verdadeira outorga de direitos ou impedindo sua violação, como afirma Guilherme Peres de Oliveira na citação acima.

33 PERES DE OLIVEIRA, Guilherme. **Negócio Jurídico Processual**: a amplitude da cláusula geral de negociação no processo civil. 2017. 202 f. Tese (Doutorado em Direito) Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo. 2017.

De outro lado, o acordo para não promover execução provisória se contrapõe ao negócio processual anterior e demonstra como o processo pode ser eclético, a depender da vontade das partes. Nem sempre a satisfação da pretensão no momento da decisão se mostrará a mais adequada, de forma que deve ser dada às partes a oportunidade para opinar também nesse ponto, sendo dilatada essa satisfação se assim for acordado.

3. CONCLUSÃO: POSSÍVEIS CONSEQUÊNCIAS DA UTILIZAÇÃO DO NEGÓCIO PROCESSUAL NA EXECUÇÃO.

Conforme vimos no presente artigo, o negócio jurídico processual passa a ser grande mecanismo de solução da eficiência processual, sobretudo no que tange à execução. No entanto, não podemos olvidar que tal instituto está sujeito aos pressupostos impostos pelo direito material, no Código Civil, e pelo próprio direito processual, em normas espalhadas pelo corpo do novo Código de Processo Civil, embasando uma interpretação harmônica do ordenamento jurídico como um todo.

Assim, conforme já visto, o Código Civil impõe que os negócios jurídicos devem cumprir os seguintes requisitos: agente capaz, objeto lícito, possível determinado ou determinável; e forma prescrita ou não defesa em lei.

Quanto às imposições feitas pelo direito processual, vimos algumas diretrizes para a admissão do negócio jurídico processual para que ele melhor se coadune com o resto do ordenamento jurídico. Em apertada síntese, passamos a elencar algumas que consideramos serem as principais:

- a) Não pode afrontar os direitos e as garantias fundamentais do processo ou do devido processo legal;
- b) Não pode afastar os deveres inerentes aos princípios da boa-fé e da cooperação;
- c) Não pode alterar normas cogentes (imperativas, impositivas ou proibitivas);
- d) Não pode ser celebrado em processo cuja solução não possa se dar por autocomposição;
- e) Não pode versar sobre matéria de reserva legal

Ademais, em razão do respeito ao princípio da isonomia, o Código de Processo Civil não admite o negócio jurídico processual no caso de inserção abusiva em contrato de adesão ou em que alguma parte se encontre em situação de vulnerabilidade.

Tendo em vista o exposto, parece-nos que, se utilizado corretamente, seguindo os parâmetros acima elencados, o negócio jurídico processual pode vir a ser mais um importante instrumento para o respeito ao autorregramento da vontade no processo.

E em assim sendo, respeitada a vontade das partes dentro dos ditames legais, inexoravelmente se alcançará uma maior eficiência processual, sobretudo na fase executória, que é a fase satisfativa do processo. ♦

REFERÊNCIAS

BRASIL. Lei 5.896, de 16 de jan. de 1973. **Código de Processo Civil**. Brasília, DF, jan 1973.

_____. Lei 10.406, de 10 de jan. de 2002. **Código Civil**. Brasília, DF, jan. 2002

_____. Lei 13.105, de 16 de mar. De 2015. **Código de Processo Civil**. Brasília, DF, mar. 2015.

CÂMARA, Alexandre Freitas. **Lições de Direito Processual Civil**. 25. ed. São Paulo: Atlas, 2014.

_____. **O novo processo civil brasileiro** - 1. ed. São Paulo: Atlas, 2015.

DIDIER JR., Fredie. **Curso de direito processual civil** - v. 1: introdução ao direito processual civil, parte geral e processo de conhecimento. 17. ed. Salvador: JusPodivm, 2015. v.1

_____. **Princípio do respeito ao autorregramento da vontade no Processo Civil**. Disponível em: <http://www.tex.pro.br/index.php/artigos/306-artigos-jun-2015/7187-principio-do-respeito-ao-autorregramento-da-vontade-no-processo-civil>. Acesso em: 30 junho 2017.

DINAMARCO. Cândido Rangel. **Instituições de Direito Processual Civil**. 6. ed., rev. e atual. São Paulo: Malheiros Editores, 2009, v. 2.

NEVES, Daniel Amorim Assumpção. **Manual de Direito Processual Civil**. Volume único - 8. ed. - Salvador: Ed. JusPodivm, 2016.

NOGUEIRA, Pedro Henrique Pedrosa. **Negócios Jurídicos Processuais**. 2. ed. - Salvador: Ed. JusPodivm, 2017.

_____. **Negócios Jurídicos Processuais: Análise dos provimentos judiciais como atos negociais**. 2011. 243 f. Tese (Doutorado em Direito) Universidade Federal da Bahia, Salvador, 2011.

_____; CABRAL, Antonio do Passo. **Negócios Jurídicos Processuais** Coleções Grandes Temas do Novo CPC. V.1. 3. ed. - Salvador: Ed. JusPodivm, 2017.

PERES DE OLIVEIRA, Guilherme. **Negócio Jurídico Processual: a amplitude da cláusula geral de negociação no processo civil**. 2017. 202 f. Tese (Doutorado em Direito) Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo. 2017.

PONTE, Marcelo Dias; ROMÃO, Pablo Freire. **Negócio Jurídico Processual e Flexibilização do Procedimento**: As Influências da Autonomia Privada no Paradigma Publicista do Direito Processual Civil. Revista Eletrônica de Direito Processual. Volume 16. Periódico Semestral de Pós-Graduação da UERJ.

VIDAL, Ludmilla Camacho Duarte. **A importante função das convenções processuais na mudança da cultura do litígio**: A interligação entre consensualidade e convencionalidade. Revista FONAMEC – Rio de Janeiro, v. 1, n. 1, p. 200 – 224, maio 2017.

WANBIER, Luiz Rodrigues; BASILIO, Ana Tereza. **O Negócio Processual**: Inovação do Novo CPC. Disponível em: <http://www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI228542,31047-O+negocio+processual+Inovacao+do+Novo+CPC>. Acesso em: 30 de junho 2017.

Útero de Substituição: A Responsabilidade Civil da Mulher Hospedeira em Caso de Recusa da Entrega da Criança

Raquel Veggi Moreira

Doutoranda e mestra em Cognição e Linguagem pela Uenf

Advogada

Hildeliza Lacerda Tinoco Boechat Cabral

Doutoranda e mestra em Cognição e Linguagem pela Uenf

Professora de Direito das Famílias, das Sucessões e Responsabilidade Civil na graduação de Direito

RESUMO: O presente artigo consiste em demonstrar as peculiaridades do útero de substituição, bem como a responsabilidade da mulher hospedeira que, através de um contrato, se dispõe a gerar uma criança, sem contraprestação pecuniária. Através desta técnica de reprodução humana medicamente assistida, busca-se a realização do sonho da constituição de uma família, tão perseguido por muitos, que querem deixar descendência. Esta prática, já inserida no meio social, precisa de delimitações para prevenir comportamentos abusivos de ambas as partes contratantes: de um lado, a pessoa ou casal que planeja o projeto parental e, do outro, a mulher hospedeira, que gestará em seu ventre a criança. A lacuna da lei pode causar insegurança quanto à adoção da prática por ausência de lei específica, pois à luz do princípio da legalidade, o que não é expressamente vedado, seria, em tese, permitido, e a lacuna por si não impediria a prática. O que existe é a regulamentação pelo Conselho Federal de Medicina (CFM), por meio da Resolução nº 2.121/2015, de uma norma deontológica sem força de lei. Embora sem

respaldo legal, o útero de substituição efetivado via contrato gratuito gera a obrigação de entregar a criança pela mulher hospedeira à mulher ou casal idealizador(a), constituindo-se verdadeira obrigação contratualmente assumida. No entanto, se esse fato não ocorrer, será caracterizada a quebra da obrigação contratual, surgindo, para a hospedeira, a responsabilidade civil, já que por meio de conduta sua, ela gerou prejuízo a outrem. A metodologia utilizada é qualitativa, baseada em pesquisa bibliográfica.

PALAVRAS-CHAVE: Útero de substituição. Lacuna legislativa. Contrato. Responsabilidade civil.

CONSIDERAÇÕES INICIAIS

O tema apresentado neste artigo trata da análise da responsabilidade civil da mulher hospedeira, no contexto do útero de substituição, quando, por sua decisão, não entrega a criança gerada em seu ventre, apesar de haver firmado um acordo nesse sentido. O dano causado por esse comportamento não encontra respaldo específico no ordenamento civil e por isso deve-se buscar a solução do problema para que o objeto do contrato seja, tanto quanto possível, alcançado, qual seja, a entrega da criança.

Primeiramente, busca-se pontuar sobre a prática do útero de substituição, suas nuances e também sua não regulamentação específica pelo legislador pátrio, já que a prática só é disciplinada pelo Conselho Federal de Medicina (CFM), através da Resolução nº 2.121/2015. É por meio dessa norma ética, sem força de lei, que se delimita como essa técnica de reprodução humana assistida pode ser utilizada no Brasil, impondo-se que a mesma seja realizada sempre sem intuito de lucro, uma vez que a mulher hospedeira firma um acordo sem contraprestação pecuniária. Há ainda outras imposições para que essa prática seja a mais lúdima possível, trazendo acalento para as pessoas que dela necessitem, tais como o vínculo de parentesco consanguíneo entre a doadora temporária do útero e algum ente da família idealizadora, que deve ser de até quarto grau, a proibição de caráter comercial, a obrigatoriedade do termo de consentimento livre e esclarecido (informado) assinado pelos pacientes e pela cedente temporária do útero, dentre outras.

Pretende-se ainda traçar uma linha conceitual a respeito da responsabilidade civil e seus pressupostos no tocante à mulher hospedeira que, apesar do contrato firmado para a entrega da criança, não o cumpre. Nesse diapasão, deve-se entender que a ninguém é dado o direito de causar lesão

ao outro, uma vez que o Direito não defende a malícia e nem o ilícito. A prática do útero de substituição não pode virar escudo protetivo para condutas que, de qualquer modo, venham ferir a ordem jurídica, a boa-fé e os valores sociais.

A responsabilidade se torna então necessária para que seja reparado o dano que a quebra do contrato causou, sendo sensível no sentido de que a celeuma envolve não apenas valores patrimoniais, mas, acima de tudo, frustração de expectativas, esperança e fé. Muitas das vezes, a formação de uma família é o sonho de um casal ou, até mesmo, de uma pessoa que deposita no projeto de ter um filho, a alegria de seus dias futuros. Por fim, pretende-se demonstrar de que forma ela responderia frente ao descumprimento do contrato e à frustração causada por sua conduta de desistir de entregar a criança, a despeito do acordo outrora realizado.

A metodologia utilizada foi qualitativa, mediante pesquisa bibliográfica de cunho exploratório nos principais periódicos de autores, tais como: Cristiano Chaves de Farias e Nelson Rosenvald (2015), Américo Luís Martins da Silva (2014), Flávio Tartuce (2007), Guilherme Calmon Nogueira da Gama (2003), Eduardo de Oliveira Leite (1995), dentre outros.

1. BREVE ANÁLISE DO ÚTERO DE SUBSTITUIÇÃO

O anseio de deixar descendentes e com eles seu legado é próprio da vontade humana. Desde os tempos de Roma, ter um filho significava manter a tradição e força familiar, na medida em que o filho seria aquele que perpetuaria a riqueza e as responsabilidades do pai. Contudo, quando esse objetivo não é alcançado face à infertilidade ou, até mesmo, por se tratar de união homoafetiva, buscam-se meios para a concretização desse sonho. Diante disso, o útero de substituição¹ surge como uma técnica de reprodução assistida e como um meio de concretização do planejamento familiar.

Segundo Hryniewicz e Sauwen (2008, p. 103), os ingleses chamam o útero de substituição de “*surrogate mother*”, os alemães de *Mietmutter*, os portugueses de mãe hospedeira (...). No Brasil, dentre as suas principais denominações, ela é conhecida por gestação por substituição, gestação em útero alheio, útero sub-rogado, cessão temporária de útero e doação temporária do útero.

Nas lições de Silva (2014, p. 698), “a *maternidade por substituição* é o acordo em que uma mulher aceita engravidar com o objetivo de gerar e dar

¹ Necessário esclarecer que ao utilizar a expressão “útero de substituição”, entre outras denominações, não se está se referindo à onerosidade. No Brasil, esse contrato será sempre gratuito por força das resoluções do CFM.

à luz uma criança que será criada por outra mulher. O tal acordo recebe a denominação de *contrato de gestação*". Ademais, a gestação em útero alheio se apresenta de duas formas, tendo em vista que o lucro pode ou não ser a recompensa para aquela mulher hospedeira da criança. Corroborando esse entendimento, Américo Luís (2014, p. 699) explica que o útero de substituição se apresenta sob duas espécies diferentes: "a) *maternidade por substituição altruística*: modalidade em que a gestante por substituição não é recompensada pela gravidez", mas somente pelas despesas naturais provenientes da gravidez, ou "b) *maternidade por substituição comercial*: modalidade em que a gestante por substituição é recompensada pela gravidez", recebendo uma remuneração pelo serviço prestado.

A cessão temporária de útero é a verdadeira concretização do sonho de se ter um filho. A vontade de obter sucesso na constituição da família é tão imperiosa que se busca esta modalidade para obtenção do resultado esperado. Conforme é explicado,

A técnica do útero de substituição apresenta-se como uma prática de reprodução humana medicamente assistida, que não pressupõe o ato sexual, e que pode envolver fecundação homóloga ou heteróloga ou, até mesmo, a *post mortem*. Realiza-se através de um pacto celebrado entre o(s) solicitante(s) – mulher ou casal (hetero/homoafetivo) – e a mulher hospedeira, que, por sua vez, oferece uma alternativa àquele(s) impossibilitado(s) de ter(em) filhos de forma natural a concretizarem o projeto parental de maternidade/paternidade, cedendo o próprio útero. Com isso, o casal realiza o projeto familiar a partir daquela relação jurídica que se estabelece entre as partes (MOREIRA; CABRAL; ZAGANELLI, 2016, p. 4).

A aflição causada pela impossibilidade de procriar naturalmente pode causar tristeza à pessoa que tanto almeja ser mãe ou pai, sendo a infertilidade assunto delicado que pode trazer como consequência a degradação do grupo familiar face à frustração da não fecundação. Neste sentido, Leite (1995, p. 17) relata que "desde as mais remotas épocas, a esterilidade foi considerada como um fator negativo, ora maldição atribuída à cólera dos antepassados, ora à influência das bruxas, ora aos desígnios divinos". A infertilidade, empecilho para o sonho de muitos, encontrou no progresso da medicina uma poderosa arma de combatê-la. O avanço das técnicas de reprodução humana assistida,

nelas se incluindo a gestação em útero alheio, contribuiu para a transformação do seio social e da formação tradicional da família.

Um outro ponto nefrálgico desta técnica é estabelecer seus limites e sua regulamentação específica face à omissão legislativa, uma vez que sem respaldo do legislador pátrio não há um caminho delimitado a ser seguido. Neste contexto, a regulamentação passou então a ser traçada pelo Conselho Federal de Medicina, em sua primeira versão, através da Resolução nº 1.957, de 2010. Com relação a essa norma de cunho ético, Silva (2014, p. 713) explica:

No que se refere à *gestação de substituição (doação temporária de útero)*, as *Normas Éticas para a Utilização das Técnicas de Reprodução Assistida*, aprovadas pela Resolução/CFM nº 1957, de 15.12.2010, estabelecem que as clínicas, centros ou serviços de produção humana podem usar técnicas de *Reprodução Assistida-RA* para criarem a situação identificada como *gestação de substituição, desde que exista algum problema médico que impeça ou contraindique a gestação na doadora genética: 1) as doadoras temporárias do útero devem pertencer à família da doadora genética, num parentesco até segundo grau*, sendo os demais casos sujeitos à autorização do *Conselho Regional de Medicina – CRM*; 2) *a doação temporária do útero não poderá ter caráter lucrativo ou comercial*.

No entanto, a referida Resolução foi atualizada, apresentando a sua quarta e atual versão na de nº 2.121/2015, ao estabelecer ainda mais minúcias com relação à técnica, dentre elas: a determinação de que a doadora temporária do útero deva ser parente consanguíneo até quarto grau de um dos parceiros que idealizaram o projeto parental, a permissão da gestação compartilhada em união homoafetiva feminina em situação que não exista infertilidade, além da impossibilidade de caráter lucrativo, esta já repetidamente prevista em todas as versões. Embora regule a técnica, ao determinar normas de cunho deontológico, a Resolução pode trazer certo tipo de inviabilidade ao sonho de se ter um filho, face às proibições e recomendações previstas em seu texto. Neste duto de raciocínio, observa-se que:

A referida Resolução, sendo a sua versão atual a de nº 2.121/2015 – que adveio com o objetivo de atualizar/modificar as normas, estabelece regras para as técnicas de reprodução assistidas medi-

camente, não havendo qualquer tipo de sanção prevista para as hipóteses de descumprimento. De certa forma, permanecem inviabilizando milhares de mulheres de serem mães por este acesso, cerceando seus direitos de escolha, ao estabelecer diversas normas restritivas, podendo-se citar as seguintes: só podem ceder o útero quem for parente consanguíneo até o quarto grau; a idade máxima das candidatas à gestação passa a ser de 50 anos, mas há possibilidade de exceções desde que determinada pelo médico; a idade limite para a doação de gametas (óvulos/espermatozoides) é de 35 anos para a mulher e de 50 para o homem; além disso, veda-se a onerosidade do ato (MOREIRA; CABRAL; ZAGANELLI, 2016, p. 8).

A limitação do uso da técnica somada ao contexto social e suas mudanças, cada vez mais céleres, fazem com que haja a imperiosa necessidade de se regulamentar essas relações sociais, pois, no que se refere à gestação em útero alheio, ainda não há por parte da legislação pátria alguma regulamentação específica a respeito, trazendo à realidade uma lacuna legal que pode ser conceituada como vazio legislativo. No dizer de Krell (2006), a gestação em útero alheio não encontra disciplina específica no Brasil, quer em relação a sua permissibilidade ou não, quer com relação a quem seria a mãe da criança, após o advento dessa prática.

As polêmicas acerca do útero de substituição ainda estão presentes na realidade brasileira, existindo até quem defenda a nulidade do contrato de conteúdo pecuniário. Gonçalves (2012, p. 26) esclarece que “realmente, sem lei específica regulamentando a prática da mãe de substituição no Brasil, não há outra solução a não ser considerar nulo qualquer contrato que atribua valores pecuniários à cessionária do útero”.

Outro ponto de discussão seria a respeito de quem seria considerada a mãe da criança, para fins de Direito. O pensamento outrora enraizado na legislação era de que a maternidade seria sempre certa, sendo que o assento de nascimento do recém-nascido deveria conter o nome da mulher hospedeira e não o daquela que idealizou o projeto parental ou, até mesmo, daquela que doou o material genético, caso tenha havido a necessidade da participação de uma terceira mulher no acordo.

Entretanto, para relativizar essa ideia de que a maternidade é sempre visível aos olhos, o Conselho Nacional de Justiça (CNJ) determinou em

seu Provimento nº 52/2016 que, no assento de nascimento, não constará o nome da mulher hospedeira (parturiente). É uma clara relativização da máxima *mater semper certa est*, que hoje não é mais absoluta, tendo em vista que tal Provimento prevê, em seu artigo 2º, que:

Art. 2º É indispensável, para fins de registro e da emissão da certidão de nascimento, a apresentação dos seguintes documentos (...). § 2º Na hipótese de gestação por substituição, não constará do registro o nome da parturiente, informado na declaração de nascido vivo – DNV (BRASIL, 2016).

Apesar deste Provimento em vigor, ele somente disciplina a respeito do registro de nascimento da criança e de sua concretização. Assim, o problema pode surgir quando a mulher hospedeira e a idealizadora batalham pela posse da criança ou quando nenhuma das duas almeja ser efetivamente a mãe da criança e tê-la em seus braços, levando-se em consideração principalmente problemas de saúde que podem acometê-la. Em suas palavras, Américo da Silva esclarece que:

[...] pode surgir conflito positivo ou conflito negativo: a) o conflito positivo se dá quando tanto a idealizadora da maternidade por substituição, que pode ser também a cedente do óvulo ou não, quanto à cedente do útero, também chamada de parturiente, manifestam o desejo de assumir a maternidade da criança e criá-la como se filho fosse; b) conflito negativo se verifica quando tanto a idealizadora da maternidade por substituição, quanto a cedente do útero (mãe de aluguel) optam, simultaneamente, por negar a maternidade à criança vindoura, idealizada por uma pessoa, e gestada por outra (SILVA, 2014, p. 700-701).

Apesar de não se ter casos de discussão a respeito de conflitos de maternidade no Brasil, há relatos na legislação alienígena. No que tange ao direito comparado, especificamente nos Estados Unidos, pode-se esclarecer o caso famoso intitulado de “*Baby M*”, em que se discutiu em qual família a criança, nascida pela técnica de gestação em útero alheio, deveria ficar. Américo Luís aduz que:

A respeito de tais conflitos, positivo ou negativo, lembramos que a *Supreme Court of New Jersey* (Corte Suprema de Nova Jersey), julgando o caso concreto denominado *In the Matter of Baby M*, decidiu que o valor preponderante para determinar a

que família seria entregue o bebê foi aquela que tivesse melhores condições, não apenas econômicas, mas também sociais, de educá-lo (SILVA, 2014, p. 701).

Diante de tanta complexidade e implicações frente à gestação em útero alheio, pode-se estabelecer que esta técnica ainda não disciplinada legalmente no Brasil deve ser, a todo momento, observada para que não seja usada como escudo protetivo para práticas ilícitas. Desta forma, uma vez ocorrido o ilícito e, conseqüentemente, o dano a uma das partes envolvidas, a responsabilidade deve ser imposta.

2. DA RESPONSABILIDADE CIVIL DA MULHER HOSPEDEIRA

A responsabilidade civil pode ser conceituada como a transgressão de uma norma ou contrato preexistente, impondo-se ao causador do dano a conseqüente obrigação de indenizar. Nas lições de Venosa (2008, p. 1), em princípio, qualquer atividade “que acarreta um prejuízo gera responsabilidade ou dever de indenizar (...). O termo *responsabilidade* é utilizado em qualquer situação na qual alguma pessoa, natural ou jurídica, deva arcar com as conseqüências de uma ato, fato, ou negócio danoso”. Ela surge, segundo Tartuce (2007, p. 260), “por meio do descumprimento de um contrato já existente ou pela não observância de um preceito normativo que regula a vida”.

Na disciplina do tema, o Código Civil consagrou a responsabilidade civil pautada em três artigos fundamentais: os arts. 186, 187 e 927. O art. 186, ao definir o ato ilícito, consagra a regra geral de responsabilidade civil complementada pelos artigos 187 e 927. Tal sistema visa a inibir comportamentos nocivos, em atenção ao princípio *neminem laedere*, segundo o qual a ninguém é dado o direito de causar prejuízo a outrem. Os referidos artigos preveem que:

Art. 186. Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito.

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

Art. 927. Aquele que, por ato ilícito (arts. 186 e 187), causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo. Parágrafo único.

Haverá obrigação de reparar o dano, independentemente de culpa, nos casos especificados em lei, ou quando a atividade normalmente desenvolvida pelo autor do dano implicar, por sua natureza, risco para os direitos de outrem.

Certo ainda é que a responsabilidade civil para ser imposta precisa, necessariamente, de elementos que a embasem, isto é, verdadeiros requisitos formadores do dever de indenizar, levando-se em consideração que sem eles não há o que se falar na obrigação de ressarcimento. São eles: a conduta humana, o nexo de causalidade e o dano ou prejuízo. Cristiano Chaves de Farias e Nelson Rosendal expõem que:

No Código Civil (art. 402), a amplitude da expressão ‘perdas e danos’ abrange, além do que efetivamente se perdeu, o que razoavelmente se deixou de lucrar, nesta parcela também compreendido o ganho que não se teve em razão do incumprimento e da resolução. Nessas amplas disposições estão inseridas as vantagens que o credor não inadimplente auferiria com o recebimento da prestação (FARIAS; ROSENVALD, 2015, p. 551-552).

A conduta humana traduz um comportamento positivo ou negativo, causador do resultado, que juntamente com o nexo de causalidade reflete o prejuízo imposto. Por sua vez, o dano nada mais é do que a comprovação de uma lesão sofrida, um prejuízo que se causou pelo comportamento daquele que incorreu num ilícito. Caio Mário (2001) assegura que fica estabelecido que a conduta contrária à norma jurídica tem como efeito a imposição ao ofensor de reparar o dano que tenha acarretado. O dano tem que ser imperioso quando a conduta fere os interesses sociais, através de alguma prática ilícita.

A prática ilícita, como se vê, tem sua origem na violação de um dever inserido num contrato anteriormente realizado. A conduta, absorvida pela prática danosa, faz com que o dano seja seu fruto e o dever de indenizar sua consequência. Assim, o contrato de gestação de útero de substituição firmado entre a genitora – hospedeira - e terceiros, em comunhão das duas vontades, quando violado deve ser reparado.

Sabe-se ainda que, para que haja contrato, há a imprescindível dependência de pelo menos duas declarações de vontades que se unem com um objetivo comum. Além disso, o elemento do contrato deve ter um fim lícito, não contrariando a ordem jurídica, perseguindo sua função social baseada nos ditames da boa-fé.

Essa boa-fé presente, tão orquestrada pelo ordenamento jurídico, deve ser o sustentáculo para a conduta da mulher hospedeira, uma vez que a malícia não pode ser regra dentro de um acordo validamente firmado, sendo sumariamente rechaçada pelo sistema normativo civil. Conforme explica Cristiano Chaves e Nelson Rosendal,

O princípio e a cláusula geral da boa-fé objetiva, aplicável a todo o direito obrigacional - e não apenas a negócios jurídicos bilaterais -, amplia o conteúdo da relação contratual. Para além das obrigações emanadas da autonomia privada (dar, fazer e não fazer), surgem os deveres anexos ou instrumentais, indiretamente tratados nos arts. 187 e 422, CC). Os deveres de proteção, informação e cooperação são inseridos em toda obrigação, lateralmente à obrigação principal, por uma exigência ética do ordenamento jurídico, calcada na concepção da obrigação como processo e, portanto, vocacionada ao adimplemento, com resguardo das situações patrimoniais e existenciais dos parceiros contratuais (FARIAS; ROSENVALD, 2015, p. 553).

Mesmo que realizado um contrato no tocante ao útero de substituição, face à não regulamentação específica da matéria, podem surgir questionamentos com relação ao fato de a mulher hospedeira decidir não entregar a criança nela gerada, seja por motivos emocionais ou até mesmo patrimoniais. A celeuma advinda deste ato deve ser resolvida no sentido de se valer o que foi acordado dentro do contrato anteriormente realizado. No Brasil, não há lei específica que regulamente essa prática, fazendo com que a decisão judicial para casos levados a seu crivo se sustente na boa-fé contratual e dignidade da pessoa humana. Na legislação comparada, a título de exemplo, há casos em que se procurou resolver essas nuances. Neste sentido, Olga Krell expõe que:

Caso surgirem disputas referentes aos direitos sobre a criança havida por maternidade de substituição, os tribunais norte-americanos tendem a decidir no sentido de entregar a criança ao casal que a ‘encomendou’ (KRELL, 2006, p. 192).

Mesmo não tendo uma determinação legal atribuída à prática do útero de substituição, uma vez firmado o acordo, ele tem força obrigatória, compelindo os contratantes ao cumprimento do conteúdo do negócio

jurídico. Neste sentido, Flávio Tartuce (2007) ensina ainda que o contrato não tem foco no patrimônio, mas sim no indivíduo que contrata, a fim de atender o mínimo para que a pessoa viva com dignidade.

O que não se pode negar é que o simples estado gravídico já traz por si só um turbilhão emocional para a gestante, que frente à situação concreta poderia não mais ter vontade de entregar a criança por ela gerada. Assim, de acordo com Gonçalves (2012, p. 24), “como é cediço, essa situação pode submeter à gestante a forte carga emocional e afetiva, pois o instinto natural conduz a um evidente e compreensível apego à criança gerada”. E, por isso, pode ocorrer a hipótese em que a mulher hospedeira, embora tenha acordado pela entrega da criança gerada à idealizadora, após o parto se recuse a fazê-lo, suscitando questões de ordem ética, jurídica e, até mesmo, religiosa, de difíceis soluções.

A não entrega da criança gera uma grave quebra no acordo, sendo necessário que a mulher hospedeira seja compelida a entregá-la a quem por ela espera, para assim constar no assento de nascimento. Destaca-se ainda que a mulher hospedeira, a partir do momento em que firma o liame subjetivo, confere segurança àquela situação. Sendo assim, a parte oposta que com ela pactuou acredita na entrega da criança. É uma verdadeira esperança em ter nos braços o filho tão esperado e planejado.

O contrato, como negócio jurídico bilateral, deve ser respeitado pelas partes contratantes, na medida em que, na sua formação, as partes tiveram autonomia privada para exercer essa faculdade. Desde que estabelecido o sinalagma contratual que cria direitos e obrigações para ambas as partes, não pode uma delas tempos depois se furtar ao cumprimento das obrigações ajustadas quando da contratação. Na medida em que se firma um acordo, ele deve ser cumprido.

Ainda com relação à quebra do contrato pela mulher hospedeira, no momento em que ela decide não entregar a criança por ela gerada, há o vilipêndio do princípio da função social dos contratos. Por meio desse princípio, o homem é considerado como um ser de valor ético e moral, erguido a um grau de respeitabilidade que se reflete nos atos que pratica durante seu cotidiano, com maior rigor ainda neste delicado contrato que é o de gestação de útero de substituição. Nesse contrato, não se tem apenas a vida de uma criança indefesa, mas também o sonho de uma mãe ou de um casal em lograr êxito na criação de uma família, que lhe trará raízes, afeto e felicidade. O que se vê, neste contrato, é muito mais do que uma simples obrigação, e sim a concretização de um sonho e realização afetiva.

Por se tratar de tema delicado e de um contrato *sui generis*, as cláusulas contratuais devem ser redigidas de forma clara, de modo a evitar problemas futuros, possuindo em seu arcabouço normas que não firam o Direito, a moral e a ética. Como o sistema civil brasileiro não exige excessivo rigor legal, uma vez que, através do princípio da operabilidade, permite a criação de modelos jurídicos a partir de fatos e valores presentes no meio social, há o acolhimento desta prática ainda que seus atos não estejam disciplinados de forma específica por alguma norma positivada. Assim, o útero de substituição pode ser abarcado pelo sistema, mesmo não tendo regulamentação legal específica e sendo tão minuciosa e delicada espécie contratual.

Além disso, face ao desrespeito às cláusulas contratuais, a medida a se realizar é a tutela específica da entrega da criança, permitida pelo Código de Processo Civil no artigo 536, *caput*, indicando que o juiz poderá determinar, de ofício ou a pedido, a efetivação da tutela específica na obrigação inserida no contrato. Essa precaução é, sem dúvida, a única solução para a pessoa ou o casal que idealizou o projeto parental e que esperam, acima de qualquer outra coisa, a companhia e a guarda da sua criança. Aqui não importa qualquer outro bem, por melhor que seja, já que o essencial é a entrega do filho.

Outrossim, o desgaste emocional e os danos psicológicos sofridos pela mulher ou pelo casal face à frustração na expectativa da entrega da criança devem ensejar a devida reparação pelo dano moral experimentado, que é aquele que ocorre quando há vilipêndio a algum direito da personalidade. A mulher hospedeira não detém em seu poder o juízo decisório de escolher se ou quando a criança deve ser entregue. Ela simplesmente deve entregar, no tempo certo e de acordo com tudo o que foi outrora pactuado por ela, uma vez que o Direito não protege comportamentos contraditórios que causem qualquer tipo de prejuízo.

Apesar da possibilidade de se pactuar num contrato essa técnica de reprodução humana assistida, os problemas que podem ocorrer devem ter um tratamento futuro adequado e específico pelo legislador, visando a suprir as lacunas existentes na disciplina dessa relação jurídica. Neste sentido, Gonçalves (2012) comenta que a regulamentação do tema é medida necessária, na medida em que só desse modo os problemas jurídicos que envolvem esses contratos encontrarão soluções justas, prescindindo de atuação do legislador.

Certo é que, com a entrega da criança gerada, a mulher hospedeira estará adimplindo o contrato, pelo cumprimento do papel de possibilitar a concretização do sonho da idealizadora de possuir descendentes, que para

muitos não poderia ser efetivado sem intermédio das tecnologias reprodutivas. A prática do útero de substituição é belíssima aos olhos de quem dela necessita e assim deve ser vista por todos: como um meio adequado e eficaz de realização do projeto familiar.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O útero de substituição é uma prática de reprodução humana medicamente assistida que, apesar de não encontrar respaldo legal específico na legislação pátria, encontra seus limites na Resolução do CFM nº 2.121/2015. Apesar de sua limitação não se encontrar presente no seio da lei, o Direito não pode fechar os olhos para uma realidade que existe no cotidiano social. Com isso, a prática realizada através de um acordo entre as partes - contrato - deve ser de todo modo respeitada, sob pena de responsabilidade civil com a reparação dos danos sofridos pela não entrega da criança gerada.

A reparação contratual feita pela mulher hospedeira deve acontecer face a não observância do contrato firmado, violando princípios norteadores da relação jurídica obrigacional. O descumprimento do contrato deve ainda ter como efeito a tutela específica da entrega da criança, posto que o contratante de boa-fé, ansiosamente, espera o filho em seus braços. Além disso, a indenização deve ser imperativa em razão do dano moral tão claramente presente pelo lamentoso desrespeito da mulher hospedeira, que optou pela não entrega da criança.

A prática do útero de substituição alberga não somente a prestação de determinado objeto, e sim a concretização do desejo de uma vida. A relação humana que se insere nessa técnica está absolutamente carregada de afetividade e emoção, e é exatamente por isto que qualquer ação no sentido de não cumprimento do contrato firmado deve ser veementemente rechaçado. ❖

REFERÊNCIAS

BRASIL. **CFM. Resolução nº 2.121**, de 24 de setembro de 2015. Conselho Federal de Medicina. Disponível em: <http://www.portalmédico.org.br/resolucoes/CFM/2015/2121_2015.pdf>. Acesso em: 05 out. 2015.

_____. **CNJ. Provimento nº 52**, de 14 de março de 2016. Conselho Nacional de Justiça. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/files/conteudo/arquivo/2016/03/6bd953c10912313a24633f1a1e6535e1.pdf>>. Acesso em: 20 ago. 2016.

_____. **Código Civil**. Lei nº 10.406, de 16 de janeiro de 2002. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm>. Acesso em: 30 jul. 2017.

_____. **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/113105.htm>. Acesso em: 30 jul. 2017.

FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **Curso de Direito Civil: teoria geral e contratos em espécie**. São Paulo: Atlas, 2015.

GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. **A nova filiação: o Biodireito e as relações parentais: o estabelecimento da parentalidade-filiação e os efeitos jurídicos da reprodução assistida heteróloga**. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

GONÇALVES, Fernando David de Melo. **Novos métodos de reprodução assistida e consequências jurídicas**. Curitiba: Juruá, 2012.

KRELL, Olga Jubert Gouveia. **Reprodução humana assistida e filiação civil**. Curitiba: Juruá, 2006.

LEITE, Eduardo de Oliveira. **Procriações artificiais e o direito: aspectos médicos, religiosos, psicológicos, éticos e jurídicos**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1995.

MOREIRA, Raquel Veggi; CABRAL, Hildeliza Lacerda Tinoco Boechat; ZAGANELLI, Margareth Vetis. A possibilidade de contrato na relação “útero de substituição”. 15 de julho de 2016. **Revista Derecho y Cambio Social**. Disponível em: <http://www.derechoycambiosocial.com/revista045/A_POSSIBILIDADE_%20DE_CONTRATO.pdf>. Acesso em: 20 mai. 2017.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Responsabilidade Civil**. Rio de Janeiro: Forense, 2001.

SAUWEN, Regina Fiuza; HRYNIEWICZ, Severo. **O direito “in vitro”**: da Bioética ao Biodireito. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2008.

SILVA, Américo Luís Martins da. **Direito de Família: Uniãos Conjugais, Estáveis, Instáveis e Costumes Alternativos**. Leme: Editora Cronus, 2014.

TARTUCE, Flávio. **Direito civil**. Teoria Geral dos Contratos e contratos em espécie. São Paulo: Editora Método, 2007.

VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito civil: responsabilidade civil**. São Paulo: Atlas, 2008.

Zoneamento Urbano como Mecanismo de Intervenção Econômica Municipal: O Caso dos Estabelecimentos Comerciais

Divo Augusto Cavadas

Procurador do Município de Goiânia (GO). Ex-Advogado Federal da Autoridade Portuária do Rio de Janeiro (CDRJ). Bacharel em Ciências Jurídicas e Sociais (FND/UFRJ). Especialista em Direito Penal Econômico (UNESA/RJ) e Filosofia Jurídica (IAVM/RJ). Membro do Instituto Brasileiro de Direito Civil (IBDCivil). Advogado Comercialista e Consultor Jurídico em Direito Econômico, Marítimo e Agrário.

RESUMO: Este artigo científico pretende apresentar breve panorama da intervenção municipal na economia e justificar o zoneamento urbano como mecanismo para se evitar condutas anticompetitivas, bem como tecer críticas ao teor da súmula vinculante 49 do Supremo Tribunal Federal.

PALAVRAS-CHAVE: direito; econômico; concorrencial; zoneamento municipal; súmula.

ABSTRACT: This scientific article intends to present a brief view of the municipality intervention in the economy and justify urban planning as a mechanism to avoid anti-competitive conducts, as well as criticize the text of the binding precedent 49 of the Federal Supreme Court of Brazil.

KEYWORDS: law; economic; competition; municipality planning; precedent.

1. PROLEGÔMENOS

O presente estudo objetiva analisar sistematicamente o fenômeno do zoneamento urbano como mecanismo de intervenção do Estado na economia, especialmente como forma de controle da expansão do setor terciário, bem como apreciar sua validade à luz das dogmáticas jurídica, econômica, administrativa e urbanística.

Considerando a jurisprudência do egrégio Supremo Tribunal Federal (STF), plasmada nas súmulas vinculantes 38 e 49, que apresentam duas proposições a uma expedita leitura, contraditórias entre si, este trabalho propõe interpretação harmonizadora para os referidos precedentes, de forma a promover uma hermenêutica jurídico-econômica compatível com o novo modelo da Administração Pública Gerencial desenvolvido no Estado brasileiro a partir da década de 1990.

A metodologia aplicada ao presente trabalho baseia-se no estudo dedutivo e qualitativo, com ênfase em fontes doutrinárias e jurisprudenciais, tendo por finalidade expor de que forma o Direito Econômico regula a atuação do Estado (no caso em tela, do ente federativo municipal) e suas excepcionais hipóteses de intervenção na economia.

Considerando que o ponto nevrálgico deste estudo é a validade e aplicabilidade das súmulas vinculantes 38 e 49 do STF, não se olvidará do estudo de casos como técnica metodológica, apresentando proposta acadêmica inovadora, haja vista tal técnica ser comum em trabalhos científicos de matriz anglo-saxã e apenas em tempos recentes estimulada no Brasil.

Logo, apregoa-se que a aplicabilidade da súmula vinculante 49 resta prejudicada por sua redação; sustenta-se, ao longo deste estudo, que impedir a “*instalação de estabelecimentos comerciais do mesmo ramo em determinada área*” não ofende o princípio da livre concorrência – ao contrário, o estimula por meio do zoneamento urbano como mecanismo previsto pelo ordenamento jurídico municipal e urbanístico brasileiro.

2. DO PRINCÍPIO DA LIVRE CONCORRÊNCIA E SUA EFICÁCIA

Preliminarmente, crê-se de bom alvitre apresentar, de forma pragmática, o conteúdo e extensão do princípio da livre concorrência, bem como sua eficácia no ordenamento jurídico pátrio. Sustenta-se que os princípios são espécies do gênero norma jurídica, ao lado das regras; logo, existem na hermenêutica jurídica as normas-regra e as normas-princípio. Uma festejada

proposta de conceito para princípios e a importância de suas prescrições são expostos por Celso Antônio Bandeira de Mello, *in verbis*:

“Cumpre, pois, inicialmente, indicar em que sentido estamos a tomar o termo princípio, tal como vimos fazendo desde 1971, quando pela primeira vez enunciamos a acepção que lhe estávamos a atribuir. À época dissemos: ‘Princípio é, pois, mandamento nuclear de um sistema, verdadeiro alicerce dele, disposição fundamental que se irradia sobre diferentes normas, compondo-lhes o espírito e servindo de critério para a exata compreensão e inteligência delas, exatamente porque define a lógica e a racionalidade do sistema normativo, conferindo-lhe a tônica que lhe dá sentido harmônico’. Eis porque: ‘violar um princípio é muito mais grave que transgredir uma norma. A desatenção ao princípio implica ofensa não apenas a um específico mandamento obrigatório, mas a todo o sistema de comandos. (...)’”¹

Não obstante existirem outras definições para princípios jurídicos², sustenta-se sua qualificação como espécie de norma jurídica, a lhe imprimir as características de bilateralidade, abstração, generalidade, imperatividade e coercibilidade, típicas das normas jurídicas primárias.

O princípio da livre concorrência encontra-se expressamente delineado no art. 170, IV, da atual Constituição do Brasil (CRFB/1988), sendo a primeira *Lex Mater* a consagrar o referido princípio. A construção do referido princípio deu-se apenas em tempos recentes: desde a Constituição de 1934 apregoa-se a observância da “*Liberdade Econômica*”³, e a partir da Constituição de 1937 fixou-se o princípio da livre iniciativa⁴, mas apenas em 1988 o Estado brasileiro filiou-se de forma plena ao modelo capitalista então vigente nos países de matriz anglo-saxã há mais de um século.

1 Cf. BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de Direito Administrativo*. 27ª Ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2010, p. 53. O referido estudioso afirma que transgredir um princípio é mais odioso para o Direito que infringir uma norma, sendo a “*mais grave forma de ilegalidade ou inconstitucionalidade, conforme o escalão do princípio violado*” (op. cit., p. 53).

2 Por todos, Robert Alexy, que define os princípios jurídicos como “mandados de otimização”, abertos à ponderação, ao contrário das regras que teriam o caráter de “mandados definitivos”, *in verbis*: “*El punto decisivo para la distinción entre reglas principios es que los principios son mandados de optimización mientras que las reglas tienen el carácter de mandados definitivos*” (ALEXY, Robert. *El concepto y la validez del derecho*. 2ª Ed. Barcelona: Gedisa, 1997, p. 162).

3 Constituição do Brasil de 1934, art. 115: “*A ordem econômica deve ser organizada conforme os princípios da Justiça e as necessidades da vida nacional, de modo que possibilite a todos existência digna. Dentro desses limites, é garantida a liberdade econômica*”.

4 Constituição do Brasil de 1937, art. 135: “*Na iniciativa individual, no poder de criação, de organização e de invenção do indivíduo, exercido nos limites do bem público, funda-se a riqueza e a prosperidade nacional. A intervenção do Estado no domínio econômico só se legitima para suprir as deficiências da iniciativa individual e coordenar os fatores da produção, de maneira a evitar ou resolver os seus conflitos e introduzir no jogo das competições individuais o pensamento dos interesses da Nação, representados pelo Estado. A intervenção no domínio econômico poderá ser mediata e imediata, revestindo a forma do controle, do estímulo ou da gestão direta*”.

Há que se estabelecer distinção entre o princípio da livre concorrência (CRFB/1988, art. 170, IV) e o princípio da livre iniciativa (CRFB/1988, art. 170, parágrafo único). Enquanto este objetiva garantir o ingresso de agentes econômicos no mercado, aquele garante o respeito às regras de concorrência entre agentes econômicos já devidamente inseridos no mercado. A livre iniciativa resguarda o ingresso, e a livre concorrência garante a manutenção, sendo sua manifestação no plano fático.

A livre concorrência é o maior reflexo da assim denominada “*Ordem Constitucional Econômica*”. A constitucionalização do Direito Econômico é fenômeno didaticamente explicado por José Afonso da Silva, *in verbis*:

“A ordem econômica adquiriu dimensão jurídica a partir do momento em que as constituições passaram a discipliná-la sistematicamente, o que teve início com a Constituição mexicana de 1917. No Brasil, a Constituição de 1934 foi a primeira a consignar princípios e normas sobre a ordem econômica, sob a influência da Constituição alemã de Weimar. Isso não quer dizer que, nessa disciplina, se colhe necessariamente um ‘sopro de socialização’. Não, aqui, como no mundo ocidental em geral, a ordem econômica consubstanciada na Constituição não é senão uma forma econômica capitalista, porque ela se apoia inteiramente na apropriação privada dos meios de produção e na iniciativa privada (art. 170). Isso caracteriza o modo de produção capitalista, que não deixa de ser tal por eventual ingerência do Estado na economia nem por circunstancial exploração direta de atividade econômica pelo Estado e possível monopolização de alguma área econômica, porque essa atuação estatal ainda se insere no princípio básico do capitalismo que é a apropriação exclusiva por uma classe dos meios de produção, e, como é essa mesma classe que domina o aparelho estatal, a participação deste na economia atende a interesses da classe dominante”.⁵

Nesse sentido, o Brasil adotou modelo misto, que alberga matrizes ideológicas tanto do modo de produção capitalista quanto do modo de produção socialista, uma vez que institui paralelamente à livre concorrência, como princípio constitucional da ordem econômica, a redução das desigualdades regionais e sociais (CRFB/1988, art. 170, VII), bem como institui,

5 Cf. SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 31ª Ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2008, p. 786.

enquanto princípio republicano fundamental, os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa (CRFB/1988, art. 1º, IV).

Frise-se que a República brasileira adota oficialmente o modo de produção econômica capitalista, mas, por ter pretendido construir uma social-democracia ao longo de grande parte do século XX, não olvidou em seu texto constitucional de mecanismos de controle da economia típicos do modo socialista de produção⁶. Não obstante a maioria dos princípios constitucionais econômicos serem de matriz capitalista, esse raciocínio se comprova a partir do momento em que o fim da ordem econômica, segundo o art. 170 da *Lex Mater*, é o de “assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social”⁷.

O princípio constitucional da livre concorrência visa a coibir o abuso do poder econômico⁸, promovendo o equilíbrio do mercado. A Lei 12.529, de 30 de novembro de 2011, regulamenta o art. 173, §4º, da CRFB/1988, disciplinando o Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência (SBDC). Portanto, o ordenamento jurídico pátrio dispõe de lei regulamentadora do princípio da livre concorrência, implementando efetividade (eficácia social) à norma-princípio positivada no texto constitucional.

6 É possível chegar à conclusão de que o Estado brasileiro adotou uma ordem constitucional econômica mista não apenas pela ponderação dos princípios expostos (valores sociais do trabalho e da livre iniciativa, livre concorrência e redução das desigualdades sociais e regionais), como a própria história política brasileira demonstra que desde a Constituição de 1934 empreenderam-se esforços para consolidar uma social-democracia no Brasil, ideia esta que enfraqueceu apenas na década de 1990, quando da formulação do Plano Nacional de Desestatização (PND – Leis 8.031, de 12 de abril de 1990 e 9.491, de 9 de setembro de 1997), que objetivou implantar mecanismos da nova teoria econômica e política neoliberal, desenvolvida de forma mais pujante nos governos Ronald Reagan (Estados Unidos da América) e Margaret Thatcher (Reino Unido), a partir da década de 1970.

7 Nesse desiderato, José Afonso da Silva tece críticas ao fim da ordem constitucional econômica e à efetividade de seu conteúdo, *in verbis*: “Asssegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, não será tarefa fácil num sistema de base capitalista e, pois, essencialmente individualista. É que a justiça social só se realiza mediante equitativa distribuição de riqueza. Um regime de acumulação ou de concentração do capital e da renda nacional, que resulta da apropriação privada dos meios de produção, não propicia efetiva justiça social, porque nele sempre se manifesta grande diversidade de classe social, com amplas camadas da população carente ao lado de minoria afortunada. A história mostra que a injustiça é inerente ao modo de produção capitalista, mormente do capitalismo periférico. Algumas providências constitucionais foram agora um conjunto de direitos sociais com mecanismos de concreção que devidamente utilizados podem tornar menos abstrata a promessa de justiça social. Esta é realmente uma determinante essencial que impõe e obriga que todas as demais regras da constituição econômica sejam entendidas e operadas em função dela” (op. cit., p. 789). Semelhantemente, Eros Roberto Grau apresenta significativa reflexão sobre o modo de produção capitalista e sua influência na estrutura estatal: “Note-se bem que eston, neste passo, a referir ainda o Estado de classes, arrebatado pela burguesia e, assim, posto ao serviço do sistema capitalista de produção. Posterior a ele, porque o suprassume, é o Estado begeliano, Estado da racionalidade como razão efetiva. Neste, deverão desaparecer os antagonismos, dado que, dialeticamente, o que dá sentido às partes é a totalidade. Estado moderno, Estado burguês, é ainda determinado por certos particularismos, antagonismos a outros. Ele ainda se confunde, por uma larga parte, com o Estado do exterior, o Estado da necessidade e do entendimento, isto é, carrega ainda características da sociedade civil (Bürgerliche Gesellschaft), que, logicamente suprasumida no sistema begeliano, ainda não encontrou a sua plena realização nas estruturas engendradas pela modernidade” (GRAU, Eros Roberto. **A Ordem Econômica na Constituição de 1988**. 18ª Ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2017, p. 15).

8 Relevante, nesse ponto, excerto doutrinário da lavra de Guilherme Canedo de Magalhães, *in verbis*: “Quando o poder econômico passa a ser usado com o propósito de impedir a iniciativa de outros, com a ação no campo econômico, ou quando o poder econômico passa a ser o fator concorrente para um aumento arbitrário de lucros do detentor do poder, o abuso fica manifest” (Cf. MAGALHÃES, Guilherme A. Canedo de. **O Abuso do Poder Econômico: apuração e repressão**. Rio de Janeiro: Artenova, 1975, p. 16).

9 Constituição do Brasil, art. 173, §4º: “*lei reprimirá o abuso do poder econômico que vise à dominação dos mercados, à eliminação da concorrência e ao aumento arbitrário dos lucros*”.

A intervenção do Estado na economia, assim, é vista como fenômeno excepcional, não obstante considerá-lo também um agente econômico, especialmente quando das hipóteses de imperativo de segurança nacional e relevante interesse coletivo (CRFB/1988, art. 173), em que será possível a descentralização administrativa pela criação de empresas estatais (sociedades de economia mista ou empresas públicas, a depender da estratégia econômica a ser desenvolvida), entidades da Administração Pública indireta (também denominadas pessoas administrativas).

3. DA INTERVENÇÃO E ATUAÇÃO DO ESTADO COMO AGENTE ECONÔMICO NO ÂMBITO DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA GERENCIAL

Pontificou-se anteriormente que o Estado possui atuação no mercado como agente econômico, fenômeno observável especialmente após a última quadra do século XX, com a ascensão do modelo de administração pública gerencial, substituto do então vigente modelo burocrático.

Os agentes econômicos podem ser considerados, em livre definição, como sujeitos de direito nas relações jurídicas econômicas travadas no mercado. Sustenta-se que não há necessidade de se deter personalidade jurídica para ser qualificado como agente econômico¹⁰. Logo, é plausível considerar o Estado como agente econômico, senão o principal, por exercer funções de fiscalização, incentivo e planejamento¹¹, além da atividade de regulação estimulada com a ascensão do modelo gerencial de administração pública.

Importante mencionar que, não obstante o Estado sempre exercer papel regulador do mercado, apenas a partir do século XX foi reconhecida sua condição de agente econômico interventor. Tal fato se deu com a gradual ascensão do Estado de Bem-Estar Social (*Welfare State*), fruto dos assim chamados direitos humanos de segunda dimensão¹².

10 As entidades detentoras de personalidade jurídica formal (personalidade judiciária) podem ser consideradas agentes econômicos, nos termos da tese esposada. Nesse sentido, o art. 75 do Código de Processo Civil apresenta em seus incisos as referidas entidades, *in verbis*: “Art. 75. Serão representados em juízo, ativa e passivamente: (...) V - a massa falida, pelo administrador judicial; VI - a herança jacente ou vacante, por seu curador; VII - o espólio, pelo inventariante; (...) IX - a sociedade e a associação irregulares e outros entes organizados sem personalidade jurídica, pela pessoa a quem couber a administração de seus bens; (...) XI - o condomínio, pelo administrador ou síndico”.

11 Ressalte-se que a função de planejamento é determinante para o setor público e meramente indicativa para o setor privado, nos termos do art. 174 da Constituição do Brasil.

12 A referida qualificação foi elaborada pelo jurista polonês Karel Vasak, e popularizada pelo estudioso italiano Norberto Bobbio. Cf. BOBBIO, Norberto. **A Era dos Direitos**. Rio de Janeiro: Campus, 2004. A designação ofertada por Bobbio é a de “direitos humanos de segunda geração”, mas a crítica doutrinária brasileira afirma que é de melhor técnica usar a expressão “dimensão” ao invés de “geração”. Por todos, Cf. RAMOS, André de Carvalho. **Curso de Direitos Humanos**. 3ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

Tal modelo estatal prioriza uma atuação positiva do Poder Público, ao contrário da postura absenteísta típica do Estado oitocentista. Essa conduta permitiu o desenvolvimento do Direito Econômico sob os auspícios do ente público como agente interventor no mercado. Conforme dito alhures, essa intervenção se faz na forma das empresas estatais exploradoras de atividade econômica, na forma de sociedades de economia mista ou empresas públicas.

Nesse sentido, considera-se didática a relação apresentada em doutrina por Paula Forgioni, acerca da evolução na proteção da livre concorrência contra o abuso do poder econômico. Atente-se para o último momento exposto, em que se verifica uma atuação proativa do Estado como agente econômico regulador e interventor da economia, *in verbis*:

“Traça-se, assim, a linha da evolução do fenômeno da concorrência ou, se quisermos, das normas que disciplinam a atividade dos agentes econômicos no mercado. Contudo, no antitruste, uma fase de desenvolvimento não supera a precedente, de forma que, hoje, os vetores que passamos a expor convivem no seio dessa disciplina. Três passos principais da evolução, que resultam nos três principais vetores do direito concorrencial, podem ser identificados: (i) a determinação de regras para o comportamento dos agentes econômicos no mercado por razões absolutamente práticas, visando a resultados eficazes e imediatos, eliminando distorções tópicas; (ii) a regulamentação do comportamento dos agentes econômicos como corolário de um sistema de produção entendido como ótimo. Essa disciplina é vista como correlata à estrutura do próprio sistema. A concorrência assume seu sentido técnico, que lhe é dado pela ciência econômica. De outra parte, sua disciplina visa a proteger o mercado contra seus efeitos auto-destrutíveis (correção de efeitos tópicos danosos, visando à manutenção do sistema); (iii) a regulamentação da concorrência e, portanto, do comportamento dos agentes econômicos no mercado passa a ser vista não apenas como essencial para a manutenção do sistema, mas também como instrumento de implementação de políticas públicas (correção dos efeitos tópicos danosos, visando não apenas à manutenção, mas também à condução do sistema)”.¹³

13 FORGIONI, Paula A. **Os Fundamentos do Antitruste**. 7ª Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, pp. 36-37.

O Estado, cuja atuação como agente econômico foi reconhecida a partir do século XX, passou a harmonizar a atuação de seus órgãos e entidades à sua nova condição. Contudo, verifica-se uma potencial mudança apenas a partir da última quadra do referido século, quando a ascensão do modelo neoliberal nos Estados Unidos da América e no Reino Unido propôs uma nova forma de gestão pública, baseada nos resultados e na eficiência dos servidores: trata-se do modelo gerencial de administração pública.

O modelo de administração pública gerencial sucedeu ao modelo burocrático e pode ser considerado um mecanismo de limitação da intervenção estatal na economia, com a participação cada vez maior da iniciativa privada e do assim chamado terceiro setor¹⁴. Não se objetiva aniquilar o conceito de Estado, como se poderia acreditar numa primeira análise, o que redundaria em caracterizar o neoliberalismo como um movimento de política econômica derivado de um inconsequente anarcocapitalismo.

Todavia, como hodiernamente ocorre em países emergentes, o Brasil adotou o modelo neoliberal na década de 1990¹⁵, sem adequá-lo corretamente à sua matriz cultural latino-americana, resultando em severas consequências à economia nacional quando da crise asiática em 1997¹⁶.

14 Uma das formas de se classificar os agentes econômicos é sua divisão em setores: o “primeiro setor” corresponderia ao Estado como agente econômico; o “segundo setor” seria composto pelas pessoas jurídicas de direito privado e empreendimentos típicos da iniciativa privada; e o “terceiro setor” seria composto por organizações não governamentais supraindividuais, que lidam hodiernamente com interesses coletivos e difusos (conhecidas popularmente como organizações não governamentais ou ONGs), que podem interagir com o Estado por meio de instrumentos específicos, como os contratos de gestão, termos de parceria, dentre outros (geradores de figuras como as Organizações Sociais, Organizações da Sociedade Civil de Interesse Público e Serviços Sociais Autônomos). Conceito didático de terceiro setor pode ser aferido dos dizeres de Rubem César Fernandes, que apresentou artigo jornalístico quando do início do uso da expressão no Brasil, *in verbis*: “A expressão foi traduzida do inglês – third sector – e faz parte do vocabulário sociológico corrente nos Estados Unidos. No Brasil, começa a ser usada com naturalidade por alguns círculos ainda restritos. É cedo, portanto, para saber se vai vingar entre nós, mas vale a pena discuti-la, pois carrega implicações que a todos importam. Nos Estados Unidos, costuma ser usada paralelamente a outras expressões, entre as quais se destacam: a primeira diz ‘organizações sem fins lucrativos’ (non profit organizations), que significa um tipo de instituição cujos benefícios financeiros não podem ser distribuídos entre seus diretores e associados. A segunda, ‘organizações voluntárias’, tem um sentido complementar ao da primeira. Se o lucro não lhes é permitido e se, como também se supõe, não resultam de uma ação governamental, depreende-se que sua criação seja fruto de um puro ato de vontade de seus fundadores. E mais, deduz-se ainda que duram no tempo, em grande medida, graças a um conjunto complexo de adesões e contribuições igualmente voluntárias” (FERNANDES, Rubem César. **O que é o terceiro setor?** Revista do Legislativo n. 18. Belo Horizonte: Assembleia Legislativa do Estado de Minas Gerais, abr./jun. 1997, p. 26).

15 Os maiores expoentes normativos da adoção do modelo neoliberal e da administração pública gerencial no Brasil foram as Leis 8.031/1990 e 9.491/1997, que compõem o assim chamado “Plano Nacional de Desestatização”, desenvolvido durante o exercício da Presidência da República por Fernando Collor de Mello (1990-1992), Itamar Franco (1992-1995) e Fernando Henrique Cardoso (1995-2002).

16 Para maiores detalhes sobre a crise econômica asiática, por todos: cf. KAPLAN, Ethan; RODRIK, Dani. **Did The Malaysian Capital Controls Work?**. Cambridge: Harvard University, 2001, p. 393-440. Em um primeiro momento do referido artigo científico, os autores questionam o modelo econômico, político e jurídico da Malásia, país que se constituiu em epicentro da crise asiática de 1997, apregoando a necessidade de mecanismos de controle efetivos do Estado no mercado de valores mobiliários, *in verbis*: “The first issue is narrowly financial: Were the controls effective in segmenting Malaysian financial markets from offshore and international capital markets? The increased sophistication of financial markets, and in particular the spread of derivatives (enabling speculators, for example, to disguise short-term flows as direct foreign investment), has led many observers to be skeptical of governments’ ability to target specific types of balance-of-payments flows for restriction. Indeed, one might have been doubtful ex ante that

Nesse sentido, o modelo neoliberal passou a ser gradualmente substituído de 2002 a 2015 por um modelo de intervenção moderada do Estado na economia¹⁷, em novo movimento descendente a partir de 2016, após o país ter sido potencialmente afetado pela crise econômica estadunidense de 2008.

Não obstante a queda e atual retorno de uma política econômica de cariz neoliberal no Brasil, o modelo gerencial de administração pública manteve-se em franca ascensão desde a década de 1990, com a proposta de atualizar e gradualmente substituir o modelo burocrático em diversos órgãos e entidades do Estado.

Conforme supramencionado, a principal característica do modelo gerencial é o foco nos resultados ao invés do processo, ao contrário do modelo burocrático que formalizou os processos decisórios da administração pública e tinha seu foco em tal aspecto da atividade administrativa.

O Estado, na perspectiva do modelo gerencial de administração pública, passa a se tornar agente regulador do mercado, ao invés de intervir diretamente na economia. Tal perspectiva não passa despercebida pela Constituição do Brasil que, em seu art. 173, determina, *in verbis*: “*Ressalvados os casos previstos nesta Constituição, a exploração direta de atividade econômica pelo Estado só será permitida quando necessária aos imperativos da segurança nacional ou a relevante interesse coletivo, conforme definidos em lei*”.

Inclusive, há que se ressaltar que grande parcela do Título VII da Constituição, dedicado à Ordem Econômica e Financeira, foi ostensivamente submetido a reformas ao longo da década de 1990, especialmente pelas Emendas Constitucionais 6/1995, 9/1995, 19/1998 e 33/01, que disciplinaram a revogação do tratamento favorecido às sociedades empresárias brasileiras de capital nacional, a reforma administrativa e a contribuição de intervenção no domínio econômico (CIDE), tornando o Estado mero regulador (e, segundo sustenta-se no presente artigo científico, coadjuvante) do mercado.

Priorizando a natureza regulatória do Estado, foram criadas, ao longo da década de 1990, diversas agências reguladoras, a fim de promover intervenção indireta na economia. Nesse sentido, as principais agências reguladoras criadas no período foram a Agência Nacional de Telecomunicações (ANATEL - Lei 9.472/1997), Agência Nacional do Petróleo

the Malaysian government's controls would have been effective in this sense” (p. 394).

17 Política desenvolvida durante o exercício da Presidência da República por Luís Inácio Lula da Silva (2003-2010) e Dilma Vana Rousseff (2011-2016). Cf. LIMA, Maria. **Lula defende intervenção na economia e diz que “chegou a hora” dos políticos agirem**. Jornal “O Globo”, 28 out. 2008. Disponível em: <<https://oglobo.globo.com/economia/lula-defende-intervencao-na-economia-diz-que-chegou-hora-dos-politicos-agirem-3822155>>. Acesso em 7 de maio de 2017.

(ANP – Lei 9.478/1997), Agência Nacional de Energia Elétrica (ANEEL – Lei 9.427/1996), Agência Nacional de Transportes Terrestres (ANTT – Lei 10.233/01), Agência Nacional de Transportes Aquaviários (ANTAQ – Lei 10.233/01) e a Agência Nacional de Águas (ANA – Lei 9.984/2000).

Logo, o que se verifica após a análise do panorama político e econômico apresentado é uma gradual limitação da intervenção estatal na economia, com a consequente devolução do mercado ao segundo setor, bem como a ascensão do terceiro setor objetivando promover uma relativa presença do Estado diretamente na economia, enquanto este mantém cada vez mais uma postura de mero regulador e excepcional interventor, por meio das agências reguladoras no primeiro caso e das empresas estatais na segunda hipótese.

4. DO PAPEL DOS MUNICÍPIOS NO PACTO FEDERATIVO E DO ZONEAMENTO URBANO COMO MECANISMO DE INTERVENÇÃO NA ECONOMIA

O Município, inegavelmente, foi alvo de severas mudanças acerca de sua posição no pacto federativo quando da promulgação da Constituição de 1988¹⁸. Como o atual Estado foi oriundo de um federalismo centrífugo (haja vista o Brasil adotar a forma de Estado federal e de governo republicana em 1889, diametralmente opostas ao Estado unitário e monárquico que imperou de 1822-1889), os Municípios não conquistaram sua autonomia política de imediato, sendo mormente submetidos aos Estados-membros da Federação.

Especialmente durante períodos totalitários, como o “Estado Novo” (1937-1945) e os governos militares (1964-1985), vários foram os Municípios governados por interventores, em total desprestígio com o modelo democrático de Estado pretensamente idealizado, posto que unilateralmente escolhidos pelo chefe do Poder Executivo, ao invés de selecionados mediante procedimento eleitoral regular.

18 Há, contudo, vozes na doutrina que não consideram ser atécnica a nova conformação dos Municípios na Constituição de 1988. Nesse sentido: “*Dizer que a República Federativa do Brasil é formada pela união indissolúvel dos Municípios é algo sem sentido, porque, se assim fora, ter-se-ia que admitir que a Constituição está provendo contra uma hipotética secessão municipal. Acontece que a sanção correspondente a tal hipótese é a intervenção federal que não existe em relação aos Municípios. A intervenção neles é competência dos Estados, o que mostra serem ainda vinculados a estes. Prova que continuam a ser divisões político-administrativas dos Estados, não da União*” (SILVA, José Afonso da. op. cit., p. 475). *Concessa máxima venia*, discordamos da posição do insigne constitucionalista, posto que divergente da doutrina e jurisprudência majoritárias na atualidade, que consideram ser a Constituição de 1988 uma verdadeira “constituição municipalista”, especialmente por ter alçado os Municípios a ente federativo. Por todos, ROCHA, Cármen Lúcia Antunes. *República e federação no Brasil: traços constitucionais da organização política brasileira*. Belo Horizonte: Del Rey, 1997, p. 253: “*Nenhuma das entidades [federativas] é titular exclusiva, superior ou desigual das competências. Não se dá a exclusividade da responsabilidade de uma delas nem (e muito menos) a omissão possível dessa responsabilidade por qualquer delas*”. O presente estudo compreende os Municípios como entes federativos autônomos perante os demais e dotados de competência plena nos limites fixados pelo art. 30 da Constituição do Brasil.

A funesta situação relatada, não era apenas um golpe contra a democracia, mas também se constituía como uma ferida mortal no próprio conceito de Federação, que pressupunha a autonomia irrestrita de todos os entes do pacto federativo (União, Estados e Municípios – incluindo-se na República brasileira o Distrito Federal com *status* híbrido conquanto detentor de competências administrativas estaduais e municipais, como sucessor do “município neutro” imperial)¹⁹.

Com o processo de redemocratização implementado a partir de 1985 e com a ascensão da Nova República, a Constituição de 1988 apresentou duas características marcantes, a par de todas as demais novidades até então (considerando o término de mais um regime autoritário no país): reforçou sobremaneira os poderes conferidos ao Congresso Nacional (como representante do Poder Legislativo da União) e dos Municípios (como reafirmação da observância ao pacto federativo original do Estado brasileiro).

Os arts. 23 e 30 da *Lex Mater* norteiam a atuação do Município no pacto federativo, expondo competências administrativas e legislativas municipais. Enquanto compartilha com os demais entes federativos as atividades administrativas na forma do art. 23 (seguindo o modelo de federalismo cooperativo), o²⁰ art. 30 da Constituição do Brasil expõe competência legislativa municipal de duas espécies: exclusiva (inciso I) e suplementar (inciso II) – além de também especificar competências administrativas (incisos III a IX).

19 Nesse desiderato, trazendo uma didática definição com breve percurso histórico do Estado Federal em seu principal exemplo, por todos, cf. DALLARI, Dalmo de Abreu. **Elementos de Teoria Geral do Estado**. 27ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2007, pp. 255-257: “*Nas classificações tradicionais, os Estados são considerados unitários quando têm um poder central que é a cúpula e o núcleo do poder político. E são federais quando conjugam vários centros de poder político autônomos. (...) O Estado Federal nasceu, realmente, com a constituição dos Estados Unidos da América, em 1787. Em 1776 treze colônias britânicas da América declararam-se independentes, passando a constituir, cada uma delas, um novo Estado. Poucos anos depois celebraram entre si um tratado, conhecido como Artigos de Confederação, aliando-se para uma ação conjunta visando, sobretudo, à preservação da independência. Já em 1643 quatro colônias haviam constituído a Confederação da Nova Inglaterra, para atuarem juntas nas guerras contra os indígenas e para resistirem às ameaças da expansão holandesa na América. Em 1784 reuniu-se pela primeira vez um Congresso intercolonial, tendo Benjamin Franklin apresentado um plano de união das colônias, sem obter aprovação. Mas o Congresso continuou a reunir-se, o que influíu para que em 1776 houvesse a Declaração de Independência, assinada em conjunto pelas treze colônias. Finalmente, depois de prolongados debates, foram assinados, em 1º de março de 1781, os Artigos da Confederação, passando o Congresso a denominar-se Os Estados Unidos Reunidos em Congresso. Já não havia mais colônias, e sim Estados, que se uniam numa Confederação. Esta recebeu o nome de Os Estados Unidos da América, declarando-se que se tratava de uma união permanente. (...) A experiência demonstrou, em pouco tempo, que os laços estabelecidos pela confederação eram demasiado frágeis e que a união dela resultante era pouco eficaz; (...) Em outras palavras, propunham que a confederação se convertesse em federação, constituindo-se um Estado Federal”.*

20 Apresentando exposição didática sobre o modelo contemporâneo de federalismo cooperativo, cf. FABRIZ, Daurys Cesar. **Federalismo, Municipalismo e Direitos Humanos**. Revista do Tribunal de Contas do Estado de Minas Gerais. v. 77, n. 4, ano XXVIII, out./nov./dez. 2010, pp. 82-83: “*Como se observou, o federalismo norte-americano (modelo para todos os demais) se baseou numa rígida distribuição dualista de poderes e competências, o que forneceu os espaços para a desmedida ampliação da União e desestabilização das forças internas do pacto federativo. Nos tempos atuais, contudo, o que se observa é uma evolução do federalismo em sua perspectiva dualista movida, principalmente, pelos processos de integração na seara política, dando origem a um modelo com traços marcantes de cooperação e intergovernabilidade, na busca da unidade com a diversidade. É este o terreno do federalismo de cooperação ou equilíbrio. Dois exemplos sempre citados desta tentativa de integração federativa no campo da distribuição de competências são a Constituição da Áustria de 1920 e a Lei Fundamental da República Federal da Alemanha de 1949. (...) Foi a partir do desenvolvimento das técnicas de competência comum e concorrente que a teoria federalista passou a conceber um modelo de gestão cooperativa e intergovernamental. E, neste contexto, cabe à Constituição Federal a tarefa de estabelecer a distribuição de competências legislativas a partir do reconhecimento da autonomia constitucional dos entes federativos, pois como bem observa Gilberto Bercovici, ‘a fonte da cooperação federal é a Constituição’. A sistemática do interesse comum, por exemplo, fornece uma possibilidade de singularização das decisões, a partir do momento que conta com a participação de todos os entes federados e, tecnicamente, dois são os momentos de decisão na cooperação: 38 (i) primeiramente, no âmbito federal, se estabelece o momento das opções a serem adotadas, cuidando de uma escolha sintonizada com todos os entes competentes para a disciplina em questão; (ii) em momento posterior ocorre a execução das decisões planejadas, em âmbito estadual ou regional, de acordo com as necessidades e peculiaridades fáticas”.*

Guardadas as linhas condutoras do federalismo cooperativo, sustenta-se no presente estudo a autonomia plena e irrestrita do Município no desenvolvimento de suas competências constitucionalmente delimitadas, por crer-se ser esta a *mens legis* da Constituição do Brasil, ao adotar a tese municipalista.

Tal liberdade de atuação estende-se tanto ao âmbito do zoneamento urbano quanto ao da intervenção econômica, sendo possível a conjugação de ambos em prol da regulação de atividades nos limites de dado território. Partindo-se dessa linha de raciocínio, desde logo se afirma que a tese ora esposita vai de encontro ao atual panorama jurisprudencial, apregoadado pelas súmulas vinculantes 38 e 49 do STF (as quais, como se verá adiante, podem ser consideradas como atentatórias ao princípio da insindicabilidade do mérito administrativo).

O zoneamento urbano é competência administrativa municipal prevista no art. 30, VIII, do texto constitucional, e não guarda relação com qualquer das competências administrativas comuns previstas no art. 23; logo, é possível afirmar preliminarmente que o zoneamento municipal é matéria de competência administrativa exclusiva. Essa inferência se dá de forma analítica, ou seja, se o zoneamento urbano não está presente no conjunto de hipóteses albergadas pelo art. 23, e se encontra presente no art. 30, a ele se vincula privativamente, passando a ser competência privativa municipal na esfera administrativa.

Considerando, pois, ser de competência privativa dos Municípios o uso e parcelamento do solo urbano, já se pode considerar a autonomia da edilidade em promover o zoneamento que entender devido a seus bairros ou circunscrições, visando especialmente à erradicação da pobreza e à redução das desigualdades sociais, em cumprimento a objetivo fundamental do Estado brasileiro (CRFB/1988, art. 3º, IV).

Embora exista norma de caráter nacional tratando do uso e parcelamento do solo urbano (Lei Federal 6.766/1979), o parágrafo único do art. 1º do diploma em comento²¹ já defere aos Municípios a prerrogativa de adequar o legalmente previsto a suas peculiaridades locais – nesse desiderato, perfeitamente compatível o referido dispositivo com o art. 30, I, da CRFB/1988, que defere à comuna autonomia para legislar sobre matérias de interesse local.

21 Lei 6.766/1979. Art. 1º. Parágrafo único: “Os Estados, o Distrito Federal e os Municípios poderão estabelecer normas complementares relativas ao parcelamento do solo municipal para adequar o previsto nesta Lei às peculiaridades regionais e locais”.

Ademais, a Lei 10.257/01 (Estatuto da Cidade) apresenta como um dos instrumentos da política urbana o *planejamento municipal*, no qual encontra-se inserida a disciplina do parcelamento, do uso e da ocupação do solo (Lei 10.257/01, art. 4º, III, “b”). Tal previsão apenas reforça a autonomia municipal para atuar diretamente no zoneamento urbano, o que termina por promover uma indireta intervenção da edilidade na economia.

A técnica de zoneamento urbano, sabe-se, permite ao ente público delimitar áreas exclusivamente residenciais, exclusivamente comerciais ou mistas, a depender da forma com que conduz sua política urbanística. Ou seja, a discricionariedade administrativa calcada na conveniência e oportunidade do gestor público é que norteará o planejamento urbano, desde que não se cometam ilícitos civis, administrativos, ambientais ou penais.

O critério hodiernamente manejado para promoção do zoneamento é o da concentração de atividades – em geral, desenvolvem-se bairros puramente residenciais ou comerciais, e, na segunda hipótese, geralmente se incentiva o desenvolvimento de regiões ou mesmo logradouros específicos onde apenas uma espécie de mercadoria ou segmento é explorado economicamente²².

Todavia, existe também a hipótese inversa, qual seja, a do Município impedir a instalação de estabelecimentos empresariais de mesmo ramo em determinada área. Essa forma de planejamento urbano pode ser implementada com o objetivo de viabilizar a pulverização de atividades econômicas no território municipal, por exemplo.

Na prática, essa medida estimularia o desenvolvimento uniforme de toda a comuna, posto que reduziria o predomínio de bairros desguarnecidos de atividades econômicas significativas (“bairros-dormitório”, geralmente habitados por população de baixa renda), forçando tal contingente populacional a se deslocar por considerável distância para ter acesso a determinada gênero ou serviço.

O pretório excelso, no entanto, fixou precedente no sentido de que tal medida de planejamento urbano é inconstitucional por violar o princípio da livre concorrência (CRFB/1988, art. 170, IV), e publicou a súmula vincu-

22 Exemplo que pode ser dado a tal fenômeno é o do Município de São Paulo, onde existem logradouros especializados determinadas atividades empresariais. Cf. **Cidade de São Paulo: ruas de comércio especializado**. Disponível em: <<http://www.cidadedesapaulo.com/sp/guia-de-compras/ruas-de-comercio-especializado>>. Acesso em 28 de maio de 2017. As “ruas de comércio especializado”, ora criadas artificialmente pelo Poder Público (ex.: polos gastronômicos ou de moda), ora incentivadas oficialmente para serem criadas por entidades ou grupos de pessoas (ex.: política de incentivos fiscais para ocupação de determinada área por determinado segmento do mercado), são importantes veículos de impulsionamento socioeconômico.

lante 49, com a seguinte redação: “*Ofende o princípio da livre concorrência lei municipal que impede a instalação de estabelecimentos comerciais do mesmo ramo em determinada área*”.

Nesse sentido, pode-se chegar à conclusão de que o objetivo da corte suprema em publicar o referido enunciado de súmula vinculante foi o de privilegiar a matriz liberal então vigorante na interpretação do Direito Econômico. Como o Brasil adota formalmente na atualidade o modo de produção capitalista, com fundamento no neoliberalismo, entendeu-se que essa forma de intervenção do Município na economia seria inconstitucional.

Sustenta-se no presente estudo, porém, que não somente é permitido ao Município aplicar seu poder de polícia no zoneamento urbano impedindo a concentração de agentes econômicos em determinada área, como é salutar tal medida, a fim de impedir condutas anticompetitivas e de fomentar o desenvolvimento local.

5. DA CRÍTICA À SÚMULA VINCULANTE 49 E DO INTERVENZIONISMO COMO MEDIDA PARA SE IMPLEMENTAR O DESENVOLVIMENTO LOCAL

O enunciado de súmula vinculante 49, publicado pelo egrégio Supremo Tribunal Federal, reflete posição não intervencionista, típica dos teóricos econômicos da Escola Austríaca²³. Sustenta-se, porém, que a realidade brasileira atualmente não enseja a aplicação de referidos vetores metodológicos na interpretação do Direito Concorrencial, havendo ainda a necessidade de intervencionismo moderado em determinados segmentos do mercado.

A concentração de agentes econômicos do mesmo ramo em determinada área, se não for conduzida pelo Estado, poderá ensejar a prática de infrações à ordem econômica caso o Poder Público não estimule o desenvolvimento de atividades econômicas semelhantes em outros pontos do território de sua circunscrição.

23 As três principais escolas que estudaram o fenômeno da concentração de mercados foram a Escola de Harvard, a Escola de Chicago e a Escola Austríaca. Nesse sentido, pela didática apresentada, cf. RAMOS, André Luiz Santa Cruz; GUTERRES, Thiago Martins. **Lei Antitruste: lei nº 12.529/2011**. Salvador: Juspodivm, 2015, p. 21: “*Finalmente, vale destacar o entendimento da Escola Austríaca, segundo o qual o Direito Antitruste, na verdade, serve apenas para proteger empresas ineficientes e atacar empresas eficientes. Ainda segundo essa Escola, monopólios e cartéis só são nocivos aos consumidores quando protegidos por barreiras legais, as quais só podem ser erigidas pelo Estado. Ausentes tais barreiras, a concorrência (real ou potencial) sempre existirá, mesmo em mercados altamente concentrados, de modo que os agentes econômicos só conseguirão alcançar e manter uma posição de liderança se forem eficientes no atendimento de seus consumidores (inovando, reduzindo preços, etc.). Enfim, os economistas da Escola Austríaca defendem a revogação das leis antitruste e a extinção dos órgãos de defesa da concorrência*”. Sustenta-se que o referido entendimento acerca do papel do Direito Concorrencial é calcado em um libertarianismo típico do capitalismo predatório, sendo, portanto, nocivo para o desenvolvimento de economias emergentes como a brasileira.

A prática do cartel²⁴ pode em tal cenário ser uma realidade em logradouros ou regiões com elevada concentração de agentes praticantes da mesma atividade econômica, e nesse sentido, Municípios que não possuem órgãos de regulação econômica estruturados podem ter dificuldades em promover o desenvolvimento uniforme de seu território, havendo claras assimetrias entre bairros, regiões ou distritos.

O Estado brasileiro, conforme já delineado anteriormente, encontra-se em transição de uma social-democracia para um modelo neoliberal. Essa virada político-ideológica, se mal conduzida no desenvolvimento de políticas públicas, pode ser nociva para os consumidores, que ainda se reputam como categoria vulnerável nas relações econômicas.

O Direito Concorrencial, sustenta-se, é um dos reflexos do Direito Econômico, em uma relação de gênero-espécie²⁵. Nesse sentido, em busca do equilíbrio mercadológico, é de fundamental importância a atuação estatal no desenvolvimento de políticas públicas que impeçam práticas anticoncorrenciais²⁶, como o concerto de preços – tipo de cartel mais visualizado na prática forense.

O próprio STF já se manifestou acerca da possibilidade de exercício do poder de polícia municipal na intervenção econômica: trata-se do enunciado de súmula vinculante 38, que afirma ser “*competente o Município para fixar o horário de funcionamento de estabelecimento comercial*”.

Os debates que resultaram na publicação da súmula vinculante 38 apresentam orientação por parte da corte suprema brasileira no sentido de privilegiar a autonomia municipal no pacto federativo, o que diverge diametralmente da orientação propugnada pela súmula vinculante 49. Nos termos do documento que expõe os referidos debates, *in verbis*:

24 O cartel como infração à ordem econômica encontra-se previsto no art. 36, §3º, I da Lei 12.529/11 (Lei do Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência), *in verbis*: “Lei 12.529/11. Art. 36. (...) §3º. As seguintes condutas, além de outras, na medida em que configurem hipótese prevista no caput deste artigo e seus incisos, caracterizam infração da ordem econômica: I - acordar, combinar, manipular ou ajustar com concorrente, sob qualquer forma: a) os preços de bens ou serviços ofertados individualmente; b) a produção ou a comercialização de uma quantidade restrita ou limitada de bens ou a prestação de um número, volume ou frequência restrita ou limitada de serviços; c) a divisão de partes ou segmentos de um mercado atual ou potencial de bens ou serviços, mediante, dentre outros, a distribuição de clientes, fornecedores, regiões ou períodos; d) preços, condições, vantagens ou abstenção em licitação pública”. Ademais, no plano federal a celebração de acordo de leniência no âmbito do Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE) implica na suspensão do prazo prescricional na prática de crimes diretamente relacionados à prática de cartel, nos termos do art. 87 da Lei 12.529/11.

25 O autor do presente estudo sustenta que o Direito Econômico, por se reputar como disciplina jurídica multifacetada, fundamenta a existência de outros ramos da Ciência Jurídica como o Direito Concorrencial, o Direito Regulatório e o Direito Penal Econômico, em verdadeira relação de gênero-espécie.

26 “Muito se tem discutido a respeito da classificação do direito concorrencial como uma área do direito econômico. A partir do momento em que, contemporaneamente, entendemos as normas antitruste como instrumento de implementação de políticas públicas, não podemos deixar de colocá-las no contexto dos ‘instrumentos de que lança mão o Estado, na sua função de implementar políticas públicas’ e, portanto, do direito econômico. Não obstante, visto sob outros prismas (complementares àquele do direito econômico, mas não excludentes), o direito antitruste pode ser entendido como afeto ao direito comercial ou mesmo internacional” (FORGIONI, Paula. *op. cit.*, p. 37).

“Com efeito, a competência reservada aos Municípios para disciplinar o horário de funcionamento dos estabelecimentos comerciais localizados em seus territórios, por se tratar de assunto de interesse local, à luz do disposto no art. 30, I, da Carta Magna, é orientação há muito consolidada por este Plenário, que vem sendo aplicada em diversos julgados colegiados e monocráticos desta Casa”²⁷.

O entendimento do egrégio STF nos debates da PSV 89/DF (que culminaram na súmula vinculante 38) não se basearam em critérios típicos do direito concorrencial, mas sim no regime de competências constitucionais, mencionado anteriormente nesse estudo, que refletem a posição dos Municípios como entes federativos autônomos; todavia, há que se ressaltar que, na prática, o entendimento sufragado pela súmula vinculante 38 legitimou o poder de polícia municipal para intervir na ordem econômica com o fim de promoção do desenvolvimento local.

Outro ponto que milita em favor da crítica ao conteúdo da súmula vinculante 49 é que sua aprovação não se deu pela unanimidade dos integrantes do pretório excelso, tendo o Ministro Dias Toffoli se manifestado pela não conversão da súmula persuasiva 646 em súmula vinculante 49 nos seguintes termos:

“Entendo não ser recomendável a conversão sugerida na presente proposta, pois a aplicação da orientação fixada no mencionado verbete deve ser temperada conforme cada caso concreto, ponderando-se os eventuais riscos à saúde, à segurança e ao meio ambiente, como o fez este Supremo Tribunal Federal nos casos de leis municipais que, por motivos de segurança, fixaram um distanciamento mínimo entre postos de combustíveis e entre escolas e outros locais com grande densidade de pessoas, tais como escolas, hospitais, centros comerciais etc. (RE nº 204.187/MG, Segunda Turma, Relatora a Ministra Ellen Gracie, DJ de 2/4/04; RE nº 199.101/SC, Primeira Turma, Ministro Sepúlveda Pertence, DJ de 30/9/05; e RE nº 235.736/MG, Primeira Turma, Relator o Ministro Ilmar Galvão, DJ de 21/3/2000)”²⁸.

27 PSV 89/DF, p. 3. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/jurisprudenciaSumulaVinculante/anexo/SUV_38__PSV_89.pdf>. Acesso em 28 de maio de 2017.

28 PSV 90/DF. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/jurisprudenciaSumulaVinculante/anexo/SUV_49__PSV_90.pdf>. Acesso em 28 de maio de 2017.

Logo, a contradição em se conjugar o modelo municipalista adotado pela Constituição de 1988 com a matriz político-ideológica neoliberal desenvolvida a partir da década de 1990 gerou discursos institucionais com resultados diametralmente opostos, prejudicando dessa forma a capacidade de o Município de regular as atividades econômicas realizadas nos limites de sua circunscrição, bem como o desenvolvimento local.

6. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Posto isso, verifica-se ao longo deste estudo que o zoneamento urbano, atribuído exclusivamente ao Município, disciplinado pelo art. 30, VIII, da CRFB/1988 e regulamentado pelos arts. 1º, parágrafo único, da Lei 6.766/1979 e 4º, III, “b” da Lei 10.257/01 é poderoso mecanismo de intervenção estatal no domínio econômico, e auxilia decisivamente no cumprimento do objetivo fundamental da República Federativa do Brasil fixado no art. 3º, IV, do texto constitucional.

Outrossim, o zoneamento urbano não viola o princípio da livre concorrência (CRFB/1988, art. 170, IV), ao contrário, evita a prática de infrações à ordem econômica e restabelece o equilíbrio do mercado, reprimindo práticas anticompetitivas – afirmar o contrário, *concessa maxima venia*, é revelar desconhecimento dos mais basilares princípios de Direito Econômico e Concorrencial.

Contudo, ressalvada a divergência do Min. Dias Toffoli, o plenário do egrégio STF publicou dois enunciados de súmulas vinculantes contraditórios entre si – não quanto a seu fundamento, mas quanto a seu resultado, principalmente em relação à súmula vinculante 49, que limita sobremaneira o poder de polícia municipal, reduzindo a capacidade de a comuna de regular as atividades econômicas desenvolvidas em seu território.

Principalmente em grandes centros urbanos, vedar ao Município a livre prática do zoneamento gera o estímulo a regiões desguarnecidas de atividades econômicas essenciais, obrigando a população de baixa renda a se deslocar por grandes distâncias para obter gêneros e gozar de serviços concentrados em logradouros ou bairros, geralmente próximos da população de renda elevada.

Logo, propõe-se a revisão da súmula vinculante 49, posto que desvinculada da realidade social das metrópoles brasileiras e reflexo da aplicação indiscriminada de uma corrente teórica da Ciência Econômica e do Direito Econômico ligada à construção histórica de países que adotam o liberalis-

mo como modelo político-econômico há séculos – ao contrário do Brasil, que, ao longo do século XX, adotou modelo simpático à social democracia e apenas a partir da década de 1990 passou a implementar gradualmente mecanismos típicos do neoliberalismo em sua política econômica.

Ademais, é mister que os tribunais superiores compreendam a intervenção estatal no domínio econômico como fenômeno intrinsecamente relacionado ao municipalismo, uma vez que cabe diretamente ao Município reduzir as desigualdades sociais, erradicar a pobreza e promover o desenvolvimento econômico em nível local.

Tal compreensão holística permitirá que não ocorram no futuro conflitos reais na jurisprudência construída pelas cortes superiores (considerando ser recente a incorporação de elementos da *common law* no ordenamento jurídico pátrio, como a valorização da jurisprudência enquanto fonte do Direito). ♦

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALEXY, Robert. **El concepto y la validez del derecho**. 2^o Ed. Barcelona: Gedisa, 1997.

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. **Curso de Direito Administrativo**. 27^a Ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2010.

BOBBIO, Norberto. **A Era dos Direitos**. Rio de Janeiro: Campus, 2004.

Cidade de São Paulo: ruas de comércio especializado. Disponível em: <<http://www.cidadedesapaulo.com/sp/guia-de-compras/ruas-de-comercio-especializado>>. Acesso em 28 de maio de 2017.

DALLARI, Dalmo de Abreu. **Elementos de Teoria Geral do Estado**. 27^a Ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

FABRIZ, Daury Cesar. **Federalismo, Municipalismo e Direitos Humanos**. Revista do Tribunal de Contas do Estado de Minas Gerais. v. 77, n. 4, ano XXVIII, out./nov./dez. 2010.

FERNANDES, Rubem César. **O que é o terceiro setor?** Revista do Legislativo n. 18. Belo Horizonte: Assembleia Legislativa do Estado de Minas Gerais, abr./jun. 1997.

FORGIONI, Paula A. **Os Fundamentos do Antitruste**. 7^a Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

GRAU, Eros Roberto. **A Ordem Econômica na Constituição de 1988**. 18^a Ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2017.

KAPLAN, Ethan; RODRIK, Dani. **Did The Malaysian Capital Controls Work?**. Cambridge: Harvard University, 2001.

LIMA, Maria. **Lula defende intervenção na economia e diz que “chegou a hora” dos políticos agirem**. Jornal “O Globo”, 28 out. 2008. Disponível em: <<https://oglobo.globo.com/economia/lula-defende-intervencao-na-economia-diz-que-chegou-hora-dos-politicos-agirem-3822155>>. Acesso em 7/5/17.

MAGALHÃES, Guilherme A. Canedo de. **O Abuso do Poder Econômico: apuração e repressão**. Rio de Janeiro: Artenova, 1975.

RAMOS, André de Carvalho. **Curso de Direitos Humanos**. 3ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

RAMOS, André Luiz Santa Cruz; GUTERRES, Thiago Martins. **Lei Antitruste: lei nº 12.529/2011**. Salvador: Juspodivm, 2015.

ROCHA, Cármen Lúcia Antunes. **República e federação no Brasil: traços constitucionais da organização política brasileira**. Belo Horizonte: Del Rey, 1997.

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 31ª Ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2008.

STF, PSV 89/DF, p. 3. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/jurisprudencia/SumulaVinculante/anexo/SUV_38__PSV_89.pdf>. Acesso em 28 de maio de 2017.

STF, PSV 90/DF. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/jurisprudencia/SumulaVinculante/anexo/SUV_49__PSV_90.pdf>. Acesso em 28 de maio de 2017.